

Máster Universitario en Asesoría Jurídica de Empresa
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2015/2016

EL CONTROL COMUNITARIO DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA DE ÁFRICA OCCIDENTAL

(COMMUNITY CONTROL OF CONCENTRATIONS BETWEEN
UNDERTAKINGS IN EUROPEAN UNION AND IN ECONOMIC AND MONETARY
UNION OF WEST AFRICA)



Realizado por la alumna Dña. **Marième Wade**

Tutorizado por las Profesoras Dña. **María Angustias Díaz Gómez**

Y Dña. **Ana del Ser López**

ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

AUSCGIE: *Acte Uniforme portant Sociétés commerciales et Groupements d'intérêt économique*, es decir Acto uniforme relativo al Derecho de las sociedades mercantiles y agrupaciones de interés económico.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

DG Comp: *Directorate General for Competition*, es decir Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea.

OHADA: *Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique*, es decir Tratado para la Armonización de la Legislación Mercantil en África.

p.: Pagina.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

UEMOA: Unión Económica y Monetaria de África Occidental.

ÍNDICE

I. RESUMEN Y ABSTRACT	5
II. OBJETIVOS DEL TRABAJO	6
III. METODOLOGÍA.....	6
IV. CONTENIDO.....	8
Introducción.....	8
Capítulo 1: Ámbito de aplicación del control de concentraciones.....	13
1.1 En el sentido del Reglamento nº139/2004 de la Unión Europea.....	13
1.1.1 Concepto de concentración.....	13
1.1.1.1 Fusiones de empresas anteriormente independientes.....	14
1.1.1.2 Adquisición del control.....	15
1.1.1.2.1 Concepto de control.....	15
1.1.1.2.2 Control exclusivo.....	17
1.1.1.2.3 Control conjunto.....	19
1.1.1.3 El caso particular de las empresas en participación.....	20
1.1.2 Dimensión comunitaria.....	22
1.1.2.1 Los umbrales aplicables al control comunitario de concentraciones.....	23
1.1.2.2 Volumen de negocios.....	24
1.1.2.3 Disposiciones aplicables a entidades de crédito y otras entidades financieras y compañías de seguro.....	25
1.2 En el sentido del Reglamento nº2/2002/CM/UEMOA.....	27
1.2.1 El concepto de concentración.....	27
1.2.1.1 La asimilación de la concentración al abuso de posición dominante.....	28
1.2.1.2 Las modalidades de concentraciones.....	30
1.2.2 La evaluación de las operaciones de concentraciones.....	32
1.2.2.1 Definición del mercado de referencia.....	32
1.2.2.2 Los criterios sustanciales de análisis.....	34
Capítulo II: Procedimiento del control de concentraciones.....	36
2.1 El régimen específico adoptado por la Unión Europea.....	36
2.1.1 La obligación de notificación previa.....	36
2.1.2 El régimen de suspensión de la concentración.....	40
2.1.3 El desarrollo del procedimiento.....	41
2.1.3.1 La pre-notificación.....	41
2.1.3.2 Los procedimientos de remisión.....	48
2.1.3.3 Los derechos de las partes.....	55
2.1.3.4 Intervenciones de terceros.....	58
2.1.3.5 Primera fase de investigación.....	59
2.1.3.6 Segunda fase de investigación.....	60
2.1.3.7 Plazos.....	61
2.1.3.8 Finalización del procedimiento.....	63

2.2 La utilización del procedimiento previsto para el abuso de posición dominante en la UEMOA.....	65
2.2.1 Los procedimientos administrativos de control.....	65
2.2.1.1 La notificación previa.....	66
2.2.1.2 Los poderes de investigación de la Comisión.....	68
2.2.1.3 El procedimiento de instrucción.....	69
2.2.1.4 La consulta de los Estados miembros (el Comité consultivo de la competencia)..	71
2.2.2 La decisión de la Comisión.....	72
Capítulo III: El régimen sancionador.....	73
3.1 En la reglamentación de la Unión Europea.....	74
3.1.1 Las sanciones impuestas por la Comisión Europea.....	74
3.1.1.1 Sanciones por incumplimiento de reglas de fondo.....	74
3.1.1.2 Sanciones por infracción de las reglas procesales.....	75
3.1.2 El control del Tribunal de Justicia.....	75
3.2 En la reglamentación de la Unión Económica y Monetaria de África Occidental.....	77
3.2.1 Las sanciones administrativas.....	77
3.2.2 Las sanciones judiciales.....	78
3.2.2.1 Las condiciones para la interposición del recurso.....	78
3.2.2.2 Las modalidades de recurso.....	78
V. CONCLUSIÓN.....	79
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	82
VII. ANEXOS.....	85

I.RESUMEN Y ABSTRACT

Resumen

La constatación de la existencia de grandes diferencias entre dos legislaciones comunitarias, la Unión Europea y la Unión Económica y Monetaria de África Occidental, por lo que se refiere al control de concentraciones, fue lo que dio origen a este trabajo. En los dos ordenamientos comunitarios que tienen como finalidad la coordinación de la política económica de los Estados miembros en el mercado común de cada órgano con la definición de objetivos comunes, la economía ocupa un lugar destacado en la reglamentación que establecen para la realización de estos objetivos. Se trata de zonas económicas que facilitan la libre circulación de personas, bienes, servicios, capitales, lo que da lugar a importantes reestructuraciones de las empresas, particularmente en forma de concentraciones.

Hacer una comparación descriptiva de estas dos legislaciones nos ha permitido entender que, según el espacio comunitario considerado, las circunstancias varían, así como el grado de control y la autonomía de los Estados miembros. De hecho, si en la Unión Europea hay una reglamentación específica y detallada, en la Unión Económica y Monetaria de África Occidental, las operaciones de concentración se consideran como una subcategoría del abuso de posición dominante. Eso lleva a que los criterios y métodos empleados en la definición por las autoridades, del control de los mercados relevantes, son diferentes de una legislación a otra. De hecho, la Comisión Europea sólo controla las concentraciones de dimensión comunitaria mientras que la UEMOA establece una protección de manera uniforme del Mercado común controlando todas las operaciones realizadas en su ámbito geográfico.

Abstract

At the origin of this study, the finding of the existence of great differences between two Community legislations, the European Union and the Economic and Monetary Union of West Africa, about a theme: control of economic concentrations. The two community orders both have as a goal to coordinate the economic policies of the Member States in the common market of each organ with the definition of common objectives, the economy plays an important role in the regulation that they put in place to achieve these objectives. These economic zones facilitate the free movement of persons, goods, services and capital, leading to major restructuring of enterprises, especially in the form of concentrations.

Make a descriptive comparison of the two laws has enabled us to understand that, in the Community area concerned, circumstances vary, the amount of control and autonomy left to the Member States too. For if within the European Union, is actually a specific and detailed rule, regulation of the Economic Union and West African Monetary more evasive on the subject, and considers the levels of operations as a subcategory of abuse of dominance.

This makes the criteria and methods used in the definition by the control authorities of the relevant markets are different from legislation to another, the European Commission only monitors concentrations with a Community dimension as UEMOA establishes a protection order uniform of the common market by controlling all concentrations carried out within its geographical area.

II. OBJETIVOS DEL TRABAJO

El trabajo de investigación que aquí se presenta se está realizando en el marco del Proyecto DREAM¹, que se implementa al abrigo del Programa Erasmus Mundus Acción 2 - Modalidad 1. El máster movilidad se hace entre la Universidad Cheikh Anta Diop (Dakar-Sénegal) y la Universidad de León (León-España): Máster Universitario en Asesoría Jurídica de Empresa. Es lo que nos inspiró a elegir un tema que pone en escena los dos países en general, y los dos continentes² (África y Europa) en particular.

A lo largo de estas páginas, se pretende realizar un estudio comparativo de dos legislaciones comunitarias, la de la Unión Europea y la de la Unión Económica y Monetaria de África Occidental, en cuanto al control de concentraciones. El objetivo principal de este trabajo es analizar cada ordenamiento por lo que se refiere a este tema, examinar sus peculiaridades, para destacar las similitudes y diferencias que existen entre las dos reglamentaciones y sus prácticas decisorias. Puesto que es una cuestión importante en la economía, y que vemos que no se hacen muchos estudios sobre ello en el ámbito de la UEMOA, queremos aportar nuestro granito de arena a la evolución de la reglamentación y de la doctrina en esta materia. Y el estudio nos permitirá tener conocimientos en esta materia para poder asesorar en el futuro empresas que quieren fusionarse o adquirir otras entidades.

Como objetivos específicos, cabe señalar: comparar los criterios sustanciales de análisis del mercado objeto de control examinando la reglamentación y la jurisprudencia, el procedimiento desarrollado por las comisiones de los dos órganos comunitarios, así como el papel que desempeñan los Estados miembros en el proceso.

III.METODOLOGÍA

Para la realización del presente Trabajo de Fin de Máster, se ha seguido la metodología de investigación de carácter jurídico.

Dicha investigación jurídica tiene por objeto la búsqueda, investigación y estudio de las normas comunitarias de la Unión Europea y de la Unión Económica y Monetaria de África Occidental, de su jurisprudencia, y de los análisis que han hecho los autores en este tema del control comunitario de concentraciones.

¹Dynamizing Research and Education for All through Mobility in ACP (Africa-Caribe-Pacífico)

² Senegal forma parte de la UEMOA, y España de la UE.

Las fases de investigación jurídica desarrolladas fueron:

En primer lugar, se ha llevado a cabo la identificación, análisis y estudio de la legislación aplicable al control comunitario de concentraciones, partiendo de los reglamentos 139/2004 (CE) y n°2/2002/CM/UEMOA que regulan este control, respectivamente, en la UE y en la UEMOA. En esta última el Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA desarrolla el procedimiento de control. Pero es el primero es el que sirve de base para la identificación de lo que es una concentración. Hemos estudiado también otras normas que regulan la fase judicial del proceso o la cooperación entre la Comisión de la UEMOA y los Estados miembros.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico de la UE, las comunicaciones relativas al control nos han servido para entender cuál es el espíritu de las reglas establecidas por el Reglamento 139/2004, asimismo las normas³ de los Estados miembros como Francia.

En segundo lugar, la jurisprudencia ha tenido un lugar muy importante en el trabajo ya que en ella se refleja como son aplicadas las reglamentaciones establecidas por los dos órganos comunitarios. Aunque hemos observado que hay más decisiones de la UE, hemos estudiado también decisiones publicadas por la Comisión de la UEMOA.

En cuanto a la jurisprudencia de la UE, la investigación ha sido más fácil porque hay plataformas Internet muy accesibles que permiten la consulta de las decisiones desde el inicio del control de concentraciones en la Unión (por ejemplo EUR-LEX o CURIA-EUROPA que me permiten leer los documentos en francés – la lengua que domino más – y en español).

En tercer lugar, la doctrina nos ha ayudado mucho porque proporciona la opinión de los expertos sobre el tema elegido, ya sea en el lado de la UE o en el de la UEMOA.

³ Directrices de la Autoridad de defensa de la competencia relativas al control de concentraciones.

IV. CONTENIDO

Introducción

La competencia es una parte importante en la construcción comunitaria, ya que la Unión Europea y la Unión Económica y Monetaria de África Occidental se han creado en torno de la noción de mercado abierto. Por ejemplo, el Artículo 4 del Tratado europeo constitutivo dispone que: “la acción de los Estados miembros y de la Comunidad (es) conducida de conformidad con el respeto del principio de una economía de mercado abierto dentro del que la competencia es libre (...)”.

Para suministrar a los consumidores los productos que desean obtener a bajo precio es fundamental que los mercados funcionen. La competencia es, además, esencial para aumentar la competitividad de la economía en el espacio comunitario, pues crea un entorno en el que las empresas eficientes e innovadoras se ven debidamente recompensadas.

La regulación de la competencia es una de las piezas más antiguas e importantes sobre las que se asienta la construcción del mercado interior. Las normas que se han ido dictando, tienen como misión fundamental potenciar la libre concurrencia de los cuatro pilares fundamentales en los que se fundamenta el mercado único, es decir, las libertades económicas fundamentales:

- Libertad de circulación de Mercancías;
- Libertad de circulación de Trabajadores;
- Libertad de Establecimiento y de Prestación de servicios;
- Libertad de Circulación de Capitales.

Todo ello con el fin de que los consumidores puedan elegir y disfrutar de las ventajas del gran mercado comunitario. Las competencias que se han atribuido a la Comisión de la UE y la de la UEMOA sobre esta cuestión son muy amplias e incluyen la posibilidad de imponer fuertes sanciones a las empresas que incumplan la normativa comunitaria en la materia.

Sobre esta base, el Derecho de la competencia en general, y el control de las concentraciones en particular, concebido en el marco de un sistema de integración, ha encontrado un desarrollo rápido dentro de las organizaciones de integración económica regional en África Subsahariana y en Europa. Las concentraciones son prohibidas cuando sean susceptibles de restringir sensiblemente la competencia en un mercado definido. El objetivo es impedir que este tipo de operación se traduzca en un aumento de los precios o limite los consumidores y las empresas en la elección de bienes y servicios. Las concentraciones serán autorizadas sin condiciones cuando la autoridad comunitaria competente concluya que no tendrán efecto negativo en la competencia.

En cuanto a la regulación establecida por los órganos comunitarias para este control, por un lado, el Preámbulo del Tratado de la Unión Económica y Monetaria de África Occidental afirma en la necesidad de favorecer el desarrollo económico y social de los

Estados miembros, mediante la armonización de sus legislaciones, la unificación de sus mercados interiores y el establecimiento de políticas sectoriales comunes en los sectores esenciales de sus economías. Así, este órgano comunitario establece que una protección de forma uniforme del Mercado común es una fuente y una estrategia eficaz para evitar obstáculos a este mercado. Por eso, la Unión ha creado entre los Estados miembros un mercado común basado en la libre circulación de personas, bienes, servicios, capitales y el derecho de establecimiento de personas que ejercen una actividad independiente o salariada, así como en un arancel exterior común y una política comercial común⁴. Tal espacio económico más amplio sería favorable para facilitar el desarrollo o la creación de empresas con una gran potencia económica susceptibles de alterar el orden de los mercados.

Desde esta perspectiva, el sistema de competencia de la UEMAOA sólo prohíbe los comportamientos duraderos de las empresas, los cuales son considerados como nocivos al buen funcionamiento del mercado, es decir las prácticas anticompetitivas, por oposición a las prácticas restrictivas. Estas últimas, por ejemplo las operaciones de competencia desleal, de reventa por debajo o de limitación del mercado, son regidas por los derechos nacionales de los Estados miembros. Así, la protección del mercado contra las prácticas de cártel, de abuso de posición dominante y de operaciones de concentración, un conjunto que habitualmente forma parte de las prácticas anticompetitivas, ocupa gran parte de la actividad comunitaria.

Por lo que se refiera específicamente al control de concentraciones, el Tratado UEMOA no lo ha mencionado de manera expresa, sino que ha dejado su regulación al Reglamento n°2/2002/CM/UEMOA relativo a las prácticas comerciales anticompetitivas, seguido por el Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA, que es relativo a las normas de procedimiento y por la Directiva n°2/2002/CM/UEMOA, relativa a la cooperación entre la Comisión y las estructuras nacionales de competencia de los Estados miembros.

Recorriendo estos instrumentos jurídicos, aparece que el legislador comunitario UEMOA ha elegido un razonamiento singular que le diferencia de sus homólogos de Europa y del resto de África Subsahariana. De hecho, ha preferido agrupar en una disposición única, las operaciones de concentración y los abusos de posición dominante. El interés de tal método es que en este órgano comunitario, las dos prácticas son asimiladas a una infracción semejante.

Además, hay otra particularidad que define la regulación del control de concentraciones en la UEMOA: la centralización del control en el órgano comunitario. Contrariamente a los demás uniones económicas como la UE, nuestro órgano comunitario no hace remisiones a los Estados miembros, así hay una competencia exclusivamente exclusiva de la Comisión de la Unión en materia de concentración intervenida en su ámbito geográfico.

Por su parte, la política de competencia de la Unión Europea ha sido un sector importante de la labor de la UE desde que se creó en el Tratado de Roma de 1957. El Tratado trataba de crear “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado

⁴ Tratado de la Unión Económica y Monetaria de Africa Occidental, Artículo 4, apartado c).

común". El objetivo era crear un conjunto de normas de competencia bien desarrolladas y efectivas, a fin de contribuir a garantizar que el mercado europeo funcione correctamente y proporcione a los consumidores los beneficios de un sistema de mercado libre.

A veces, las violaciones de las normas de competencia se realizan en un solo país, de manera que es normalmente una autoridad nacional de competencia la que trata el asunto. Pero con el crecimiento del mercado interior y la globalización, los efectos del comportamiento ilícito, como la gestión de un cártel, a menudo repercuten en muchos países de la UE y terceros países. La Comisión Europea está bien situada para perseguir estos casos. La Comisión tiene la facultad no sólo de investigar, sino también de adoptar decisiones vinculantes e imponer multas considerables. En 1962, la Comisión fue habilitada para investigar cualquier posible comportamiento anticompetitivo, y en 1990 se le atribuyó competencia sobre las grandes operaciones de concentración. La Comisión aplica las normas de competencia de la UE, junto con las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros.

Todos los países de la UE tienen autoridades de competencia con potestad para hacer cumplir las normas de competencia de la UE, con esencialmente las mismas facultades que la Comisión Europea. Desde 2007, las autoridades nacionales de competencia han aplicado las normas de competencia de la UE en casi 400 decisiones.

La Comisión Europea, junto con las autoridades nacionales de competencia, trabaja para prevenir o corregir los comportamientos contrarios a la competencia. La Comisión aplica directamente las normas de competencia de la Unión Europea para hacer que los mercados de ésta funcionen mejor, garantizando que las empresas compitan en condiciones justas y equitativas⁵.

A través del control de las concentraciones, la Comisión garantiza una competencia sin distorsión en el mercado interior. De hecho, este control es la llave que permite abrir - o cerrar - la puerta que da acceso a proyectos de crecimiento externo a veces generadores de innovación, de crecimiento y de empleos en toda Europa. Su papel fundamental es: garantizar que la "carrera al tamaño crítico" que realizan las empresas se efectúe sin perjudicar la competencia y el bienestar de los consumidores a largo plazo⁶.

Así, además de la legislación de la UE (relativa a los cárteles, al abuso de posición dominante y a las ayudas estatales), existe otro ámbito de aplicación de las normas de competencia: el Reglamento de concentraciones. Éste, que se introdujo por primera vez en 1990 con el Reglamento (CEE) n°4064/89, estableció un sistema de control de las concentraciones que otorga a la Comisión Europea la facultad de prohibir fusiones y adquisiciones que amenacen con reducir significativamente la competencia y que tienen una dimensión comunitaria. En 1998, tras un cuidadoso examen de la experiencia adquirida, el

⁵ Comisión Europea, *Comprender las políticas de la Unión Europea: Competencia*, Julio de 2013.

⁶ Autorité française de la concurrence, *Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe*, Rapport au Ministre de l'Économie et des Finances, 16 décembre 2013.

Reglamento comunitario de concentraciones fue modificado mediante el Reglamento nº1310/97.

La adopción, el 20 de enero de 2004⁷, de la refundición del Reglamento comunitario de concentraciones fue el siguiente paso para mejorar aun más la asignación de asuntos de concentración entre la Comisión y los Estados miembros, como resultado de un examen de gran alcance y de un amplio debate con todas las partes iniciado en 2001 con el Libro verde de la Comisión⁸. La refundición del Reglamento de concentraciones introdujo una serie de cambios sustantivos y de procedimiento. El examen había constatado que, a pesar de la introducción del umbral en el Artículo 1.3, todavía quedaba margen para mejorar la asignación de asuntos entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia. Por lo tanto, mientras que los umbrales de volumen de negocios establecidos en los artículos 1.2 y 1.3 no fueron modificados, se introdujo un conjunto de mecanismos voluntarios de remisión previa a la notificación con el fin de “aumentar la eficiencia del régimen de control de concentraciones en la Comunidad”. Los principios rectores del sistema fueron que las decisiones adoptadas con respecto a la remisión de los asuntos deberían tener debidamente en cuenta “en particular la conveniencia de que las concentraciones sean examinadas por la autoridad más apropiada para llevar a cabo la investigación, los beneficios inherentes al sistema de “ventanilla única” y la importancia de la seguridad jurídica en cuanto a la jurisdicción”.

Desde hace tres décadas, varias operaciones de concentración han afectado los sectores de la economía mundial, un resultado directo del fenómeno de la globalización. Las concentraciones transnacionales han evolucionado considerablemente. El crecimiento del mercado en la economía moderna en su conjunto empieza a finales de los años 1980. Los movimientos de concentración son cíclicos, y tienen una relación directa con la coyuntura económica mundial. Se constata, posteriormente, una disminución considerable de las concentraciones en los años 2001/2002, consecuencia de la crisis económica de 2001 derivada de la *dotcom bubble*. Luego, los niveles se han remontado al rango anterior, e incluso fuera de ello mismo en 2007⁹, hasta otra disminución, menos importante, en los años 2008-2009, también resultado de una crisis económica mundial, esta vez nacida en el sector inmobiliario americano por la “crisis de *subprimes*”¹⁰.

Algunas concentraciones suponen un riesgo para la competencia, principalmente cuando tienen como resultado la creación o consolidación de un operador dominante. Los consumidores pueden resultar perjudicados debido a precios más altos, menores posibilidades de elección y menor innovación.

⁷ Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO L 24 de 29-1-2004, pp. 1-22.

⁸ COM (2001) 745/6 de 11-12-2001.

⁹ Cf. Anexo 1: Decisiones sobre concentraciones (por la Comisión de la Unión Europea).

¹⁰ DA SILVEIRA Paulo Burnier, *Le contrôle des concentrations transnationales : perspectives comparées*, Éditions De Boeck Supérieur, 2011/2 (nº35).

Por eso, antes de fusionarse o asociarse, las grandes empresas que operan a escala transfronteriza deben solicitar a la Comisión de la UE o de la UEMOA, según el caso, la autorización correspondiente y facilitar la información necesaria para que pueda tomar una decisión. Las autoridades se asegurarán de que, cuando dos o más empresas deseen asociarse de forma temporal o permanente, el equilibrio del mercado no se vea perturbado. En el examen del expediente, las autoridades deben primero delimitar el mercado de referencia. Entonces, deberán medir los efectos de la operación en el grado de competencia de este mercado: ¿Puede permitir el ejercicio de un poder de mercado generador de un aumento duradero e injustificado de los precios?

Así, vemos que cada órgano comunitario tiene un régimen específico de control de concentraciones para regular el Mercado común que tiene a su cargo.

Será importante pues abordar el ámbito de aplicación del control para determinar lo que la UE y la UEMOA consideran como concentración susceptible de ser controlada.

Entonces, veremos cuál es el procedimiento de control en las dos legislaciones comunitarias, es decir las diferentes fases por las cuales las comisiones verifican si la concentración obstaculiza realmente la competencia en el mercado.

Por último, será preciso hacer un estudio sobre el régimen sancionador de este control, destacando el poder de las Comisiones y de los Tribunales de Justicia.

Capítulo I: Ámbito de aplicación del control de concentraciones

El control de concentraciones es realizado antes de que la concentración tenga lugar. Así, es fundamental poder evaluar en términos económicos si la concentración va o no tener efectos negativos sobre la libre competencia.

Cada órgano comunitario ha establecido requisitos para definir el ámbito del control, lo que nos permitirá ver ciertas diferencias entre las reglas del Reglamento 139/2004 de la Unión Europea y las del Reglamento n°2/2002/CM/UEMOA de la Unión Económica y Monetaria de África Occidental.

En una visión comparativa, hay que precisar también que, por lo que se refiere al ámbito de aplicación del control de concentraciones, el Reglamento de la Unión Europea es más detallado. De hecho, la legislación de la UEMOA en el ámbito de la competencia regula las operaciones de concentración como una especie de subcategoría o variante del abuso de posición dominante, mientras que la legislación europea tiende a distinguir entre las concentraciones, los casos de cárteles y el abuso de posición dominante.

1.1 En el sentido del Reglamento n°139/2004 de la Unión Europea

1.1.1 Concepto de concentración

Según el Artículo 3, apartado 1, del Reglamento de concentraciones, una concentración sólo comprende operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas. El considerando 20 del preámbulo del Reglamento de concentraciones ahonda en que el concepto de concentración se refiere a operaciones que provoquen un cambio duradero en la estructura del mercado. Dado que la prueba del Artículo 3 se centra en el concepto de control, la existencia de una concentración viene determinada en gran medida por criterios cualitativos más que cuantitativos.

En el Artículo 3, apartado 1, del Reglamento de concentraciones, se establecen dos tipos de concentraciones:

- Las originadas mediante la fusión de empresas anteriormente independientes;
- Las originadas por la adquisición del control.

Pero hay también otra operación considerada como una concentración: la creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

1.1.1.1 Fusiones de empresas anteriormente independientes

La fusión es la forma última o más acabada de concentración empresarial. Con este término, el legislador comunitario abarca tanto los casos de las fusiones societarias conocidas por la doctrina como fusiones propias, ya sea en su variante de fusión por absorción o fusión por constitución de nueva sociedad, como las llamadas fusiones impropias, que tiene lugar cuando faltan algunos de los efectos propios de las fusiones en sentido estricto (caso, por ejemplo, de la venta de todas las acciones de una sociedad o de la transmisión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra)¹¹.

El tipo de concentración contemplado en el Artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento de concentraciones se produce cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionan en una nueva empresa y dejan de existir como entidades jurídicas diferenciadas. Puede hablarse asimismo de concentración cuando una empresa es absorbida por otra; la última mantiene su personalidad jurídica mientras que la primera deja de existir como tal¹².

También puede darse el tipo de concentración contemplado en la letra a) antes citada cuando, a pesar de no producirse una fusión a nivel jurídico, la combinación de las actividades de empresas anteriormente independientes supone la creación de una única entidad económica.

Esto puede ocurrir especialmente cuando dos o más empresas, que conservan su personalidad jurídica propia, establecen mediante contrato una gestión económica conjunta o la estructura de una compañía de doble cotización.

Si conduce a una fusión *de facto* de las empresas participantes en una única entidad económica, se considera que es una operación de concentración. La existencia de una gestión económica única y permanente es un requisito previo indispensable para determinar si existe tal concentración *de facto*. En otros factores importantes, cabe mencionar la compensación interna de pérdidas y ganancias o una distribución de los ingresos entre las distintas entidades del grupo, así como la responsabilidad solidaria o la división de riesgos externos. La fusión *de facto* puede estar basada únicamente en acuerdos contractuales, pero puede también reforzarse mediante la adquisición cruzada de participaciones por parte de las empresas que constituyen la entidad económica.

Cuando hay una fusión, no es necesariamente algo malo para los consumidores. Para las empresas que fusionan, la operación puede aportar beneficios, por lo menos, es el objetivo de estas empresas.

Para los consumidores, la fusión no es necesariamente negativa ya que, si la concentración puede suponer un incremento de los precios, puede también tener efectos

¹¹ MOLINA Mario Antonio Pérez, *La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Córdoba 2015.

¹² Véase, por ejemplo, el asunto COMP/M.1673 - Veba/VIAG, de 13 de junio de 2000; Asunto COMP/M.1806 - AstraZeneca/Novartis, de 26 de julio de 2000.

importantes. Efectos que pueden reflejarse en la eficacia de la firma en términos de costes: si los costes bajan, los costes variables disminuyen y eso puede repercutirse en la bajada de los precios. Además, si las empresas fusionan tecnologías complementarias, por ejemplo dos empresas farmacéuticas que tienen dos carteras de patentes muy complementarias pueden, mediante esta fusión, inventar nuevos productos, y estos productos beneficiarán a los consumidores.

1.1.1.2 Adquisición del control

1.1.1.2.1 Concepto de control

El Artículo 3, apartado 1, letra b), establece que se produce una concentración cuando existe una adquisición del control. Este control puede adquirirlo una sola empresa o varias empresas conjuntamente.

Asimismo, puede adquirir el control una persona que ya controla (sola o conjuntamente) al menos una empresa, o un conjunto de personas (que ya controlan otra empresa) y empresas. El término "persona" en este contexto engloba organismos públicos, entidades privadas y personas físicas. Respecto a las adquisiciones de control por parte de personas físicas, sólo se considerará que producen un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas si dichas personas físicas realizan otras actividades económicas por su cuenta o si controlan al menos otra empresa¹³.

El control lo adquieren normalmente personas o empresas titulares de los derechos o autorizadas a ejercer derechos que confieren control por vía contractual (Artículo 3, apartado 3, letra a). No obstante, también hay situaciones excepcionales en las que el titular legítimo de una participación de control no es la misma persona o empresa que tiene el poder real para ejercer los derechos resultantes de su participación.

Esto ocurre, por ejemplo, cuando una empresa se vale de otra persona o empresa para adquirir una participación de control y tiene la facultad de ejercer los derechos que confieren el control a través de dicha persona o empresa, es decir, esta última es la titular legítima de los derechos, aunque actúa como un mero instrumento. En este caso, el control lo adquiere la empresa que está detrás de la operación y que tiene de hecho el poder de controlar la empresa objeto de la operación (Artículo 3, apartado 3, letra b).

El Tribunal de Primera Instancia concluyó de esta disposición que el control ostentado por sociedades mercantiles puede imputarse a sus accionistas únicos, mayoritarios o que ejercen el control conjunto de la empresa puesto que estas sociedades mercantiles siguen en todo caso las decisiones de estos accionistas¹⁴.

¹³ Asunto IV/M.82 - Asko/Jakobs/Adia, de 16 de mayo de 1991, que incluye a un particular como empresa afectada; Asunto COMP/M.3762 - Apax/Travellex, de 16 de junio de 2005, en el que un particular que adquiría el control conjunto no se consideró empresa afectada.

¹⁴ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02, Cementbouw/Comisión, apartado 72, Rec. 2006, p. II-319.

Una participación de control detentada por diversas entidades en un grupo normalmente se asigna a la empresa que ejerce el control sobre los diferentes titulares legítimos de los derechos. En otros casos, entre las pruebas necesarias para demostrar la existencia de este tipo de control indirecto cabe incluir, por si mismos o en conjunto y para ser evaluados en cada caso, factores como participaciones, relaciones contractuales, fuente de financiación o vínculos familiares¹⁵.

El Artículo 3, apartado 2, del Reglamento de concentraciones define el control como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa. No es necesario, por tanto, probar que realmente se ejerce o se ejercerá la influencia decisiva. No obstante, la posibilidad de ejercer dicha influencia debe ser real. El Artículo 3, apartado 2, dispone también que la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa puede resultar de los derechos, contratos u otros medios, por si mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho pertinentes. Una concentración, por tanto, puede asentarse sobre una base *de facto* o *de iure*, adoptar la forma de control exclusivo o control conjunto y abarcar la totalidad o una parte de una o varias empresas (véase el Artículo 3, apartado 1, letra b).

