



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

de 18 de mayo de 2022 *

«Competencia — Concentraciones — Sector de la fabricación de instrumentos médicos — Decisión por la que se imponen multas por llevar a cabo una concentración antes de su notificación y autorización — Artículos 4, apartado 1, 7, apartado 1, y 14 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 — Transacción provisional y transacción definitiva — Régimen de custodia — Concentración única — Derecho de defensa — Confianza legítima — Principio de legalidad — Proporcionalidad — Importe de las multas — Circunstancias atenuantes»

En el asunto T-609/19,

Canon Inc., con domicilio social en Tokio (Japón), representada por los Sres. U. Soltész, W. Bosch y C. von Köckritz, la Sra. K. Winkelmann, y los Sres. M. Reynolds, J. Schindler, D. Arts y W. Devroe, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión Europea, representada por los Sres. G. Conte y C. Urraca Caviedes, en calidad de agentes,

parte demandada,

apoyada por

Consejo de la Unión Europea, representado por la Sra. A.-L. Meyer y el Sr. O. Segnana, en calidad de agentes,

parte coadyuvante,

que tiene por objeto un recurso basado en el artículo 263 TFUE por el que se solicita, con carácter principal, la anulación de la Decisión C(2019) 4559 final de la Comisión, de 27 de junio de 2019, por la que se imponen multas por omitir la notificación de una concentración en incumplimiento del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 y por llevar a cabo una concentración en incumplimiento del artículo 7, apartado 1, de dicho Reglamento (asunto M.8179 — Canon/Toshiba Medical Systems Corporation) y, con carácter subsidiario, la supresión o la reducción del importe de las multas impuestas a la demandante,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta),

* Lengua de procedimiento: inglés.

integrado por la Sra. A. Marcoulli, Presidenta, y los Sres. S. Frimodt Nielsen y R. Norkus (Ponente), Jueces;

Secretaria: Sra. M. Zwozdziak-Carbonne, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 8 de julio de 2021,

dicta la siguiente

Sentencia¹

I. Antecedentes del litigio

- 1 La demandante, Canon Inc., es una sociedad multinacional especializada en la fabricación de productos de imaginería y óptica, entre otros, cámaras fotográficas, videocámaras, fotocopadoras, fotorrepetidores e impresoras. Desde que adquirió Toshiba Medical Systems Corporation (en lo sucesivo, «TMSC»), la demandante también está especializada en la fabricación de equipos médicos.
- 2 TMSC, dedicada al desarrollo, la fabricación, la venta de equipos médicos y la prestación de servicios técnicos para dichos equipos era, antes de su adquisición por la demandante, una filial que pertenecía al 100 % a Toshiba Corporation (en lo sucesivo, «Toshiba»). Tras esta adquisición, TMSC pasó a llamarse «Canon Medical Systems Corporation».

A. Adquisición por la demandante de TMSC

- 3 A principios de 2016, Toshiba atravesó importantes dificultades financieras. En particular, habida cuenta de sus previsiones de resultados, Toshiba consideraba que corría el riesgo de tener que informar a los accionistas de resultados negativos correspondientes al ejercicio 2015 (cerrado el 31 de marzo de 2016). Dado que nunca una sociedad pública de una dimensión análoga a la de Toshiba había informado a los accionistas en Japón de resultados negativos, era difícil prever el impacto de tal acontecimiento en los resultados comerciales, en la situación financiera y en el valor de mercado de Toshiba.
- 4 En consecuencia, Toshiba inició un procedimiento de licitación acelerado para la venta de TMSC.
- 5 En la primera fase, el 19 de febrero de 2016, Toshiba propuso a los licitadores una estructura de transacción, calificada de propuesta «80/20».
- 6 En el procedimiento de licitación, los licitadores formularon propuestas que tenían en cuenta la situación económica de Toshiba. En su oferta, la demandante propuso a Toshiba una nueva estructura transaccional. La razón de ser de esta nueva estructura era que se reconociera la venta de TMSC como una aportación de capital a las cuentas de Toshiba a más tardar el 31 de marzo de 2016, sin que la demandante adquiriese, no obstante, formalmente su control hasta que hubiesen obtenido las autorizaciones necesarias de las autoridades de competencia competentes.

¹ Solo se reproducen los apartados de la presente sentencia cuya publicación considera útil el Tribunal General.

- 7 Gracias a la nueva estructura transaccional propuesta por la demandante, Toshiba considera que TMSC ya ha dejado de ser una de sus filiales a la luz de los principios contables generalmente aceptados en Estados Unidos («United States GAAP») (considerando 13 de la Decisión impugnada).
- 8 Según Toshiba, tras examinar la viabilidad y los efectos de la propuesta de todos los licitadores, consideró que la propuesta de la demandante era la más competitiva y la única en la que la transmisión del precio íntegro de compra no estaba supeditada a las autorizaciones sometidas al control de las concentraciones (considerando 14 de la Decisión impugnada).
- 9 El 17 de marzo de 2016 la demandante anunció públicamente la adquisición de TMSC. Ese mismo día, la demandante anunció que había celebrado con Toshiba un acuerdo de cesión de participaciones que tenía por objeto la adquisición a Toshiba de TMSC y Toshiba y TMSC anunciaron que Toshiba había aceptado vender TMSC a la demandante y que TMSC dejaba de ser una filial del grupo Toshiba.
- 10 A raíz de la propuesta de la demandante, TMSC convirtió sus 134 980 060 acciones ordinarias y creó nuevas clases de acciones para poder ejecutar la estructura de transacción.
- 11 El 15 de marzo de 2016, se modificaron los estatutos de TMSC con el fin de incluir en ellos las nuevas clases de acciones y acciones adicionales.
- 12 En primer lugar, TMSC creó tres clases de acciones:
 - las acciones de clase A (acciones con derecho a voto),
 - la acción de clase B (acción sin derecho a voto) y
 - las acciones de clase C (acciones con derecho a voto y opción de compra ejercitable por TMSC).
- 13 En segundo lugar, TMSC convirtió todas sus acciones ordinarias en acciones de clase C y creó opciones sobre acciones para la compra obligatoria de todas las acciones de clase C.
- 14 En tercer lugar, el 16 de marzo de 2016, TMSC convirtió las acciones de clase C y emitió como contrapartida:
 - 20 acciones de clase A,
 - una acción de clase B y
 - 100 opciones sobre acciones vinculadas a las acciones de la clase C.
- 15 La oferta de la demandante consistía en una estructura de transacción en dos fases.
- 16 En la primera fase, el 17 de marzo de 2016, la demandante y Toshiba celebraron un *Shares and Other Securities Transfer Agreement*, mediante el cual la demandante adquirió la acción sin derecho a voto de clase B por 4 930 yenes (unos 40 euros) y 100 opciones de compra sobre acciones con derecho a voto de clase C de TMSC por 665 497 806 400 yenes (unos 5 280 000 000 euros), derecho a voto que, no obstante, no podía ejercerse mientras no se hubiesen ejercido las opciones sobre acciones. Ese mismo día, MS Holding —sociedad instrumental creada expresa-

mente para los fines de la operación el 8 de marzo de 2016— y Toshiba concluyeron un *Excluded share Transfert Agreement*, mediante el cual MS Holding adquirió las 20 acciones con derecho a voto restantes de clase A de TMSC por 98 600 yenes (aproximadamente 800 euros). Las dos operaciones se denominan conjuntamente con la expresión «transacción provisional» en la Decisión C(2019) 4559 final de la Comisión, de 27 de junio de 2019, por la que se imponen multas por omitir la notificación de una concentración en incumplimiento del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 y por llevar a cabo una concentración en incumplimiento del artículo 7, apartado 1, de dicho Reglamento (asunto M.8179 — Canon/Toshiba Medical Systems Corporation; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

- 17 En una segunda fase, el 19 de diciembre de 2016, la demandante, tras haber obtenido la última de las autorizaciones necesarias para la concentración, ejerció las 100 opciones de compra de acciones de clase C para adquirir las acciones subyacentes con derecho a voto de TMSC, mientras que TMSC le compró la acción sin derecho a voto de clase B por 4 930 yenes (40 euros aproximadamente) y compró a MS Holding las 20 acciones con derecho a voto restantes de clase A por 36 098 600 yenes (300 000 euros aproximadamente). Las dos operaciones se denominan conjuntamente, en la Decisión impugnada, «transacción definitiva».
- 18 En la Decisión impugnada, la totalidad del régimen de transacción se denomina «concentración».