El Reglamento de concentraciones establece en el Artículo 3, apartado 1, letra b), y en el apartado 2 que el objeto del control puede ser la totalidad o parte de una o varias empresas que constituyen entidades con personalidad jurídica, o los activos de dichas entidades, o sólo algunos de estos activos. La adquisición del control sobre los activos también puede considerarse una concentración si dichos activos constituyen la totalidad o una parte de la empresa, es decir, una actividad con presencia en el mercado, a la que puede asignarse claramente un volumen de negocios de mercado¹⁶. La transferencia de una base de clientes puede cumplir estos criterios si es suficiente para transferir una actividad con un volumen de negocios de mercado. Una operación que se limite a activos inmateriales tales como marcas, patentes o derechos de autor podría también considerarse una concentración si dichos activos constituyen una actividad con un volumen de negocios. En cualquier caso, la transferencia de licencias de marcas, patentes o derechos de autor, sin otros activos, sólo puede cumplir estos criterios si las licencias son exclusivas al menos en un determinado territorio y la transferencia de las mismas transfiriera la actividad que genera el volumen de negocios. Por lo que se refiere a las licencias no exclusivas, puede descartarse que constituyan en sí mismas una actividad a la que asigna un volumen de negocios.

Por otra parte, el Artículo 3, apartado 1, del Reglamento de concentraciones define el concepto de concentraciones de tal manera que sólo se refiere a las operaciones si éstas producen un cambio duradero en el control de la empresa en cuestión y, como añade el considerando 20, en la estructura del mercado. El Reglamento no trata, por tanto, las operaciones que sólo producen un cambio temporal de control. No obstante, un cambio de

¹⁵Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

¹⁶ Véase, por ejemplo, el asunto COMP/M.3867 - Vattenfall/Elsam y E2 Assets, de 22 de diciembre de 2005.

control duradero no queda excluido por el hecho de que los acuerdos subyacentes se celebren por un periodo definido de tiempo, siempre que dichos acuerdos sean renovables. Puede producirse una concentración en casos en los que los acuerdos contemplen una fecha final definida, si el periodo previsto es suficientemente largo para dar lugar a un cambio duradero en el control de la empresa en cuestión¹⁷.

Con arreglo al Reglamento de concentraciones, el concepto de concentración se limita a cambios en la estructura de control. Una reestructuración interna de un grupo de empresas no constituye una concentración. Esto se aplica, por ejemplo, a los incrementos en las participaciones empresariales que no vayan acompañados de cambios en el control o a operaciones de reestructuración tales como la fusión de una compañía de doble cotización en una única entidad jurídica o una fusión de filiales. Una concentración sólo podrá producirse si la operación provoca un cambio en la naturaleza del control de una empresa y, por tanto, ya no es puramente interna.

1.1.1.2.2 Control exclusivo

Se adquiere el control exclusivo cuando una empresa en solitario puede ejercer influencia decisiva sobre otra empresa. Puede distinguirse dos situaciones generales en las que una empresa tiene el control exclusivo. En la primera, la empresa que controla en solitario goza de poder para determinar las decisiones de estrategia competitiva de la otra empresa. En general, este poder se logra mediante la adquisición de una mayoría de los derechos de voto en una compañía. En la segunda, también se da una situación que confiere el control exclusivo cuando un solo accionista puede vetar las decisiones estratégicas de una empresa, pero no puede por sí solo imponer dichas decisiones (el denominado control exclusivo negativo). En este caso, un único accionista posee el mismo nivel de influencia que tiene generalmente un accionista que controla conjuntamente una empresa, es decir, el poder de bloquear la adopción de decisiones estratégicas. A diferencia de lo que sucede en una empresa controlada conjuntamente, no hay otros accionistas con el mismo nivel de influencia y el accionista que goza del control exclusivo negativo no necesariamente tiene que cooperar con otros accionistas específicos para determinar el comportamiento estratégico de la empresa controlada. Dado que este accionista puede crear una situación de bloqueo, el accionista adquiere una influencia decisiva según el Artículo 3, apartado 2, y, por tanto, el control con arreglo al Reglamento de concentraciones. El control exclusivo puede adquirirse *de jure* o *de facto*.

En el plano jurídico, normalmente se adquiere el control exclusivo cuando una empresa adquiere la mayoría de los derechos de voto de una sociedad. De no existir otros elementos, una adquisición que no lleva aparejada la mayoría de los derechos de voto no confiere generalmente el control, aunque suponga la adquisición de una participación mayoritaria. Cuando los estatutos de la compañía requieran una mayoría cualificada para

¹⁷ En el asunto COMP/M.3858 - Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien, de 20 de julio de 2005, la Comisión consideró suficiente un periodo mínimo de 10-15 años, pero no un periodo definido de tiempo y, por tanto, se considera que provoca un cambio de control duradero.

adoptar decisiones estratégicas, la adquisición de una mayoría simple de derechos de voto podría no conferir el poder de determinar decisiones estratégicas, pero podría ser suficiente para dar al adquirente un derecho de bloqueo y, por tanto, el control negativo.

Aun cuando se trate de una participación minoritaria, el control exclusivo puede producirse en el plano jurídico en los casos en los que esta participación conlleve derechos específicos. Dichos derechos pueden consistir en acciones preferentes que conlleven derechos especiales que permitan al accionista minoritario determinar la estrategia competitiva de la empresa afectada como, por ejemplo, el poder de nombrar a más de la mitad de los miembros de los consejos de administración o de vigilancia. El control exclusivo también puede ser ejercido por un accionista minoritario que tenga el derecho de gestionar las actividades de la empresa y de determinar su política comercial basándose en su estructura organizativa (por ejemplo, como un socio colectivo en una sociedad comanditaria que a menudo no tiene siquiera una participación).

Una situación típica de control exclusivo negativo se produce cuando un accionista posee el 50% de una empresa mientras que el 50% restante pertenece a varios accionistas (suponiendo que no dé lugar al control exclusivo positivo *de facto*) o cuando existe una mayoría cualificada necesaria para adoptar decisiones estratégicas que confiere de hecho un derecho de veto a uno solo de los accionistas, independientemente de que sea un accionista mayoritario o minoritario¹⁸.

Un accionista minoritario también puede ejercer el control exclusivo *de facto*. Este es el caso, en particular, cuando es muy probable que el accionista obtenga la mayoría en las juntas de accionistas, dado su número de acciones y la presencia de accionistas en las juntas en años anteriores. Basándose en comportamientos anteriores en las votaciones, la Comisión llevará a cabo un análisis prospectivo y tomará en cuenta los cambios previsibles en cuanto a la presencia de accionistas que podrían producirse en el futuro a raíz de la operación. La Comisión analizará además la posición de otros accionistas y evaluará su papel. Los criterios para dicha evaluación son principalmente si las acciones restantes están muy repartidas, si otros accionistas importantes tienen vínculos estructurales, económicos o familiares con el gran accionista minoritario o si otros accionistas tienen un interés estratégico o puramente financiero en la empresa objetivo; estos criterios se evaluarán caso por caso. Cuando, basándose en su número de acciones, la tendencia histórica del voto en las juntas de accionistas y la posición de otros accionistas, sea probable que un accionista minoritario disponga de una mayoría estable de los votos en la junta de accionistas, se considera que ejerce el control exclusivo.

Una opción de compra o de conversión de acciones no puede por sí misma conferir el control exclusivo a no ser que se ejerza en un futuro próximo en virtud de acuerdos

¹⁸ Véanse los asuntos consecutivos COMP/M.3537 - BBVA/BNL, de 20 de agosto de 2004, y COMP/M.3768 - BBVA/BNL de 27 de abril de 2005. En el asunto COMP/M.3876 - Diester Industrie/Bunge/JV, de 30 de septiembre de 2005, se daba la circunstancia específica de que una empresa en participación tenía una participación en una compañía que le otorgaba el control exclusivo negativo sobre dicha compañía.

jurídicamente vinculantes¹⁹. No obstante, en circunstancias excepcionales, una opción, junto con otros elementos, podría llevar a la conclusión de que existe control exclusivo *de facto*.

En el Asunto *Ryanair*, la Comisión ha considerado que “una participación minoritaria del 25,17% no confiere a Ryanair el control, *de iure* o *de facto*, de Aer Lingus en el sentido del Artículo 3, apartado 2, del Reglamento de concentraciones. Si bien determinadas circunstancias, una participación minoritaria puede conducir al ejercicio del control, la Comisión no dispone de ningún indicio de que tales circunstancias concurren en el caso de autos. De hecho, según la información de que dispone la Comisión, los derechos de Ryanair como accionista minoritario (en particular, el derecho de bloquear lo que en el Derecho de sociedades irlandés se conoce como "acuerdos extraordinarios") están exclusivamente vinculados a los derechos relativos a la protección de los accionistas minoritarios. Ahora bien, tales derechos no confieren el control en el sentido del Artículo 3, apartado 2, del Reglamento de concentraciones. Además, ni siquiera la propia Aer Lingus parece dar a entender que esa participación minoritaria podría conducir a que Ryanair la controlase y no aportó a la Comisión pruebas que indicasen de la existencia de tal control²⁰.”

1.1.1.2.3 Control conjunto

Existe control conjunto cuando dos o más empresas o empresas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa. En este contexto, "influencia decisiva" significa la capacidad de bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa. A diferencia del control exclusivo que concede a un accionista dado el poder de determinar las decisiones estratégicas de una empresa, el control conjunto se caracteriza por la posibilidad de llegar a una situación de bloqueo a causa de la facultad que tienen las dos o más empresas matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas. Como consecuencia, estos accionistas deben llegar a un acuerdo para establecer la política comercial de la empresa en participación y se ven obligados a cooperar.

Como en el caso del control exclusivo, la adquisición del control conjunto puede también establecerse *de iure* o *de facto*. Existe control conjunto cuando los accionistas (las empresas matrices) deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa controlada (la empresa en participación).

La forma más clara de control conjunto se da cuando hay sólo dos empresas matrices que se reparten a partes iguales los derechos de voto de la empresa en participación. En este caso no es preciso que exista entre ellas un acuerdo formal. Sin embargo, cuando exista dicho acuerdo, deberá ser conforme al principio de igualdad de las empresas matrices,

¹⁹ Sentencia en el asunto T-2/93, *Air France/Comisión*. Rec. 1994, p. II-323. Aun cuando una opción normalmente por sí misma no da lugar a una concentración, puede tenerse en cuenta para la evaluación sustantiva en una concentración, véase el asunto COMP/M.3696 - E.ON/MOL, de 21 de diciembre de 2005, apartados 12-14, 480, 762 y ss.

²⁰ Asunto C (2007) 4600, del 11 de octubre de 2007, *Ryanair/Aer Lingus*, por la que se denegó la solicitud de la Aer Lingus de incoación de un procedimiento con arreglo al Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, y de adopción de medidas provisionales al amparo del Artículo 8, apartado 5, de dicho Reglamento, apartado 11.

estableciendo, por ejemplo, que cada una de ellas tiene derecho al mismo número de representantes en los órganos de administración y que ningún miembro posee un voto de calidad. También hay igualdad cuando ambas empresas tienen derecho a designar un número igual de miembros en los órganos decisorios de la empresa en participación.

El control puede ser conjunto aun cuando no exista igualdad entre las dos empresas matrices en lo referente a los votos o a la representación en los órganos decisorios o cuando haya más de dos empresas matrices. Este es el caso cuando los accionistas minoritarios tienen derechos suplementarios que les permiten vetar decisiones capitales para la estrategia competitiva de la empresa en participación. Estos derechos de veto pueden figurar en los estatutos de la empresa en participación o serles conferidos mediante acuerdo entre las empresas matrices y pueden ejercerse cuando se requiera un quórum específico para adoptar ciertas decisiones en la junta de accionistas o en el consejo de administración, siempre que las empresas matrices estén representadas en él. También es posible que las decisiones estratégicas estén sujetas a la aprobación de un órgano determinado (por ejemplo, el consejo de vigilancia) en el que los accionistas minoritarios están representados y sean necesarios para lograr el quórum exigido para adoptar dichas decisiones.

Los derechos de veto deben referirse a las decisiones estratégicas sobre la política comercial de la empresa en participación y deben ser más completos que los derechos de veto generalmente concedidos a los accionistas minoritarios a fin de proteger sus intereses financieros como inversores de la empresa en participación. Esta protección normal de los derechos de los accionistas minoritarios guarda relación con las decisiones que afectan a la esencia misma de la empresa en participación: modificaciones de los estatutos, aumento o reducción del capital o liquidación. Un derecho de veto que, por ejemplo, impide la venta o el cierre de la empresa en participación, no confiere el control conjunto al accionista minoritario afectado.

Aun cuando no existan derechos de veto específicos, dos o más empresas que adquieran participaciones minoritarias de otra empresa pueden adquirir el control conjunto. Puede ser el caso cuando la suma de participaciones minoritarias constituya el medio de controlar la empresa en cuestión. Esto significa que los accionistas minoritarios poseen, juntos, la mayoría de los derechos de voto y que los ejercerán conjuntamente. Puede ser el resultado de un acuerdo jurídicamente vinculante o puede establecerse *de facto*.

El medio jurídico para garantizar el ejercicio común de los derechos de voto puede revestir la forma de una sociedad de cartera (controlada conjuntamente), a la que los accionistas minoritarios ceden sus derechos, o de un acuerdo en que éstos se comprometen a actuar del mismo modo (acuerdo de consorcio o *pooling agreement*).

1.1.1.3 El caso particular de las empresas en participación

El Artículo 3, apartado 1, letra b), dispone que se considerará que se produce una concentración cuando se adquiere el control por una o varias empresas sobre la totalidad o

partes de otra empresa. La nueva adquisición de otra empresa por varias empresas que ejercen el control conjuntamente constituye, por tanto, una concentración con arreglo al Reglamento de concentraciones. Como en el caso de la adquisición del control exclusivo de una empresa, esa adquisición de control conjunto producirá un cambio estructural en el mercado aun cuando, según los planes de las empresas adquirentes, la empresa adquirida ya no se consideraría una empresa con plenas funciones tras la transacción (por ejemplo, porque en un futuro venderá exclusivamente a las empresas matrices). Así, una transacción en la que participen diversas empresas que adquieren a terceros el control conjunto de otra empresa o partes de otra empresa constituirá una concentración con arreglo al Artículo 3, apartado 1, sin que sea necesario considerar el criterio de plenas funciones.

El Artículo 3, apartado 4, dispone además que la creación de una empresa en participación, que realice con carácter permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma (las denominadas empresas en participación con plenas funciones) constituya una concentración con arreglo al Reglamento de concentraciones. El criterio de plenas funciones delimita, por tanto, la aplicación del Reglamento de concentraciones en el caso de creación de empresas en participación por las partes, independientemente de si tal empresa en participación se crea a partir de cero o si las partes aportan a la empresa en participación activos que anteriormente poseían individualmente. En estas circunstancias, la empresa en participación debe cumplir el criterio de plenas funciones para constituir una concentración.

El hecho de que una empresa en participación pueda ser una empresa con plenas funciones y por lo tanto, desde el punto de vista funcional, económicamente independiente, no significa que disfrute de autonomía en lo que se refiere a la adopción de sus decisiones estratégicas. De lo contrario, una empresa controlada conjuntamente nunca podría ser considerada una empresa en participación con plenas funciones y, por consiguiente, nunca podría cumplir la condición establecida en el Artículo 3, apartado 4. Por tanto, para cumplir el criterio de plenas funciones basta con que la empresa en participación sea autónoma desde el punto de vista funcional.

Ser una empresa con plenas funciones significa esencialmente que la empresa en participación ha de poder operar en un mercado y desempeñar todas las funciones que normalmente desarrollan las empresas presentes en dicho mercado. Para ello, la empresa en participación ha de disponer de una dirección dedicada a las operaciones diarias y de acceso a suficientes recursos financieros, humanos y activos (materiales e inmateriales), para desarrollar una actividad empresarial de forma duradera en el ámbito previsto en el acuerdo que rige la empresa en participación²¹. No es necesario que el personal esté empleado por la propia empresa en participación. Si es lo habitual en el sector en el que opera la empresa, puede ser suficiente con que organicen el personal terceros mediante un acuerdo operativo o proporcione el personal una empresa de empleo temporal. La puesta a disposición de personal por parte de las sociedades matrices puede también ser suficiente si se hace solamente durante

²¹ Asunto IV/M.527 - Thomson CSF/Deutsche Aerospace, de 2 de diciembre de 1994, Derechos de propiedad intelectual.

el periodo inicial o si la empresa en participación trata con las sociedades matrices en los mismos términos que con terceros. Este último caso requiere que la empresa en participación trate con las matrices sin concederse favores de acuerdo con unas condiciones comerciales normales y que la empresa en participación sea asimismo libre de contratar a sus propios empleados o de conseguir personal a través de terceros.

Una empresa en participación no desempeña funciones plenas si asume únicamente una función concreta dentro de las actividades empresariales de las empresas matrices, sin tener acceso o presencia propios en el mercado. Es el caso de las empresas en participación que se dedican exclusivamente a I+D o a la producción. Este tipo de empresas en participación son auxiliares respecto de las actividades de las matrices. Es también el caso de las empresas en participación cuyas actividades se limitan esencialmente a la distribución o la venta de los productos de sus matrices, por lo que actúan principalmente como distribución o ventas de una o varias de las empresas matrices no implica necesariamente que carezca de plenas funciones, siempre que las matrices actúen exclusivamente como agentes de la empresa en participación.

Además, la empresa en participación ha de proyectarse con carácter permanente. Suele cumplirse este requisito cuando las matrices asignan a la empresa en participación los recursos descritos anteriormente. Además, en los acuerdos de creación de la empresa en participación se contempla a menudo la posibilidad de que surjan imprevistos, como el fracaso de la empresa o un conflicto entre las matrices sobre aspectos fundamentales. Para hacer frente a estas eventualidades, se pueden incorporar cláusulas sobre la disolución de la empresa en participación o sobre la retirada de una o varias de las matrices de la misma. Este tipo de cláusulas no es óbice para que se considere que la empresa en participación se haya proyectado con carácter permanente. Lo mismo puede decirse de los acuerdos en los que se establece el periodo de duración de la empresa en participación, siempre que dicho periodo sea lo bastante extenso para que se produzca un cambio duradero de la estructura de las empresas afectadas²², o cuando el acuerdo prevé que la empresa en participación pueda seguir existiendo después de dicho periodo. Por el contrario, no se considerará que la empresa en participación funcione con carácter permanente si se crea con una duración determinada y breve. Es el caso de las empresas en participación creadas para un proyecto concreto, como la construcción de una central eléctrica, pero que no intervendrán en el funcionamiento de la central una vez construida.

1.1.2 Dimensión comunitaria

Como regla general, el Reglamento de concentraciones será aplicable a aquellas modificaciones estructurales importantes cuyo efecto en el mercado se extienda más allá de las fronteras nacionales de un Estado miembro (principio de “ventanilla única”). De este

²² Véase el asunto COMP/M.2903 - DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, de 30 de abril de 2003, en el que se consideró suficiente un periodo de 12 años; Asunto COMP/M.2632 - Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, de 11 de febrero de 2002, con un contrato de 8 años de duración.

modo, las concentraciones no cubiertas por el mencionado Reglamento serán, en principio, competencia de los Estados miembros. Para determinar con exactitud cuáles son las concentraciones a las que resulta aplicable el Reglamento, conviene definir su ámbito de aplicación en función de la extensión geográfica de la actividad de las empresas afectadas y limitarlo mediante umbrales cuantitativos a fin de cubrir aquellas concentraciones que revistan dimensión comunitaria.

1.1.2.1 Los umbrales aplicables al control comunitario de concentraciones

Un doble criterio define las operaciones a las que se aplica el Reglamento de concentraciones. Por una parte, la operación debe ser una concentración a efectos de lo dispuesto en el Artículo 3. Por otra, el Artículo 1 contempla los umbrales de volumen de negocios, cuyo objeto es determinar qué operaciones tienen consecuencias para la Comunidad y pueden, por tanto, considerarse de "dimensión comunitaria". El volumen de negocios se considera representativo de los recursos económicos combinados en una concentración y se determina geográficamente con el fin de reflejar la distribución geográfica de estos recursos.

El Artículo 1 contempla dos grupos de umbrales para determinar si la operación tiene dimensión comunitaria. El Artículo 1, apartado 2, establece tres criterios distintos: el umbral del volumen de negocios a nivel mundial tiene por objeto establecer la dimensión global de las empresas afectadas; el volumen de negocios realizado en la Comunidad está orientado a determinar si la concentración implica un mínimo de actividad a escala comunitaria; y la norma de los dos tercios está destinada a excluir del ámbito de competencia comunitario las operaciones de carácter puramente nacional.

El segundo grupo de umbrales, contemplado en el Artículo 1, apartado 3, está pensado para tratar las operaciones de concentración que, si bien no alcanzan una dimensión comunitaria, en virtud del Artículo 1, apartado 2, si tendrían un impacto sustancial en al menos tres Estados miembros y darían lugar a notificaciones múltiples de conformidad con las normas nacionales sobre competencia de dichos Estados miembros. A estos efectos, el Artículo 1, apartado 3, establece unos umbrales de volumen de negocios inferiores, tanto a nivel mundial como comunitario, y un nivel mínimo de actividades de las empresas afectadas, en conjunta e individualmente, en al menos tres Estados miembros²³. Al igual que el Artículo 1, apartado 2, el apartado 3 del mismo Artículo contiene también una regla de tres tercios que excluye las concentraciones predominantemente nacionales.

La finalidad de los umbrales es determinar la jurisdicción competente, y no evaluar la posición en el mercado de las partes que intervienen en la operación, ni las repercusiones de la misma. Así pues, se establece teniendo en cuenta el volumen de negocio realizado en todos los sectores de actividad de las partes - y, por tanto, todos los recursos movilizados -, y no únicamente el realizado en los sectores directamente afectados por la concentración. Los umbrales son puramente cuantitativos, al estar basados exclusivamente en el volumen de negocios y no en cuotas de mercado u otros criterios. Su objetivo es fijar un mecanismo

²³ Véase Decisión de la Comisión, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439 - Ryanair/Aer/Lingus.

sencillo y objetivo, que puedan utilizar fácilmente las empresas que intervengan en operaciones de concentración para determinar si dichas operaciones tienen una dimensión comunitaria y están, por tanto, sujetas a notificación.

1.1.2.2 Volumen de negocios

El concepto de volumen de negocios utilizado en el Artículo 5 del Reglamento de concentraciones comprende "los importes resultantes del venta de productos y de la prestación de servicios...". Estos importes generalmente figuran en las cuentas de las empresas en el epígrafe "ventas". Cuando se trata de productos, la determinación del volumen de negocios no reviste dificultad, ya que basta con delimitar todo acto mercantil que implique transmisión de propiedad.

En el caso de los servicios, el método de cálculo del volumen de negocios en general no difiere del utilizado cuando se trata de productos: en ambos casos, la Comisión toma en consideración el importe total de las ventas. No obstante, el cálculo de los importes resultantes de la prestación de servicios puede ser más complejo ya que depende del servicio exacto prestado y de los acuerdos jurídicos y económicos subyacentes en el sector en cuestión. Cuando una empresa presta todo el servicio directamente a su cliente, el volumen de negocios de la empresa está representado por el importe total de las ventas de prestaciones de servicios del último ejercicio.

El Artículo 5, apartado 1, dispone que los importes que han de tenerse en cuenta para calcular el volumen de negocios deberán corresponder a las "actividades ordinarias" de las empresas afectadas. Este volumen de negocios es el obtenido de la venta de productos o de la prestación de servicios en el normal desarrollo de la actividad. En general, excluye aquellas partidas que figuran en los epígrafes "ingresos financieros" o "ingresos extraordinarios" en las cuentas de la empresa. Tales ingresos extraordinarios pueden proceder de la venta de actividades o de activos fijos. Sin embargo, las cuentas de la empresa no delimitan necesariamente los ingresos resultantes de actividades ordinarias de la forma requerida a efectos de calcular el volumen de negocios con arreglo al Reglamento de concentraciones. En algunos casos, la denominación de las partidas en la contabilidad tal vez deba adaptarse a los requisitos del Reglamento de concentraciones²⁴.

El volumen de negocios que se toma en consideración es "neto", previa deducción de una serie de elementos mencionados expresamente en el Reglamento de concentraciones. Con ello, se pretende depurar el volumen de negocios, de manera que refleje el verdadero poder económico de la empresa.

El Artículo 5, apartado 1, prevé la "deducción de los descuentos sobre ventas, así como del impuesto sobre el valor añadido y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios". Por "descuentos sobre ventas", se entenderá el conjunto de rebajas,

²⁴ En el asunto IV/M.126 - Accor/Wagons-Lits, de 28 de abril de 1992, la Comisión consideró determinados ingresos procedentes de actividades de alquiler de coches como procedentes de actividades ordinarias aunque figuraran en la partida "Otros productos de explotación" de la cuenta de resultado de Wagons-Lits.

reducciones o bonificaciones concedidas por la empresa a sus clientes y que tienen un reflejo directo en el importe de las ventas. En lo que respecta a la deducción de los impuestos y gravámenes, el Reglamento de concentraciones se refiere al IVA y otros "impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios". El concepto de "impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios" remite a la fiscalidad indirecta relacionada con el volumen de negocios, como, por ejemplo, los impuestos sobre las bebidas alcohólicas y el tabaco.

La Comisión se propone basar su trabajo en los datos más exactos y fiables de cuantos estén disponibles. Como norma general, la Comisión se referirá a la contabilidad correspondiente al ejercicio más próximo a la fecha en que se haya realizado la transacción, auditada según la norma aplicable a la empresa en cuestión y obligatoria para el ejercicio correspondiente. Sólo deberá hacerse un ajuste de las cuentas auditadas si así lo exigen las disposiciones del Reglamento de concentraciones. La Comisión es reacia a utilizar cuentas de gestión o cualquier otro tipo de cuentas provisionales, salvo en circunstancias excepcionales. Cuando la operación de concentración tenga lugar durante los primeros meses del año y no se disponga de cuentas auditadas del ejercicio más reciente, se tendrán en cuenta los datos correspondientes al ejercicio anterior. En el caso de que existan diferencias importantes entre las dos series de cuentas, debido a cambios importantes y permanentes en la empresa afectada y, sobre todo, cuando el consejo de administración haya aprobado el último borrador de las cuentas del ejercicio más reciente, la Comisión puede optar por utilizarlas.

Los umbrales relativos al volumen de negocios comunitario y por el Estado miembro del Artículo 1, apartados 2 y 3, pretenden señalar aquellos casos cuyo volumen de negocios realizado dentro de la Comunidad es lo bastante importante para resultar de interés comunitario y reviste carácter esencialmente transfronterizo. La determinación de los umbrales exige que el volumen de negocios se asigne geográficamente a la Comunidad y a Estados miembros individuales. Dado que las cuentas auditadas no suelen incluir un desglose territorial tal y como dispone el Reglamento de concentraciones, la Comisión se basará en los datos que estime más adecuados de los facilitados por las empresas. El Artículo 5, apartado 1, párrafo segundo, dispone que la localización del volumen de negocios estará determinada por la del cliente en el momento de la transacción: "El volumen de negocios realizado en la Comunidad o en un Estado miembro incluirá los productos vendidos y los servicios prestados a empresas o consumidores, bien en la Comunidad, bien en dicho Estado miembro".

1.1.2.3 Disposiciones aplicables a entidades de crédito y otras entidades financieras y compañías de seguros

Dada la naturaleza específica del sector, el Artículo 5, apartado 3, contiene normas específicas para el cálculo del volumen de negocios de las entidades de crédito y otras entidades financieras así como de las compañías de seguros.

Para definir los términos "entidades de crédito y otras entidades financieras" con arreglo al Reglamento de concentraciones, la Comisión ha solido utilizar las definiciones

facilitadas en la normativa europea sobre el sector bancario. La Directiva relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio dispone lo siguiente:

- “entidad de crédito: una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia”,
- “entidad financiera: una empresa distinta de una entidad de crédito, cuya actividad principal consiste en adquirir y tener participaciones o en ejercer una o varias actividades de las que se enumeran en los apartados 2 a 12 del anexo I”.

Por consiguiente, entidades financieras con arreglo al Artículo 5, apartado 3, del Reglamento de concentraciones son, por una parte, las sociedades de cartera y, por otra, las empresas que desarrollan con regularidad, como actividad principal, una o más de las mencionadas expresamente en los apartados 2 a 12 del anexo de la Directiva bancaria. Entre tales actividades, cabe citar: préstamos, arrendamiento financiero, operaciones de pago, emisión y gestión de medios de pago, garantías y avales.

El Artículo 5, apartado 3, expone los métodos para el cálculo del volumen de negocios de las entidades de crédito y otras entidades financieras, así como de las compañías de seguros.

La aplicación del criterio de los ingresos bancarios para determinar el volumen de negocios a escala mundial de las entidades de crédito y otras entidades financieras (que no sean sociedades financieras de cartera) no plantea, en general, dificultades.

Para la asignación geográfica del volumen de negocios a la Comunidad y a Estados miembros concretos, se aplica la disposición específica del Artículo 5, apartado 3, letra a), párrafo segundo, que precisa que el volumen de negocios se imputará a la sucursal o división de la entidad radicada en la Comunidad o en el Estado miembro que recibe el ingreso.

Una empresa que se dedica como actividad principal al arrendamiento financiero es una entidad financiera a efectos del Artículo 5, apartado 3, letra a), y su volumen de negocios se calculará con arreglo a las normas específicas de dicha disposición. Deben tomarse en cuenta todos los pagos relacionados con contratos de arrendamiento financiero, salvo los pagos correspondientes a su amortización; no se tendrán en cuenta las ventas de pagos de futuros arrendamientos al inicio del contrato a efectos de refinanciación. Las actividades de arrendamiento operativo, sin embargo, no figuran entre las actividades de las entidades financieras, y, por tanto, se aplican las normas generales sobre el cálculo del volumen de negocios del Artículo 5, apartado 1.

Para medir el volumen de negocios de las compañías de seguros, el Artículo 5, apartado 3, letra b), del Reglamento de concentraciones dispone que se tomen en cuenta las primas brutas emitidas. Primas brutas emitidas son la suma de las primas cobradas, incluidas todas las primas de reaseguro cobradas, si la empresa afectada opera en dicho ámbito. Las primas de reaseguro cedidas, esto es, todo importe pagado o pendiente de pago por la empresa

afectada para obtener cobertura de reaseguro, son sólo costes relativos a la prestación de cobertura de seguro y no se deducirán de las primas brutas emitidas.

Las primas que se tendrán en cuenta hacen referencia no sólo a las vinculadas a nuevos contratos de seguro celebrados durante el ejercicio considerado, sino también a las vinculadas a contratos suscritos en ejercicios precedentes y aun vigentes durante el periodo de que se trate.

Con objeto de constituir las oportunas reservas que permitan hacer frente a la liquidación de siniestros, las compañías de seguros suelen poseer una cartera de inversiones en acciones, títulos de renta fija, terrenos y construcciones y otros activos generadores de rendimientos anuales. Los rendimientos anuales procedentes de estas fuentes no se consideran volumen de negocios de las compañías de seguros con arreglo al Artículo 5, apartado 3, letra b). No obstante, hay que distinguir entre las inversiones puramente financieras, que no confieren los derechos y poderes especificados en el Artículo 5, apartado 4, a las compañías de seguros en las empresas en las que se realiza la inversión, y aquellas inversiones que dan lugar a la adquisición de una participación que cumple los criterios expuestos en el Artículo 5, apartado 4, letra b). En este último caso, se aplica el Artículo 5, apartado 4, del Reglamento de concentraciones y el volumen de negocios de esta empresa debe ser añadido al volumen de negocios de la compañía de seguros, calculado con arreglo al Artículo 5, apartado 3, letra b), para determinar los umbrales establecidos en el Reglamento de concentraciones.

Al tratarse de "otras entidades financieras" según el Artículo 5, apartado 3, letra a), del Reglamento de concentraciones, el volumen de negocios de una sociedad financiera de cartera debe calcularse con arreglo a las normas específicas de dicha disposición. No obstante, como ya se ha mencionado para el caso de las compañías de seguros, el Artículo 5, apartado 4, se aplica a aquellas participaciones que cumplan los criterios expuestos en el Artículo 5, apartado 4, letra b). Así, el volumen de negocios de una sociedad financiera de cartera se calculará básicamente de conformidad con el Artículo 5, apartado 3, pero podría ser necesario añadir el volumen de negocios de las empresas incluidas en las categorías del Artículo 5, apartado 4.

En la práctica, se tomará en cuenta en primer lugar el volumen de negocios no consolidado de las sociedades financieras de cartera. Posteriormente se añadirá el volumen de negocios de las empresas tipo Artículo 5, apartado 4, pero deduciendo dividendos y otros ingresos distribuidos por estas empresas a las sociedades de cartera.

1.2 En el sentido del Reglamento n°2/2002/CM/UEMOA

1.2.1 El concepto de concentración

Ya que el objeto del control en cuestión es la concentración, es importante hacer una determinación precisa de esta noción. Este es un paso previo que nos permita tratar las modalidades para determinar la existencia de una concentración y sus características.

1.2.1.1 La asimilación de la concentración al abuso de posición dominante

Una definición clara de la concentración no ha sido proporcionada por el legislador comunitario. Del estudio de su terminología jurídica, esta noción comprende un gran contenido que resulta, en primer lugar, de su diseño económico que hace hincapié en el tamaño de la entidad en cuestión, lo que supone la obtención de una proporción importante en el mercado en el que la empresa opera. Por lo tanto, la atención se centra en el recurso a las operaciones que implican el aumento de la dimensión de estas empresas. Por otra parte, el concepto contiene una connotación jurídica, en referencia a las técnicas de constitución de un grupo de sociedades, ya sea a través de una fusión o de una adquisición de activos en una segunda empresa. Este diseño implica una transferencia de los componentes del patrimonio de la empresa en favor de una o varias terceras empresas. Lo que conlleva la detención de un poder de influencia en, por ejemplo, la marcha de la actividad de la entidad adquirida²⁵.

Teniendo en cuenta estos datos, podemos entender que el concepto de concentración denota la idea de propiedad. Un supuesto que da a pensar que la concentración estudia el incremento de la dimensión o del tamaño, y, por lo tanto, el del poder económico de las empresas. De hecho, la concentración implicando representar el diseño del examen de la estructura de un mercado determinado, sería conveniente que admitir que los cambios duraderos sólo podrían alterar el orden establecido en dicho mercado. En concreto, la concentración implica un cambio de control de la empresa a otros beneficiarios, ya sean conocidos o no.

Y por lo tanto, desde el punto de vista de la reglamentación jurídica de la UEMOA, primero debe tenerse en cuenta que el Reglamento n°02/2002/CM/UEMOA sobre las prácticas comerciales anticompetitivas²⁶ no da una definición precisa del concepto. Este texto sólo se limita a indicar que: “(...) Constituyen una práctica asimilable al abuso de posición dominante las concentraciones que crean o refuerzan una posición dominante, detenida por una o varias empresas, de la que resultaría la obstaculización de manera significativa de una competencia efectiva en el mercado común (...)”.

Así pues, esto significa que la concentración es considerada como una práctica asimilable a un abuso de posición dominante que crea o refuerza una posición dominante. A través de este estudio, se descubre que la determinación de la concentración es idéntica a la noción de posición dominante. Esta última es también el criterio utilizado para definir el control relativo a la prohibición de prácticas del abuso de posición dominante. De hecho, el legislador comunitario ha preferido adoptar un enfoque de uniformidad dictando dentro de las prácticas de abuso de posición dominante las concentraciones. Esta definición de la concentración basada en la posición dominante nos lleva a pensar que, en este marco, lo que es sancionado no es la concentración propiamente dicha, sino la posición dominante que se pone en marcha con ella.

²⁵ TONNANG Edouard GNIMPIEBA, « *La prohibition des pratiques de domination des marchés par les entreprises en Afrique Centrale : entre consécration textuelles et vides jurisprudentiels* », Revue OHADA, 2010.

²⁶ Reglamento n°02/2002/CM/UEMOA, Artículo 4, párrafo 2.

Conviene destacar que lo que justifica la prohibición del abuso de posición dominante, no es el hecho de la posición dominante que está prohibido, sino el abuso que resulta de ello. Sin embargo, cabe subrayar que existe un vínculo entre las dos prácticas, pero hay una línea de demarcación. Si bien la determinación del abuso de posición dominante supone un análisis del mercado y de criterios complementarios, como es el caso de las concentraciones, ello significa, al igual que en los carteles, que la naturaleza del control es la aprensión del estudio de los comportamientos de las empresas. En cuanto a las concentraciones, implican el seguimiento de los resultados en materia de desarrollo de las estructuras de la compañía, es decir, de su tamaño.

El objetivo de las dos prácticas es sancionar el poder económico, pero en este punto, el abuso de posición dominante analizado como un comportamiento unilateral puede ser el comportamiento de una u de varias empresas que posean una posición dominante. Sin embargo, en lo que respecta a la concentración, hay empresas que toman una medida común de modo que influyan en la estructura o la dimensión del mercado. Debido a la naturaleza de la práctica afectada que implica una coordinación de los comportamientos en el abuso de posición dominante, resulta que lo que se considera un comportamiento restrictivo de competencia.

Por otra parte, la noción de empresa, tal como se comprende por el derecho comunitario, entra en el ámbito económico y en el jurídico²⁷. En el espacio UEMOA, resulta que la empresa es definida en función de dos enfoques. El primero basado en un criterio funcional que tiene en cuenta la naturaleza de la actividad que la entidad ejerce, y el otro establecido en el criterio institucional basado en la forma jurídica de la entidad considerada.

En este sentido, el anexo 2 del Reglamento n°03/2002/CM/UEMOA define la empresa como “una organización unitaria de elementos personales, materiales y inmateriales, que ejerce una actividad económica a título oneroso, de manera duradera, independientemente de su estatuto jurídico, público o privado, y de su método de financiación, y que goza de una autonomía de decisión”. Esta precisión se deriva de la definición elaborada, con el transcurso del tiempo, por la jurisprudencia europea. Resulta que la empresa, el actor que ofrece en el mercado (opuesta al solicitante, el consumidor), es una persona física o jurídica. Así, es una entidad que ejerce una actividad económica. Esta noción de “empresa” es la misma que en los casos de cárteles, abuso de posición dominante o en materia de concentración.

Esta concepción amplia de la empresa nos lleva a establecer un concepto que no destaca su naturaleza, a pesar de su estatuto público o privado. Hay que señalar la importancia de las empresas públicas o de las sociedades de economía mixta que ocupen un lugar importante en el panorama económico de los Estados miembros. Estos últimos, teniendo cuenta de la fragilidad de su entramado económico y a pesar de múltiples razones económicas y sociales, han de reunir los medios necesarios para impulsar la actividad económica y la productividad. Así, el legislador comunitario ha prohibido a los Estados miembros de

²⁷ COULIBALY Abou Saïb, « *Le droit de la concurrence de l'Union économique et monétaire ouest africain* », 2003, Revue burkinabé de droit.

desempeñar un papel determinante en las estrategias contrarias a la política de competencia de la UEMOA. Más concretamente, impide la instauración de medidas destinadas a facilitar las prácticas anticompetitivas, incluidas las concentraciones (incluso las que impliquen las empresas públicas). Esta regla se aplica también a las empresas que se benefician de derechos especiales y exclusivos, a las encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, o las que presentan el carácter de monopolio fiscal²⁸ así como hacia las empresas privadas.

La concentración, por el contrario, conduce a “la creación de grupos económicos”²⁹. Por tanto, se encuentra en el marco de grupos de empresas, que es un conjunto de compañías jurídicamente independientes unas de otras, y que son sometidas de hecho a una unidad de decisión económica. El ejemplo más ilustrativo es la relación empresa matriz/filial³⁰, esta última siendo controlada por la primera. El control de una sociedad se evalúa no sólo en términos de participación en el capital social de la empresa controlada, sino también por la detentar efectivamente el poder de decisión en la filial. Lo que se manifiesta, por ejemplo, con la capacidad de ejercer un derecho de voto relativamente importante³¹. Y este paquete está en mejores condiciones para procurarse una fuerza económica debido a la dimensión económica que adquiere posteriormente.

Es preciso reconocer que el recurso a las concentraciones por los grupos de sociedades tiene ventajas por el método de constitución, porque ofrece un ahorro de costes a las entidades constituyentes si deciden pasar de un estado de conjuntos dispersados a una estructura unitaria. Además, las concentraciones permiten facilitar la gestión porque en un grupo de empresas, es más razonable controlar las capacidades de organización y de funcionamiento de tal estructura. Este método de estructuración les permite prevenir los riesgos que pueden presentarse, e incluso anticiparles.

1.2.1.2 Las modalidades de concentraciones

Los modos de concentración definidos en el Reglamento n°02/2002/CM/UEMOA pueden consistir en: “(...)

- a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes;
- b) La operación por la cual una o más empresas que ya controlen al menos una empresa, o una o más empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquieran, directamente o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas.

²⁸ Reglamento n°02/2002/CM/UEMOA, Artículo 6.

²⁹ SAKHO Abdoulaye, *Les groupes de sociétés en Afrique : Droit, pouvoir et dépendance économique*, Paris, Éditions Karthala et Cres, 2010, p.13.

³⁰ OHADA, Acte Uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, adopté le 30 janvier 2014, Articles 179 et 180.

³¹ ANOUHAKA François, CISSE Abdoullah, DIOUF Ndiaw, TOUKAM Josette Nguebou, POUGOUE Paul-Gérard, SAMB Moussa, *Sociétés commerciales et GIE*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 181-192.

c) La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma”³².

Con dicha disposición, se observa que la fusión y la detención de control mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, o mediante la empresa en participación son medios por los cuales esa concentración puede tener lugar.

En este marco, la fusión, expresión básica del cambio de control, es definida en el Artículo 189 AUSCGIE como la operación por la cual dos empresas se reúnen con el objetivo de formar una única entidad. Para ello, se constituye, ya sea por unificación (creación de una nueva entidad), o por absorción. Así, es un proceso que conduce a la desaparición jurídica de al menos una de las empresas para la creación o la transmisión del patrimonio a título universal, en beneficio de una única entidad económica. Puede también ser realizada con una empresa en liquidación, cualquier sea el método utilizado.

Por lo que se refiere a la segunda modalidad de concentración, consiste en una operación de obtención del control de una empresa B por una empresa A que adquiere valores de la sociedad B mediante la toma de participaciones, la compra de elementos del activo, mediante contrato o cualquier otro medio³³. Este control que el proceso concede a su titular es una característica común a las formas de concentración. Incluso la Comisión de la UEMOA considera que el control se deriva de derechos que se presentan ya sea en forma de derecho de propiedad o de disfrute de los bienes bajo tutela, de contratos o de otros medios que confieren al beneficiario la posibilidad de ejercer una influencia determinante. Y esta influencia referida a la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos del beneficiario, puede ponerse de manifiesto mediante el ejercicio de un poder de bloqueo por la empresa que domina o que tiene el control, con el objetivo de rechazar las decisiones estratégicas³⁴. Así, este control consiste en la posible capacidad de beneficiar de un importante dominio de modo que permita a la entidad A ejercer su autoridad. Eso se determina en función de la obtención de la mayoría del capital de la entidad B, empresa bajo tutela, de un importante derecho de voto o del conjunto del activo de esa entidad de tal manera que la situación conduzca a un control único.

En cuanto a la empresa en participación, la Comisión de la UEMOA la determina como “toda empresa sometida a un control ejercido en común por dos o más entidades económicamente independientes unas de otras”³⁵. Eso conlleva el entendimiento de una empresa sometida a dominación de otra empresa que es económicamente independiente. La integración puede abarcar una multitud de prácticas consecutivas a través una participación en el capital de una empresa anteriormente controlada por la otra. Puede también reconocerse en el marco de una aportación efectuada por dos o más empresas de sus actividades existentes a

³² Reglamento n°02/2002/CM/UEMOA, Artículo 4, párrafo 3.

³³ LOM Maly Aboubacry, *Le contrôle des concentrations dans l'espace UEMOA*, Éditions universitaires européennes, 2015.

³⁴ N'gas et Wapco (solicitud de declaración negativa para Bénin y Togo), Asunto n°002/2005/COM/UEMOA, sentencia de la Comisión, 2005, p.8-9 (Affaire Gazoduc).

³⁵ Asunto Gazoduc, II.1.1.

una filial que crean conjuntamente. Además, la empresa en participación puede resultar de la creación de una empresa que debe ejercer actividades que sus matrices no efectuaban antes.

Debemos determinar, por otra parte, no obstante lo que antecede, la existencia o la falta de competencia se basa en el establecimiento de una filial autónoma. Esta entidad ejercerá, en forma sostenible, sus funciones por una o más de las sociedades matrices que la controlan. Aquí, la competencia sólo puede realizarse si la filial común dispone de una autonomía, es decir, si puede reivindicar la propiedad de los medios de su funcionamiento humano, material, financiero, técnico u otros para funcionar en el mercado.

Así, en relación con el asunto *Gazoduc*³⁶ antes citado, la Comisión ha destacado que la empresa en participación creada para orientar o establecer los comportamientos que de ella puedan derivar, será llamada “empresa en participación de carácter cooperativo”. En esta situación, no puede ser considerada como una concentración. Por tanto, es preciso reconocer la importancia de la autonomía que debe caracterizar la empresa en participación es una condición *sine qua non*. Si la filial no es titular de un poder económico capaz de concederla una independencia económica, llevándola a utilizar los medios de sus matrices, no hay concentración.

La detención del control de la empresa bajo tutela y la presencia de una autonomía entre las principales entidades son factores determinantes de las características de una empresa en participación.

La noción de concentración y sus formas así determinadas, hay que destacar que la operación anticompetitiva sólo interesa la competencia si la empresa en cuestión llega a afectar negativamente el mercado de manera significativa. Y la envergadura de tales consecuencias sólo puede medirse mediante una apreciación económica del proyecto de concentración en cuestión.

1.2.2 La evaluación de las operaciones de concentraciones

La restricción a la competencia sólo puede determinarse a partir del estudio del concepto de mercado de referencia combinado con los criterios suplementarios y complementarios para su análisis.

1.2.2.1 Definición del mercado de referencia

La aplicación del control de concentraciones supone que el mercado afectado sea delimitado de manera previa. El estudio de la teoría económica nos enseña que éste consiste en un mercado de bienes y de servicios que incluye la confrontación de la oferta y de la demanda. El derecho de la competencia se ha apropiado esta concepción económica considerando el mercado afectado como “el lugar de confrontación entre la oferta y la demanda de productos o servicios sustituibles entre ellos, y no sustituibles por otros bienes y

³⁶ Véase el Anexo 3: Cuadro de asuntos tratados por la Comisión UEMOA y relativos a las prácticas anticompetitivas.

servicios”³⁷. Eso justifica la definición del mercado afectado en función de la combinación de dos criterios: el mercado afectado de los productos, y el geográfico.

El mercado de productos hace referencia a los “productos y/o servicios que el consumidor considera como intercambiables o sustituibles debido a sus características, sus precios y el uso que se prevea hacer de ellos”³⁸. Serán tenidos en cuenta los factores siguientes: el grado de semejanza entre los productos y/o servicios, la diferencia en el uso final, las diferencias de precios entre dos productos, el coste soportado por el consumidor debido al paso de un producto a otro si se trata de dos productos posiblemente competitivos, las preferencias del consumidor por uno o más productos determinados, así como las clasificaciones obtenidas de productos que evolucionan en tal mercado competitivo. Habida cuenta del lugar de interacción, el mercado de productos así presentado corresponde a productos intercambiables o sustituibles. Eso supone tomar en consideración la demanda de productos identificables y especificados por su naturaleza, en oposición al grado de la magnitud de la necesidad de la persona (el demandante). A estos criterios, podemos añadir la capacidad del consumidor para pasar de un producto a otro. El mercado de productos implica, por tanto, un estudio del conjunto de comportamientos de esa persona *versus* su lealtad a uno o más productos determinados comparados a productos competitivos o no.

Por lo que se refiere al mercado geográfico, el Artículo 88 del Tratado UEMOA hace constar la interdicción del estado de la posición dominante si interviene en el mercado común o en el territorio geográfico de un Estado miembro cualquiera que sea el peso económico de esa entidad. De tal manera que la competencia de la Unión es solicitada cuando la condición incriminada es detectada dentro del mercado común o del marco territorial del mercado interior de un Estado miembro. Resulta que la infracción nacida en estas condiciones citadas será necesariamente juzgada por la autoridad comunitaria³⁹. Esta regla difiere de la que es establecida en el sistema de la Unión Europea que basa la competencia de sus autoridades en la dimensión comunitaria de la operación.

El interés del principio adoptado por el derecho comunitario UEMOA, es que aporta una definición amplia del mercado geográfico, ya que no se prescinde de la posición geográfica o jurídica de las empresas transgresoras. Por consiguiente, el sistema comunitario engloba no sólo los actos de las empresas locales, sino también los de las empresas extranjeras establecidas fuera de los territorios de la Unión, tal y como las multinacionales⁴⁰. Hay que admitir que es un amplio ámbito geográfico que está incluido en el campo de vigilancia de las autoridades de defensa de la competencia en la UEMOA. Estas autoridades definen el ámbito citado como el “territorio en el que las empresas en cuestión contribuyen a la oferta de productos y servicios, que presenta condiciones de competencia suficientemente

³⁷ ARCELLIN Linda, *Droit de la concurrence: les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, Paris, Presses universitaires de Rennes, 2009, p. 49-50.

³⁸ Reglamento n°03/2002/CM/UEMOA, Anexo 1, Nota 4.

³⁹ TSKADI Ayawa Amélia, *De la compétence exclusive de l'Union en droit de la concurrence dans l'espace UEMOA*, Penant 473 - 510, 2010.

⁴⁰ MBACKE Mohamadou Mokhtar, *Introduction au droit de la concurrence des pays de l'UEMOA, dans Mélanges africains*, Études doctrinales OHADA/UEMOA Dakar, EDJA, 2010.

homogéneas y que puede distinguirse de los territorios limítrofes debido al hecho de que las condiciones de competencia son sensiblemente diferentes”⁴¹. En el marco del establecimiento del mercado geográfico, serán tomados en consideración los elementos relativos a la naturaleza y a las características de los productos o de los servicios en cuestión, a la existencia o no de barreras a la entrada, a las preferencias de los consumidores, a las pequeñas diferencias entre las cuotas de mercado y las diferencias de precios, así como los precios del transporte.

Para dar un ejemplo de la competencia amplia de la Unión, vemos la solución escogida por la Comisión en el asunto *Gazoduc*, un caso que implique la construcción, la explotación, el transporte y la venta vía el gasoducto⁴². La explotación del gasoducto implica qué canalizaciones están previstas para transportar el gas natural obtenido a larga distancia mediante gasoductos de alta presión. Entonces, la Comisión que evaluaba las actividades realizadas en el sector del gas natural, ha concluido de eso que el mercado de referencia englobaba las actividades de fases posteriores que eran ejecutadas en beneficio de los consumidores de Benín y de Togo. Para llegar a dicha conclusión, la autoridad ha procedido a una identificación de las actividades correspondientes a fases anteriores y posteriores de las empresas de este sector. A su parecer, las actividades anteriores consistían en la exploración, la búsqueda de nuevas reservas de gas, y en la instalación de las infraestructuras necesarias a la producción de ese gas que comprende la construcción de las plataformas, de los gasoductos y de las terminales. Sobre las actividades posteriores de la construcción del gasoducto, identifica el transporte, el suministro de gas a los consumidores industriales y la producción de la energía⁴³.

1.2.2.2 Los criterios sustanciales de análisis

Una vez que el mercado de referencia es delimitado, constituirá un índice pertinente para la estimación del poder del mercado. Este factor es un paso fundamental en la determinación de las concentraciones, dado que la concentración es asimilada a un abuso de posición dominante debido al enfoque combinatorio adoptado por el legislador comunitario. En el sistema UEMOA, la concentración es definida como una operación que crea o refuerza una posición dominante. Resulta de eso que los criterios de esta última van a jugar, porque la misma estrategia ha sido adoptada por el legislador. La posición dominante es definida como “la situación en la que la empresa tiene la capacidad, en el mercado en cuestión, de sustraerse a una competencia efectiva, de liberarse de los condicionamientos del mercado, desempeñando un papel dirigente”⁴⁴. Para establecer una posición dominante, deben integrarse también el estudio de las cuotas del mercado detenidas por las empresas en cuestión, de las barreras en la entrada, la evaluación de su integración vertical y de su poderío financiero o lo del grupo al que pertenece.

⁴¹ Reglamento n°03/2002/CM/UEMOA, Anexo 1, Nota 4.

⁴² Un gasoducto es una conducción de tuberías que sirven para transportar gases combustibles a gran escala. Es muy importante su función en la actividad económica actual.

⁴³ Asunto *Gazoduc*, préc. Nota 34.

⁴⁴ Reglamento n°03/2002/CM/UEMOA, Anexo 1, Nota 3.

Por lo que se refiere a la determinación de las cuotas del mercado que es una fase fundamental para permitir la cuantificación de la posición dominante de una empresa, es establecida por el análisis de las ventas realizadas por la empresa en cuestión y de las de sus competidores.

En cuanto a las barreras, consisten en obstáculos legislativos y reglamentarios, que resulten de las características propias del funcionamiento del mercado en cuestión. Entre estas características: la complejidad tecnológica propia del mercado de producto que se presenta, la dificultad para obtener las materias primas o para constatar las prácticas restrictivas de competencia de los proveedores que están bien establecidos en el mercado en cuestión. Además de estos indicios citados, podemos añadir la ausencia de competencia potencial debido a obstáculos naturales o financieros, e incluso dificultades de toda índole. Aun la intervención intempestiva de un Estado a favor de una empresa (por ejemplo las sociedades de economía mixta o las empresas públicas en que el Estado tiene bonos de participación en beneficios) constituye algo que puede llamar la atención de las autoridades competentes.

En definitiva, vemos que la UEMOA ha establecido una concepción extensa de la competencia comunitaria, y no ha fijado umbrales para determinarla. Para entender más los criterios que utiliza la Comisión para apreciar una concentración, vamos a ver cómo ha determinado el estado de posición dominante de empresas de los sectores de la almazara y de la jabonería. Para llegar a eso, ha tenido en cuenta los criterios relativos al acceso a la materia prima, la importancia de los intercambios intracomunitario y las importaciones extracomunitarias. Finalmente, una declaración negativa ha sido emitida debido a la ausencia de una situación competitiva sensible. Y esa sensibilidad se debe a la escasa competitividad que rige este sector frente a las importaciones procedentes de Asia, al autoconsumo que le caracteriza, y a la determinación independiente del precio de las materias primas que no pueden controlar. Y todo eso, a pesar del reconocimiento de la importancia de su cuota de mercado porque la población se abastece en industrias y empresas de transformación artesanal, grupos en que las empresas de almazara y jabonería representan los líderes. Además, hay que añadir la proporción de las importaciones procedentes del resto del mundo y la del comercio intracomunitario informal. Tales condiciones son incapaces de crear una situación en que el ejercicio de actividades en el marco de los sectores de almazara o jabonería puede llevar a la creación o al fortalecimiento de una posición dominante. Por eso, la autoridad comunitaria ha considerado que no es necesario condenar esta concentración porque no crea el riesgo de afectar el buen funcionamiento del mercado⁴⁵.

La opinión expresada por la Comisión se contempla en el mismo contexto en el asunto *Gazoduc* que hemos mencionado anteriormente, resolución dictada en el marco de la construcción, de la explotación, del transporte y de la distribución del gas natural en Benín y en Togo. Confrontadas al aumento de la demanda de energía, varias empresas se han agrupado para concertarse sobre un proyecto de creación de dos empresas en participación,

⁴⁵ UNILEVER-CI, SIFCA, COSMOVOIRE, PALMCI, NAUVU, PHCI, SHCI et SANIA (solicitud de declaración negativa), affaire n°9/2008/COM/UEMOA, decisión de la Comisión du 22 octobre 2008 (« *Affaire Unilever et autres* »). Ver la decisión integral en el Anexo 4.

Wapco y N-gas, a fin de contener este aumento. Este proyecto fue puesto en conocimiento de la Comisión para requerir su aprobación. Después del procedimiento previsto por la reglamentación de la UEMOA, es decir, pasando por una evaluación e investigaciones sobre la viabilidad del proyecto, la Comisión ha emitido su dictamen. Ha reconocido la existencia del criterio de “influencia determinante en la toma de decisiones estratégicas” y del carácter autónomo de las dos estructuras (Wapco y N-gas). Por eso, ha decidido conceder una declaración negativa a pesar de la capacidad de intervención de los representantes de las sociedades matrices en la instancia decisoria y de su gestión, teniendo en cuenta las relaciones comerciales que tienen con las filiales. Dicha decisión se justifica en virtud del carácter beneficioso de ese proyecto de concentración, sobre todo porque una posición dominante de esas empresas en el mercado no ha sido establecida.

Por otra parte, debemos destacar que la obstaculización de la competencia efectiva debido a una concentración debe tener un efecto restrictivo bastante sensible en el mercado, lo que es una condición adicional para poner en marcha el control. Es decir, la práctica en cuestión debe manifestarse de manera significativa en el mercado común, y tener una cierta amplitud.

Capítulo II: Procedimiento del control de concentraciones

Una vez que el ámbito de aplicación del control es identificado, hay que examinar los procesos de control en los dos órganos comunitarios, la Unión Europea y la Unión Económica y Monetaria de África Occidental. En este punto también hay varias diferencias entre los dos sistemas, la principal es que en la UE, se prevé un régimen específico para el control de concentraciones mientras que la UEMOA utiliza el procedimiento previsto para el abuso de posición dominante para este control.

2.1 El régimen específico adoptado por la Unión Europea

2.1.1 La obligación de notificación

Cuando una operación de concentración se encuentre dentro del ámbito de aplicación previsto por el Artículo 1 del Reglamento 139/2004, debe ser notificada a la Comisión. En virtud del Artículo 4, apartado 1, párrafo 1, las concentraciones de dimensión comunitaria deberán notificarse a la Comisión antes de su ejecución, en cuanto se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control. También será posible proceder a una notificación cuando las empresas afectadas demuestren a la Comisión su intención de concluir un acuerdo, o en el caso de una oferta pública de adquisición, cuando hayan anunciado públicamente su intención de presentar tal oferta siempre que el acuerdo o la oferta previstos den lugar a una concentración de dimensión comunitaria.

Esta obligación de notificación incumbe a las partes intervinientes en la fusión o en la adquisición del control conjunto en cuestión. En los demás casos, la notificación deberá realizarla la persona o empresa que adquiera el control de la totalidad o de partes de una o varias empresas (Artículo 4, apartado 2). Cuando se trate de una oferta pública de adquisición de una empresa, es la empresa que realiza la oferta quien debe realizar la notificación. Cuando las notificaciones sean firmadas por representantes de personas o empresas, dichos representantes deberán acreditar por escrito su poder de representación⁴⁶. Las notificaciones conjuntas deberán ser presentadas por un representante común que éste habilitado para transmitir y recibir documentos en nombre de todas las partes notificantes. Cada una de las partes notificantes es responsable de la exactitud de la información que facilita.

Así, vemos que el Reglamento nº139/2004 se fundamenta en el principio de la notificación obligatoria de las concentraciones antes de que se lleven a efecto. Por una parte, una notificación surte importantes consecuencias jurídicas que benefician a las partes de la concentración propuesta. Por otra parte, el incumplimiento de la obligación de notificación permite imponer multas⁴⁷ a las partes y puede también implicar consecuencias perjudiciales para las mismas, desde el punto de vista del Derecho civil. Por lo tanto, en aras de la seguridad jurídica, es necesario definir con precisión el objeto y el contenido de la información que debe proporcionarse en la notificación⁴⁸.

Por otra parte, incumbe a las partes notificantes poner en conocimiento de la Comisión de forma exhaustiva y honesta los hechos y circunstancias pertinentes para la adopción de una decisión sobre la concentración notificada. Las notificaciones deberán contener todos los datos, incluidos los documentos exigidos en el formulario correspondiente⁴⁹. La Comisión podrá dispensar de la obligación de facilitar en la notificación cualquier dato o documento concreto, o de cualquier otro requisito, cuando considere que la observancia de dichas obligaciones o requisitos no es necesaria para el examen del asunto. La Comisión enviará sin demora a las partes notificantes o a sus representantes un acuse de recibo de la notificación y de toda respuesta a una carta enviada por ella.

De conformidad con el apartado 1 del Artículo 10 del Reglamento comunitario de concentraciones y con los apartados 2 y 4 del Artículo 5 del Reglamento de aplicación, los plazos del Reglamento de concentraciones relativos a la notificación no empezarán a correr hasta que la Comisión haya recibido toda la información que debe facilitarse con la

⁴⁶ Reglamento nº802/2004 por el que se aplica el Reglamento 139/2004, Artículo 2, apartado 2. Hay también el Reglamento de ejecución (UE) nº1269/2013 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2013, que modifica el Reglamento (CE) nº802/2004, por el que se aplica el Reglamento nº139/2004 del consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

⁴⁷ Ampliaremos este tema de sanción en el Capítulo III.

⁴⁸ Reglamento (CE) nº802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, Considerando 4.

⁴⁹ El Anexo 1 del Reglamento de ejecución, que se intitula "*Formulario CO relativo a la notificación de las operaciones de concentración de conformidad con el Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo*", especifica la información que deben facilitar las partes notificantes. Entre las diversas informaciones exigidas, podemos enumerar la descripción, la información sobre las partes, los pormenores de la concentración, la propiedad y el control.

notificación. Este requisito tiene por objeto garantizar que la Comisión esté en condiciones de valorar la concentración notificada dentro de los estrictos plazos establecidos en el Reglamento de concentraciones y para que el principio de "ventanilla única" resulte eficaz. Si la información contenida en la notificación está incompleta en un punto esencial, la Comisión informará sin demora y por escrito a las partes notificantes o a sus representantes. Además, la información incorrecta o engañosa se considerará como información incompleta, como lo precisa el apartado 4 del Artículo 5 del Reglamento de ejecución.