B. Fase previa a la notificación

- 19 El 11 de marzo de 2016, la demandante envió a la Comisión Europea una solicitud de designación de un equipo en relación con su proyecto de adquirir el control exclusivo de TMSC en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») (DO 2004, L 24, p. 1).
- 20 En un correo electrónico de 5 de abril de 2016, la demandante envió a la Comisión la parte del formulario CO relativa a la estructura de la operación prevista y una breve presentación que describía las diferentes fases de la transacción.
- 21 El 28 de abril de 2016, la demandante presentó a la Comisión un primer proyecto de formulario CO. El 11 de mayo de 2016, esta remitió a la demandante varias preguntas acerca del proyecto de formulario CO, tres de ellas sobre la estructura de la transacción, a las que la demandante dio respuesta el 27 de mayo de 2016.

C. Notificación y decisión de autorización de la concentración

- 22 El 12 de agosto de 2016, la demandante notificó a la Comisión, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento n.º 139/2004, la adquisición del control exclusivo de TMSC mediante la adquisición del 100 % de sus acciones, con arreglo al procedimiento de control de las concentraciones ordinario. La demandante especificó que debía entenderse que la notificación se refería a la totalidad de la concentración, es decir, a la transacción provisional y a la transacción definitiva.

- 23 En la evaluación de la concentración, la investigación de la Comisión no logró poner de manifiesto ningún indicio que pudiera mostrar problemas desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Por esta razón, la Comisión adoptó, el 19 de septiembre de 2016, una decisión de aprobación, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 139/2004 y con el artículo 57 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE).

D. Procedimiento administrativo y Decisión impugnada

- 24 El 18 de marzo de 2016, algunos días después de recibir la petición de la demandante de que se designara un equipo en relación con su proyecto de adquirir el control exclusivo de TMSC, la Comisión recibió una denuncia anónima.
- 25 El 11 de mayo de 2016, la Comisión remitió a la demandante una solicitud de información sobre su primer proyecto de formulario de notificación de 28 de abril de 2016, en respuesta a la cual la demandante presentó sus observaciones.
- 26 El 29 de julio de 2016, la Comisión informó a la demandante de que había iniciado una investigación que podría dar lugar a la imposición de multas en virtud del artículo 14, apartado 2, letras a) y b), del Reglamento n.º 139/2004 por posibles incumplimientos de la obligación de suspensión establecida en el artículo 7, apartado 1, de dicho Reglamento y del requisito de notificación previsto en el artículo 4, apartado 1, de dicho Reglamento.
- 27 El 5 de septiembre de 2016, la Comisión recibió un escrito adicional de la demandante.
- 28 El 6 de octubre de 2016 la Comisión y la demandante mantuvieron una reunión.
- 29 Mediante decisión de 7 de octubre de 2016, adoptada en virtud del artículo 11, apartado 3, del Reglamento n.º 139/2004, la Comisión requirió a la demandante, a TMSC y a Toshiba para que facilitaran cierta información y algunos documentos internos. La demandante y TMSC respondieron el 4 de noviembre de 2016. Toshiba presentó sus respuestas entre el 4 de noviembre y el 1 de diciembre de 2016.
- 30 El 5 de noviembre de 2016, la demandante envió a la Comisión un escrito relativo a sus observaciones sobre la reunión de 6 de octubre de 2016 y la Decisión de 7 de octubre de 2016.
- 31 A raíz de una serie de correos electrónicos de la Comisión, Toshiba, TMSC y la demandante aportaron documentos adicionales el 15 de febrero, el 24 de febrero y el 15 de marzo de 2017, respectivamente.
- 32 El 6 de julio de 2017, en virtud del artículo 18 del Reglamento n.º 139/2004, la Comisión remitió a la demandante un pliego de cargos, en el que concluye, con carácter preliminar, que la demandante había infringido de manera intencionada o, al menos, por negligencia, los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 y en el que indica que contempla, consecuentemente, la imposición de multas con arreglo al artículo 14, apartado 2, de dicho Reglamento.
- 33 El 15 de marzo de 2018, la demandante presentó observaciones escritas y solicitó ser oída.
- 34 El 3 de mayo de 2018 se celebró una audiencia durante la cual la demandante presentó sus alegaciones.

- 35 El 8 de mayo de 2018, la Comisión envió a la demandante un correo electrónico que incluía aquellas preguntas a las que la demandante no había podido dar respuesta durante la audiencia del 3 de mayo de 2018. La demandante presentó sus respuestas el 24 de mayo de 2018.
- 36 El 11 de junio de 2018, la Comisión recibió información adicional de la demandante. Por otra parte, en respuesta al pliego de cargos, la demandante solicitó a la Comisión que pusiera fin al procedimiento de infracción a la luz del criterio definido por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371).
- 37 El 30 de noviembre de 2018, la Comisión emitió un pliego de cargos suplementario en el que concluye, con carácter preliminar, que la conducta de la demandante constituye una infracción de los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, también sobre la base de la interpretación del marco jurídico expuesta en la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371).
- 38 El 21 de enero de 2019, la demandante presentó sus respuestas al pliego de cargos suplementario y solicitó la celebración de una segunda audiencia, que tuvo lugar el 14 de febrero de 2019.
- 39 El 25 de febrero de 2019, la Comisión envió a la demandante un correo electrónico que incluía aquellas preguntas que la demandante no había podido responder durante la audiencia de 14 de febrero de 2019. La demandante remitió sus respuestas el 13 de marzo de 2019.
- 40 El 3 de abril de 2019, la demandante presentó a la Comisión comentarios adicionales sobre el enfoque de esta última en relación con la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371).
- 41 El 27 de junio de 2019, la Comisión adoptó la Decisión impugnada.
- 42 Los cuatro primeros artículos de la parte dispositiva de la Decisión impugnada están redactados en los siguientes términos:

«Artículo 1

Al no haber notificado una concentración de dimensión de la Unión antes de su ejecución (el 17 de marzo de 2016) sin haber sido expresamente autorizada para ello por el artículo 7, apartado 2, del Reglamento [...] n.º 139/2004 o en virtud de una decisión con arreglo al artículo 7, apartado 3, de dicho Reglamento, [la demandante] infringió, al menos por negligencia, el artículo 4, apartado 1, de dicho Reglamento.

Artículo 2

Al haber ejecutado una concentración de dimensión de la Unión (el 17 de marzo de 2016) antes de ser autorizada (el 19 de septiembre de 2016), [la demandante] infringió, al menos por negligencia, el artículo 7, apartado 1, del Reglamento [...] n.º 139/2004.

Artículo 3

Se impone a [la demandante], de conformidad con el artículo 14, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n.º 139/2004, una multa de 14 000 000 euros por la infracción mencionada en el artículo 1 de la presente Decisión.

Artículo 4

Se impone a [la demandante], de conformidad con el artículo 14, apartado 2, letra b), del Reglamento (CE) n.º 139/2004, una multa de 14 000 000 euros por la infracción mencionada en el artículo 2 de la presente Decisión.»

II. Procedimiento y pretensiones de las partes

- 43 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 9 de septiembre de 2019, la demandante interpuso el presente recurso.
- 44 El 27 de noviembre de 2019, la Comisión presentó su escrito de contestación.
- 45 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 14 de enero de 2020, el Consejo de la Unión Europea solicitó intervenir en el presente procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión.
- 46 Mediante decisión de 5 de marzo de 2020, la Presidenta de la Sala Sexta del Tribunal admitió dicha intervención. El Consejo presentó el escrito de formalización de la intervención el 24 de abril de 2020 y las partes principales presentaron sus observaciones sobre él en los plazos señalados.
- 47 Las partes principales presentaron la réplica y la dúplica el 18 de marzo y el 26 de junio de 2020, respectivamente.
- 48 Mediante escrito de 28 de julio de 2020, la demandante solicitó la celebración de una vista oral, con arreglo al artículo 106, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal.
- 49 La demandante solicita al Tribunal que:
- Anule la Decisión impugnada.
 - Con carácter subsidiario, anule o reduzca significativamente las multas impuestas.
 - Condene en costas a la Comisión.
- 50 La Comisión solicita al Tribunal que:
- Desestime el recurso.
 - Condene en costas a la demandante.
- 51 El Consejo solicita al Tribunal que desestime en su totalidad la excepción de ilegalidad formulada por lo que respecta al artículo 14, apartado 2, letras a) y b), del Reglamento n.º 139/2004.