Toda modificación esencial de los hechos contenidos en la notificación que saliera a la luz con posterioridad a la notificación y que las partes notificantes conocieran o debieran haber conocido o toda nueva información que saliera a la luz con posterioridad a la notificación y que las partes notificantes conocieran o debieran haber conocido y que debería haberse notificado en el momento de la notificación, deberá ser comunicada a la Comisión sin demora. En este caso, si tal modificación o la nueva información pueden tener un efecto significativo sobre la evaluación de la concentración, la Comisión podrá considerar que la notificación produce efectos en la fecha en que reciba la correspondiente información; la Comisión informará de ello por escrito y sin demora a las partes notificantes o a sus representantes.

Si la Comisión comprueba que una concentración notificada entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004, publicará el hecho de la notificación, indicando los nombres de las empresas afectadas, su país de origen, la naturaleza de la concentración y los sectores económicos afectados. La Comisión tendrá en cuenta los intereses legítimos de las empresas respecto a la protección de sus secretos comerciales.

A tenor del apartado 2 del Artículo 17 del Reglamento comunitario de concentraciones, así como de las disposiciones correspondientes del Acuerdo EEE⁵⁰ (Espacio Económico Europeo), la Comisión, los Estados miembros, el Órgano de Vigilancia de la AELC (Asociación Europea de Libre Comercio) y los Estados de la AELC y sus funcionarios y demás agentes se abstendrán de divulgar la información que hayan recabado en aplicación de dicho Reglamento y que, por su naturaleza, esté amparada por el secreto profesional. Este principio también debe aplicarse para proteger la confidencialidad entre las partes notificantes. Si considera que sus intereses se verían perjudicados en caso de que determinados datos presentados se hicieran públicos o se divulgasen a terceros, presente esa información por separado y haga constar en cada página la indicación "Secreto comercial". Indique, asimismo, las razones por las que esta información no debe divulgarse o hacerse pública.

Si se notifica una fusión o una adquisición conjunta o la notificación la realizan más de una de las partes, los secretos comerciales pueden remitirse en sobre aparte, indicando en

⁵⁰ Véase, en particular, el Artículo 122 del Acuerdo EEE, el Artículo 9 del Protocolo n°24 del Acuerdo EEE y el apartado 2 del Artículo 17 del capítulo XIII del Protocolo n°4 del Acuerdo entre los Estados de la AELC sobre el establecimiento de un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia (Acuerdo ESA).

la notificación que se adjuntan en un anexo. Tales anexos deberán acompañar a la notificación para que ésta se considere completa.

La Comisión procederá al examen de la notificación tan pronto como la reciba, con arreglo al Artículo 6, apartado 1, del Reglamento de concentraciones.

Si concluye que la concentración notificada no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento nº139/2004, lo declarará mediante decisión (Artículo 6, apartado 1, letra a).

Si comprueba que la concentración notificada, pese a entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento, no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, decidirá no oponerse a la misma y la declarará compatible con el mercado común (Artículo 6, apartado 1, letra b). Se entenderá que una decisión mediante la cual se declare la compatibilidad de una concentración con el mercado común cubre las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin. La Comisión podrá acompañar la decisión adoptada de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas afectadas cumplan los compromisos contraídos con la Comisión para compatibilizar la concentración con el mercado común.

La Comisión podrá revocar las decisiones mencionadas en el apartado 1, letras a) y b), con arreglo al apartado 3 del Artículo 6:

- a) cuando dicha decisión se base en información incorrecta de la que sea responsable una de las empresas afectadas o cuando haya sido obtenida de forma fraudulenta,
- b) o cuando las empresas afectadas incumplan una obligación impuesta en la decisión.

De conformidad con el principio de respeto de los derechos de la defensa, se debe dar a las partes notificantes la oportunidad de presentar sus comentarios sobre todos los cargos que la Comisión se proponga tener en cuenta en sus decisiones. También se debe comunicar a las otras partes implicadas en la concentración propuesta los cargos de la Comisión y se les debe dar la oportunidad de manifestar sus opiniones. Por eso, el Artículo 18 del Reglamento de concentraciones establece que antes de adoptar las decisiones previstas en el apartado 3 del Artículo 6, la Comisión brindará a las personas, empresas y asociaciones de empresas afectadas la oportunidad de expresar, en todas las fases del procedimiento hasta la consulta al Comité consultivo, sus observaciones en lo relativo a las objeciones formuladas contra ellas.

Por otra parte, si la Comisión comprueba que la concentración notificada entra en el ámbito de aplicación del Reglamento y plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, decidirá incoar el procedimiento (Artículo 6, apartado 1, letra c). Los procedimientos se concluirán mediante decisión, a no ser que las empresas afectadas hayan demostrado a satisfacción de la Comisión que han abandonado la concentración.

Si la Comisión comprueba que, una vez modificada por las empresas afectadas, una concentración notificada ya no plantea serias dudas, declarará que la concentración es

compatible con el mercado común. Los compromisos ofrecidos por las empresas interesadas se presentarán a la Comisión en un plazo no superior a 20 días hábiles a partir de la fecha de recepción de la notificación (Artículo 19 del Reglamento de ejecución).

El Artículo 10 prevé que las decisiones a que hace referencia el apartado 1 del Artículo 6 deberán adoptarse en un plazo máximo de 25 días laborables. Dicho plazo contará a partir del día laborable siguiente a la fecha de recepción de la notificación o, si la información que debe facilitarse en el momento de la notificación es incompleta, a partir del día laborable siguiente a la fecha de recepción de la información completa.

Entonces, la Comisión comunicará su decisión sin demora a las empresas afectadas, así como a las autoridades competentes de los Estados miembros.

2.1.2 El régimen de suspensión de la concentración

El Artículo 7, apartado 1, del Reglamento de concentraciones prevé que: “una concentración de dimensión comunitaria en el sentido del Artículo 1, o una concentración que ha de ser examinada por la Comisión conforme al apartado 5 del Artículo 4, no podrá ejecutarse antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común en virtud de una decisión con arreglo a la letra b) del apartado 1 del Artículo 6 o a los apartados 1 o 2 del Artículo 8 o sobre la base de una presunción conforme al apartado 6 del Artículo 10”.

Dado el carácter preventivo del procedimiento de control de concentraciones, en la mayoría de los casos será necesario que la notificación de una operación conlleve la suspensión de su ejecución por las partes en tanto no recaiga una resolución de autorización, simple o condicionada, por parte de la Comisión.

La razón básica de esta medida radica en la dificultad, en su caso, de tener que dar marcha atrás o deshacer la operación u operaciones que ya se hayan ejecutado, lo cual en muchos casos puede resultar muy difícil sino abiertamente imposible. El interés general en la salvaguardia de la libre competencia justifica este eventual perjuicio a los derechos de las empresas participes en la operación⁵¹.

El apartado 1 no impedirá realizar una oferta pública de adquisiciones o una serie de transacciones de títulos - incluidos los convertibles en otros títulos - admitidos a negociación en un mercado como, por ejemplo, una bolsa de valores, por las que el control sea adquirido a varios vendedores, siempre y cuando:

- a) La concentración sea notificada sin demora a la Comisión con arreglo al Artículo 4, y
- b) El comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a los títulos en cuestión o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la

⁵¹ MARCOS Francisco y GRAELLS Albert Sánchez, *El Sistema de control de concentraciones empresariales en la nueva Ley de defensa de la competencia*, 25-11-2007.

base de una dispensa concedida por la Comisión con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3.

La Comisión, previa solicitud, podrá conceder una dispensa de las obligaciones previstas en los apartados 1 o 2. La solicitud de dispensa debe estar motivada. Al pronunciarse al respecto, la Comisión tendrá en cuenta, entre otros factores, los efectos de la suspensión para una o varias empresas afectadas por la concentración o para un tercero, así como la amenaza que la concentración represente para la competencia. Tal dispensa podrá ir acompañada de condiciones de una competencia efectiva. Podrá ser solicitada y concedida en cualquier momento, tanto antes de la notificación como después de la operación (Artículo 7, apartado 3 del Reglamento de concentraciones).

Sin perjuicio de las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de la obligación de suspensión, la compatibilidad de una transacción que se haya ejecutado incumpliendo la obligación de suspensión dependerá de la decisión que adopte la Comisión en primero o segunda fase o de la presunción de compatibilidad con el mercado común por silencio administrativo positivo.

2.1.3 El desarrollo del procedimiento

2.1.3.1 La pre-notificación

Esta fase es facultativa, informal y confidencial, que se activará por iniciativa de las partes de la operación de concentración, para preparar el procedimiento formal de examen de la concentración. Como tales, aunque no son obligatorios, los contactos previos a la notificación pueden ser extremadamente valiosos, tanto para las partes notificantes como para la Comisión, con vistas a determinar, entre otras cosas, la información exacta que ha de figurar en la notificación, y en la mayoría de los casos permiten reducir significativamente la información exigida. Permite particularmente:

- Confirmar la competencia de la Comisión,
- Presentar una petición de remisión a los Estados miembros o a la Comisión,
- Identificar los problemas de competencia⁵²,
- Determinar el calendario del procedimiento.

La inclusión de una determinada operación empresarial en la definición de concentración relevante a efectos del procedimiento de control, así como la determinación del cumplimiento de los umbrales (y, particularmente, del umbral relativo a la cuota de mercado) puede plantear problemas interpretativos para las partes implicadas. Por ello, el considerando 11 del Reglamento de ejecución n°802/2004 establece que a solicitud de las partes notificantes y de las demás partes interesadas en la concentración propuesta, la Comisión debe

⁵² Por ejemplo, en la OPA de Gas Natural sobre Endesa, las empresas involucradas acordaron una importancia crucial a la cuestión de si la operación tenía o no dimensión comunitaria, controversia que involucró igualmente a la Comisión y acabó en los tribunales comunitarios. Controversia resuelta a favor de la Comisión por Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 2006 - Endesa/Comisión (Asunto T-417/05).

darles una oportunidad de discutir la concentración prevista de manera informal y estrictamente confidencial antes de la notificación. En particular, la consulta podrá solicitar aclaración sobre si una determinada operación es una concentración de las previstas en el Artículo 3, o si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el Artículo 1 del Reglamento de concentraciones. La relevancia de la consulta previa no es desdeñable pues además de clarificar las obligaciones de las empresas respecto de su eventual obligación de notificar las operaciones de concentración, constituye un trámite gratuito, cuya realización no obliga a pagar la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, que se ha de abonar por los notificantes en caso de notificación.

En relación con el Artículo 3, la consulta deberá referirse bien a la existencia de un cambio duradero del control en la totalidad o parte de una o más de las empresas afectadas por la operación, en aquellos casos en que la apreciación de las circunstancias de la operación no resulte clara (sobre todo en supuestos en que pueda entenderse que existe un control de facto de carácter débil o indirecto), bien a la concurrencia de los requisitos de exención o inaplicación del procedimiento de control, pese a que se produzca tal modificación duradera de la estructura de control.

En relación con el Artículo 1 (y, en su caso, del Artículo 5), la consulta podrá referirse tanto al modo de calcular el volumen de negocios relevante para la superación del umbral cuantitativo absoluto como, muy especialmente, a la definición del mercado o mercados relevantes afectados por la operación de concentración y al cálculo de la correspondiente cuota de mercado de las empresas afectadas en los mismos. Este segundo tipo de consultas es el que puede revestir una mayor relevancia, tanto por la complejidad de los extremos que pueden ser objeto de consulta como por sus efectos para el propio procedimiento de control de concentraciones en caso que la Comisión determine que se supera el umbral cuantitativo relativo.

La definición del mercado relevante afectado por la operación de concentración será clave en el procedimiento, en la medida en que establecerá el escenario en que deberán proyectarse, analizarse y, en su caso, tratar de corregirse los efectos de la operación de concentración sobre la dinámica competitiva del mismo. Por ello, la definición del mercado relevante podrá ser el elemento clave o determinante del resultado del proceso de control de la operación notificada. Pero la relevancia de esta consulta previa no se limita a la trascendencia del criterio adoptado en esta fase preliminar del procedimiento de control de concentraciones, sino que viene dada por las dificultades prácticas que en numerosas ocasiones pueden surgir para alcanzar una definición adecuada del mercado relevante. Se trata de una cuestión empírica en la que el análisis económico debe desempeñar una función clave y en la que los estudios de elasticidad de la demanda pueden requerir el uso de complejas técnicas econométricas y de bases de datos de difícil elaboración que pueden demorar de forma significativa el procedimiento.

Además, determinadas concentraciones, que no es probable que planteen problemas de competencia, pueden notificarse por medio de un formulario CO abreviado que constituye el anexo II del Reglamento de aplicación.

Por otra parte, una toma de contacto antes de la notificación permite a las empresas intercambiar datos con la Comisión para completar el expediente de notificación, si hay cuestiones particulares, por ejemplo, por lo que se refiere a la delimitación de los mercados de referencia para el análisis de los efectos de la operación cuando las partes desean adjuntar a la documentación unos estudios económicos ad hoc. Estos contactos minimizan el riesgo de estar incompleto cuando el expediente será notificado formalmente, y permiten así acelerar el examen de la operación por la Comisión.

En virtud del nuevo mecanismo de reparto de asuntos, ahora es posible proceder a la remisión de un asunto antes de su notificación formal a cualquier autoridad competente de la Comunidad; de esta manera las empresas que se fusionan tienen la posibilidad de conocer en una fase más temprana cual será la autoridad encargada de investigar la operación. Con ello se ahorra el coste adicional, y especialmente los retrasos, que suponen las remisiones posteriores a la notificación⁵³.

El mecanismo de remisión previa a la notificación se pone en marcha cuando las partes de la concentración presentan un escrito motivado. Antes de enviar tal solicitud, las partes de la concentración deben cerciorarse, en primer lugar, de que se cumplen todos los requisitos legales establecidos en el Reglamento de concentraciones y, en segundo lugar, de que la remisión previa a la notificación se ajusta a los principios rectores (la autoridad más apropiada, la ventanilla única, la seguridad jurídica). A continuación, las empresas afectadas pueden optar por solicitar la remisión de o a la Comisión presentando una solicitud motivada por medio del formulario RS. La Comisión ha de transmitir la solicitud sin demora a todos los Estados miembros. El resto del procedimiento es diferente, según se aplique el apartado 4 o el 5 del Artículo 4.

Con arreglo al apartado 4 del Artículo 4, el o los Estados miembros en cuestión disponen de quince días hábiles contados desde la recepción del escrito para manifestar su acuerdo o desacuerdo con la solicitud. Si un Estado miembro no se pronuncia, se considera que está de acuerdo. Si el o los Estados miembros afectados aceptan la remisión, la Comisión dispone de un plazo adicional de aproximadamente diez días hábiles (veinticinco días hábiles contados desde la recepción del formulario RS) en el que puede decidir la remisión del asunto. El silencio de la Comisión será presunción de su consentimiento. Si la Comisión da su consentimiento, el asunto (o una o varias partes del mismo) es remitido a uno o varios Estados miembros, según lo solicitado por las empresas afectadas. Si se procede a la remisión, el Estado miembro en cuestión aplica su legislación nacional a la parte remitida del asunto.

Con arreglo al apartado 5 del Artículo 4, los Estados miembros en cuestión disponen de quince días hábiles contados desde la recepción del escrito para manifestar su acuerdo o

⁵³ Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones (2005/C 56/02), apartado 6.

desacuerdo con la solicitud. Al término de este plazo, la Comisión verifica si alguno de los Estados miembros competentes para examinar la concentración en virtud de su normativa nacional de competencia ha manifestado su desacuerdo. Si ninguno de los Estados miembros competentes manifiesta su desacuerdo, se considera que el asunto adquiere dimensión comunitaria y, en consecuencia, es remitido a la Comisión, que es quien tiene la jurisdicción exclusiva sobre tales asuntos. En ese supuesto incumbe a las partes notificar el asunto a la Comisión, utilizando el formulario CO. En cambio, si uno o varios Estados miembros han manifestado su desacuerdo, la Comisión informa sin demora a todos los Estados miembros y a las empresas afectadas de cualquier manifestación de desacuerdo de este tipo y, con ello, concluye el proceso de remisión. Incumbe entonces a las partes cumplir las normas nacionales aplicables en materia de notificación.

Por otro lado, sólo pueden ser objeto de una remisión en virtud del apartado 5 del Artículo 4 las concentraciones a tenor del Artículo 3 del Reglamento de concentraciones. Y sólo pueden ser objeto de una remisión en virtud del apartado 4 del Artículo 4 las concentraciones que entren en el ámbito de aplicación de las correspondientes normativas nacionales en materia de control de las concentraciones. Las solicitudes de remisión previa a la notificación en virtud de los apartados 4 y 5 del Artículo 4 del Reglamento de concentraciones tienen que referirse a concentraciones cuyo plan sea suficientemente concreto. A este respecto, debe haber cuando menos una intención de buena fe por parte de las empresas de proceder a la fusión o, en el caso de una oferta pública de adquisición, debe mediar cuando menos un anuncio público de la intención de presentar tal oferta.

En primer lugar, para que la Comisión pueda remitir un asunto a uno o varios Estados miembros en virtud del apartado 4 del Artículo 4, deben cumplirse dos requisitos legales:

- debe haber indicios de que la concentración puede afectar de manera significativa a la competencia en uno o varios mercados y
- el mercado o mercados en cuestión deben hallarse dentro de un Estado miembro y presentar todas las características de un mercado definido.

Por lo que se refiere al primer criterio, las partes solicitantes han de demostrar, esencialmente, que la operación puede tener una incidencia sobre la competencia en un mercado definido de un Estado miembro, incidencia que puede ser significativa y, por tanto, requerir un examen detenido. Los indicios pueden tener un carácter meramente preliminar y no prejuzgan el resultado de la investigación. No se exige a las partes que demuestren que el efecto de la operación sobre la competencia puede ser negativo⁵⁴, pero sí deben señalar qué indicadores apuntan en general hacia la existencia de tal efecto⁵⁵.

⁵⁴ Véase el considerando 16 del Reglamento de concentraciones, que afirma lo siguiente: "no obstante, no deberá exigirse a las empresas afectadas que demuestren que los efectos de la concentración son perjudiciales para la competencia".

⁵⁵ En principio, la existencia de "mercados afectados" a tenor del formulario RS es suficiente para considerar que se cumplen los requisitos del apartado 4 del Artículo 4. Pero las partes pueden señalar cualquier otro factor que juzguen pertinente para el análisis competitivo del asunto (solapamiento de mercados, integración vertical, etc.).

En cuanto al segundo criterio, las partes solicitantes deben demostrar que el mercado o mercados geográficos en los que la competencia se ve afectada por la operación tienen dimensión nacional o infranacional. Para ellos, las partes solicitantes deben considerar los factores que suelen ser indicativos de la dimensión nacional o de una dimensión inferior de los mercados, como, ante todo, las características del producto (por ejemplo, escaso valor y elevado coste de transporte), una demanda y una oferta de características específicas (por ejemplo, en el caso de la demanda, unos consumidores finales cuyas fuentes de abastecimiento están cerca de sus centros de actividad), una considerable disparidad de precios y cuotas de mercado de un país a otro, los hábitos de consumo nacionales y unos marcos reguladores, una fiscalidad y demás legislación diferentes⁵⁶.

A fin de determinar en la medida de lo posible las probabilidades que tiene una solicitud de remisión de ser aceptada, además de asegurarse de que se cumplen los requisitos legales exigidos, las partes que se van a concentrar deben considerar si es probable que la remisión sea estimada oportuna. Ello supone examinar la aplicación de los principios rectores mencionados, especialmente si la autoridad o autoridades de competencia a las que desean que se remita el asunto son las más apropiadas para tramitarlo. Para ello, hay que tener en cuenta el lugar en el que producirá efectos competitivos la operación y en qué medida la autoridad nacional de competencia (ANC) es la más apropiada para examinar el asunto.

Los casos en que la remisión resulta más oportuna son los de las concentraciones de dimensión comunitaria que puedan afectar a la competencia en mercados de ámbito nacional o infranacional, cuando es probable que sus efectos se limiten a un único Estado miembro o que vayan a tener su principal incidencia económica en un solo Estado miembro⁵⁷. Este es el caso, en particular, de los asuntos cuya incidencia se produciría en un mercado definido que no constituya una parte sustancial del mercado común. En la medida en que el asunto se remite a un solo Estado miembro, se conserva la ventaja de la "ventanilla única".

Si una concentración de dimensión comunitaria puede tener una incidencia significativa sobre la competencia en un mercado nacional pero también puede surtir efectos transfronterizos (por ejemplo, porque los efectos de la concentración en un mercado geográfico pueden tener repercusiones significativas en mercados geográficos de otros Estados miembros, o porque puede tener efectos de exclusión, con la consiguiente fragmentación del mercado común⁵⁸), la conveniencia de remitir el asunto dependerá de sus

⁵⁶ Para una mayor orientación, véase la Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9-12-1997, p. 5).

⁵⁷ Véase, por ejemplo, la remisión por la Comisión de la parte relativa a algunos mercados distintos de almacenamiento e petróleo para su evaluación por las autoridades francesas en los asuntos M.1021 Compagnie Nationale de Navigation - SOGELF; M.1464 Total/Petrofina; M.1628 Totalfina/Elf Aquitaine; M.1030 Lafarge/Redland; M.1220 Alliance Unichem/Unifarma; M.2760 Nehlsen/Rethmann/SWBB/Bremerhavener Energiewirtschaft; y M.2154 C3D/Rhone/Go-ahead. Véase también el asunto M.2845 Sogecable/Canal Satellite Digital/Via Digital.

⁵⁸ Véase el asunto M.580 ABB/Daimler Benz, en el que la Comisión desestimó la solicitud de Alemania para la remisión de un asunto con arreglo al Artículo 9 porque, si bien sólo planteaba problemas de competencia en mercados alemanes, la operación (que suponía el nacimiento del mayor proveedor de equipos ferroviarios del mundo) tenía repercusiones significativas en toda Europa. Véase, asimismo, el asunto M.2434 Hidroeléctrica

circunstancias específicas. Como la Comisión puede estar tan bien situada como los Estados miembros para tramitar el asunto, debe reservarse un margen discrecional considerable para decidir si conviene o no proceder a su remisión.

La conveniencia de proceder a la remisión de una concentración de dimensión comunitaria que pueda afectar a la competencia en varios mercados nacionales o de dimensión inferior en más de un Estado miembro depende de los factores específicos de cada caso, tales como el número de mercados que puedan verse afectados de manera significativa, la posibilidad de solventar los problemas que plantee la concentración aplicando medidas correctivas proporcionales que no resulten contradictorias y los esfuerzos de investigación que exija el asunto. Si un asunto puede suscitar problemas de competencia en varios Estados miembros y es preciso coordinar las investigaciones y las medidas correctivas, en principio es preferible mantenerlo íntegramente bajo la jurisdicción de la Comisión⁵⁹. En cambio, si el asunto plantea problemas de competencia que, a pesar de afectar a los mercados nacionales de varios Estados miembros, no parecen requerir investigaciones o medidas correctivas coordinadas, puede resultar oportuno remitir el asunto. En algunos casos⁶⁰, la Comisión ha llegado incluso a la conclusión de que resultaba conveniente remitir la concentración a más de un Estado miembro, a la vista de la gran disparidad de condiciones de competencia de los mercados afectados en los Estados miembros en cuestión. Si bien es cierto que la fragmentación de un asunto priva a las partes de la fusión de la ventaja que representa la tramitación del asunto por una única autoridad, esta consideración es menos pertinente en la fase previa a la notificación, ya que son las propias partes de la concentración las que ponen en marcha el procedimiento de remisión al solicitar voluntariamente dicha remisión.

Asimismo, se ha de tomar en consideración, en la medida de lo posible, si las ANC a las que se tiene intención de remitir el asunto disponen de los conocimientos específicos necesarios sobre los mercados locales⁶¹ o están examinando o van a examinar otra operación en el mismo sector⁶².

del Cantábrico/EnBW/Grupo Vilar Mir, en el que la Comisión prosiguió la investigación y adoptó una decisión en virtud del apartado 2 del Artículo 8 a pesar de que España había solicitado que se le remitiera el asunto en virtud del Artículo 9.

⁵⁹ Véase por ejemplo el asunto M.1383 Exxon/Mobil, en el que a pesar de la solicitud del Reino Unido para que se le remitiera la parte de la concentración relativa al mercado de la venta minorista de carburante para motores del noroeste de Escocia, la Comisión prosiguió la investigación por cuanto era necesario aplicar un conjunto coherente de medidas encaminadas a resolver todos los problemas que se planteaban en el sector en cuestión; el asunto M.2706 P&O Princess/Carnival, en el que, a pesar de que las autoridades británicas estaban evaluando una oferta competidora de Royal Caribbean, la Comisión se negó a proceder a una remisión parcial del asunto para evitar su fragmentación y garantizar una sola investigación de los distintos mercados nacionales afectados por la operación.

⁶⁰ Véanse los asuntos M.2898, Le Roy Merlin/Brico; M.1030, Redland/Lafarge; M.1684, Carrefour/Promodes.

⁶¹ En el asunto M.330 MacCornick/CPC/Rabobank/Ostmann, la Comisión optó por la remisión a Alemania porque ésta estaba en mejor posición para investigar las condiciones locales reinantes en 85 000 puntos de venta del país.

⁶² En el asunto M.716 Gehe/Lloyds Chemists, por ejemplo, la Comisión procedió a la remisión porque Lloyds también era objeto de otra oferta que no alcanzaba los umbrales del Reglamento de concentraciones y estaba siendo examinada por el Reino Unido.

En segundo lugar, con arreglo al apartado 5 del Artículo 4, sólo han de cumplirse dos requisitos legales para que las partes de la operación puedan solicitar la remisión del asunto a la Comisión: la operación tiene que ser una concentración a tenor del Artículo 4 del Reglamento de concentraciones y ha de ser susceptible de ser analizada en virtud de la normativa nacional en materia de competencia de al menos tres Estados miembros.

A fin de determinar en la medida de lo posible las probabilidades que tiene una solicitud de remisión de ser aceptada, además de asegurarse de que se cumplen los requisitos exigidos, las partes que se van a fusionar deben valorar si es probable que la remisión sea considerada oportuna. Ello supone examinar la aplicación de los principios rectores antes descritos, especialmente si la Comisión es la autoridad más apropiada para tramitar el asunto. A este respecto, el considerando 16 del Reglamento de concentraciones afirma que las solicitudes de remisión a la Comisión antes de la notificación son especialmente pertinentes en aquellas situaciones en que la concentración afecta a la competencia más allá del territorio de un Estado miembro. Por lo tanto, hay que prestar especial atención al lugar en el que la operación podría incidir en la competencia y considerar si resulta oportuno que sea la Comisión quien examine la operación.

Debe determinarse, en particular, si el asunto verdaderamente tiene carácter transfronterizo, teniendo en cuenta elementos tales como sus posibles efectos sobre la competencia y las facultades de investigación y aplicación de la normativa, las cuales son necesarias para hacer frente a dichos efectos. Por ello, ha de comprobarse, en especial, si el asunto puede tener repercusiones para la competencia en un mercado o mercados afectados por la concentración. En cualquier caso, los indicios de una posible incidencia sobre la competencia pueden tener un carácter meramente preliminar y no prejuzgan el resultado de la investigación. Las partes tampoco necesitan demostrar que el efecto sobre la competencia vaya a ser negativo.

La remisión a la Comisión resulta particularmente apropiada en aquellos casos en que el mercado o mercados en que puede producirse una incidencia sobre la competencia tienen un alcance geográfico que rebasa las fronteras nacionales⁶³ o cuando algunos de los mercados que puedan verse afectados superan el ámbito nacional y la principal incidencia económica de la concentración se produce en estos mercados. En tales casos, como la dinámica de la competencia trasciende las fronteras nacionales y, por consiguiente, puede ser necesario realizar investigaciones en varios países y contar con las oportunas facultades de aplicación de la normativa, es probable que la Comisión sea la autoridad mejor situada para llevar a cabo la investigación.

⁶³ Véase la remisión conjunta por siete Estados miembros a la Comisión de una operación que afectaba a mercados mundiales en el asunto M.2738, GE/Unison, y la remisión conjunta por siete Estados miembros a la Comisión de una operación que afectaba a un mercado de Europa occidental en el asunto M.2698 Promatech/Sulze.

2.1.3.2 Los procedimientos de remisión

La jurisdicción comunitaria en el ámbito del control de las concentraciones viene determinada por los criterios basados en el volumen de negocios que se establecen en los apartados 2 y 3 del Artículo 1 del Reglamento de concentraciones. En materia de concentraciones, la Comisión y los Estados miembros no tienen competencias concurrentes. El Reglamento de concentraciones establece, por el contrario, una clara división de competencias. Las concentraciones de "dimensión comunitaria", que son aquellas que superan los umbrales de volumen de negocios previstos en el Artículo 1 del Reglamento de concentraciones, son competencia exclusiva de la Comisión. En virtud del Artículo 21 del Reglamento, los Estados miembros deben abstenerse de aplicar su normativa nacional a estas concentraciones. Las concentraciones que no alcanzan los citados umbrales son competencia de los Estados miembros; la Comisión no tiene competencia para instruir las con arreglo al Reglamento de concentraciones.

Este reparto de competencias regido exclusivamente por criterios fijos basados en el volumen de negocios proporciona seguridad jurídica a las empresas que se fusionan. Aunque los criterios financieros generalmente dan buenos resultados en el caso de la categoría de operaciones para que la Comisión es la autoridad más adecuada, el Reglamento (CEE) n°2064/89 completó este mecanismo inequívoco de atribución de competencias con la posibilidad de que la Comisión y los Estados miembros se remitieran los asuntos entre sí previa solicitud expresa y bajo determinadas condiciones.

Los cambios que el Reglamento (CE) n°139/2004 introduce en el sistema de remisión respondían a un deseo de convertirlo en un mecanismo jurisdiccional flexible pero que, al mismo tiempo, garantice una protección efectiva de la competencia y limite en la medida de lo posible el fenómeno de la búsqueda de un "foro de conveniencia". No obstante, teniendo en cuenta especialmente la importancia de la seguridad jurídica, conviene subrayar que las remisiones siguen siendo una excepción a las normas generales que establecen cuales son las autoridades competentes sobre la base de umbrales de volumen de negocios determinables de manera objetiva.

El sistema de control de las concentraciones establecido por el Reglamento de concentraciones, que comprende un mecanismo de reparto de asuntos entre la Comisión y los Estados miembros, es coherente con el principio de subsidiariedad consagrada en el Tratado CE⁶⁴. Por consiguiente, las decisiones relacionadas con la remisión de asuntos deben tomar en consideración todos los aspectos de la aplicación del principio de subsidiariedad en este contexto, y en particular la conveniencia de que las concentraciones sea examinadas por la autoridad más apropiada para llevar a cabo la investigación, los beneficios inherentes al sistema de "ventanilla única" y la importancia de la seguridad jurídica en cuanto a la jurisdicción⁶⁵. Estos factores están relacionados entre sí y la importancia relativa de cada uno de ellos varía según las circunstancias del caso. Ante todo, cuando contemplan la posibilidad

⁶⁴ Véase el Artículo 5 del Tratado CE.