III. Fundamentos de Derecho

- 52 En apoyo del recurso, la demandante formula tres motivos, basados: el primero, en que no infringió los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004; el segundo, en la infracción del artículo 14 del Reglamento n.º 139/2004; y el tercero, en la infracción del artículo 18 del Reglamento n.º 139/2004 y del artículo 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

A. Sobre el primer motivo, basado en que la demandante no infringió los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004

- 53 Con carácter preliminar, es preciso señalar que, en el considerando 99 de la Decisión impugnada, la Comisión resume el enfoque en el que se basó para declarar la infracción de los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, del siguiente modo:

«[...]

- a) La transacción provisional y la transacción definitiva constituían, conjuntamente, una sola concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento [n.º 139/2004] y de la jurisprudencia de los tribunales de la Unión, consistente en la adquisición del control de TMSC por [la demandante] (véase la sección 4.1).
- b) Al formar parte de una sola concentración, las transacciones provisional y definitiva estaban estrechamente relacionadas. En efecto, la transacción provisional era una fase necesaria para llevar a cabo un cambio de control de TMSC, que presentaba un vínculo funcional directo con la materialización de la adquisición del control de TMSC por [la demandante]. Por estos motivos, la transacción provisional contribuyó (al menos en parte) al cambio de control de TMSC en el sentido de la sentencia Ernst & Young. Con la transacción provisional, [la demandante] ejecutó parcialmente la concentración única consistente en [su] adquisición del control de TMSC (véase la sección 4.2).
- c) Como consecuencia de haberse ejecutado en parte la concentración consistente en la adquisición del control de TMSC antes de la notificación a la Comisión y de la autorización por esta, [la demandante] infringió los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento [n.º 139/2004] (véase la sección 4.3).»
- 54 El primer motivo se articula en torno a cuatro partes. La primera parte se basa en que la transacción provisional no constituye una adquisición de control por parte de la demandante. La segunda parte se fundamenta en que no hubo ejecución parcial que infringiera los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004. La tercera parte se sustenta en supuestos errores manifiestos cometidos en la aplicación del concepto de «ejecución parcial» de una «sola concentración». La cuarta parte se basa en que nunca se eludió el procedimiento de control *ex ante* de las concentraciones.

1. Sobre la primera parte, basada en que la transacción provisional no constituye una adquisición de control

- 55 En el marco de la primera parte, la demandante sostiene que la transacción provisional no dio lugar a que adquiriera el control, por lo que no puede constituir un supuesto de ejecución anticipada de una operación de concentración.
- 56 Esta primera parte se divide, a su vez, en dos subpartes. En la primera subparte, la demandante sostiene que solo se ejecuta anticipadamente una operación de concentración en el supuesto de que se adquiriera el control. En la segunda subparte, la demandante sostiene que la jurisprudencia anterior confirma que el cambio de control es el único criterio pertinente.

a) Sobre la primera subparte, según la cual la ejecución anticipada de una concentración supone la adquisición de control

- 57 La demandante alega que, del tenor de los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 se desprende que solo existe ejecución anticipada de una operación de concentración cuando se adquiere el control. A su entender, es pacífico que el concepto de «concentración» empleado en estas disposiciones debe definirse a la luz del artículo 3 de dicho Reglamento, según el cual las concentraciones son adquisiciones que conducen a un cambio duradero del control directo o indirecto. Por otra parte, la demandante se remite a los apartados 44 y siguientes de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), según los cuales la ejecución anticipada de una operación de concentración está estrechamente relacionada con el concepto de concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004, que requiere la adquisición del control, al apartado 46 de dicha sentencia, según el cual únicamente las «operaciones que contribuyen a cambiar de forma duradera el control sobre la empresa objetivo» están comprendidas en el artículo 7, apartado 1, de dicho Reglamento, y a los apartados 49 y 60 de la citada sentencia, según los cuales las operaciones no «contribuyen a cambiar de forma duradera el control» cuando no presentan un «vínculo funcional directo con [la] ejecución» de la concentración, es decir, cuando no presentan «como tal[es]» un vínculo con el cambio de control, criterio este que excluye todas las operaciones que presentan una «[relación] mediante condición con la concentración», en el sentido de que son «accesorias o preparatorias» a su ejecución. Pues bien, a juicio de la demandante, en el considerando 134 de la Decisión impugnada, la Comisión reconoce expresamente que la demandante no adquirió el control sobre TMSC antes de la autorización de la Comisión de 19 de septiembre de 2016. Además, la demandante se remite a la sentencia de 6 de julio de 2010, Aer Lingus Group/Comisión (T-411/07, EU:T:2010:281), según la cual la obligación de suspensión pretende evitar que la Comisión se encuentre ante una situación en la que una decisión de incompatibilidad deba complementarse con una decisión de disolución destinada a poner término al control obtenido aun antes de que se pronuncie acerca de sus efectos sobre la competencia y concluye de ello que su ámbito de aplicación no debe extenderse más allá de lo necesario para asegurarse de que las reestructuraciones de las empresas no conlleven un perjuicio duradero para la competencia. Por último, en su opinión, en ningún momento ni en modo alguno se obstaculizó el control de la operación por parte de la Comisión, dado que la demandante solo adquirió el control sobre TMSC una vez obtenidas todas las autorizaciones de las autoridades de competencia afectadas, incluida la de la Comisión.
- 58 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.

- 59 Es pacífico entre las partes que durante la transacción provisional la demandante no controlaba TMS.
- 60 Se ha de determinar, por tanto, si, como sostiene la demandante, solo puede ejecutarse anticipadamente una concentración en el supuesto de que se controle a la empresa objetivo.
- 61 A este respecto, procede recordar que la ejecución de una concentración, a efectos del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, tiene lugar cuando las partes de una operación de concentración llevan a cabo operaciones que contribuyen a cambiar de forma duradera el control sobre la empresa objetivo (sentencias de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, apartado 46, y de 4 de marzo de 2020, Marine Harvest/Comisión, C-10/18 P, EU:C:2020:149, apartado 50).
- 62 Responde por tanto a la exigencia de garantizar un control eficaz de las concentraciones el hecho de que toda ejecución parcial de una concentración está comprendida en el ámbito de aplicación del citado artículo. En efecto, si se prohibiese a las partes de una concentración ejecutar una concentración mediante una única operación, pero les fuera posible alcanzar el mismo resultado mediante operaciones parciales sucesivas, ello reduciría el efecto útil de la prohibición impuesta en el artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004 y haría peligrar por tanto el carácter previo del control previsto por el mencionado Reglamento así como la consecución de sus objetivos (sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, apartado 47).
- 63 Desde esta misma perspectiva, el considerando 20 del citado Reglamento prevé que es preciso considerar como una sola concentración transacciones estrechamente conectadas por estar relacionadas mediante condición o que adoptan la forma de una serie de transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo (sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, apartado 48).
- 64 No obstante, cuando tales operaciones, pese a ser realizadas en el marco de una concentración, no son necesarias para llevar a cabo un cambio de control de una empresa afectada por esa concentración, no están comprendidas en el artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004. En efecto, esas operaciones, aun cuando puedan ser accesorias o preparatorias para la concentración, no presentan un vínculo funcional directo con su ejecución, de modo que su realización no puede en principio perjudicar la eficacia del control de las concentraciones (sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, apartado 49).
- 65 Por último, el Tribunal de Justicia concluyó que el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 debe interpretarse en el sentido de que una concentración solo se ejecuta mediante una operación que, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, contribuye al cambio de control de la empresa objetivo (sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, apartado 59).
- 66 Dado que los artículos 7, apartado 1, y 4, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 son dos disposiciones relativas al concepto de «ejecución de una concentración», procede considerar que lo que indicó el Tribunal de Justicia cuando conoció de una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE en el asunto que dio lugar a la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), en relación con la primera de estas disposiciones también es válido para la segunda.

- 67 Así pues, la Comisión sostiene acertadamente que, de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) se desprende que el Tribunal de Justicia distinguió entre los conceptos de «concentración» y de «ejecución de una concentración».
- 68 A este respecto, del apartado 45 de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) resulta que, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004, en el que se define el concepto de concentración, se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar «un cambio duradero del control», mientras que del apartado 46 de dicha sentencia se desprende que la «ejecución de una concentración» puede tener lugar «cuando las partes de una operación de concentración llevan a cabo operaciones que contribuyen a cambiar de forma duradera el control sobre la empresa objetivo», es decir, en su caso, antes de adquirir el control de la empresa objetivo.
- 69 Corroborra esta conclusión el apartado 59 de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), del que resulta que, para que se ejecute una concentración, en el sentido de los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, basta con que una operación, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, contribuya al cambio de control de la empresa objetivo.
- 70 Así, de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) se desprende que el concepto de «ejecución de una concentración», tal como se establece en los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, no se limita a la situación en la que el comprador definitivo adquiere el control de la empresa objetivo, sino que comprende también cualquier operación que «contribuya» a ese cambio de control.
- 71 A este respecto, la alegación de la demandante de que el Tribunal de Justicia, en la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), excluyó, con carácter general, «todas las operaciones que presentan una “relación mediante condición con la concentración”, en el sentido de que son “accesorias o preparatorias” a su ejecución» es errónea, ya que el Tribunal de Justicia indicó, en el apartado 49 de dicha sentencia (véase el apartado 64 anterior), que las operaciones que no eran necesarias para lograr un cambio de control y que, por tanto, aun cuando pudieran ser accesorias o preparatorias para la concentración, no presentaban un vínculo funcional directo con la ejecución de la concentración, no estaban comprendidas en el artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004. Por consiguiente, de dicho apartado se desprende que las operaciones están incluidas en el concepto de «ejecución de una concentración», incluso cuando esa ejecución es parcial en el sentido de los apartados 47 y 51 de dicha sentencia, si contribuyen, en todo o en parte, al cambio de control de la empresa objetivo.
- 72 Además, no desvirtúa la conclusión expuesta en el apartado 69 anterior la argumentación de la demandante en la medida en que interpreta literalmente un extracto del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004. Se refiere al supuesto en el que las concentraciones deberán notificarse «en cuanto se haya adquirido [...] una participación de control». En efecto, dicho Reglamento detalla en este apartado diferentes posibles supuestos de adquisición del control y precisa en qué momento, según los casos, hay que notificar. Como señala la Comisión, la referencia a la «[adquisición] de una participación de control» puede referirse a las situaciones reguladas por el artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 139/2004: aunque no estén sometidas a la condición suspensiva de la autorización de concentración, la realización de ofertas públicas de adquisición y de transacciones de títulos podría dar lugar a la adquisición de una participación de control sin infringir el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, siempre que se

cumplieran las exigencias establecidas en el apartado 2 de dicha disposición. Sin embargo, la demandante no afirma que el presente asunto esté comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 2, de dicho Reglamento.

- 73 Por consiguiente, contrariamente a lo que sostiene la demandante, el criterio tenido en cuenta por la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), para determinar si se había infringido el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 no es el de si se ha adquirido el control de la empresa objetivo, sino, como sostiene la Comisión, el de si la operación de que se trata contribuyó, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, al cambio de control de dicha empresa. Tal criterio es aplicable, por analogía, al artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004.
- 74 Por lo que respecta a la interpretación que hace la demandante de la sentencia de 6 de julio de 2010, Aer Lingus Group/Comisión (T-411/07, EU:T:2010:281), según la cual únicamente las operaciones que precisan medidas de disolución equivalen a actos que menoscaban la eficacia del sistema de control de las concentraciones, procede señalar que tal interpretación es incorrecta. En efecto, lo que indicó el Tribunal en esa sentencia es que, por una parte, no habiendo adquisición del control, la Comisión no disponía de competencia para disolver una concentración (sentencia de 6 de julio de 2010, Aer Lingus Group/Comisión, T-411/07, EU:T:2010:281, apartado 66) y que, por otra parte, la adquisición de una participación que no confería por sí misma el control, en el sentido del artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004, podía quedar comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 7 de dicho Reglamento (sentencia de 6 de julio de 2010, Aer Lingus Group/Comisión, T-411/07, EU:T:2010:281, apartado 83). En otras palabras, el Tribunal declaró que, si bien la adquisición del control era necesaria para que la Comisión pudiera ejercer su competencia para disolver la concentración, esta adquisición del control no era necesaria para que una operación quedara comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004.
- 75 Por último, es errónea la alegación de la demandante de que el control de la operación por la Comisión en ningún momento y en modo alguno se vio obstaculizado, habida cuenta de que no adquirió el control sobre TMSC hasta haber obtenido todas las autorizaciones de las autoridades de competencia afectadas.
- 76 En efecto, la demandante considera que «las concentraciones se definen como adquisiciones que conducen a un cambio duradero del control directo o indirecto» y, por tanto, que mientras no se adquiriera el control, no hay ejecución anticipada de la concentración.
- 77 Así pues, la demandante confunde los conceptos de «ejecución» y de «adquisición», que son dos conceptos distintos en el Reglamento n.º 139/2004.
- 78 En efecto, el término «ejecución» se refiere a la concentración (o a la transacción tal como la contempla el artículo 7, apartado 4, del Reglamento n.º 139/2004), mientras que el término «adquisición» se refiere al control.
- 79 Pues bien, estos dos términos no pueden confundirse. La «ejecución» de la concentración puede enmarcarse en la duración, lo que explica los conceptos de ejecución parcial y de concentración única, mientras que la «adquisición» del control no puede enmarcarse en la duración. En efecto, o bien se adquiere el control cuando la entidad puede ejercer una influencia determinante sobre la sociedad objetivo, o bien no se adquiere. Consecuentemente, el concepto de adquisición del

control no incluye la adquisición «parcial». Por tanto, a diferencia de lo que sostiene la demandante, el supuesto «control parcial» no puede condicionar la ejecución parcial de la concentración.

- 80 Así pues, para que sea efectivo, el control de la Comisión no solo debe efectuarse antes de la adquisición del control, sino también antes de la ejecución, siquiera parcial, de la concentración. En efecto, como ya se ha indicado en el apartado 62 anterior, si se prohibiese a las partes de una concentración ejecutar una concentración mediante una única operación, pero les fuera posible alcanzar el mismo resultado mediante operaciones parciales sucesivas, ello reduciría el efecto útil de la prohibición impuesta en el artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004 y haría peligrar por tanto el carácter previo del control previsto por el mencionado Reglamento así como la consecución de sus objetivos (sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, apartado 47).
- 81 En consecuencia, procede desestimar la primera subparte del primer motivo.

b) Sobre la segunda subparte, según la cual la jurisprudencia anterior confirma que el cambio de control es el único criterio pertinente