⁶⁵ Véanse los considerandos 11 y 14 del Reglamento de concentraciones.

de ejercer su facultad discrecional de realizar o aceptar una remisión, la Comisión y los Estados miembros deben tener presente la necesidad de garantizar la protección efectiva de la competencia en todos los mercados afectados por la operación⁶⁶.

En virtud del apartado 2 del Artículo 9 y al apartado 1 del Artículo 22, las remisiones posteriores a la notificación las realizan los Estados miembros de oficio o a instancias de la Comisión en virtud del apartado 2 del Artículo 9 y del apartado 5 del Artículo 22 respectivamente. Los procedimientos difieren según se trate de una remisión de la Comisión o a la Comisión.

2.1.3.2.1 Remisiones a las autoridades competentes de los Estados miembros

El Artículo 9 brinda dos opciones a un Estado miembro que quiera solicitar a la Comisión la remisión de un asunto con posterioridad a su notificación: la opción que se prevé en la letra a) y la que se prevé en la letra b) del apartado 2 de dicho Artículo 9.

Para que la Comisión pueda remitir un asunto a uno o varios Estados miembros en virtud de la letra a) del apartado 9 del Artículo 2, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- la concentración debe amenazar con afectar de forma significativa a la competencia en un mercado y
- el mercado en cuestión debe hallarse dentro del Estado miembro solicitante y presentar todas las características de un mercado definido.

Por lo que se refiere al primer criterio, el Estado miembro solicitante esencialmente ha de demostrar, partiendo de un análisis preliminar, que hay un riesgo real de que la operación tenga una incidencia negativa significativa en la competencia y que, por lo tanto, conviene realizar un examen más detenido de la misma. Para ello, puede basarse en indicios preliminares razonables pero no concluyentes de dicho riesgo, que en cualquier caso no prejuzgaran el resultado de una investigación completa del asunto. En cuanto al segundo criterio, el Estado miembro debe demostrar que el mercado o mercados geográficos en los que la competencia se ve afectada por la operación son de dimensión nacional o infranacional.

Además de asegurarse de que se cumplen los requisitos legales exigidos, el Estado miembro también debe tener en cuenta otros factores para determinar si es probable que la remisión sea considerada oportuna. Tiene que examinar la aplicación de los principios rectores antes descritos y examinar especialmente si la autoridad o autoridades de competencia que solicitan la remisión del asunto son las más apropiadas para tramitarlo. Para

⁶⁶ Véase el apartado 8 del Artículo 9 del Reglamento de concentraciones; véase, asimismo, la sentencia *Philips/Comisión*, considerando 343, en la que el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas declara que "aun cuando el Artículo 9, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento (CEE) n°4064/89 confiere a la Comisión una amplia facultad de apreciación por lo que se respecta a la decisión de remitir o no una concentración, la Comisión no puede decidir proceder a la remisión si, en el momento de examinar la solicitud de remisión presentada por el Estado miembro de que se trate, resulta, con base en un conjunto de indicios precisos y concordantes, que dicha remisión no es suficiente para permitir preservar o restablecer una competencia efectiva en los mercados afectados".

ello, hay que tener en cuenta el lugar en el que la operación producirá efectos competitivos y en qué medida la ANC está en buenas condiciones para examinar el asunto.

Para que la Comisión pueda remitir un asunto a uno o más Estados miembros en virtud de la letra b) del apartado 9 del Artículo 2, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- la concentración debe afectar a la competencia en un mercado y
- el mercado en cuestión debe hallarse dentro del Estado miembro solicitante, presentar todas las características de un mercado definido y no constituir una parte sustancial del mercado común.

Por lo que se refiere al primer criterio, el Estado miembro solicitante ha de demostrar, partiendo de un análisis preliminar, que la operación puede incidir en la competencia en un mercado. Puede basarse en indicios preliminares razonables pero no concluyentes de una posible incidencia adversa, que en cualquier caso no prejuzgarán el resultado de una investigación completa del asunto. En cuanto al segundo criterio, el Estado miembro solicitante debe demostrar no sólo que el mercado en que la competencia se ve afectada por la operación constituye un mercado definido de un Estado miembro, sino también que no constituye una parte sustancial del mercado común. En este sentido, se desprende de la práctica y la jurisprudencia⁶⁷ que estas situaciones se limitan generalmente a mercados de ámbito geográfico reducido dentro de un Estado miembro.

Cuando se cumplen estas condiciones, la Comisión tiene la obligación de remitir el asunto.

Con arreglo al Artículo 9⁶⁸, un Estado miembro puede solicitar a la Comisión que le remita total o parcialmente una concentración de dimensión comunitaria notificada a la Comisión que amenace con afectar de forma significativa a la competencia en un mercado definido de ese Estado miembro (letra a) del apartado 2 del Artículo 9, o que afecte a tal mercado definido que no constituye una parte sustancial del mercado común (letra b) del apartado 2 del Artículo 9. La solicitud se ha de presentar en un plazo de quince días hábiles contados desde la fecha en que el Estado miembro reciba la copia del formulario CO. La Comisión tiene que verificar primero si se cumplen estos criterios legales. Acto seguido, puede decidir la remisión total o parcial del asunto en el ejercicio de su discreción administrativa. En el caso de una solicitud de remisión cursada en virtud de la letra b) del apartado 2 del Artículo 9, la Comisión tiene la obligación (o sea, no tiene margen discrecional) de proceder a la remisión si se cumplen los criterios legales. La decisión tiene que adoptarse en un plazo de treinta y cinco días hábiles contados desde la notificación o, si la Comisión ha incoado el procedimiento, en un plazo de sesenta y cinco días hábiles. Si se

⁶⁷ Véanse las remisiones aceptadas por la Comisión de conformidad con la letra b) del apartado 2 del Artículo 9 en los asuntos: M.2446, *Govia/Connex South Central*, en el que la operación afectaba a la competencia en determinadas rutas ferroviarias del área de Londres/Gatwick-Brighton, en el Reino Unido; M.2730, *Connex/DNVBVG*, en el que la operación afectaba a la competencia en los servicios de transporte público local en la zona de Riesa (Sajonia, Alemania).

⁶⁸ El gráfico que representa el procedimiento figura en el Anexo 2.

realiza la remisión, el Estado miembro afectado aplica su propia normativa de competencia, sin perjuicio de los apartados 6 y 8 del Artículo 9.

El apartado 6 del Artículo 9 dispone que cuando la Comisión remite una concentración notificada a un Estado miembro de conformidad con el apartado 4 del Artículo 4 o del apartado 3 del Artículo 9, la ANC en cuestión tiene que tramitar el asunto "sin demora indebida". En consecuencia, la autoridad competente de que se trate ha de tramitar el asunto con la mayor diligencia que permita su normativa nacional. Además, el apartado 6 del Artículo 9 establece que la autoridad nacional competente debe informar a las empresas afectadas, en el plazo de cuarenta y cinco días hábiles contados a partir de la remisión por parte de la Comisión o a partir de la recepción de una notificación presentada en el ámbito nacional cuando se exija tal notificación, del resultado de su "análisis preliminar" y, en su caso, "de qué otra actuación tenga intención de realizar". Por consiguiente, en el plazo de cuarenta y cinco días hábiles contados tras la remisión o la notificación, según corresponda, las partes de la concentración han de recibir la información necesaria que les permita comprender la naturaleza de las dudas preliminares en materia de competencia que pueda albergar la autoridad y han de ser informadas de la extensión y duración probables de la investigación. El Estado miembro en cuestión sólo podrá, con carácter excepcional, suspender dicho plazo cuando las empresas afectadas no le hayan facilitado la información necesaria en aplicación de su normativa nacional en materia de competencia.

2.1.3.2.3 Remisiones a la Comisión

Para que uno o varios Estados miembros puedan remitir un asunto a la Comisión en virtud del Artículo 22, es necesario que previamente se cumplan dos requisitos legales:

- la concentración tiene que afectar al comercio entre Estados miembros,
- y
- tiene que amenazar con afectar de manera significativa a la competencia en el territorio del Estado o Estados miembros solicitantes.

En cuanto al primer criterio, una concentración cumple este requisito en la medida en que puede tener una influencia perceptible sobre las corrientes comerciales entre Estados miembros.

Por lo que se refiere al segundo criterio, y al igual que ocurre en virtud de la letra a) del apartado 2 del Artículo 9, el Estado miembro que realiza la remisión esencialmente ha de demostrar, partiendo de un análisis preliminar, que hay un riesgo real de que la operación tenga una incidencia negativa significativa en la competencia y que, por lo tanto, conviene realizar un examen más detenido de la misma. Para ello, pueden basarse en indicios preliminares razonables pero no concluyentes de dicho riesgo, que en cualquier caso no prejuzgaran el resultado de una investigación completa del asunto.

Dado que la remisión de asuntos a la Comisión con posterioridad a su notificación puede acarrear un coste y un retraso adicionales para las partes de la concentración, este tipo de remisiones deberían limitarse, en general, a aquellos casos en los que parezca haber un

riesgo real de efectos negativos sobre la competencia y el comercio entre Estados miembros y a situaciones en que parezca que tales efectos pueden combatirse mejor a escala comunitaria. Por consiguiente, las categorías de asuntos que, en principio, son más apropiados para ser remitidos a la Comisión en virtud del Artículo 22 son las siguientes:

- asuntos que planteen serias dudas desde el punto de vista de la competencia en uno o varios mercados de un alcance geográfico superior al nacional o en los que algunos de los mercados potencialmente afectados tengan una dimensión superior a la nacional o en los que la principal incidencia económica de la concentración esté vinculada a tales mercados;
- asuntos que planteen serias dudas desde el punto de vista de la competencia en una serie de mercados nacionales o de dimensión más reducida situados en Estados miembros, en circunstancias en que un tratamiento coherente del asunto (en lo referente a las posibles medidas correctivas, pero también, en determinados casos, a los esfuerzos de investigación propiamente dichos) se considere deseable y en los que la principal incidencia económica de la concentración esté vinculada a tales mercados.

Con arreglo al Artículo 22⁶⁹, un Estado miembro puede solicitar a la Comisión que examine una concentración que no tenga dimensión comunitaria pero que afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar de forma significativa a la competencia en su territorio. La solicitud debe cursarse en un plazo de quince días hábiles a partir de la fecha de notificación de la concentración en el ámbito nacional o, si no se exige notificación, a partir de la fecha de su comunicación al Estado miembro en cuestión. La Comisión transmite la solicitud a todos los Estados miembros. Cualquier otro Estado miembro puede sumarse a la solicitud en un plazo de quince días hábiles desde la fecha en que recibió una copia de la solicitud inicial. Los plazos nacionales relativos a la concentración quedan suspendidos hasta que se haya decidido donde será examinada. Los Estados miembros pueden volver a aplicar los plazos nacionales antes de la expiración del periodo de quince días hábiles informando previamente a la Comisión y a las partes de la concentración de que no desean sumarse a la solicitud. La Comisión tiene que decidir en un plazo máximo de diez días hábiles, tras dicho periodo de quince días hábiles, si acepta el asunto del Estado o los Estados miembros solicitantes. Si la Comisión acepta su competencia, concluye el procedimiento nacional en el o los Estados miembros que realizan la remisión y la Comisión examina el asunto con arreglo al apartado 4 del Artículo 22 del Reglamento de concentraciones en nombre del Estado o los Estados miembros solicitantes. Los Estados no solicitantes pueden seguir aplicando su legislación nacional.

2.1.3.2.3 La protección de los intereses legítimos nacionales en el marco de concentraciones comunitarias

El Reglamento (CE) n°139/2004 recuerda, en el apartado 3 del Artículo 21, que la Comisión dispone de una competencia exclusiva para el control de las operaciones de

⁶⁹ El procedimiento figura en el Anexo 2, segunda imagen.

dimensión comunitaria. Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a estas concentraciones, salvo en caso de remisión por la Comisión.

Al no existir reguladores sectoriales centralizados a nivel de la EU una operación de dimensión comunitaria seguirá siendo examinada desde el punto de vista regulatorio por el organismo nacional competente⁷⁰.

El principio de la "ventanilla única" es un elemento fundamental del Reglamento de concentraciones. Este sistema redunda en beneficio tanto de las autoridades de competencia como de las empresas. La tramitación de una concentración por una única autoridad de competencia se traduce en una mayor eficiencia administrativa, al evitarse la duplicación y la fragmentación de las actuaciones, así como la incoherencia potencial en el tratamiento de un asunto (en lo relativo a la investigación, a la evaluación y a las eventuales medidas correctivas) por parte de varias autoridades. También, se benefician de ello las empresas, especialmente las que se van a fusionar, al reducirse los costes y la carga burocrática que conlleva la notificación múltiple y suprimirse el riesgo de que se adopten decisiones contradictorias como consecuencia de una evaluación concurrente de varias autoridades de competencia de una misma operación con arreglo a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, para las concentraciones comunitarias, en virtud del párrafo 4 del mismo Artículo 21, los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el Reglamento de concentraciones, que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario.

Se considerarán intereses legítimos la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales. Cualquier otro interés público deberá ser comunicado por el Estado miembro de que se trate a la Comisión, y deberá ser reconocido por ésta previo examen de su compatibilidad con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario antes de que puedan adoptarse las medidas mencionadas anteriormente. La Comisión notificará su decisión al Estado miembro de que se trate en el plazo de 25 días laborables a partir de dicha comunicación.

Se trata, pues, de un control caso por caso centrado en verificar la compatibilidad de las medidas contempladas con los principios generales y demás disposiciones del Tratado, un examen que obviamente va más allá del examen propio del control de concentraciones, circunscrito a asegurar que la competencia efectiva no se verá impedida de manera significativa. En este examen lo que revisa la Comisión es la compatibilidad con los

⁷⁰ El debate sobre la cuestión de si procede o no crear reguladores sectoriales de ámbito comunitario más o menos centralizados está particularmente vivo a la luz de la probable - aunque obviamente nunca admitida - creciente desconfianza en la Comisión sobre la imparcialidad e independencia en sus decisiones de determinados reguladores nacionales en sectores como la energía y las telecomunicaciones. Un claro ejemplo de ello es la reciente decisión de 4 de julio de 2007 de la Comisión imponiendo una elevada multa a *Telefónica* por una conducta que, por lo menos en parte, había contado con el visto bueno del regulador sectorial español, la CMT, como lo demuestra el recurso formulado por el Gobierno de España contra esta decisión.

principios de libre circulación de capitales (Artículo 56 CE), de libertad de establecimiento (Artículo 43 CE), etc., no la afectación a la competencia⁷¹. Si en estos casos se modifica el debate, alejándose del estricto control de concentraciones y centrándose en temas de libre circulación, cuyo escrutinio paradójicamente se deja en manos de la Dirección General de la Competencia, no es extravagante que sea así puesto que, como ha proclamado el Tribunal, tales principios (libertad de circulación de capitales y libertad de establecimiento) no hacen sino reconocer el derecho a una empresa o inversor de un Estado miembro a tomar el control de una empresa de otro Estado miembro, con todos los derechos políticos y económicos - incluido por supuesto el de participar activamente en su administración e influenciar la toma de decisiones comerciales y estratégicas - que ello lleva normalmente consigo⁷².

La Comisión ya ha admitido que hay otros intereses que pueden legítimamente ser objeto de la aplicación del Artículo 21, párrafo 4. El asunto *Lyonnaise des eaux/Northumbrian Water*⁷³ es un ejemplo en que la Comisión ha reconocido el interés legítimo de un Estado miembro.

El 6 de marzo, las autoridades del Reino Unido presentaron, ante la adquisición propuesta de Northumbrian Water por parte de Lyonnaise des Eaux, la primera solicitud con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del Artículo 21 del Reglamento sobre control de las operaciones de concentración con objeto de que reconociera un interés legítimo. La solicitud se refería a la normativa que regula el suministro de agua en el Reino Unido. Esta normativa consta de disposiciones específicas sobre operaciones de concentración concebidas para hacer posible que el sistema normativo logre su objetivo de salvaguardar la prestación de un servicio vital y proteger al consumidor. En consecuencia, siempre que se lleve a cabo una operación de concentración o se espere su realización, se remitirá el caso a la Comisión de Monopolios y Fusiones (MMC) para que analice la posibilidad de que sea contraria al interés público. Uno de los criterios que se utilizan para determinar si las fusiones realizadas entre compañías de suministro de agua vulneran el interés público es el del número de compañías bajo control independiente entre las que la autoridad reguladora podría efectuar comparaciones a efectos de calcular la fórmula de regulación de precios. La solicitud del Reino Unido abarcaba estas disposiciones, dado que la remisión a la MMC es automática, es decir, no tiene carácter discrecional. Con el reconocimiento del interés legítimo del Reino Unido, la Comisión establece límites específicos a las investigaciones de la MMC en estas circunstancias. La decisión de la Comisión de 29 de marzo de 1995 reconoció la facultad de la MMC para evaluar el interés público de las posibles operaciones de concentración, aunque señaló que en esos casos se circunscribía a aquellas cuestiones que estuviesen directamente relacionadas con el funcionamiento de la normativa de regulación del agua. Se exigió a las autoridades del Reino Unido que informasen a la Comisión de cualquier medida adoptada con

⁷¹ CALZADO Javier Ruiz, *Algunas reflexiones sobre el control de las operaciones corporativas en sectores regulados por autoridades de competencia y reguladores en la Unión Europea*.

⁷² Además, en virtud de la jurisprudencia comunitaria existen ciertos principios que deben respetarse en materia de autorización y, en particular, el de que los inversores potenciales deben poder conocer de antemano claramente las circunstancias objetivas en las que la autorización previa requerida será otorgada o rechazada.

⁷³ Asunto n°IV/M.567, *Lyonnaise des eaux/Northumbrian Water*, 21-12-1995.

arreglo a la decisión para que pudiese valorar la oportunidad de la misma. Poco después de la decisión de la Comisión, las autoridades del Reino Unido remitieron la oferta pública de adquisición propuesta a la MMC. A raíz del informe de esta Comisión, en el que se dictaminó que la operación de concentración vulneraba el interés público, a menos que se aplicasen reducciones considerables de precios a los consumidores, OFWAT consultó a Lyonnaise y Northumbrian y propuso una medida que implicaba una fórmula de reducción de precios, que posteriormente recibió la aprobación formal de Lyonnaise. Como exige la decisión, se informó a la Comisión de la medida propuesta por el Gobierno del Reino Unido, sin que aquélla presentase observaciones al respecto.

2.1.3.3 Derechos de las partes

2.1.3.3.1 Acceso al expediente y uso de documentos

El derecho de acceso al expediente de la Comisión es una garantía procesal destinada a aplicar el principio de igualdad de partes y a proteger los derechos de la defensa⁷⁴. El derecho de acceso al expediente se prevé en los artículos 18.1 y 18.3 del Reglamento de concentraciones y el Artículo 17.1 del Reglamento de ejecución. Tal y como se indica en el apartado 2 de la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente, este derecho es distinto del derecho general de acceso a los documentos contemplado en el Reglamento 1049/2001⁷⁵ sobre acceso público a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

En lo que se refiere a los procedimientos de control de concentraciones, de conformidad con los artículos 18.1 y 18.3 del Reglamento de concentraciones, en el curso del procedimiento quedarán plenamente garantizados los derechos de defensa de los interesados. Se garantiza el derecho de acceso al expediente, con carácter general, como mínimo a las partes directamente interesadas, siempre cuando se respete el interés legítimo de las empresas en proteger sus secretos comerciales.

Tanto en los procedimientos incoados para los casos de operaciones de concentración que plantean serias dudas respecto a su compatibilidad con el mercado común como en los procedimientos sancionadores en el marco del control de concentraciones, el Artículo 17.1 del Reglamento de ejecución establece que, previa solicitud de las partes a las que haya enviado el pliego de cargos en calidad de destinarias, la Comisión les concederá acceso al expediente con el fin de que éstas puedan ejercer sus derechos de defensa. Por tanto, el acceso al expediente no podrá tener lugar antes de que haya sido notificado el pliego de cargos. En la medida en que ello sea necesario para preparar sus comentarios, la Comisión también permitirá el acceso al expediente a las otras partes interesadas a las que haya informado de los

⁷⁴ Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, OJ C 325, 22-12-2005, p.7-15 (antes artículos 81 y 82 del Tratado CE), los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo (en adelante, "Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente").

⁷⁵ Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, OJ L 145, 31-05-2001, p. 43.

cargos. Las partes deben poder tener conocimiento de la información que figura en el expediente de la Comisión, de modo que puedan expresar sus observaciones sobre las conclusiones preliminares a las que ha llegado la Comisión en su pliego de cargos. Para ello, se les concederá acceso a todo el expediente con excepción de los documentos internos, la correspondencia con otras autoridades públicas, los secretos comerciales de otras empresas, así como de cualquier otra información confidencial. Sobre qué se considera secreto comercial u otra información confidencial, nos remitimos al apartado 2.1.3.3.3.

2.1.3.3.2 Derecho a ser oído y audiencia de los interesados

El derecho a ser oído se reconoce en el Artículo 18 del Reglamento de concentraciones a las siguientes personas:

- a) Las partes notificantes;
- b) Las otras partes interesadas, es decir, las partes de la concentración propuestas distintas de las partes notificantes;
- c) Los terceros, siempre que justifiquen un interés suficiente y, en especial,
 - los miembros de los órganos de administración o dirección de las empresas afectadas o los representantes de sus trabajadores;
 - las asociaciones de consumidores, cuando la concentración propuesta afecte a productos o servicios utilizados por el consumidor final;
- d) Las partes respecto de las cuales la Comisión se proponga imponer una multa o multa coercitiva.

En cuanto al ejercicio efectivo del derecho a ser oído, en los siguientes sub-apartados se analiza la participación de los titulares de tal derecho en el marco de los distintos procedimientos ante la Comisión, dentro del marco del control de concentraciones.

2.1.3.3.2.1 Decisiones relativas a la suspensión de las operaciones de concentración

Cuando la Comisión adopte una decisión relativa a la dispensa de la suspensión de una operación de concentración⁷⁶ que tenga consecuencias desfavorables para una o varias partes, previa notificación de los cargos a las partes notificantes e interesadas, este órgano les dará la posibilidad de dar a conocer sus puntos de vista al respecto. Si la decisión anterior ha sido adoptada con carácter provisional *inaudita parte*⁷⁷, se comunicará sin demora el texto de la decisión provisional a los afectados, fijándose un plazo para que puedan contestar por escrito. La decisión definitiva se adoptará una vez que las partes notificantes y las otras partes interesadas hayan dado a conocer sus puntos de vista.

⁷⁶ Reglamento de concentraciones, Artículo 7.3.

⁷⁷ Reglamento de concentraciones, Artículo 18.2.

2.1.3.3.2.2 Decisiones sobre las cuestiones de fondo

En los procedimientos en los que la Comisión adopte una decisión en virtud del apartado 3 del Artículo 6 o de los apartados 2 a 6 del Artículo 8⁷⁸ del Reglamento de concentraciones antes de consultar al Comité consultivo en materia de operaciones de concentración, oirá a las partes, de conformidad con el derecho de audiencia de las partes. Si se ha adoptado una decisión en virtud del Artículo 8.5 del Reglamento de concentraciones con carácter provisional *inaudita parte*, se comunicará sin demora el texto de la decisión provisional a los afectados y fijará un plazo para que puedan contestar por escrito.

La Comisión comunicará por escrito sus cargos a las partes notificantes. En este mismo momento, fijará también el plazo en el que las partes notificantes podrán exponer sus puntos de vista por escrito. En cuanto a las demás partes interesadas, la Comisión les informará por escrito de los cargos y fijará el plazo para que dichas partes den a conocer sus puntos de vista por escrito.

Las partes a las que la Comisión haya comunicado sus cargos o informado acerca de los mismos presentarán sus escritos a la Comisión en el plazo fijado. En estas observaciones escritas podrán alegar cuando estimen conveniente, adjuntar todos los documentos que juzguen oportunos para probar la veracidad de lo alegado y solicitar que se oiga a aquellas personas que puedan confirmar la veracidad de los hechos invocados.

Las observaciones escritas deberán presentarse a la DG de Competencia en su versión original junto con veintinueve copias. Asimismo, habrá de presentarse una copia electrónica en la misma dirección y en el formato especificado por la Comisión. La Comisión enviará estas observaciones escritas a las autoridades competentes de los Estados miembros.

2.1.3.3.2.3 Audiencias orales

En virtud de lo dispuesto en el Artículo 14 del Reglamento de ejecución, cuando la Comisión vaya adoptar una decisión sobre las cuestiones de fondo descritas en el apartado anterior, previa solicitud de las partes notificantes u otras partes interesadas, dará a éstas la oportunidad de desarrollar sus alegaciones en una audiencia formal. Además, podrá ofrecer a las mismas la oportunidad de expresar sus opiniones oralmente.

Asimismo, la Comisión ofrecerá a las partes a las que tenga previsto imponer una multa y/o una multa coercitiva la oportunidad de expresar sus alegaciones oralmente en una audiencia formal, pudiendo dar esta oportunidad también en otras partes del procedimiento.

2.1.3.3.3 Confidencialidad

El Artículo 18.1 del Reglamento de ejecución establece que la Comisión no comunicará ni dará acceso a información que contenga secretos comerciales o cualquier otro dato confidencial cuya divulgación no sea considerada necesaria a efectos del procedimiento. En caso de duda acerca del carácter confidencial de la documentación la Comisión podrá, de

⁷⁸ Poderes de decisión de la Comisión en segunda fase.

oficio exigir a las personas mencionadas que indiquen los documentos o las partes de documentos que consideran que contienen secretos comerciales y otra información confidencial y que indiquen las empresas respecto de las cuales dichos documentos deben considerarse confidenciales.

Cualquier persona que haya dado a conocer su punto de vista o sus observaciones en el marco de las decisiones relativas a la suspensión de las operaciones de concentración, de las decisiones sobre cuestiones de fondo, de las audiencias a terceros o en solicitudes de información o que presente más información a la Comisión en el curso del mismo procedimiento deberá indicar con claridad los elementos que considere confidenciales⁷⁹. La solicitud de confidencialidad deberá contener una exposición de los motivos por los cuales se estima procedente la declaración de confidencialidad, que se acompañará con una versión no confidencial en el plazo establecido por la Comisión. La mejor forma de proceder en la práctica es enviar una petición razonada junto con una versión no confidencial de todo aquello que se haya entregado. A este respecto, no hay que olvidar que la petición razonada formará parte del expediente y, por lo tanto, también deberá solicitarse que su contenido se trate como información confidencial.

Son ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas. El concepto de "otra información confidencial" puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros terceros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato. De este modo, como señala el párrafo 20 de la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente, en función de las circunstancias de cada caso, esto puede aplicarse a la información proporcionada por terceras partes sobre empresas que permita a éstas ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o proveedores⁸⁰.

2.1.3.4 Intervenciones de terceros

El Artículo 11 del Reglamento de ejecución y la Guía de buenas prácticas reconocen el derecho a ser oídos a los terceros, es decir, aquellas personas físicas o jurídicas, incluidos los clientes, proveedores, competidores, siempre que justifiquen un "interés suficiente" en el procedimiento y, en especial, a los miembros de los órganos de administración o dirección de

⁷⁹ FERNÁNDEZ Cani y VILA Cristina, Procedimientos administrativos en materia de control de concentraciones económicas, 2012.

⁸⁰ Sentencia del TG de 28 de abril de 1999, asunto T-221/95, *Endemol Entertainment Holding BV* vs Comisión de las Comunidades Europeas, II-0129, 69. A este respecto, el TG, en el caso Endemol, declaró que "también se desprende de la jurisprudencia que puede negarse el acceso a ciertos documentos, en particular a los documentos o partes de éstos que contengan secretos comerciales de otras empresas, a los documentos internos de la Comisión, a la información que permita identificar a los denunciantes que deseen que no se revele su identidad, así como a los datos comunicados a la Comisión con la condición de que se respete su carácter confidencial".

las empresas implicadas o representantes acreditados de los trabajadores de dichas empresas y las asociaciones de consumidores, cuando la concentración propuesta afecte a productos o servicios utilizados por el consumidor final.

El principal cauce de participación de terceras partes en el procedimiento de la Comisión es a través de las respuestas a los requerimientos de información en el marco de los llamados "*market tests*". Adicionalmente, la DG de Competencia también permite que terceros envíen de modo individualizado aquella información y comentarios que consideren relevantes para una determinada transacción y prevé la posibilidad de convocar a terceros para discutir y clarificar asuntos específicos.

Si los terceros en el procedimiento desean expresar dudas relativas a la compatibilidad de la transacción con la normativa de competencia o quieren aportar opiniones acerca de datos clave del mercado u otras características que se alejan de las expresadas por las partes notificantes, es necesario que sus aportaciones sean comunicadas tan pronto como sea posible a la DG de Competencia para que puedan ser debidamente valoradas, verificadas y tomadas en consideración, preferiblemente en la fase de autorización⁸¹.

Además de los contactos bilaterales descritos, la DG podrá organizar encuentros triangulares en los que las partes notificantes y los terceros en el procedimiento expresen sus opiniones en un único foro. Estas reuniones voluntarias a tres bandas tendrán lugar cuando se hayan puesto de manifiesto puntos de vista opuestos acerca de datos clave de mercado, características y efectos de la concentración sobre la competencia en los mercados relevantes.

2.1.3.5 Primera fase de investigación

De acuerdo con el Artículo 6.1 del Reglamento de concentraciones, la Comisión procederá al examen de la notificación tan pronto como la reciba, si bien la investigación propiamente dicha se iniciará una vez la Comisión haya recibido la notificación completa de la concentración. Para adoptar una de las decisiones que figuran en las letras a) a c) del Artículo 6.1, la Comisión dispondrá de un plazo máximo de 25 días laborables. Excepcionalmente, cuando tenga lugar una remisión a las autoridades de los Estados miembros o, cuando en el plazo de 20 días desde la notificación, se propongan compromisos para que la ejecución de una concentración sea compatible con el mercado común, dispondrá de un plazo máximo de 35 días laborables.

Ello no obstante, cuando la transacción que da lugar a la concentración sea de dominio público, la Comisión podrá de modo informal iniciar contactos con los actores del mercado previamente a la notificación, siempre y cuando las partes notificantes hayan tenido la oportunidad de expresar su opinión al respecto. En su labor de investigación, la Comisión podrá recabar la información necesaria de las personas, empresas, grupos de empresas y autoridades competentes de los Estados miembros (Artículo 11.1 del Reglamento de concentraciones).

⁸¹ Sentencia del TG de 12 de octubre de 2011, asunto T-224/10, Association belge des consommateurs test-achats ASBLL/Comisión Europea, Rec. 2011, 00000, apartados 46-64.

De conformidad con el Artículo 11 del Reglamento, las tareas de investigación de la Comisión se desarrollan, principalmente, mediante solicitudes escritas de información a clientes, proveedores, competidores y otros terceros relevantes siendo posible, también, el envío de estas solicitudes a las propias partes notificantes. Además de las solicitudes por escrito del mencionado precepto, la Comisión podrá transmitir solicitudes orales a las partes notificantes, a otras partes implicadas y a terceros. Adicionalmente, la DG de Competencia tendrá la facultad de consultar a los anteriores en todo lo relativo a la metodología en el tratamiento de datos y la recogida de información del sector económico relevante⁸².