- 82 La demandante sostiene que la Decisión impugnada vulnera la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea.
- 83 Así, en primer lugar, la demandante se remite al apartado 25 de la sentencia de 6 de julio de 2010, Aer Lingus Group/Comisión (T-411/07, EU:T:2010:281), según el cual una concentración solo se ejecuta cuando una empresa asume el control de otra, es decir, la posibilidad de ejercer una influencia decisiva, y al apartado 85 de dicha sentencia, según el cual, al no haberse tomado el control efectivo, la participación controvertida no puede asimilarse a una concentración que ya ha sido ejecutada. En segundo lugar, la demandante aduce que, en la sentencia de 13 de septiembre de 2010, Éditions Odile Jacob/Comisión (T-279/04, no publicada, EU:T:2010:384), el Tribunal aceptó un régimen de custodia porque no se había transmitido ningún control antes de la obtención de la autorización. Sostiene que, en esa sentencia, el Tribunal confirmó que el hecho de confiar acciones a una sociedad constituida con la única finalidad de tenencia no da lugar a que el comprador definitivo adquiriera el control, por lo que no queda comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004. En tercer lugar, según la demandante, en la sentencia de 26 de octubre de 2017, Marine Harvest/Comisión (T-704/14, EU:T:2017:753), el Tribunal desestimó, en los apartados 148 y siguientes de dicha sentencia, relativos al considerando 20 del Reglamento n.º 139/2004, la idea de que, en caso de ejecución anticipada de una concentración, dos operaciones se han de considerar una «sola concentración» simplemente por estar estrechamente conectadas. A este respecto, a juicio de la demandante, del apartado 44 de la sentencia de 4 de marzo de 2020, Marine Harvest/Comisión (C-10/18 P, EU:C:2020:149) se desprende que el considerando 20 del Reglamento n.º 139/2004 no es una base jurídica que permita llegar a la conclusión de que exista una «sola concentración». Por tanto, a su entender, debe desestimarse la posición expresada por la Comisión en su escrito de contestación, según la cual un «único proyecto económico» de dos operaciones puede llevar a una «sola concentración». Además, la demandante se remite al apartado 128 de la sentencia de 26 de octubre de 2017, Marine Harvest/Comisión (T-704/14, EU:T:2017:753), según el cual, el criterio pertinente es el del momento en que se produce la adquisición del control. Por otra parte, la demandante afirma que no puede invocarse el concepto de «concentración única» para demostrar la ejecución anticipada de una concentración e indica que el Tribunal precisó, en el apartado 151 de la citada sentencia,

que cuando dichas operaciones, tomadas en su conjunto, no fueran suficientes para transmitir el control de la empresa objetivo, no tiene «ningún sentido» calificarlas de concentración única. Por último, según la demandante, la propia Comisión sostuvo, en el apartado 105 de la Decisión C(2014) 5089 final de la Comisión, de 23 de julio de 2014, por la que se impone una multa por la puesta en marcha de una operación de concentración contraviniendo lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, y en el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 (asunto COMP/M.7184 — Marine Harvest/Morpol), que la cuestión de si esas dos etapas eran parte de la misma operación, en otras palabras, si existía una «sola concentración», «carecía de pertinencia» en el marco del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004.

- 84 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.
- 85 En primer lugar, procede señalar que el apartado 25 de la sentencia de 6 de julio de 2010, *Aer Lingus Group/Comisión* (T-411/07, EU:T:2010:281), no se refiere a la posición del Tribunal, sino que relata el razonamiento de la Comisión en la decisión relativa a ese asunto. En cuanto al apartado 85 de la citada sentencia, aunque el Tribunal indicó efectivamente que, al no haberse tomado el control efectivo, la participación controvertida en dicho asunto no podía «asimilarse a una “concentración” que “ya ha sido ejecutada”», de esta afirmación no cabe deducir que no se pueda ejecutar parcialmente una concentración mediante una operación que contribuya a un cambio de control.
- 86 Además, como se ha puesto de manifiesto en el anterior apartado 74, el Tribunal indicó en la sentencia de 6 de julio de 2010, *Aer Lingus Group/Comisión* (T-411/07, EU:T:2010:281), apartado 83, que la adquisición de una participación que no confería por sí misma el control, en el sentido del artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004, podía quedar comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 7 de dicho Reglamento. Así pues, de esa sentencia del Tribunal, dictada con anterioridad a la sentencia de 31 de mayo de 2018, *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371) se desprende que no había que interpretar necesariamente la ejecución de una concentración como una adquisición de control.
- 87 Por consiguiente, la sentencia de 6 de julio de 2010, *Aer Lingus Group/Comisión* (T-411/07, EU:T:2010:281), no excluye que la prohibición prevista en el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 incluya también la ejecución parcial, es decir, operaciones que no transmitan por sí mismas el control.
- 88 En segundo lugar, procede rectificar la conclusión que la demandante extrae de la sentencia de 13 de septiembre de 2010, *Éditions Odile Jacob/Comisión* (T-279/04, no publicada, EU:T:2010:384), concretamente que el hecho de confiar acciones a una sociedad constituida con la única finalidad de tenencia no dio lugar a que el comprador definitivo adquiriera el control, por lo que no queda comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, y devolver dicha conclusión a su contexto.
- 89 Por una parte, el asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de septiembre de 2010, *Éditions Odile Jacob/Comisión* (T-279/04, no publicada, EU:T:2010:384) y el presente asunto no son totalmente comparables. En el asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de septiembre de 2010, *Éditions Odile Jacob/Comisión* (T-279/04, no publicada, EU:T:2010:384), la demandante negaba que al régimen de custodia se le aplicara el artículo 3, apartado 5, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO 1989, L 395, p. 1), mientras que, en el presente asunto, la demandante no afirma que al régimen de custodia de que se trata se le aplique tal excepción.

- 90 Dado que se trata de dos regímenes de custodia diferentes, las conclusiones a las que se llega en relación con el primero no pueden aplicarse genéricamente al segundo.
- 91 Por otra parte, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de septiembre de 2010, *Éditions Odile Jacob/Comisión* (T-279/04, no publicada, EU:T:2010:384), como subrayó la Comisión en el apartado 175 de la Decisión impugnada y como había indicado el Tribunal de Justicia, que conocía de un recurso de casación, el recurso interpuesto por la demandante en dicho asunto tenía como único objeto la anulación de la decisión controvertida mediante la cual la Comisión había declarado la operación de concentración en cuestión compatible con el mercado común (sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Éditions Odile Jacob/Comisión*, C-551/10 P, EU:C:2012:681, apartado 36). Así pues, la cuestión discutida versaba sobre la legalidad de la decisión de la Comisión por la que se autorizaba la concentración y no sobre la ejecución temprana de las concentraciones mediante un régimen de custodia. Por esta razón, el Tribunal de Justicia señaló que, para que el Tribunal General pudiera pronunciarse acerca de la legalidad de la decisión controvertida, no resultaba necesario examinar si Lagardère SCA había adquirido un control único o conjunto con el banco NBP de los activos en cuestión mediante la operación de traspaso transitorio controvertida y que, por tanto, las constataciones del Tribunal relativas a esta cuestión debían considerarse superfluas (sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Éditions Odile Jacob/Comisión*, C-551/10 P, EU:C:2012:681, apartado 40).
- 92 Además, en cualquier caso, en su recurso ante el Tribunal, la parte demandante en ese asunto sostenía que el traspaso transitorio de los activos en cuestión había conferido al comprador definitivo, desde su adquisición por la sociedad de custodia, la posibilidad de ejercer una influencia determinante en la actividad con ellos relacionada, en la medida en que ese traspaso transitorio había conferido al comprador definitivo, sobre todos los activos en cuestión o sobre parte de ellos, derechos de propiedad o de uso, en el sentido del artículo 3, apartado 3, letra a), del Reglamento n.º 4064/89, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO 1997, L 180, p. 1) (sentencia de 13 de septiembre de 2010, *Éditions Odile Jacob/Comisión*, T-279/04, no publicada, EU:T:2010:384, apartado 119).
- 93 Así, la parte demandante en ese asunto había aislado la operación que había dado lugar a la adquisición de los activos en cuestión por la sociedad de custodia y sostenido que esa operación ya había dado lugar a la adquisición de control.
- 94 En este contexto, el Tribunal indicó que, puesto que el traspaso transitorio de los activos en cuestión no podía considerarse, en ese caso, una operación de concentración en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 4064/89, no se había podido infringir, por tanto, la prohibición que el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 4064/89 impone a las partes en tal operación de ejecutarla antes de que fuera notificada y declarada compatible con el mercado común (sentencia de 13 de septiembre de 2010, *Éditions Odile Jacob/Comisión*, T-279/04, no publicada, EU:T:2010:384, apartado 171).
- 95 Así pues, esa declaración del Tribunal se había formulado únicamente en respuesta a la alegación de la demandante de que la decisión de autorización de la concentración no era válida, en particular porque el comprador definitivo, mediante una operación de traspaso transitorio, había adquirido el control, bien único, bien conjunto de los activos en cuestión desde su adquisición por la sociedad de custodia (controlada indirecta pero íntegramente por el banco NBP), sin notificación previa de la concentración.

- 96 Por tanto, el Tribunal no examinó si la adquisición de los activos en cuestión por la sociedad de custodia constituía, como en el caso de autos, la ejecución parcial de una sola concentración, sino si esa adquisición, efectuada en el marco de un régimen de custodia, había transmitido, como tal, el control al comprador.
- 97 En tercer lugar, por lo que respecta a la sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753), con carácter preliminar, procede señalar que las partes principales discrepan en cuanto a cuál fue el criterio utilizado en la Decisión impugnada para definir la ejecución anticipada de una concentración.
- 98 En efecto, la demandante considera que la Comisión estimó, en la Decisión impugnada, que bastaba con demostrar que la transacción provisional y la transacción definitiva constituían una sola concentración, mientras que el criterio adecuado habría sido apreciar si la transacción provisional le permitió adquirir el control de TMSC.
- 99 A este respecto, procede recordar que, como resulta del considerando 99 de la Decisión impugnada (véase el anterior apartado 53), la Comisión consideró que no bastaba con demostrar que la transacción provisional y la transacción definitiva constituían una sola concentración, sino que indicó, en primer término, que la transacción provisional y la transacción definitiva constituían, conjuntamente, una sola concentración; en segundo término, que la transacción provisional había contribuido parcialmente al cambio de control de TMSC en el sentido de la sentencia de 31 de mayo de 2018, *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371) y que, con esta transacción provisional, la demandante había ejecutado parcialmente la concentración única consistente en adquirir el control de TMSC; y, en tercer término, que tal ejecución parcial, anterior a la notificación a la Comisión, había infringido los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004.
- 100 Por lo que respecta a la remisión, por la demandante, a los apartados 148 y siguientes de la sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753), contrariamente a lo que sostiene la demandante, el Tribunal no descartó la idea de que, en caso de ejecución anticipada de una concentración, dos operaciones deban calificarse de «concentración única» por el mero hecho de que estuvieran estrechamente conectadas, puesto que se limitó a indicar que el Reglamento n.º 139/2004 no daba una definición exhaustiva de los requisitos exigidos para que dos operaciones constituyesen una concentración única (sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión*, T-704/14, EU:T:2017:753, apartado 150). En cuanto al apartado 44 de la sentencia de 4 de marzo de 2020, *Marine Harvest/Comisión* (C-10/18 P, EU:C:2020:149), al que también remite la demandante, el Tribunal de Justicia indica en él simplemente que no cabe deducir fundadamente una interpretación del concepto de «concentración única» incompatible con las disposiciones del Reglamento n.º 139/2004 tan solo del tenor literal del considerando 20 de dicho Reglamento. Por tanto, no cabe deducir de ese apartado que, en tal sentencia, el Tribunal de Justicia rechazara el enfoque de la Comisión según el cual un «único proyecto económico» de dos operaciones puede llevar a una «sola concentración».
- 101 Así pues, como indica la Comisión, ni el Tribunal General ni el Tribunal de Justicia cuestionaron el hecho de que dos operaciones pudieran dar lugar a una sola transacción.
- 102 A este respecto, sin que el Tribunal de Justicia lo contradijera, el Tribunal General señaló, en el apartado 90 de la sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753), que, en varias decisiones, la Comisión se había apoyado en el concepto de

«concentración única» y el Tribunal General había hecho suyo dicho concepto, en particular, en la sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión* (T-282/02, EU:T:2006:64).

- 103 Por lo que respecta a la remisión al apartado 128 de la sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753), es preciso subrayar que este asunto versaba sobre la aplicación del artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 139/2004 a unas operaciones con respecto a las cuales no se discutía que el control de la empresa objetivo ya se hubiese adquirido en el momento de la primera operación. Por tanto, en este contexto, el Tribunal concluyó que cuando la adquisición *de facto* del control exclusivo de la única empresa objetivo se producía mediante una primera y única transacción, las transacciones posteriores, mediante las cuales el comprador obtenía participaciones adicionales en dicha empresa, dejaban de ser pertinentes a los efectos de la adquisición del control (sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión*, T-704/14, EU:T:2017:753, apartado 128). Por consiguiente, esta conclusión no puede conllevar que la ejecución anticipada únicamente pueda tener lugar en el supuesto de un cambio de control en el momento de la primera operación en el contexto de una sola concentración como la del caso de autos.
- 104 Por lo que respecta a la remisión al apartado 151 de la sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753), procede señalar que la cita de la demandante es inexacta, puesto que es incompleta. En efecto, según el Tribunal, lo que no tendría «ningún sentido» en ese apartado es considerar que todas las operaciones que son objeto de una relación condicional o adoptan la forma de una serie de transacciones sobre títulos, realizadas en un plazo razonablemente breve, deberían ser tratadas como una única concentración, aun cuando dichas operaciones, tomadas en su conjunto, no fueran suficientes para transmitir el control de la empresa objetivo (sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión*, T-704/14, EU:T:2017:753, apartado 151). Así, en dicho apartado, el Tribunal se limitó a subrayar que solo las operaciones que, en su conjunto, transmiten el control, pueden constituir una «concentración única».
- 105 Pues bien, en el caso de autos, en la Decisión impugnada, la Comisión no sostiene que la transacción provisional bastara, por sí sola, para transmitir el control de TMSC a la demandante. En efecto, en la Decisión impugnada, la Comisión llegó a la conclusión de que la transacción definitiva, que constituía una concentración única junto con la transacción provisional, fue la que transmitió el control de TMSC a la demandante.
- 106 Por último, la alegación de la demandante que se remite a la posición de la Comisión expresada en el apartado 105 de la decisión en el asunto *Marine Harvest/Morpol* es inoperante, ya que no se trataba, en ese asunto, de la adquisición de una empresa objetivo por medio de un régimen de custodia como en el caso de autos, sino de una situación en la que la Comisión había concluido que *Marine Harvest ASA* había adquirido el control de *Morpol ASA* mediante una única compra del 48,5 % de las acciones de *Morpol*, y no mediante múltiples operaciones parciales de elementos del activo que constituían, a fin de cuentas, una única entidad económica (sentencia de 4 de marzo de 2020, *Marine Harvest/Comisión*, C-10/18 P, EU:C:2020:149, apartado 29).
- 107 De cuanto antecede resulta que debe desestimarse la segunda subparte del primer motivo y la primera parte de dicho motivo en su totalidad.

2. Sobre la segunda parte, basada en que no hubo ejecución parcial que infringiera los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004

- 108 Procede señalar que, en la sección 4.1 de la Decisión impugnada, la Comisión concluyó que la transacción provisional y la transacción definitiva constituían conjuntamente una sola concentración, puesto que «se [enmarcaban] en un único proyecto económico gracias al cual [la demandante] había adquirido el control de TMSC de Toshiba» (considerando 101 de la Decisión impugnada). Para llegar a esta conclusión, la Comisión se basó en tres datos. En primer término, la transacción provisional se llevó únicamente a cabo con vistas a la transacción definitiva (sección 4.1.1 de la Decisión impugnada). En segundo término, la única finalidad de MS Holding era facilitar que la demandante adquiriera el control de TMSC (sección 4.1.2). En tercer término, la demandante era la única parte capaz de determinar la identidad del comprador definitivo de TMSC y asumía el riesgo económico de toda la operación a partir de la transacción provisional (sección 4.1.3).
- 109 Con carácter preliminar, hay que recordar que es indiferente que la adquisición, directa o indirecta, del control de una o varias empresas se realice en una o más transacciones, siempre que el resultado que se alcance sea una única operación de concentración (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión*, T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 104).
- 110 Es igualmente indiferente que las partes, cuando notifican una concentración a la Comisión, tengan la intención de celebrar una o varias transacciones o que ya las hayan celebrado antes de su notificación. En todos los casos, corresponde a la Comisión apreciar si estas transacciones presentan un carácter unitario de forma que constituyan una sola operación de concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004 (sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión*, T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 105).
- 111 Este sistema tiene por finalidad identificar, en función de las circunstancias de hecho y de Derecho propias de cada caso y con la preocupación de buscar la realidad económica que subyace en las operaciones, la finalidad económica perseguida por las partes, examinando, ante diversas transacciones jurídicamente distintas, si las empresas de que se trata hubieran estado dispuestas a celebrar cada transacción individualmente o si, por el contrario, cada transacción constituye un mero elemento de una operación más compleja, sin la cual las partes no la habrían realizado (sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión*, T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 106).
- 112 En otras palabras, para determinar el carácter unitario de las transacciones en cuestión, debe apreciarse caso por caso si estas transacciones son interdependientes, de forma que no se hubiera celebrado la una sin la otra (sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión*, T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 107).
- 113 Este sistema tiene por objeto, por una parte, garantizar que las empresas que notifican una operación de concentración cuenten con el beneficio de la seguridad jurídica respecto del conjunto de las transacciones que conforman dicha operación y, por otra, permitir que la Comisión ejerza un control eficaz sobre las operaciones de concentración que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Además, estas dos finalidades constituyen el objetivo principal del Reglamento n.º 139/2004 (véase la sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión*, T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 108 y jurisprudencia citada).