Por otro lado, el Artículo 12 del Reglamento de concentraciones faculta a las autoridades competentes de los Estados miembros para llevar a cabo las inspecciones domiciliarias que la Comisión estime necesarias.

Al finalizar esta primera fase, la Comisión adoptará una de las decisiones indicadas en el apartado 6 del presente capítulo: (i) la concentración notificada queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones; (ii) la concentración no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común; o (iii) la concentración plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad, lo que da lugar a la incoación del procedimiento y el inicio de la segunda fase de la investigación.

2.1.3.6 Segunda fase de investigación

En aquellos casos en los que, al final de la primera fase, la Comisión tenga serias dudas acerca de la compatibilidad con el mercado común de una concentración sujeta al Reglamento de concentraciones, lo declarará mediante decisión e incoará la segunda fase de la investigación (Artículo 6.1.c). Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la remisión a los Estados miembros (Artículo 9), esta segunda fase deberá culminar mediante decisión de la Comisión con arreglo a lo dispuesto en los apartados del Artículo 8 del Reglamento de concentraciones, a no ser que las empresas demuestren satisfactoriamente a la Comisión haber abandonado la intención de ejecutar la operación.

Para adoptar alguna de las decisiones contempladas en los apartados 1 a 3 del Artículo 8 del Reglamento de concentraciones, es decir, alguna de las que pone fin a la segunda fase, la Comisión dispone de un plazo de 90 días laborables a contar del día siguiente a la incoación del procedimiento. Este plazo podrá ampliarse a 105 días laborables cuando las empresas afectadas propongan, a partir del 55º día laborable siguiente a la apertura de la segunda fase, compromisos para compatibilizar la concentración con el mercado común. El plazo de la segunda fase de los procedimientos podrá extenderse hasta los 125 días laborables cuando así lo soliciten las partes o a iniciativa de la Comisión con el consentimiento de las mismas. Del estudio de las decisiones incondicionales adoptadas por la Comisión durante esta fase, puede deducirse que hay un elemento de carácter estadístico: la mayoría de los casos es constituida por operaciones de concentraciones horizontales⁸³. La otra lección clave es que la

⁸² Guía de buenas prácticas, apartado 28.

⁸³ Dieciséis decisiones de veinticuatro desde la adopción del Reglamento 139/2004 (la decisión Sony/BMG siendo contabilizada dentro de las decisiones adoptadas con como base jurídica el Reglamento 4064/1989).

mayoría de los asuntos es relativa a adquisiciones de sociedades. Pocas empresas en participación han sido objeto de una autorización simple en fase II. Por lo contrario, el número de autorizaciones incondicionales en Fase II relativas a empresas en participación⁸⁴ era más importante bajo el régimen del Reglamento 4064/1989. Hay decisiones en que la Comisión ha autorizado la concentración en virtud del Artículo 8, apartado 1 del Reglamento tras rechazar los compromisos propuestos por las partes durante la Fase I⁸⁵. En el asunto INEOS/Kerling, la Comisión había rechazado los compromisos propuestos por las partes durante la Fase I, los cuales habían sido considerados insuficientes para contrarrestar la posición que adquiriría INEOS en el mercado del PVC en Reino Unido. En cuanto a la autorización simple al final de la Fase II, fue justificada por una redefinición del mercado geográfico relevante, lo cual fue extendido a toda la Europa del Noroeste⁸⁶.

En esta fase, las investigaciones de fondo serán lideradas por un "panel independiente", compuesto por funcionarios experimentados que tendrá como función principal cuestionar las conclusiones del grupo de trabajo dictadas en primera fase. Como apunta Mario Monti⁸⁷, comisario de Competencia de la Comisión Europea entre los años 1999 y 2004, este sistema de revisión se adoptó para evitar que las decisiones de los grupos de trabajo tomadas en segunda fase estuvieran contaminadas de sus propios argumentos y ello afectara a la resolución del procedimiento.

Al finalizar esta fase, previa consulta al Comité Asesor sobre Concentraciones, el Colegio de Comisarios o el Comisario de Competencia, cuando la potestad para adoptar la decisión haya sido delegada en él, podrá emitir una de las decisiones que ponen fin a la segunda fase contempladas en el Artículo 8 del Reglamento de concentraciones: (i) aprobación en caso de compatibilidad con el mercado común; (ii) aprobación con condiciones y obligaciones destinadas a compatibilizar la concentración con el mercado común; (iii) prohibición en caso de incompatibilidad prematura o contraviniendo las condiciones vinculadas a una decisión; (v) adopción de medidas provisionales y (vi) revocación de una decisión de compatibilidad en caso de información errónea o incumplimiento de una obligación.

2.1.3.7 Plazos

2.1.3.7.1 Plazos para las decisiones de la Comisión

Los plazos para la incoación del procedimiento y para las decisiones de la Comisión se regulan en el Artículo 10 del Reglamento de concentraciones y en el capítulo III del Reglamento de ejecución, que regula el cómputo, vencimiento, suspensión y cumplimiento de

⁸⁴ M.6314 Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV, 4 septiembre 2012; M.5907 Votorantim/Fischer/JV, 14 mayo 2011; M.3178 Bertelsmann/Springer/JV, 3 mayo 2005

⁸⁵ M.4734 INEOS/Kerling del 30 enero 2008; M.4781 Norddeutsche Affinerie/Cumerio del 23 enero 2008; Thales/Finmeccanica/Telespazio.

⁸⁶ SENTENAC Jean, *L'autorisation inconditionnelle en phase II de l'imperfection du règlement 139/2004*, European Legal Studies, 4/2013.

⁸⁷ M. MONTI, *Merger Control in the European Union : a radical reform*, European Commission/International Bar Association, Bruselas a 7 de noviembre de 2002, PSEECH/02/545.

los plazos. Respecto a los plazos exactos para las decisiones de la Comisión, nos remitimos a la información expuesta a lo largo de este capítulo para cada uno de los respectivos procedimientos decisorios de la Comisión.

2.1.3.7.2 Consecuencia del incumplimiento del plazo para decidir de la Comisión

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 10.6 del Reglamento de concentraciones, cuando la Comisión no haya adoptado una decisión relativa a la compatibilidad de una concentración con el mercado común dentro del plazo fijado para ello, se considerará que la concentración ha sido declarada compatible con el mercado común, sin perjuicio de la posible remisión a las autoridades competentes de los Estados miembros.

2.1.3.7.3 Computo de los plazos

Los plazos se contarán a partir del día hábil siguiente al hecho contemplado en la disposición pertinente del Reglamento de concentraciones. A efectos de este último Reglamento y del Reglamento de ejecución, se considerarán días hábiles todos los días, excepto los sábados, domingos y otros días festivos publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea antes del comienzo de cada año (Artículo 24 del Reglamento de concentraciones).

Los plazos calculados en días hábiles vencerán al término de su último día hábil y los plazos fijados por la Comisión en términos de fechas precisas vencerán al término del día fijado.

2.1.3.7.4 Suspensión del plazo/prórroga del plazo

Los plazos contemplados en el Artículo 9.4 y en los artículos 10.1 y 10.3 del Reglamento de concentraciones quedaran suspendidos cuando la Comisión tenga que adoptar una decisión por alguna de las siguientes razones:

- a) La solicitud de información simple enviada a las partes notificantes u otra parte interesada no ha sido respondida dentro del plazo fijado por la Comisión o la respuesta haya sido incompleta.
- b) La información solicitada a un tercero no ha sido facilitada dentro del plazo fijado por la Comisión, o resulta incompleta por causas imputables a una de las partes notificantes o a cualquier otra parte interesada.
- c) Una de las partes notificantes u otra parte interesada se ha negado a someterse a una verificación que la Comisión considere necesaria (inspección) o se haya negado a colaborar en la misma.
- d) Las partes notificantes no han informado a la Comisión acerca de las modificaciones esenciales de los hechos contenidos en la notificación.

Los plazos mencionados también quedarán suspendidos cuando la Comisión haya adoptado una decisión por la que se haya de requerir a una empresa, por causas imputables a una de las participantes en la concentración, para que proporcione información sin proceder

primero a una solicitud simple de información. En este caso, el plazo quedará suspendido por el periodo de tiempo transcurrido entre el vencimiento del plazo fijado en la decisión y la recepción de la información completa.

En los casos previstos en las letras a) y b) anteriores, el plazo quedará suspendido por el periodo de tiempo transcurrido entre el vencimiento del plazo fijado en la solicitud simple de información o, cuando no hubiera solicitud, el del plazo fijado en la decisión y la recepción de la información completa.

En los supuestos de la letra c), los plazos quedarán suspendidos por el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha en que la que se haya intentado la verificación y la fecha en la que efectivamente haya podido llevarse a cabo.

Por último, en el supuesto contemplado en la letra d), el plazo se suspenderá por el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha en la que se produzca la modificación de los datos especificados y la fecha de recepción por parte de la Comisión de la información completa.

En virtud del Artículo 10.3.2º del Reglamento de concentraciones, los plazos de la Comisión para adoptar una decisión respecto a una concentración notificada se ampliarán en 15 días adicionales si las partes notificantes presentan una solicitud a tal efecto. Asimismo, la Comisión también podrá, una vez obtenido el consentimiento de las partes notificantes, ampliar los plazos fijados para adoptar una decisión. En cualquier caso, la duración total de la ampliación o ampliaciones acordadas no superará los 20 días laborables.

2.1.3.8 Finalización del procedimiento

El procedimiento expuesto podrá examinar mediante decisión de compatibilidad de la concentración con el mercado común, una decisión de compatibilidad sujeta a condiciones u obligaciones destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con la Comisión o por decisión que declare la incompatibilidad de la concentración con el mercado común y declare la prohibición de su ejecución.

2.1.3.8.1 Decisión de compatibilidad

Cuando la Comisión compruebe que una concentración notificada no es susceptible de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, adoptará una decisión que declare su compatibilidad con el mercado común en virtud del Artículo 6.1.b) o 8.1 del Reglamento de concentraciones. Ambos artículos establecen que una decisión mediante la cual se declare la compatibilidad de una concentración con el mercado común cubrirá las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin. La Comisión podrá acompañar su decisión con las condiciones y obligaciones necesarias para que la operación de concentración sea compatible con el mercado común.

2.1.3.8.2 Decisión de compatibilidad con compromisos

En la primera fase del procedimiento, los compromisos ofrecidos por las empresas interesadas se presentarán a la Comisión en un plazo no superior a 20 días hábiles a partir de la fecha de recepción de la notificación. En la segunda fase, el plazo de 20 días hábiles se contará a partir de la fecha de inicio de la misma. Excepcionalmente, la Comisión podrá aceptar compromisos ofrecidos después del vencimiento de los mencionados plazos. Cuando la Comisión compruebe que, tras las modificaciones introducidas por las empresas afectadas, una concentración no es susceptible de obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, adoptará una decisión que declare su compatibilidad.

Las modificaciones o compromisos anteriores deberán ser proporcionales al problema de competencia de que se trate y eliminarlo por completo. Si el problema de competencia es menor, es conveniente aceptar los compromisos antes de incoar el procedimiento para agilizar el examen de la operación por parte de la Comisión. Por otro lado, en aquellas concentraciones cuyos compromisos no se puedan implementar antes de la incoación del procedimiento, la Comisión podrá, además, acompañar sus decisiones de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos contraídos con la Comisión (Artículo 8.2.2º del Reglamento de concentraciones).

Los compromisos se regulan en la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) nº802/2004 de la Comisión, que distingue entre compromisos de tipo estructural y de comportamiento.

En este caso, de acuerdo con el Artículo 8.1.3º, se entenderá que las decisiones mediante las cuales se declare la compatibilidad de una concentración con el mercado común también cubrirán las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin.

2.1.3.8.3 Prohibición

En aquellos casos en los que la Comisión compruebe que una concentración es susceptible de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, la declarará incompatible con el mercado común y prohibirá su ejecución. Con carácter poco habitual, la Comisión ha estimado la incompatibilidad de una concentración con el mercado común y ha declarado su prohibición.

2.1.3.8.4 Ordenes de disolución, medidas provisionales y revocación de decisiones de compatibilidad

En los supuestos en los que la Comisión compruebe que una concentración:

- a) ya ha sido ejecutada y, con posterioridad, ha sido declarada incompatible con el mercado común, o
- b) ha sido ejecutada contraviniendo una de las condiciones vinculadas a una decisión de declaración de compatibilidad con el mercado común sujeta a compromisos, en ausencia de la cual la concentración sería incompatible con el mercado común,

La Comisión podrá:

- exigir la disolución de la concentración, ya sea mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, con objetivo de volver a la situación anterior a la ejecución de la concentración.
- ordenar cualquier otra medida apropiada para garantizar que las empresas afectadas disuelvan la concentración o adopten cualesquiera otras medidas destinadas a restablecer la situación previa.

Adicionalmente, la Comisión también podrá adoptar medidas provisionales adecuadas para restablecer o mantener las condiciones de una competencia efectiva cuando: (i) una concentración se haya ejecutado contraviniendo la obligación de suspensión y aun no haya sido declarada compatible con el mercado común; (ii) se haya ejecutado contraviniendo una de las condiciones vinculadas a una decisión que declare su compatibilidad con el mercado común o (iii) se haya ejecutado y, con posterioridad, se haya declarado su incompatibilidad con el mercado común.

Por último, la Comisión también tiene la facultad de revocar una decisión que declare la compatibilidad de una concentración con el mercado común cuando ésta se haya basado en información incorrecta de la que sea responsable alguna de las empresas afectadas o que haya sido obtenida de forma fraudulenta u cuando las empresas afectadas hayan incumplido una obligación impuesta en dicha decisión.

2.2 La utilización del procedimiento previsto para el abuso de posición dominante en la UEMOA

2.2.1 Los procedimientos administrativos de control

Puesto que la operación de concentración es considerada como una práctica asimilable al abuso de posición dominante por la legislación UEMOA, el órgano comunitario utiliza el procedimiento de este último para regular las concentraciones. Vemos en el capítulo I que todas las concentraciones económicas que intervienen en el mercado común o en el territorio geográfico de un Estado miembro son de la competencia de la Unión. Pues, es una gran diferencia entre la legislación de UEMOA y la de UE, ya que la primera no prevé remisiones a los Estados miembros, sino que se reserva una competencia exclusiva para conocer de todas las concentraciones en su ámbito geográfico. Los textos comunitarios le han reconocido una misión central en materia de concentración, y le confieren también el monopolio de la adopción de decisiones. La razón objetiva es que hay una unificación de la reglamentación de

los carteles, de los abusos de posición dominante y de las ayudas estatales⁸⁸. La Unión tiene competencia exclusiva⁸⁹ para legislar en estos tres ámbitos. Así, el derecho comunitario de la competencia desempeña la función de instrumento de regulación tanto del mercado comunitario como del mercado nacional.

Sin embargo, el órgano comunitario ha suavizado este principio de competencia exclusiva estableciendo relaciones de colaboración entre la Comisión y las estructuras nacionales de competencia. De hecho, el control del mercado común se basa en la coexistencia de dos autoridades de desigual importancia, lo que un autor califica de “un mecanismo a dos plantas”⁹⁰. Hay una Directiva n°02/CM/UEMOA con fecha de 23 mayo 2002 que determina las condiciones de aplicación y el ámbito de la cooperación entre la Comisión y las estructuras nacionales de competencia de los Estados miembros (para la aplicación de los Artículos 88, 89 y 90 del Tratado de la UEMOA). Dicha Directiva reparte las competencias entre las autoridades comunitarias y nacionales de competencia. Concilia a la vez la competencia exclusiva de la Comisión y la necesidad de permitir una vigilancia eficaz de los mercados por las autoridades nacionales.

2.2.1.1 La notificación previa

El procedimiento de control de las operaciones de concentraciones es organizado en el Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA, relativo a los procedimientos aplicables a los carteles y abusos de posición dominante dentro de la Unión Económica y Monetaria de África Occidental. Se distingue del procedimiento aplicable a los carteles y a los abusos de posición dominante debido a su carácter preventivo. En el marco de la verificación de los carteles y de los abusos de posición dominante de estas infracciones basadas en el control de los comportamientos de las empresas, asistimos a un examen que se ejerce *a posteriori*, mientras que en las operaciones de concentraciones, el control es ejercido *a priori* o *ex ante* debido a la notificación utilizada como medio de desencadenamiento del control.

En la reglamentación UEMOA, la obligación de notificación no es precisa, salvo en los casos de solicitud de exención individual, lo que se permite a los Estados miembros, a las empresas y a las asociaciones de empresas. En esta parte del procedimiento, el Artículo 7 del Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA prevé la obligación de notificación por los actores anteriormente citados.

Este silencio parcial del legislador comunitario sobre la exigencia de notificación no es signo de vacío normativo absoluto, ya que la jurisprudencia⁹¹ demuestra que este paso es una condición previa para poner en marcha el procedimiento de control. Así, es una premisa básica para beneficiar de una declaración negativa o de una exención individual.

⁸⁸ BAKHOUM Mor, *Répartition et exercice des compétences entre l'Union et les Etats membres en droit de la concurrence dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africain*, 2005.

⁸⁹ Aviso n° 003/2000/CJ/UEMOA, Tribunal de Justicia de la UEMOA.

⁹⁰ COULIBALY Abou Saïb, *Le droit de la concurrence de l'Union économique et monétaire ouest africain*, Revue burkinabé de droit, 2003.

⁹¹ Affaire *Gazoduc*, préc. Note 34 ; Affaire *Unilever et autres*, préc. Note 45.

En materia de carteles y de abusos de posición dominante, hay dos tipos de procedimientos previstos: el procedimiento no contencioso y el procedimiento contradictorio.

El procedimiento no contencioso que es objeto de notificación aborda el procedimiento de adopción de la declaración negativa y de la exención individual, por lo que se refiere al control de concentraciones.

Mediante el procedimiento de la declaración negativa, las partes de una concentración tienen la posibilidad de solicitar el dictamen de la Comisión sobre la compatibilidad de la operación con las reglas comunitarias de competencia. Dicha solicitud debe ser presentada por las partes en cuestión, y pueden hacerlo en todo momento, ya sea antes o después la firma o la realización del acuerdo considerado⁹².

La notificación se presenta como un acto encaminado a informar o a expresar a la Comisión su intención de implementar un proyecto de concentración. Será considerada como una declaración al órgano competente de los elementos de una operación económica para que una decisión destinada a la obtención de una autorización previa sea dictada a este efecto. Por eso, es el procedimiento más apropiado para destacar una práctica de concentración ya que la puesta en marcha del control necesita un análisis prospectivo. Ello se debe a que el objetivo buscado en el marco de este control es limitar la combinación de negocios que procuren ganancias o rendimientos importantes más fáciles a obtener a través este proceso.

La demanda de declaración negativa se destina a hacer constar por la Comisión que no ha lugar a intervenir en las practicas puestas en marcha, mientras que la exención individual tiene por objeto exonerar una práctica ilícita de la aplicación de las disposiciones del Artículo 88.a) del Tratado de la UEMOA.

El Reglamento 3/2002/CM/UEMOA especifica que sólo puede presentar la notificación una empresa susceptible de ocupar, sola o con otras entidades, una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste (Artículo 8.2). Hay posibilidades para que las partes notificantes sean representadas y, en su caso, una prueba escrita es exigida. Pero, si se trata de una notificación colectiva, un mandatario común designado será encargado de la transmisión y de la recepción de los documentos en nombre de todos los demandantes o notificantes. Y si el propósito de la notificación es denunciar la práctica de concentración, los Estados miembros son autorizados a informar la Comisión de eso.

Cualquiera que sea la persona en cuestión, la presentación de la notificación se hace mediante un formulario llamado “Formulario N.”, y en el caso en que la demanda implique la obtención de una declaración negativa o de una exención individual, un único formulario es suficiente.

⁹² ADAM Mattieu, *Fusions et acquisitions en Afrique : le contrôle des concentrations*, Revue Finance & Gestion, Mars 2014.

La notificación debe contener toda una serie de informaciones relativas a las partes, los acuerdos, el mercado considerado y las razones por las cuales la demanda de notificación es presentada.

Una vez recibida la notificación o de la demanda, la Comisión publica una breve comunicación que reproduce el resumen no confidencial adjunto al Formulario (N). Esta publicación tiene por finalidad invitar a los terceros a formular sus observaciones sobre el proyecto de concentración. Dentro de un plazo de 6 meses desde la notificación, la Comisión podrá decidir la concesión de una declaración negativa o una exención individual en condiciones precisas. Para hacerlo, transmite sin demora a las autoridades de los Estados miembros una copia de los formularios de solicitud o de notificación, así como los documentos más relevantes. Durante ese periodo, la Comisión puede negociar con las partes interesadas para hacer sus prácticas compatibles con el Mercado común. Para eso, concluye un acuerdo informal.

Cuando la Comisión, después de la recepción de la notificación o de la solicitud de declaración negativa, tiene dudas sobre la compatibilidad de una práctica con el Mercado común, iniciará el procedimiento contradictorio. En este caso, la Comisión comunica a las partes interesadas las objeciones formuladas contra ellas, les capacita para dar a conocer sus observaciones antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva en un plazo de 12 meses.

Si no se adopta ninguna decisión en este plazo, a contar desde el inicio del procedimiento contradictorio, el silencio de las autoridades comunitarias equivale a una decisión implícita de declaración negativa o de exención.

2.2.1.2 Los poderes de investigación de la Comisión

Para recabar las informaciones relativas al funcionamiento de los mercados que necesita en la ejecución de su misión, la Comisión dispone, en virtud del Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA, de un triple poder de investigación. Puede ya sea solicitar informaciones a las empresas, realizar inspecciones, o efectuar investigaciones sectoriales.

La solicitud de informaciones es prevista por el Artículo 18 del Reglamento anteriormente mencionado. Dichas solicitudes pueden dirigirse a los Estados miembros o a las empresas y asociaciones de empresas. A falta de una respuesta a una primera solicitud por parte de una empresa o asociación de empresas, la Comisión solicitará las informaciones pedidas por vía de decisión. Los Estados miembros en cuyo territorio se hallan las empresas en cuestión reciben una copia de las solicitudes de información, sean o no efectuadas por vía de decisión. La solicitud debe indicar los fundamentos jurídicos en los que la Comisión se basa y la finalidad para la que recogen las informaciones, así como las sanciones previstas en caso de que se proporcione información inexacta. Puede precisar, en su caso, el recurso posible ante el Tribunal de Justicia.

Las inspecciones en las empresas pueden ser efectuadas por la Comisión o por las autoridades competentes de los Estados miembros que actúan a petición de la Comisión. Estas

comprobaciones son también destinadas a permitir a la Comisión de realizar las tareas asignadas por el Artículo 90 del Tratado y por las prescripciones previstas por el Artículo 89. La inspección puede efectuarse sobre la base de un mandato de la Comisión, que indique el objeto y el propósito de la inspección, así como la sanción prevista en caso de que los libros y otros documentos profesionales requeridos no sean presentados de manera completa. Puede efectuarse por vía de decisión. Cuando la inspección es operada por los agentes de la Comisión, pueden controlar los libros y otros documentos profesionales, hacer copias o extractos de estos documentos, pedir en las dependencias correspondientes explicaciones verbales, acceder a todos los locales y medios de transporte de la empresa afectada. La inspección se efectúa en colaboración con la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio la comprobación se hace. En este respecto, la Comisión comunica a la autoridad competente del Estado miembro considerado, de la misión de inspección y de la identidad de los agentes habilitados por el órgano comunitario. Los agentes de la autoridad nacional pueden prestar asistencia a los de la Comisión en la realización de sus misiones. Si las inspecciones son efectuadas por las autoridades de los Estados miembros, los agentes de estas autoridades ejercen sus prerrogativas sobre la base de un mandato escrito de la autoridad competente del Estado miembro en cuestión.

Por otra parte, el Artículo 19 del Reglamento n°02/2002/CM/UEMOA habilita la Comisión para proceder a investigaciones por sector económico, si presume que, en un sector, la competencia es restringida o falseada. En este marco, la Comisión dispone de un amplio poder de investigación. Puede pedir a las empresas o asociación de empresas toda información pertinente de aplicación de los principios previstos al Artículo 88, párrafos a y b del Tratado. Además, la Comisión puede decidir iniciar estudios y búsquedas, e incitar en el debate todos los agentes económicos en cuestión, en particular la Cámara de Comercio Regional, las organizaciones profesionales, las Cámaras de Comercio nacionales, las organizaciones de consumidores, así como las organizaciones naciones y extranjeras de competencia⁹³.

Al final de estas operaciones de investigación, según el contenido de la información recogida y las conclusiones de los debates, la Comisión podrá iniciar el procedimiento contradictorio para adoptar una decisión.

2.2.1.3 El procedimiento de instrucción

La instrucción ante la Comisión tiene tres aspectos: es contradictoria, garantiza el respeto de los secretos comerciales, se lleva a cabo en estrecha colaboración entre los Estados miembros.

En virtud del Artículo 16 del Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA, la Comisión puede intervenir de oficio o a instancia de un denunciante. Los denunciantes pueden ser ya sea Estados miembros o personas físicas o jurídicas. Para que el procedimiento pueda considerarse como iniciado por la Comisión, es necesario que exista la obtención de pruebas

⁹³ Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, *Examen Collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal*, 2007.

que puede analizarse como un acto de autoridad que manifieste su voluntad de tomar una decisión.

El procedimiento contradictorio comprende dos fases: la fase escrita y la fase oral.

La primera fase comprende, entre otras cosas, la comunicación del pliego de cargos, la cuestión referente al acceso al expediente, y las observaciones escritas de las partes.

Después de que la Comisión reúna, ejerciendo los poderes de investigación, los elementos que le permiten establecer los indicios suficientes que demuestren la existencia de una infracción, abre el debate escrito comunicando a las empresas el pliego de los cargos contra ellas. El objeto de esta comunicación es permitir a las empresas presentar sus observaciones sobre este pliego de cargos. Para eso, hace falta que las empresas sean informadas de los elementos de hecho y de Derecho en que la Comisión se basa a esta etapa del procedimiento. La comunicación del pliego de cargos es un acto preparatorio a la decisión que, en su caso, será adoptada. Pero este acto tiene particular importancia porque la Comisión sólo puede tratar las objeciones respecto a las cuales las empresas han hecho conocer sus puntos de vista. Así, la comunicación del pliego tiene por efecto de cristalizar la posición de la Comisión, impidiéndola de dictar su decisión con otros cargos que no han sido comunicados. Sin embargo, nada impide que la Comisión abandone ciertos cargos o comunique nuevos cargos, ya sea para precisar o completar la comunicación original, o para responder a los argumentos presentados por la empresa durante el procedimiento administrativo.

Para formular mejor sus observaciones, las partes interesadas tienen la posibilidad de tener acceso al expediente. El respeto de los derechos de la defensa exige que las personas interesadas estén en condiciones de hacer conocer de forma útil sus puntos de vista sobre los documentos detenidos por la Comisión en las constataciones base de su decisión. La facultad de tomar conocimiento del expediente es prevista en el Artículo 17, párrafo 8, del Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA. Este acceso al expediente se traduce por el examen *in situ* de los documentos accesibles. Las empresas afectadas pueden hacer copias.

Cuando la Comisión comunica el pliego de cargos, fija al mismo tiempo el plazo en que las empresas tienen la facultad de hacer conocer sus puntos de vista. Deben presentar, en el plazo impartido, observaciones escritas en que pueden exponer todos medios o hechos útiles a su defensa. Para establecer los hechos invocados, pueden producir todos documentos necesarios.

Al final de la primera fase, la Comisión debe proceder a una audiencia de las partes contra las que hay cargos a fin de adoptar una decisión. La Comisión debe dar a las personas que lo soliciten en sus observaciones escritas, la oportunidad de desarrollar verbalmente sus opiniones. Esta regla se aplica tanto a las empresas afectadas como a los terceros que justifican un interés suficiente. Las personas que deben ser oídas, son convocadas por la Comisión en una fecha que fija ella misma. Una copia de la convocatoria es transmitida a las

autoridades competentes de los Estados miembros, las cuales pueden nombrar a un funcionario para que participe en la audiencia.

Las personas convocadas comparecen ya sean ellas mismas, o en la persona de sus representantes legales o estatutarios. Las empresas o asociaciones de empresas pueden ser representadas por un mandatario debidamente autorizado y elegido dentro del personal permanente. Pueden ser asistidas por sus asesores jurídicos o por otras personas calificadas admitidas por la Comisión. La audiencia no es pública. La Comisión tiene la facultad de oír a las personas separadamente o en presencia de otras personas convocadas. En el último supuesto, se tiene en cuenta el interés legítimo de las empresas por lo que se refiere a sus secretos comerciales y otros confidenciales. Las declaraciones de cada persona son registradas de manera apropiada. Una copia es remitida a cada persona oída que lo solicita.

El procedimiento contradictorio cuyo objeto es garantizar los derechos de la defensa de las empresas afectadas permitiéndolas formular sus observaciones, es seguido inmediatamente de la consulta del Comité consultivo de la competencia cuando la Comisión tiene previsto tomar una decisión de prohibición o de sanciones pecuniarias.

2.2.1.4 La consulta de los Estados miembros (el Comité Consultivo de la competencia)

El Comité consultivo fue creado por el Artículo 28, párrafo 28.3, del Reglamento n°03/2002/CM/UEMOA. Este comité está compuesto por funcionarios competentes en materia de competencia, a razón de dos representantes por Estado miembro. Cuando el Comité debe pronunciarse en un asunto que sea del ámbito de un sector de interés económico general, la delegación de cada Estado miembro deberá integrar a un representante de la agencia nacional de regulación del sector en cuestión o, en su defecto, un representante de la asociación profesional de dicho sector.

El comité es obligatoriamente consultado antes de que se adopte cualquier decisión que prohíbe carteles o abusos de posición dominante (donde se sitúan las concentraciones objeto de control). La consulta tiene lugar durante una reunión, a invitación de la Comisión.

A la carta de invitación, se adjuntan la exposición del asunto con indicación de los documentos más importantes y un anteproyecto de decisión para cada caso a examinar. La reunión se celebrará, como muy pronto, 14 días después del envío de la convocatoria. Este plazo puede, de manera excepcional, abreviarse para evitar de causar un perjuicio grave a una o varias empresas afectadas por la operación de concentración.

El Comité emite un dictamen siempre que al menos la mitad de los miembros (dieciséis personas) esté presente. Este dictamen se consignará por escrito y se adjuntará al proyecto de decisión. El dictamen del Comité no será vinculante para la Comisión en la adopción de la decisión final.

2.2.2 La decisión de la Comisión

En virtud del Artículo 90 del Tratado de la UEMOA que atribuye la aplicación de las reglas de competencia a la Comisión, se le reconoce también el poder de tomar decisiones cuando se pone en su conocimiento actos que pueden ser la realización de una concentración. En esta perspectiva, una operación de concentración, pues asimilable a un abuso de posición dominante, está en contradicción con las disposiciones que la regulan. Por eso, hay alternativas que se imponen; la operación ya será juzgada compatible con el mercado común, o admitida de manera excepcional con normas permisivas tales como las declaraciones negativas y las exenciones individuales. La decisión puede consistir en una orden positiva así como en una prohibición. A este efecto, cuando la Comisión tiene conocimiento de una operación de concentración, puede exigir a las empresas afectadas “ya sea que disuelvan la concentración o restablezcan la situación previa a la ejecución de la concentración, o que modifiquen o completen la operación, o que tomen cualquier medida apropiada para asegurar o para restablecer una competencia suficiente”⁹⁴. Conviene señalar que la sanción de índole negativo que puede resultar de la decisión de la Comisión, es la constatación de la nulidad de pleno derecho de la práctica en cuestión. En el caso del control de concentraciones, existen varias opciones a la autoridad comunitaria que puede, ante todo, utilizar sus aptitudes para incitar las empresas afectadas para no ejecutar este proyecto de concentración, o compatibilizar el proyecto con el Mercado común, acompañarlas o exhortarlas a aportar complementos.

En este sentido, la Comisión concede exenciones establecidas en forma de decisiones ya sea de declaración negativa, o de exención individual. En el primer supuesto, la decisión sólo interviene cuando la Comisión, teniendo cuenta de las informaciones y datos relativos al proyecto notificado que tiene, considera que las reglas que regulan las concentraciones no deben aplicarse. Sin embargo, la exención individual consiste en una decisión individual, personalizada, que se concede por una duración determinada, y podrá renovarse cuando sea preciso. Se trata de una medida por la cual la Comisión concede un comprobante a fin de exonerar el proyecto de concentración para eximirle de la prohibición que debe enfrentar. La exención individual puede ser revocada, modificada o incluir prohibiciones de hacer ciertos actos; circunstancias que ocurren cuando las empresas afectadas realizan actos que crean una situación de hecho que modifica un elemento esencial a la decisión de exención o en el caso de que contravengan a un cargo o a una condición adjunta a la decisión. Pueden surgir también cuando el beneficio de la exención se basa en indicaciones inexactas, incompletas u obtenidas de manera fraudulentamente. En los dos casos, la decisión de la Comisión puede ser revocada con efecto retroactivo⁹⁵.

En el espacio de África Occidental, observamos una tendencia de políticas incentivas a favor de las operaciones de concentración, de ahí la regulación desarrollada de las exenciones. Se justifica por la voluntad de las autoridades comunitarias de estimular la inversión de

⁹⁴ Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA, Artículo 4.3.

⁹⁵ Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA, Artículo 7.3.

agentes económicos privados para mejorar la competitividad de la economía del Mercado común.

A título ilustrativo, las operaciones de concentración están exentas si son consideradas contributivas al desarrollo económico y confiere ventajas por la importancia de los beneficios para los usuarios.

Por lo que se refiere al proceso de toma de decisiones al final del procedimiento contradictorio, la Comisión debe dictar su decisión dentro de un plazo de 12 meses. Transcurrido este periodo, su silencio equivale a una decisión implícita de declaración negativa o de exención individual. Y durante el proceso, la Comisión puede adoptar, de oficio o a petición de las partes, medidas cautelares en un plazo de 5 días siguientes a la fecha en que finalicen las audiencias de las partes⁹⁶. Estas medidas deben tener lugar solamente cuando la práctica en cuestión ocasiona un perjuicio grave, irreparable e inmediato a la economía general o a la del sector en que se halla la empresa, o al interés de los consumidores o de los competidores⁹⁷.

Así, pueden manifestarse en forma de medidas necesarias similares a un requerimiento para restablecer la situación previa a la ejecución de la concentración, o a una orden de suspensión de la práctica en cuestión. Pueden también consistir en condiciones necesarias de prevención impuestas a las empresas afectadas contra cualquier eventual efecto anticompetitivo, las cuales deben limitarse estrictamente a lo estrictamente necesario.

Las medidas cautelares pueden ser modificadas, suspendidas o derogadas mediante decisión, en todo momento. Son válidas sólo durante un periodo de 6 meses, y expira el plazo en caso de adopción de una decisión definitiva por la Comisión.

El proceso de toma de decisiones así establecido, para una aplicación eficaz, será importante proceder a la garantías de estas decisiones a través de la implementación de sanciones.

Capítulo III: El régimen sancionador

Cuando hay una distorsión del mercado en forma de concentración, y que es reconocida como tal por el órgano comunitario, hay sanciones de naturaleza administrativa o judicial establecidas tanto en la reglamentación de la UE como en la de la UEMOA. Es para garantizar el cumplimiento del contenido de los reglamentos.

⁹⁶ Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA, Artículo 5.

⁹⁷ Reglamento n°2/2002/CM/UEMOA, Artículo 5.3.

3.1 *En la reglamentación de la Unión Europea*

3.1.1 Las sanciones impuestas por la Comisión

El alcance de las competencias de la Comisión en materia de control de concentraciones puede explicarse por el reparto de poderes entre las instituciones del ordenamiento jurídico comunitario. De hecho, el Consejo de la Unión Europea sólo ha adoptado el reglamento de base de este régimen, el Reglamento n°139/2004, en el que se esbozan los principios directrices, dejando en manos de la Comisión, órgano supranacional a cargo del interés general comunitario, la tarea de garantizar la aplicación de este texto.

Con independencia del resto de consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las partes notificantes en el procedimiento de control de concentraciones pueda acarrear, el Reglamento 139/2004 de la Unión Europea establece distintas disposiciones de carácter sancionador específicamente relacionadas con el procedimiento de control de concentraciones. A continuación, se revisan las multas que la Comisión puede imponer en el marco de este procedimiento en función de la obligación cuyo incumplimiento resulte susceptible de sanción administrativa. La determinación del importe de las multas variará de conformidad con los criterios de ponderación que el Reglamento ha previsto. Al fijar el importe de las multas, se tendrá en cuenta la naturaleza, la gravedad y la duración de la infracción.

3.1.1.1 Sanciones por incumplimiento de reglas de fondo

Cuando, en el marco del procedimiento del control de concentraciones, las partes afectadas suministren una información inexacta, desvirtuada, incompleta, o fuera del plazo establecido⁹⁸, la Comisión podrá imponer a éstas multas de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa o asociación de empresas.

Las informaciones defectuosas, para dar lugar a esta sanción, deben suministrarse de forma deliberada o por negligencia (Artículo 14.1 del Reglamento de concentraciones).

Dicha información puede proceder, entre otras fuentes, de la notificación o complemento a la notificación, de la presentación de los libros u otros documentos relativos a la actividad empresarial requeridos (durante las inspecciones efectuadas por la Comisión), de las respuestas a las preguntas formuladas por la Comisión o los agentes de este órgano. Las partes afectadas son sancionadas también si rehúsen someterse a una inspección ordenada mediante decisión adoptada en aplicación del apartado 4 del Artículo 13 del Reglamento.

Por otra parte, para obligar a las partes afectadas, por ejemplo a suministrar de forma completa y correcta la información solicitada por la Comisión, este órgano puede imponerles multas coercitivas de hasta un 5% del volumen de negocios total medio diario de las empresas

⁹⁸ Decisión de la Comisión de 13 de enero de 2003, asunto TetraLaval/Sidel (M.2416); Décision de la Comisión de 26 de abril de 2001, asunto BP/Erdölchemie (M.2345).

o asociaciones de empresas afectadas por cada día laborable de demora a partir de la fecha fijada en la decisión.

Además, cuando las personas, empresas o asociaciones hayan cumplido la obligación para cuyo cumplimiento se hubiera impuesto la multa coercitiva correspondiente, la Comisión podrá fijar el importe definitivo de la multa coercitiva en una cuantía inferior a la que resultaría de la decisión inicial (Artículo 15.2 del Reglamento de concentraciones).

3.1.1.2 Sanciones por infracción de las reglas procesales

Puede ocurrir que las partes afectadas por la concentración, de manera deliberada o por negligencia, omitan la notificación de esta operación antes de su realización, o cuando la ejecutan en contravención de una condición impuesta por la Comisión, o realicen una concentración declarada incompatible con el mercado común o durante el periodo de suspensión de la ejecución de la misma.

En este caso, la Comisión podrá imponerlas multas de hasta un 10% del volumen de negocios total de la empresa afectada.

Por otra parte, según el caso, la Comisión puede exigir a las empresas afectadas que disuelvan la concentración (si la concentración es incompatible con el mercado común), tomar medidas provisionales para restablecer o mantener las condiciones de una competencia efectiva (en espera de que una decisión relativa a la compatibilidad de la operación con el mercado común sea tomada), o revocar la decisión de autorización (si las empresas no respetan sus compromisos).

Y para obligar las partes a cumplir las obligaciones impuestas por el Reglamento y las medidas ordenadas mediante decisión, la Comisión podrá imponerlas multas coercitivas de hasta un 5% del volumen de negocios total medio diario de las empresas o asociaciones de empresas afectadas por cada día laborable de demora a partir de la fecha fijada en la decisión.

3.1.2 El control del Tribunal de Justicia

El control de concentraciones económicas en la Unión Europea se basa en un régimen de autorización previa centralizado en las manos de la Comisión cuyas decisiones son recurribles ante el órgano jurisdiccional comunitario con objeto de verificar su legalidad.

Como se ha observado anteriormente, la Comisión dispone de amplios poderes de control, de sanción y de decisión. Sus poderes de sanción se refieren a empresas que no cooperan durante el proceso o que no se conforman a sus decisiones al final de éste.

A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene competencia jurisdiccional plena, con arreglo al Artículo 261⁹⁹ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sobre los recursos interpuestos contra las decisiones mediante las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o coercitiva. El Artículo 16 del Reglamento de

⁹⁹ Antiguo Artículo 229 del Tratado de la Comunidad Europea.

concentraciones precisa que el Tribunal podrá anular, reducir o aumentar la multa sancionadora o coercitiva impuesta. Y para interpretar una decisión de la Comisión en materia de control de las operaciones de concentración, en particular cuando se trata del examen de los hechos que le sirven de base, y ello, sin perjuicio del carácter preparatorio y provisional de este documento y a pesar de que la Comisión no esté obligada a dar explicaciones sobre posibles diferencias de la decisión final respecto de éste¹⁰⁰. Sin embargo, el Tribunal incurre en error de Derecho cuando, en su examen de los argumentos basados en la existencia de errores manifiestos de apreciación, no se limita a utilizar el pliego de cargos como un instrumento para verificar la exactitud, el carácter completo y la aptitud para servir de fundamento de los hechos en los que se basa la decisión controvertida, sino que considera probadas determinadas conclusiones contenidas en dicho pliego, sin demostrar las razones por las que, a pesar de la posición final adoptada por la Comisión en la decisión controvertida, dichos elementos debían ser considerados incontestablemente probados.

En el momento de evaluar los proyectos de concentración notificados, la confrontación que la Comisión tiene que hacer entre hechos económicos difícilmente aprehensibles y reglas jurídicas imprecisas, justifica reconocerla un poder discrecional. El carácter contingente y móvil de la economía no puede adaptarse a la generalidad y la rigidez de la regla de Derecho. Por lo tanto, el riesgo de desviación de este poder discrecional en poder arbitral, así como la importancia de los intereses patrimoniales de las empresas sujetas al control de concentración, requiere que, en la "Comunidad de Derecho" que es la Unión Europea, un estricto control de legalidad sea efectuado respecto a las decisiones individuales tomadas por ésta. El recurso al juez tiene así por objeto conciliar la protección de los intereses privados de los agentes económicos con la aplicación de una de las políticas comunitarias¹⁰¹.

Para ello, el Tribunal General será competente para conocer de los recursos interpuestos directamente por las empresas tras las decisiones tomadas por la Comisión que declaren un proyecto de concentración incompatible con el Mercado común, con el fin de examinar la legalidad con respecto al Derecho comunitario. Contra las resoluciones dictadas por el Tribunal General, podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de Derecho, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰².

¹⁰⁰ Véase el apartado 3 del Asunto C-413/06 P, Bertelsmann AG y Sony Corporation of America/Independent Music Publishers and Labels Association, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de julio de 2008. El 13 julio 2006, el Tribunal había anulado la autorización de la concentración, considerando que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación porque estimaba que el proyecto de concentración no iba a traducirse por una situación de posición dominante colectiva en la industria en cuestión.

¹⁰¹ DELLAC Aurélie, *Le Rôle du juge en matière de contrôle des concentrations, A propos des arrêts Airtours, Tetra Laval et Schneider de 2002*, Éditions Le Manuscrit, 2005.

¹⁰² Artículo 256.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3.2 *En la reglamentación de la UEMOA*

3.2.1 *Las sanciones administrativas*

En virtud del Artículo 90 del Tratado de la UEMOA, la Comisión, bajo la delegación del Consejo de Ministros, está facultada para dictar cualesquiera decisiones necesarias relativamente a la materia competitiva. En esta categoría, se encuentran las decisiones que constatan el establecimiento de sanciones financieras presentadas en forma de multas o de multas coercitivas, todas dictadas mediante decisión.

En el primer caso, las empresas son expuestas al pago de multas por importes de hasta 500.000 francos CFA. Estas multas son impuestas cuando, de forma deliberada o por negligencia, dichas empresas suministren indicaciones inexactas o desnaturalizadas en el marco de la una solicitud de declaración negativa o de una notificación con el fin de la obtención de una exención. Son además expuestas a esta sanción en cuando suministren información incorrecta en respuesta a una pregunta formulada por la Comisión, o cuando no faciliten la información en el plazo fijado. Asimismo, las sanciones son impuestas en caso de presentación incompleta en el curso de la inspección de los libros u otros documentos relativos a la actividad empresarial, o bien si las partes afectadas rehúsen someterse a las inspecciones exigidas mediante decisión¹⁰³.

Por otra parte, el importe de la multa puede ser más elevado y fijado en un abanico entre 500.000 francos CFA y 100.000.000 FCFA. Esta cantidad puede reducirse al 10% del volumen de negocios realizado durante el ejercicio social anterior para cada empresa afectada, o al 10% de los activos realizados cuando un acto sea cometido de forma deliberada o por negligencia.

Este acto puede consistir en infracciones relativas a prácticas que perjudican al mercado de las que forma parte las operaciones de concentración, o en el marco de incumplimientos de los cargos o condiciones impuestos para obtener una exención individual. Al fijar el importe de tal multa, se tendrá en cuenta la gravedad y la duración de la práctica en cuestión.

Sin embargo, son excluidas de esta sanción las prácticas de concentración que son realizadas después la notificación a la Comisión pero anteriormente a la decisión de concesión o de denegación de una exención, si se hallan dentro del marco de la actividad descrita en la solicitud de notificación.

Las multas infligidas por la Comisión no tienen carácter penal, es decir su finalidad no es infligir sanciones aflictivas o incriminatorias. Son independientes de los recursos interpuestos ante las jurisdicciones nacionales encaminados a obtener la reparación de los daños sufridos. De hecho, cualquiera persona física o jurídica perjudicada por la decisión infligiendo la multa, puede interponer una acción judicial ante la jurisdicción competente de su lugar de residencia.

¹⁰³ Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA, Artículo 22.1.

Las multas son aplicables también en caso de no ejecución de las medidas cautelares, y las empresas o asociaciones de empresas pueden exponerse aun a multas coercitivas¹⁰⁴. Estas últimas tienen por objeto obligarlas o incitarlas a abandonar una práctica condenable que siguen adoptando. Así, las multas coercitivas sancionan la oposición de las empresas afectadas que rehúsen de someterse a la decisión de la Comisión. Si es el caso, se las insta a no dar curso al proyecto de concentración o a restablecer la situación previa a la ejecución de la concentración. Además, si las partes afectadas no se ajustan al requerimiento de modificar o de completar su proyecto, las multas coercitivas servirán para asegurar o a restablecer una competencia suficiente. Tienen asimismo por objeto obligar a las empresas a suministrar informaciones completas y exactas a preguntas formuladas mediante decisión, o a suministrarse a una verificación ordenada por la misma vía. Las multas coercitivas son impuestas con importes entre 50.000 FCFA y 1.000.000 FCFA por día de retraso a partir de la fecha que la Comisión fija en la decisión. Este importe se rebajara, si una vez fijado, las empresas cumplen la obligación por cuya ejecución se impuso la multa coercitiva.

3.2.2 Las sanciones judiciales

3.2.2.1 Las condiciones para la interposición del recurso

Todos los actos adoptados por la Comisión durante la instrucción de una operación de concentración no pueden ser objeto de un recurso ante el Tribunal de Justicia de la UEMOA. Tal recurso es posible sólo si el acto impugnado puede producir efectos jurídicos y modificar la situación jurídica o material de los demandantes.

Los actos susceptibles de recurso son los actos que ponen fin a un procedimiento, y los actos tomados en curso de la instrucción. La acción podrá tener como objeto impugnar ciertos actos de la Comisión que intervienen en curso de la instrucción de un asunto, si pueden producir efectos jurídicos. El recurso es también posible contra una decisión destinada a solicitar informaciones o a efectuar verificaciones, decisión que fue tomada en las condiciones previstas en el Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA.

Los derechos de las partes, por ejemplo, la protección de los secretos de negocios, que no pueden repararse por la anulación de la decisión definitiva, pueden ser objeto de un recurso inmediato.

Pero el recurso ante el Tribunal de Justicia no es posible si se trata de actos que presentan un carácter puramente preparatorio (por ejemplo, una decisión de la Comisión de iniciar el procedimiento o la comunicación a la empresa afectada del pliego de cargos).

3.2.2.2 Las modalidades de recurso

Los recursos contra las decisiones de la Comisión pueden ser ejercidos según los diferentes tipos de recursos ordinarios (el recurso de anulación, el recurso contencioso...), y también en materia de recurso por incumplimiento contra los Estados miembros.

¹⁰⁴ Reglamento n°3/2002/CM/UEMOA, Artículo 5.5.

Más concretamente, por lo que se refiere a los recursos que nos interesan, es decir, contra las decisiones de la Comisión, destacamos el recurso de anulación o recurso que tiene por objeto la apreciación de la legalidad. Este recurso puede ser interpuesto por los Estados miembros, el Consejo de Ministros, la Comisión, así como cualquiera persona física o jurídica, y se dirija contra los actos de la Unión que le sean lesivos.

Así, las empresas destinatarias podrán emprender acciones legales contra una decisión de la Comisión que les niega la concesión de una exención individual o de una declaración negativa.

El recurso debe ser interpuesto en el plazo de dos meses a partir de la fecha de publicación del acto de su notificación al recurrente, o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo¹⁰⁵.

En este punto, el Tribunal de Justicia de la UEMOA tendrá que dictar una decisión de anulación total o parcial de la decisión contestada, y así asegurarse de la existencia o no de un error de Derecho de o de una incompetencia.

Por otra parte, hay un recurso específico llamado recurso contencioso que permite al Tribunal intervenir en cuanto a decisiones o sanciones de la Comisión tomadas contra empresas que siguen perjudicando la competencia o abusando de su posición dominante, a pesar de las advertencias de la autoridad. En estas condiciones, el Tribunal de Justicia está facultado para ejercer competencias muy amplias. Así, tendrá que pronunciarse con una competencia de plena jurisdicción, es decir con una capacidad de pronunciarse en el fondo del asunto porque podrá modificar o anular tales decisiones. Podrá incluso hacer constataciones e imponer nuevas obligaciones a las empresas. En cuanto a las sanciones pecuniarias, el Tribunal tiene la facultad de modificar las multas impuestas por la Comisión, aumentándolas o reduciéndolas.

Cabe destacar que el recurso al Tribunal no tiene por efecto suspender la continuidad del acto o del hecho contestado, a menos que decida de la suspensión de la ejecución.

V. CONCLUSIÓN

1) Al final de este estudio, lo que constatamos principalmente es que la diferencia fundamental es: como se aborda el problema de las concentraciones en uno u otro órgano comunitario.

En la Unión Europea, vemos que hay más límites frente a la libertad de las empresas que desean implementar proyectos de concentración. Y eso repercute en la reglamentación que es

¹⁰⁵ Protocolo adicional n°1 relativo a los órganos de control de la UEMOA, Artículo 8; Reglamento n°1/96/CM/CM, referido al Reglamento de los procedimientos del Tribunal de Justicia de l'UEMOA, 5 julio 1996, Artículo 15, párrafo 2.

minuciosa, porque el legislador no prefiere dejar todo al libre albedrío de la Comisión, en uno de los fenómenos económicos más complejos. Además, la reglamentación detallada responde a un imperativo: el elevado y creciente número de operaciones de concentración que se realizan en el espacio de la Unión. Desde hace unos años, asistimos a un creciente proceso de consolidación empresarial (con especial incidencia en los sectores regulados como la energía, el transporte o las telecomunicaciones, donde apuntan prometedoras ganancias de eficiencia y sinergias resultantes de la combinación de activos y negocios) como consecuencia de los procesos de la liberalización y de apertura a la competencia de todos los mercados y sectores, impulsado por la Unión Europea, y por la propia dinámica de la economía en un mundo globalizado. Lo que viene a probar que el área de control de concentraciones se ha convertido con el paso del tiempo en una de las más dinámicas de las que conforman las instituciones encargadas de velar por la defensa de la competencia en Europa. Ya que la finalidad del Derecho es regular la convivencia social y permitir resolver los conflictos de intereses de relevancia jurídica, es necesario que su base sea las relaciones sociales que determinan su contenido y carácter en un espacio y tiempo dados. El mundo de las concentraciones económicas se renueva cada día más, y la legislación no debe quedarse atrás, sino seguir su evolución, incluso anticipar los eventuales problemas que pueden surgir. Y vemos que la Unión Europea lo hace bien, con una reglamentación específica y autónoma que aplica un *control directo* de las concentraciones de dimensión comunitaria. Por eso, ha de reconocerse que desde la publicación del Reglamento 4064/89 hasta nuestros días, el control de las operaciones de concentración de empresas se ha convertido en uno de los pilares esenciales de la política comunitaria de la competencia en el ámbito de la Unión Europea.

En cuanto a la Unión Económica y Monetaria de África Occidental, hace muchos esfuerzos para regular la competencia en general, y el control de concentraciones en particular. Todo eso, a pesar de que observamos que se trata de una regulación muy general, las concentraciones siendo asimiladas al abuso de posición dominante: lo que nos lleva a pensar que se trata de un *control indirecto* de las concentraciones.

Entendemos que el contexto en este espacio económico no es el mismo que el de la Unión Europea, debido a la falta de empresas privadas y de empresas formalmente reconocidas. El órgano comunitario hace todo lo posible para incentivar la creación de un entorno favorable a la eclosión de empresas privadas, e incitar los agentes económicos a la iniciativa económica. Por eso, del examen de las normas relativas al procedimiento de control, parece deducirse que la regla general es permitir a las empresas obtener exenciones, y la excepción es someterse a dicho control.

Pero pensamos que es inadecuado que la normativa prevista para la UEMOA, para el abuso de posición dominante sea la del control de concentraciones porque es una norma de control de conductas o comportamientos, en particular, de los que suponen un abuso de derecho y son realizados por empresas en posición de dominio. En cambio, las operaciones de concentración de empresas no son comportamientos empresariales, sino procesos estructurales que comportan una alteración estable o duradera de la estructura del control de

las empresas participante y consecuentemente una modificación permanente de la estructura del mercado.

2) Otra diferencia entre las dos reglamentaciones es la definición del mercado geográfico en cuanto al control comunitario de concentraciones, es decir la noción de concentración susceptible de ser objeto de control por la Comisión de tal o del correspondiente órgano comunitario.

La Unión Europea ha establecido que ciertas operaciones que, cumplen una serie de requisitos de facturación mínima a nivel mundial, comunitario y en al menos tres Estados miembros, son consideradas de dimensión comunitaria y, por tanto, serán examinadas exclusivamente bajo esta regulación y por la Comisión (concepto de “ventanilla única”). De este modo, las concentraciones no cubiertas por el mencionado Reglamento serán, en principio competencia de los Estados miembros, los cuales pueden aplicar la legislación interna. Y el Reglamento ha reforzado las posibilidades de remisión de los casos de concentración de los Estados miembros a la Comisión y viceversa. En principio, un asunto debe remitirse a otra autoridad de competencia si ésta es la más apropiada para tratar la concentración, teniéndose en cuenta particularmente el lugar en el que la operación podría incidir en la competencia. Este sistema de reparto del trabajo, de cooperación y de convergencia entre la Comisión y los Estados miembros permite hacer más eficiente la aplicación de la normativa de concentraciones en la UE.

Pero en cuanto a la UEMOA, no se observa este nivel de autonomía de los Estados miembros. De hecho, es el órgano comunitario el que establece las normas relativas a las prácticas anticompetitivas como las concentraciones susceptibles de control, y es el que se encarga de la aplicación de esta norma: se trata de una uniformización de esta materia. La Comisión tiene una competencia exclusiva para toda practica anticompetitiva que se produce en uno o varios Estados miembros de la Unión, cualquiera sea su incidencia en el mercado comunitario o en el comercio entre los Estados miembros. Así, la cooperación entre la Comisión y los Estados miembros sólo se limita a la fase de notificación, de investigación, y en el caso en que se solicita el dictamen del Comité consultivo, lo cual no vincula a la Comisión. Los Estados no pueden controlar aun concentraciones de nivel nacional, porque todas las responsabilidades son centralizadas en el órgano comunitario, de modo que desempeñan un papel pasivo en el proceso de control de las concentraciones.

Todo eso nos demuestra que en cada órgano comunitario, el control de concentraciones es abordado teniendo en cuenta el contexto que reina en el espacio correspondiente.

Pero, pensamos que ciertos cuerpos legisladores deben inspirarse de otros para estimular la economía de su espacio porque si hay en un sector casi un vacío normativo, pueden existir arbitrariedad y anarquía.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Referencias legislativas:

- Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
- Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones).
- Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95/01).
- Reglamento (CE) n°802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, Informe sobre el funcionamiento del Reglamento n°139/2004, {SEC (2009) 808}.
- Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones (2005/C 56/02).
- Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, OJ C 325, 22-12-2005.
- Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, OJ L 145, 31-05-2001.
- Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.
- Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en el Artículo 54, letra g), del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO L 222 de 14/08/1978, p.11), modificada en último lugar por la Directiva 2003/51/CE, de 18 de junio de 2003 (DO L 178 de 17/07/2003, p. 16).
- Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO L 126 de 26/05/2000, p. 1).
- Libro blanco hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la Unión Europea {COM (2014) 449}.
- XXV Informe sobre la política de competencia, 1995, Comisión Europea.
- Directrices de la Autoridad de defensa de la competencia relativas al control de concentraciones (Francia).
- Tratado de la Unión económica y monetaria de África Occidental
- Règlement n°02/2002/CM/UEMOA, du 23 mai 2002, relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine.
- Règlement n°03/2002/CM/UEMOA, du 23 mai 2004, relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine.

- Directive n°02/2002/CM/UEMOA, relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des Etats membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA, 23 mai 2002.
- Règlement n°1/96/CM portant Règlement des procédures de la Cour de Justice de l'UEMOA, 5 juillet 1996.
- Protocole Additionnel n°1, relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA.
- OHADA, Acte Uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, 2014.

Referencias jurisprudenciales:

- Affaire n°2/2005/COM/UEMOA, N'gas et Wapco (demande d'attestation négative du Bénin et du Togo), 2005.
- Décision n°003/2000, Communauté économiques des Etats de l'Afrique de l'Ouest, Cour de justice, 27-06-2000.
- Affaire n°9/2008/COM/UEMOA, Unilever, SIFCA, COSMOVOIRE, PALMCI, NAUVU, PHCI, SHCI et SANIA, 22-10-2008.
- Asunto T-282/02, Cementbouw/Comisión, 23-02-2006.
- Asunto M.3762, Apax/Travelex, de 16-06-2005.
- Asunto M.3867, Vattenfall/Elsam y E2 Assets, 22-12-2005.
- Asunto M.3858, Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien, 20-07-2005.
- Asuntos consecutivos M.3537, BBVA/BNL, 20-08-2004, y M.3768, BBVA/BNL, 27-04-2005.
- Asunto M.3876, Diester Industrie/Bunge/JV, 30-09-2005.
- Asunto T-2/93, Air France/Comisión, 17-04-1996.
- Asunto M.3696, E.ON/MOL, 21-12-2005.
- Asunto IV/M.527, Thomson CSF/Deutsche Aerospace, 02-12-1994.
- Asunto M.2903, DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, 30-04-2003.
- Asunto M.2632, Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, 11-02-2002.
- Asunto IV/M.126 - Accor/Wagons-Lits, 28-04-1992.
- Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera), de 6 de julio de 2010, en el asunto T-411/07, Aer Lingus Group plc/Comisión.
- Decisión C (2007) 4600 de la Comisión, 11-10-2007.
- Asunto M.4439, Ryanair/Aer Lingus, 27-06-2007.
- Asunto M.1383 Exxon/Mobil, 29-09-1999.
- Asunto M.2706 P&O Princess/Carnival, 24-07-2002.
- Asunto M.2898 Le Roy Merlin/Brico, 13-12-2002.
- Asunto M.1030, Redland/Lafarge, 16-12-1997.
- Asunto M.1684, Carrefour/Promodes, 25-01-2000.
- Asunto M.330 MacCormick/CPC/Rabobank/Ostmann, 29-10-1993.
- Asunto M.716 Gehe/Lloyds Chemists, 22-03-1996.
- Asunto M.2738, GE/Unison, 17-04-2002.
- Asunto M.2698 Promatech/Sulzer, 24-07-2002.

- Asunto IV/M.567, Lyonnaise des eaux/Northumbrian Water, 21-12-1995.
- Asunto T-417/05, Endesa/Comisión, 14-07-2006.
- Asunto T-224/10, Association belge des consommateurs test-achats ASBLL/Comisión Europea, 12-10-2011.
- Asunto C-413/06 P, Bertelsmann AG y Sony Corporation of America/Independent Music Publishers and Labels Association, 10-07-2008.
- Asunto IV/M.82,Asko/Jakobs/Adia, de 16-05-1991.

Referencias a libros y artículos de revistas:

- LOM Maly Aboubacry, *Le contrôle des concentrations dans l'espace UEMOA*, Éditions Universitaires Européennes, 2015.
- FOFANA Ramata, *Droit communautaire de la concurrence, un nouveau chantier d'exercice*, Union Internationale des Avocats, 2013.
- ADAM Matthieu, *Fusions et acquisitions en Afrique : le contrôle des concentrations*, Finances & Gestions, Mars 2014.
- Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), *Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal*, Nations Unies - New York et Genève, 2007.
- COULIBALY Abou Saïb, *Le droit de la concurrence de l'Union économique et monétaire ouest africaine*, Revue burkinabé de droit, 2003.
- ANOUHAKA François, CISSÉ Abdoullah, DIOUF Ndiaw, TOUKAM Josette Nguebou, POUGOUE Paul-Gérard, SAMB Moussa, *Sociétés commerciales et GIE*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- SAKHO Abdoulaye, *Les groupes de société en Afrique : Droit, pouvoir et dépendance économique*, Paris, Éditions Karthala et Cres, 2010.
- TSKADI Ayawa Amélia, *De la compétence exclusive de l'Union en droit de la concurrence dans l'espace UEMOA*, Penant 473 - 510, 2010.
- MBACKE Mohamadou Mokhtar, *Introduction au droit de la concurrence des pays de l'UEMOA*, dans Mélanges africains, Études doctrinales OHADA/UEMOA Dakar, EDJA, 2010.
- BAKHOUM Mor, *Répartition et exercice des compétences entre l'Union et les Etats membres en droit de la concurrence dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africain*, 3 RIDE 319-354, 2005.
- MARCOS Francisco y GRAELLS Albert Sánchez, *El sistema de control de concentraciones empresariales en la nueva Ley de defensa de la competencia*, 25-11-2007.
- BERLIN Dominique, *Droit communautaire des concentrations – Contrôle des concentrations*, 3^e édition, coll. « Institut d'études européennes », Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.
- MOLINA Mario Antonio Pérez, *La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Córdoba 2015.
- VALLINDAS Georges, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, Coll. « Travaux du CERIC » Bruxelles, Bruylant, 2009.