- 114 Resulta de lo anterior que una operación de concentración, en el sentido del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, puede realizarse incluso mediante una pluralidad de transacciones jurídicas formalmente distintas siempre que dichas transacciones sean interdependientes, de forma que no se realizarían las unas sin las otras y su resultado consista en conferir a una o varias empresas el control económico, directo o indirecto, de la actividad de una o varias otras empresas (sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión*, T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 109).
- 115 Procede examinar concretamente a la luz de esta jurisprudencia las cinco imputaciones formuladas por la demandante en cinco subpartes, según las cuales: en primer término, el hecho de que «la transacción provisional se haya llevado únicamente a cabo con vistas a la transacción definitiva» es irrelevante y la Comisión no lo ha acreditado de manera suficiente en Derecho; en segundo término, el único objetivo de MS Holding no era «facilitar que la demandante tomara el control de TMSC»; en tercer término, la supuesta facultad de determinar la identidad del comprador definitivo y los riesgos económicos son irrelevantes; en cuarto término, no se cumplen los requisitos de la «ejecución parcial» en el sentido de la sentencia de 31 de mayo de 2018, *Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371)*; y por último, la transacción provisional no «contribuyó a cambiar de modo duradero el control» sobre TMSC en el sentido de la sentencia de 31 de mayo de 2018, *Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371)*.

[*omissis*]

a) Sobre la cuarta subparte, según la cual no se cumplen los requisitos de la «ejecución parcial» en el sentido de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16)

- 214 La demandante aduce que si bien, en el apartado 47 de la sentencia de 31 de mayo de 2018, *Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371)*, el Tribunal de Justicia reconoció que, en determinadas circunstancias, una «ejecución parcial» podía constituir una ejecución anticipada de una concentración, tal «ejecución parcial» solo existe si se adquiere un «control parcial». Ello significa, según la demandante, que se confiere al comprador cierta influencia en la toma de decisiones estratégicas del objetivo. Ahora bien, la demandante afirma que no dispuso de ningún derecho concreto que hubiera podido conferirle tal influencia sobre el objetivo antes de la obtención de las autorizaciones. Además, a juicio de la demandante, al haber precisado Tribunal de Justicia, en el apartado 46 de dicha sentencia, que solo se infringe el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 cuando las partes llevan a cabo operaciones que contribuyen a cambiar de forma duradera el control sobre la empresa objetivo, el «control» es el elemento esencial, incluso en caso de ejecución parcial. Por último, la demandante señala que del apartado 61 de la sentencia antes mencionada —en la que el Tribunal de Justicia consideró que la medida preparatoria controvertida no había contribuido a la adquisición del control porque los compradores no habían tenido la posibilidad de ejercer «influencia alguna» sobre el objetivo— resulta que, si un comprador no ha adquirido «ninguna influencia», no hay ejecución parcial.
- 215 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.
- 216 La alegación de la demandante de que del apartado 47 de la sentencia de 31 de mayo de 2018, *Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371)* se desprende que solo existe «ejecución parcial» de una concentración si se adquiere un «control parcial» es inexacta.

- 217 A tenor del apartado 47 de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), toda ejecución parcial de una concentración está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004.
- 218 Como se ha recordado en el anterior apartado 73, de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) se desprende que el criterio para determinar si se han infringido los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 no es el de si se ha adquirido el control de la empresa objetivo, incluido, por tanto, el «control parcial» de la misma, sino, como sostiene la Comisión, el de si la operación de que se trata contribuyó al cambio de control de dicha empresa.
- 219 La alegación de la demandante de que del apartado 46 de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) se desprende que el «control» es el elemento «esencial» también es inexacta.
- 220 A tenor del apartado 46 de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), la ejecución de una concentración tiene lugar cuando las partes de una operación de concentración llevan a cabo operaciones que contribuyen a cambiar de forma duradera el control sobre la empresa objetivo.
- 221 Además, del apartado 59 de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), resulta (véase el apartado 65 anterior) que una concentración puede ejecutarse mediante una operación que, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, contribuya al cambio de control de la empresa objetivo.
- 222 Así pues, como alega la Comisión, si las operaciones «contribuyen» a un cambio de control en el sentido de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) — incluidas las operaciones que no transmitan por sí solas el control—, constituyen la ejecución parcial de una concentración.
- 223 Por lo que respecta a la alegación de la demandante según la cual del apartado 61 de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) se desprende que, si un comprador no ha adquirido «ninguna influencia», no hay ejecución parcial, procede señalar que, aunque el Tribunal de Justicia consideró que la medida controvertida en ese asunto no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 porque, entre otros motivos, no había dado a la empresa de que se trataba «influencia alguna» sobre las sociedades objetivo, en el presente asunto, la demandante tuvo cierta influencia, puesto que, como subraya la Comisión en el considerando 157 de la Decisión impugnada y como ya se ha puesto de manifiesto (véanse los apartados 195 y 208 anteriores), a partir del día de la transacción provisional, y con independencia de los resultados de la autorización de concentración, la demandante ostentaba la competencia exclusiva para determinar la identidad del comprador definitivo de TMSC. Si se le hubiera impedido adquirirla por sí misma, la demandante siempre habría podido decidir la identidad del comprador definitivo. Por tanto, la Comisión indicó acertadamente, en el considerando 155 de la Decisión impugnada, que la demandante había adquirido la posibilidad de ejercer cierta influencia sobre TMSC a raíz de la transacción provisional.
- 224 Por consiguiente, procede desestimar la cuarta subparte.

e) Sobre la quinta subparte, según la cual la transacción provisional no «contribuyó a cambiar de forma duradera el control» sobre TMSC en el sentido de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16)

225 La demandante considera que el razonamiento de la Comisión expuesto en el considerando 143 de la Decisión impugnada, según el cual la transacción provisional era necesaria para lograr un cambio en el control de TMSC, en el sentido de que esta operación presentaba un vínculo funcional directo con la ejecución de la concentración y según el cual esto significa que la transacción provisional contribuyó —al menos en parte— a cambiar el control de la empresa objetivo en el sentido de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), es erróneo por varias razones.

1) Sobre el criterio del vínculo funcional directo en el sentido de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16)

226 La demandante sostiene que el «vínculo funcional directo» exigido por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) para deducir la existencia de una ejecución anticipada de una concentración solo existe si el acto conlleva el cambio de control. Pues bien, la demandante recuerda que, según el considerando 134 de la Decisión impugnada, no ejerció control alguno sobre TMSC. A su entender, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia excluyó que se incumpliera la obligación de suspensión cuando el comprador no ha adquirido la posibilidad de ejercer «influencia alguna» sobre el objetivo. Además, según la demandante, de los apartados 48 y 49 de dicha sentencia se desprende con claridad que ni siquiera las operaciones consecutivas que forman parte de una sola concentración constituyen la ejecución anticipada de una concentración cuando la primera operación no es «necesaria» para llevar a cabo un cambio de control y únicamente es «accesoria» o «preparatoria». En el caso de autos, el traspaso de las acciones a MS Holding no era necesario para que la demandante adquiriese el control de TMSC.

227 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.