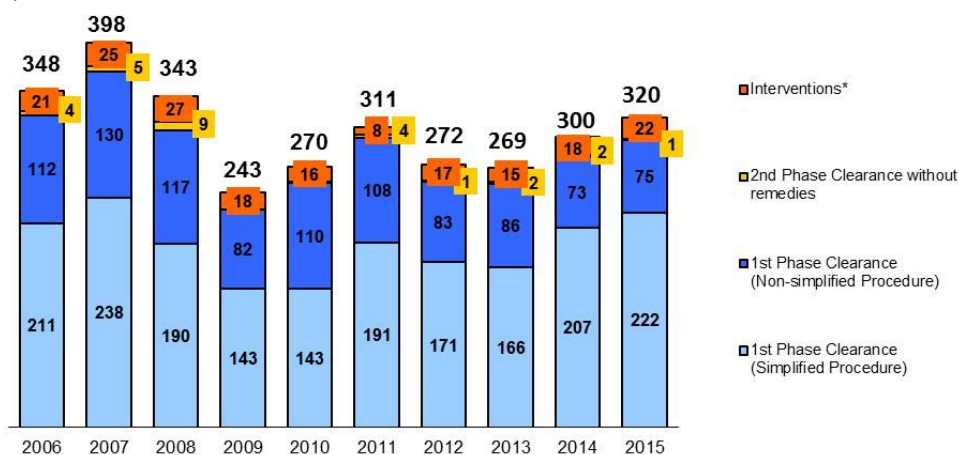
- ARCELLIN Linda, *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, Paris, Presses universitaires de Rennes, 2009.
- CALZADO Javier Ruiz, *Algunas reflexiones sobre el control de las operaciones corporativas en sectores regulados por autoridades de competencia y reguladores en la Unión Europea*.
- FERNÁNDEZ Cani y VILA Cristina, *Procedimientos administrativos en materia de control de concentraciones económicas*, in *Procedimientos Administrativos y Judiciales de la Unión Europea*, 2012.
- SENTENAC Jean, *L'autorisation inconditionnelle en phase II de l'imperfection du règlement 139/2004*, *European Legal Studies*, 4/2013.
- M. MONTI, *Merger Control in the European Union : a radical reform*, European Commission/International Bar Association, Bruselas a 7 de noviembre de 2002, PSEECH/02/545.
- BURLAUD Alain, *DSCG 2 Finance*, Manuel 6e Edition, 2014.
- DELLAC Aurélie, *Le Rôle du juge en matière de contrôle des concentrations, A propos des arrêts Airtours, Tetra Laval et Schneider de 2002*, Éditions Le Manuscrit, 2005.

Recursos web:

- www.uemoa.int
- www.ohada.com
- www.droit-afrique.com
- www.eur-lex.europa.eu
- www.ec.europa.eu
- www.curia.europa.eu
- www.touteurope.eu
- www.europedia.moussis.eu
- www.lepetitjuriste.fr

VII. ANEXOS

Anexo 1: Decisiones sobre concentraciones (por la Comisión de la Unión Europea)



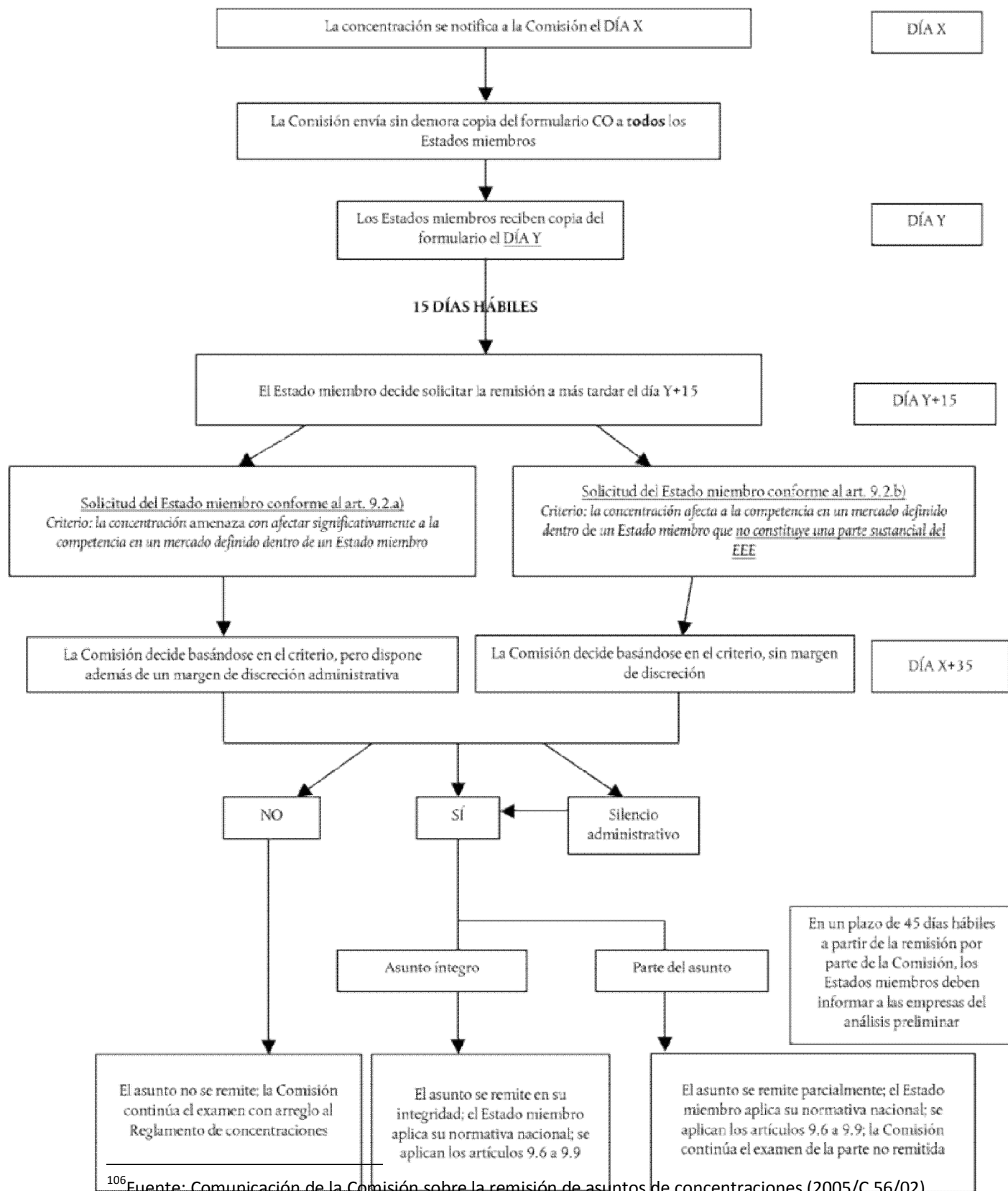
* Interventions in merger cases include prohibition decisions and mergers cleared subject to remedies, as well as withdrawals in Phase II; Prohibition decisions: one in 2007, 2011 and 2012 and two in 2013.

Source: Directorate-General for Competition

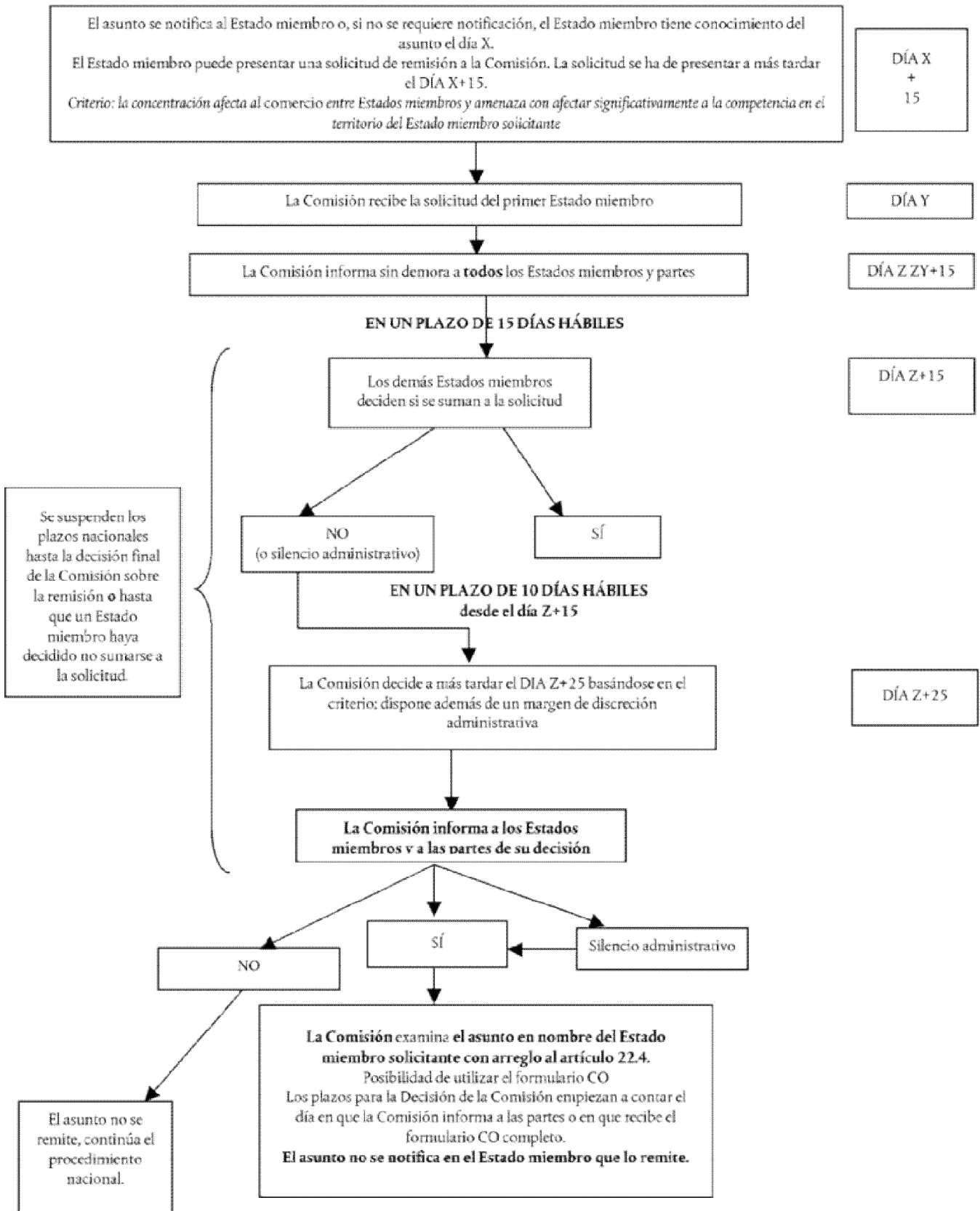
Anexo 2: Gráficos de las remisiones posteriores a la notificación¹⁰⁶

Artículo 9

Concentración de dimensión comunitaria



Concentración sin dimensión comunitaria



Anexo 3: Cuadro¹⁰⁷ de asuntos tratados por la Comisión y relativos a las prácticas anticompetitivas (UEMOA) entre 2001 y 2006

Affaire	Date	Domaines et Etats concernés	Résumé des affaires	Décisions de la Commission
SOCOCIM contre Etat du Sénégal et CIMENTS DU SAHEL	09 avril 2003	Aides d'Etat / Sénégal	La SOCOCIM se plaignait de distorsions de concurrence dues aux exonérations accordées à sa concurrente, les CIMENTS DU SAHEL, sur ses importations de <i>clinker</i> .	Injonction et interdiction d'exonérer le <i>clinker</i> à l'importation.
GAZODUC de l'Afrique de l'Ouest	06 mai 2004	Aides d'Etat et ententes entre entreprises / Bénin et Togo	Les Etats du Bénin et du Togo ont conclu une Convention Internationale avec le Ghana et le Nigéria pour mettre en place un Gazoduc financé et exploité par des multinationales pétrolières organisées en consortium.	Attestation négative pour la création d'entreprises communes et décision de ne pas soulever d'objection pour les exonérations fiscales.
TOTAL	17 novembre 2005	Concentration / Togo	TOTAL Outremer projette d'acquérir les actions détenues par Mobil International Petroleum Corporation dans le capital de Mobil OIL Togo.	Attestation négative
Sociétés des Ciments du Togo S.A. contre Commission de l'UEMOA	27 mars 2001	Aides d'Etat / Togo	La Société Ciments du Togo a attaqué une décision de Commission qui s'est estimée incompétente pour apprécier une décision de la CEDEAO	Saisine de la Cour de Justice pour des motifs de procédure.
SONACOS contre COSMIVOIRE et UNILEVERS	16 novembre 2006	Concurrence déloyale, prix de dumping, fraude sur les règles d'origine / Sénégal et Côte d'Ivoire	La SONACOS se plaint des prix anormalement bas pratiqués sur le marché sénégalais par ses concurrents ivoiriens	Affaire en cours

¹⁰⁷ Source : Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, 2007.

			COSMIVOIRE et UNILEVERS qui se livreraient à du dumping et à la fraude sur les règles d'origine	
B.A.T. Burkina et B.A.T. Bénin contre Etat du Burkina	24 et 25 février 2006 et 30 janvier 2006	Pratiques anticoncurrentielles imputables aux Etats / Ministère des Finances et de l'Économie du Bénin contre Etat du Burkina	Il est reproché à l'Etat du Burkina de restreindre illégalement les importations de tabac produit par B.A.T. Bénin au motif que le distributeur local des cigarettes n'a pas respecté la réglementation instituant un monopole de tabacs au Burkina.	Injonction de la Commission invitant l'Etat du Burkina à lever les restrictions aux exportations de B.A.T.
Distribution Alimentaire du Faso (DAF) contre Etat du Niger	09 mai 2006 06 juin 2006	Pratiques anticoncurrentielles imputables aux Etats / Niger Ministère de l'Économie et des Finances du Bénin contre Etat du Bénin	Il est reproché à l'Etat du Niger de soumettre les importations de farine de blé à des restrictions quantitatives pour favoriser la production locale.	Injonction de la Commission invitant de l'Etat du Niger à lever la mesure de restriction.

Anexo 4: Asunto n°009/2008/COM/UEMOA, relativo a declaración negativa en cuanto a un proyecto de concentración

UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE
OUEST AFRICAINE

La Commission



DECISION N° 009 /2008 /COM/UEMOA
PORTANT ATTESTATION NEGATIVE A L'EGARD DU PROJET DE CONCENTRATION
ENTRE LES SOCIETES UNILEVER-CI, SIFCA, COSMIVOIRE, PALMCI, NAUVU, PHCI,
SHCI et, SANIA

LA COMMISSION DE L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE,

- VU le Traité de l'UEMOA, notamment en ses articles 88, 89 et 90 ;
- VU Le Règlement n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;
- VU le Règlement n°03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2004 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;
- VU la demande présentée par les Cabinets d'Avocats EKDB et CMS, Bureau Francis Lefebvre, sis respectivement à Cocody II Plateaux, rue des jardins, 25 BP 1592 Abidjan 25, Côte d'Ivoire et à 1 – 3, Villa Emile BERGERAT 92522 Neuilly sur Seine Cedex, France, pour le compte des entreprises UNILEVER, SIFCA, COSMIVOIRE, PALMCI, NAUVU, PHCI, SHCI et, SANIA

Après avoir mis les Etats membres et les entreprises intéressées en mesure de présenter leurs observations et considérant ces observations ;

Considérant l'avis du Comité Consultatif de la Concurrence recueilli à sa quatrième session tenue à Abidjan du 06 au 10 octobre 2008,

Considérant les faits et les motifs sur lesquels la Commission se fonde et exposés ci- après :

A) Faits et procédure :

1. Par courrier en date du 25 juin 2008, les cabinets d'avocats EKDB et CMS bureau Francis LEFEBVRE, demeurant tous en Côte d'Ivoire, sur mandats respectifs des sociétés SIFCA, COSMIVOIRE et PALMCI, d'une part, et UNILEVER CI, d'autre part, ont conjointement notifié à la Commission de l'UEMOA un projet d'accord aux fins d'obtention d'une attestation négative ou, à défaut, une exemption individuelle.



Les entreprises concernées ont été présentées ainsi qu'il suit :

UNILEVER Côte d'Ivoire SA, de droit ivoirien, au capital de 8 053 000 000 F CFA, sis à Abidjan, Boulevard de Vridi, 01 BP 1751 Abidjan 01, spécialisée dans la transformation physique et chimique de tout corps d'origine végétale ou synthétique, en vue d'obtenir des produits détergents et des produits industriels à base de corps gras ainsi que dans le stockage des huiles, des corps gras et dérivés ;

SIFCA SA, de droit ivoirien, au capital de 3 000 000 000 F CFA, sis à Abidjan, Boulevard du Havre, zone portuaire, 01 BP 1289 Abidjan 01, ayant pour objet social l'étude et la réalisation d'opérations de toute nature, tendant au développement des affaires commerciales, industrielles et agricoles en Afrique noire ;

COSMIVOIRE SA, de droit ivoirien, au capital de 4 254 470 000 F CFA, sis à la Zone industrielle de Vridi, 01 BP 3576 Abidjan, ayant pour objet social, l'achat, l'entreposage, l'échange, la représentation, la transformation, la formulation et la commercialisation de tous produits chimiques et cosmétiques naturels ou artificiels, de toutes huiles végétales, animales ou minérales, naturelles ou artificielles, ainsi que de tous produits dérivés ;

PALMCI SA, de droit ivoirien, au capital de 20 000 000 000 F CFA dont le siège social est au Boulevard de Vridi, 18 BP 3321 Abidjan 18, spécialisée dans l'exploitation et la mise en valeur des plantations de palmiers à huile, terrains et établissements agro-industriels de production d'huile de palme brute et d'amandes de palmistes ;

NAUVU Investments PTE LTD (Ci-après NAUVU), de droit singapourien, sis au 6 Temasek Nolevard - 29th Floor- Suntec Tower Four- Singapour 038986, ayant pour objet le commerce de gros ; société commune constituée par le Groupe WILMAR, spécialisé dans la production d'huile de palme et le groupe OLAM, en activité dans le négoce international de matières premières agricoles.

2. L'accord objet de la demande vise à réaliser une opération de concentration qui devrait permettre une spécialisation des parties prenantes, dans la filière huile de palme de la Côte d'Ivoire.

Ainsi, est-il projeté qu'à l'issue de l'opération, resteront en activité la Société UNILEVER Côte d'Ivoire qui se consacrera exclusivement aux activités relatives à la savonnerie, les sociétés SIFCA et NAUVU qui se spécialiseront dans la production et l'exploitation de l'huile brute et raffinée.

La notification déposée par les sociétés impliquées dans l'opération est composée des pièces suivantes :

- une lettre signée par Maîtres Ibrahim BAH et Soualiho DIOMANDE du Cabinet EKDB, Maîtres Olivier BENOIT et Benoît PHILIPPE du Cabinet CMS Bureau Francis LEFEBVRE mandataires des sociétés demanderesse,
- trois copies des mandats donnés respectivement par la société UNILEVER au cabinet Francis LEBVRE, et par les sociétés SIFCA, COSMIVOIRE et PALMCI au Cabinet EKDB,

- trois copies de l'accord cadre conclu entre les parties à l'opération,
- trois copies des rapports et comptes annuels des sociétés SIFCA, UNILEVER, COSMIVOIRE, PALMCI, PHCI, WILMAR, OLAM et NAUVUU,
- trois copies de l'Etude BOAD sur la promotion et le développement de la filière oléagineuse dans l'Espace UEMOA,
- trois copies de l'Etude réalisée par le Cabinet CCA CY sur la filière oléagineuse, à la demande de COSMIVOIRE et UNILEVER,
- trois copies d'extraits Internet relatifs à la fabrication artisanale du savon.

Ces différents documents ont été produits en originaux ou en copies certifiées conformes.

3. Au regard des dispositions du Règlement n°3/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002, relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante, la Commission a considéré que la notification a été faite dans les conditions requises. Pour l'ouverture de la procédure d'examen de la notification, la Commission a procédé aux formalités suivantes, conformément aux dispositions des articles 10.4 et 28.1 du Règlement précité,

- la délivrance d'un accusé de réception aux demandeurs, par les lettres n°06571/PC/DMRC/DConc et n°06572/PC/DMRC/DConc du 01 août 2008,
- la transmission d'une copie du dossier de notification aux autorités compétentes des Etats membres,
- la publication du projet de concentration sur le site de l'UEMOA et dans deux journaux d'annonces légales par Etat membre.

4. Dans le délai prescrit par l'acte de publication de la notification (un mois), la Commission a enregistré les observations écrites de deux Etats membres et d'une entreprise sénégalaise, à savoir :

- le Togo par lettre n°909/MCIAPME/DCIC du 05 septembre 2008,
- le Niger par lettre n°0587/MCI/N/DCI/C du 10 septembre 2008,
- l'entreprise SUNEOR par lettre datée du 09 septembre 2008.

Les observations du Burkina Faso sont parvenues à la Commission le 16 septembre 2008.

5. En réponse aux réserves concernant certaines clauses des accords accessoires, formulées par la Commission par lettre n°07799/DMRC/DConc du 18 septembre 2008, les demandeurs ont fourni des compléments d'informations par lettre en date du 23 septembre 2008.



B) Position du problème :

6. La demande adressée à la Commission vise à titre principal l'obtention d'une attestation négative concernant une opération de concentration dans la filière de l'huile de palme en Côte d'Ivoire.

Ainsi est-il fait appel à l'application de l'article 88 b du Traité, de l'article 4 du Règlement 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles au sein de l'UEMOA, et de l'article 3 du Règlement 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante.

Il s'agit de vérifier si les parts de marché déclarées être détenues par les entreprises parties à l'opération de concentration les placent individuellement ou collectivement en position dominante, dans les branches de l'huilerie et de la savonnerie.

7. A titre secondaire et accessoirement, les parties à l'opération sollicitent le bénéfice de l'exemption au cas où elles succomberaient dans leur demande principale. A l'appui, elles ont fait valoir les avantages économiques qui seraient tirés de la mise en œuvre des accords notifiés.

Dans pareille hypothèse, il s'agirait d'appliquer l'article 88 a du Traité, l'article 3 du Règlement 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles au sein de l'UEMOA, et l'article 7 du Règlement 03/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante.


C) Analyse des arguments des demandeurs :

8. Tel que se présente le dossier de notification de l'opération de concentration, il y a lieu de distinguer l'accord principal portant sur les actifs des entreprises et leur gouvernance et les accords accessoires relatifs aux activités et aux relations commerciales entre ces entreprises.

La réglementation communautaire n'ayant pas apporté de précision sur les modalités d'examen des accords accessoires, en cas de concentration, il convient d'apprécier ceux-ci suivant les principes établis pour le contrôle des ententes.

9. Dans le dispositif de l'UEMOA, le contrôle a priori des opérations de concentration se fait indirectement, suivant les dispositions de l'article 89 b) du Traité qui interdit les pratiques assimilables à l'abus de position dominante.

Ces pratiques sont définies par l'article 4 alinéa 2 du Règlement n°02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles au sein de l'UEMOA qui dispose : « constituent une pratique assimilable à un abus de position dominante les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante détenue par une ou plusieurs entreprises, ayant comme conséquence d'entraver de manière significative une concurrence effective à l'intérieur du marché commun. »



Deux conditions sont ainsi posées : la création ou le renforcement d'une position dominante et l'entrave significative à une concurrence effective à l'intérieur du Marché Commun.

10. S'agissant de la première condition, les parties demanderesse ont fait valoir l'absence de position dominante ante et post concentration, en se fondant sur leurs parts de marché respectives dans le secteur de l'huile alimentaire où SIFCA et NAVU n'auront que 13%, et dans le secteur de la savonnerie où UNILEVER aura 24% de part de marché.

Un tel argument s'apprécie en fonction des paramètres suivants : l'accès à la matière première, l'importance des échanges intracommunautaires et les importations extracommunautaires.

Si on se réfère à la production de l'huile de palme brute (CPO) à partir de laquelle sont obtenus l'huile raffinée et le savon, une définition restrictive du marché géographique pourrait limiter l'analyse au seul marché de la Côte d'Ivoire qui concentre environ 89% du total régional (source rapport d'étude BOAD d'avril 2008).

En plus, la production ivoirienne étant en bonne partie consommée localement par les industriels et les transformateurs artisanaux, les échanges intracommunautaires sur ce produit (CPO) sont moindres. Les parties à l'opération notifiée occupent environ 70% de cette production, soit par des plantations exploitées en propre soit par des plantations villageoises encadrées.

Aussi, l'opération envisagée va aboutir à faire des sociétés SIFCA et NAVU les leaders pour le commerce local de la matière première.

11. Toutefois, il est difficile d'en déduire une position dominante occupée par ces entreprises pour au moins les raisons suivantes :
- en tenant compte des importations d'huile de palme, d'huile de soja et d'autres corps gras dans la région, il est peu probable que les parties à l'opération puissent se soustraire des contraintes de la concurrence, et cela d'autant plus que la filière oléagineuse de la Région affiche une faible compétitivité vis-à-vis des importations venant d'Asie, notamment.
 - l'autoconsommation est assez développée dans le secteur ;
 - les prix de la matière première (CPO) sont déterminés sur la base du cours mondial et fait intervenir l'Association Interprofessionnelle du Palmier à Huile.

12. Au regard des activités industrielles de production d'huile alimentaire et de savon, les parts de marché déclarées par les parties notifiantes sont moins importantes (13,9% de la consommation totale d'huile alimentaire du marché régional pour UNILEVER et COSMIVOIRE réunies et 28,6% pour le savon).

Sans confirmer l'exactitude des chiffres fournis, il est toutefois possible de constater, à travers les statistiques officielles que le pouvoir de marché est très dispersé autant pour le savon que pour l'huile alimentaire qui font l'objet d'échanges intracommunautaires considérables.

13. Les importations venant du reste du monde pour les huiles alimentaires et les savons occupent également une part significative sur le marché régional. Elles exercent une pression concurrentielle très forte sur la filière oléagineuse locale.
14. Il y a lieu également de tenir compte de la part non négligeable de la production artisanale d'huile et de savon destinés en bonne partie à la consommation locale mais qui font aussi l'objet de commerce intracommunautaire informel. Les parts de ce secteur sont évaluées dans l'étude fournie par les parties notifiantes à environ 21% du marché du savon et 32% du marché de l'huile.

Au regard de ce qui précède, il est à conclure que l'opération de concentration notifiée ne crée ni ne renforce une position dominante et de ce fait ne tombe pas sous l'interdiction de l'article 88 b du Traité.

15. Sous ce rapport l'entrave significative à la concurrence interdite comme conséquence de la création ou du renforcement d'une position dominante, devrait être d'office écartée.
16. Ainsi, l'opération de concentration notifiée devrait bénéficier d'une attestation négative, telle qu'il est prévu à l'article 3 du Règlement 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante au sein de l'UEMOA.
17. Toutefois, il apparaît nécessaire d'indiquer dans quelle limite cette attestation négative pourrait couvrir les accords notifiés par les parties, comme étant accessoires à l'opération de concentration.

A cet égard, il est à considérer les dispositions de l'article 88 a du Traité qui interdit les accords entre entreprises ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union.

Entre autres, cette interdiction vise les « accords de répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement en particulier ceux portant sur une protection territoriale absolue, les accords de limitation ou de contrôle de la production, des débouchés, du développement technique ou des investissements etc. »

18. Au regard de ces dispositions, la Commission a émis des réserves sur les clauses suivantes qu'elle a estimé restreindre la concurrence au-delà du nécessaire :
 - l'article 5.3 b du contrat de fourniture de stéarine dont la mise en œuvre pourrait empêcher tout accès des concurrents à la matière première.
 - l'article 21 du contrat fournisseur liant UNILEVER-CI et AFRICO-CI pour la fabrication d'emballages qui ne saurait être transféré en l'état à la Société SIFCA, dans la mesure où son application pourrait empêcher les concurrents d'accéder aux prestations de AFRICO-CI et de ses affiliés, sans qu'aucun droit de propriété industrielle puisse justifier cette restriction.
19. Les arguments présentés par les demandeurs insistent sur le fait que les accords de non concurrence et le contrat de fourniture de stéarine accompagnant l'opération de concentration sont nécessaires, pour assurer une transition correcte aux entreprises qui ont besoin de s'adapter à leur nouvel environnement et leur restructuration.

20. Ce point de vue n'ayant pas suffi pour justifier les restrictions en cause, la Commission a estimé utile d'amender les accords accessoires, pour soustraire du bénéfice de l'attestation négative les deux clauses objet de ses réserves.

21. Par ailleurs, afin d'éviter le prolongement des restrictions de concurrence au-delà du nécessaire, il s'avère nécessaire de procéder à une évaluation des effets des accords accessoires sur le fonctionnement du marché, à l'issue de la cinquième année de mise en oeuvre.

Ces préalables indiqués, la Commission

Emet la décision qui suit :

Article 1 :

Une attestation négative est délivrée concernant le projet de concentration entre les sociétés UNILEVER-CI, SIFCA, COSMIVOIRE, PALMCI, NAUVU, PHCI, SHCI et SANIA.

Article 2 :

La présente attestation négative couvre l'opération de concentration ainsi que tous les accords accessoires notifiés, à l'exclusion de l'article 5.3 b du contrat de fourniture de stéarine entre UNILEVER-CI, SANIA, UNILEVER PLC et NAUVU ainsi que de l'article 21 du contrat fournisseur liant UNILEVER-CI et AFRICO-CI pour la fabrication d'emballages.

Article 3 :

Les destinataires de la présente décision sont les sociétés UNILEVER-CI, SIFCA, COSMIVOIRE, PALMCI, NAUVU, PHCI, SHCI, SANIA et leurs affiliés.

Article 4 :

Il sera procédé à l'évaluation de la mise en oeuvre des accords accessoires couverts par l'attestation négative, après une période de cinq ans à compter de la date de notification de la présente décision aux destinataires.

Article 5 :

La présente décision qui entre en vigueur à sa date de signature sera publiée au Bulletin Officiel de l'Union.

12 2 OCT 2009

Fait à Ouagadougou le.....
Pour la Commission
le Président