228 Como ya se ha señalado en el apartado 73 anterior, el criterio utilizado en la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) para determinar si se infringieron los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 no es el de si se ha adquirido el control de la empresa objetivo, sino el de si la operación de que se trata contribuyó, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, al cambio de control de dicha empresa.

229 Así pues, el hecho, puesto de relieve en el considerando 134 de la Decisión impugnada al que remite la demandante, de que no hubiese ejercido ningún control sobre TMSC en el período provisional no significa que esa transacción provisional no haya contribuido, en todo o en parte, a cambiar el control de la empresa objetivo (véase, en este sentido, la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, apartado 46).

230 Por tanto, procede desestimar la alegación de la demandante de que el «vínculo funcional directo» supuestamente exigido por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), para deducir la existencia de una ejecución anticipada de una concentración solo existe si el acto conlleva el cambio de control.

- 231 Según el apartado 49 de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), las operaciones que no son necesarias para lograr un cambio de control, en la medida en que no presentan un vínculo funcional directo con la ejecución de una concentración, no cumplen el criterio de la contribución a un cambio de control y, por consiguiente, no infringen los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 cuando se ejecutan antes de la notificación y autorización de la concentración.
- 232 En el caso de autos, a diferencia de lo que sostiene la demandante, como se indica en el considerando 149 de la Decisión impugnada, la transacción provisional era necesaria pues, en primer lugar, sin la estructura de transacción en dos fases propuesta por la demandante, Toshiba no habría podido renunciar al control de TMSC y percibir irrevocablemente el pago de TMSC antes de finales de marzo de 2016, ya que Toshiba hubiera tenido que esperar a las autorizaciones de las autoridades de competencia para la venta de TMSC. En segundo lugar, en esta estructura en dos fases, la transacción provisional constituía una fase necesaria para llevar a cabo una modificación del control de TMSC. El objetivo de esta estructura en dos fases era que la transacción provisional permitiera, por una parte, a un comprador intermediario adquirir todos los títulos con derecho de voto de TMSC, si bien sin que fuera necesario cumplir las exigencias en materia de notificación y, por otra parte, a la demandante abonar el precio de TMSC a Toshiba irrevocablemente y obtener al mismo tiempo la mayor certeza posible en cuanto a que adquiriría finalmente el control de TMSC. En tercer lugar, ninguna de las hipotéticas estructuras de operaciones alternativas podía dar respuesta a la necesidad de Toshiba de recibir una importante aportación de capital antes del 31 de marzo de 2016.
- 233 Además, como indica la Comisión en el considerando 154 de la Decisión impugnada, el Tribunal de Justicia, en la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) no calificó el «vínculo funcional directo» de exigencia distinta a la de la contribución a un cambio de control que se ha de cumplir para que una operación esté comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004. El criterio tenido en cuenta en dicha sentencia es el de si la operación de que se trata contribuyó, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, al cambio de control de la empresa objetivo (véase el apartado 73 anterior).
- 234 Por último, en el considerando 154 de la Decisión impugnada, la Comisión cita las observaciones de la demandante a raíz del pliego de cargos en las que la propia demandante indica que «el establecimiento de MS Holding era [...] necesario para que Toshiba cediera TMSC, habida cuenta de la situación financiera de Toshiba».
- 235 Con esta respuesta, procede considerar que la propia demandante admitió que la transacción provisional presentaba un «vínculo funcional directo» con el cambio de control de TMSC.
- [omissis]

3. Sobre la tercera parte, basada en la existencia de errores manifiestos en la aplicación del concepto de «ejecución parcial de una “concentración única”»

- 302 Con carácter preliminar, la demandante quiere poner de relieve el contexto en el que se adoptó la Decisión impugnada. Según la demandante, la Comisión no puede basarse en el concepto de «concentración única» para demostrar la existencia de una infracción de los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004. A su entender, la Comisión confunde dos conceptos distintos, concretamente, por una parte, el concepto de concentración única, que se refiere a la competencia y permite determinar si dos operaciones diferentes deben notificarse

conjuntamente a la Comisión, es decir, en particular, comprobar si el volumen de negocios de las dos operaciones debe combinarse en el cálculo de los umbrales de notificación y, por otra parte, el concepto de concentración en un contexto de supuesta ejecución anticipada de una concentración infringiendo los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004. La demandante añade que, puesto que la Comisión no ha encontrado ningún dato que acredite que la demandante controlaba TMSC desde la transacción provisional, creó la teoría innovadora e inédita de «ejecución parcial de una sola concentración». Según la demandante, con ello, la Comisión pretende, de manera abusiva, establecer una nueva norma que prohíba los regímenes denominados de custodia, aun cuando no den lugar a que se adquiriera el control con anterioridad a las autorizaciones.

- 303 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.
- 304 En cuanto a la alegación de la demandante de que el concepto de concentración única solo se refiere a la competencia de la Comisión, en función de que se alcancen o no determinados umbrales, pero no a la posible infracción de los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, basta con señalar que el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de poner de manifiesto que las alegaciones que lleven a incluir ciertas operaciones en el concepto de concentración única llevarían a incluirlas *de facto* en el ámbito de aplicación del artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004 (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de marzo de 2020, Marine Harvest/Comisión, C-10/18 P, EU:C:2020:149 apartado 53). Así pues, lo que está comprendido en el concepto de «concentración única» está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 7 del Reglamento n.º 139/2004 y, por tanto, lógicamente, en el del artículo 4 de dicho Reglamento.
- 305 En cuanto a la alegación de la demandante de que la Comisión pretendió establecer una nueva norma que prohibiera los regímenes denominados de custodia, aun cuando no den lugar a que se adquiriera el control con anterioridad a las autorizaciones, procede matizar esta afirmación.
- 306 En efecto, como ya se ha señalado en el apartado 73 anterior, de la sentencia de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) se desprende que, para determinar si se han infringido los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, no es indispensable que se haya adquirido el control de la empresa objetivo. Puede bastar con que la operación de que se trate haya contribuido, en todo o en parte, de hecho o de Derecho, al cambio de control de dicha empresa.
- 307 No obstante, es cierto que es la primera vez que la Comisión pone de manifiesto la existencia de un incumplimiento de las obligaciones de notificación y de suspensión en el contexto de una sola operación de concentración en la que interviene un régimen de custodia.
- 308 En apoyo de su tercera parte, la demandante formula su argumentación en torno a tres puntos.

a) Sobre la alegación de que el concepto de «concentración única» no puede basarse en el considerando 20 del Reglamento n.º 139/2004

- 309 Según el considerando 20, *in fine*, del Reglamento n.º 139/2004, es preciso «considerar como una sola concentración transacciones estrechamente conectadas por estar relacionadas mediante condición o adoptar la forma de una serie de transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo».

- 310 La demandante sostiene que la Comisión, en la Decisión impugnada, no acreditó la existencia de una relación condicional entre las transacciones provisional y definitiva. La demandante afirma que, si no se hubieran obtenido las autorizaciones necesarias en el procedimiento de control, habría podido encontrar un comprador tercero para las opciones sobre acciones. Además, según la demandante, la conclusión de la Comisión, en la Decisión impugnada, relativa a la existencia de una sola concentración no puede basarse en el considerando 20 del Reglamento n.º 139/2004, como han declarado tanto el Tribunal General en la sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753), como el Tribunal de Justicia en la sentencia de 4 de marzo de 2020, *Marine Harvest/Comisión* (C-10/18 P, EU:C:2020:149). Por otra parte, la demandante subraya que, en el apartado 126 de su sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753), el Tribunal General precisó que no puede deducirse de la sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión* (T-282/02, EU:T:2006:64) que cada vez que existen transacciones interdependientes, constituyen necesariamente una concentración única. Por último, la demandante hace hincapié en que, según el considerando 20 del Reglamento n.º 139/2004, el concepto de concentración única solo es pertinente en dos situaciones: cuando dos transacciones están relacionadas mediante condición y cuando son realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo. Pues bien, según la demandante, el caso de autos no coincide con ninguna de estas dos situaciones. A juicio de la demandante, ninguna de las dos adquisiciones fue realizada en un plazo razonablemente corto de tiempo, ya que no pudo ejercer sus opciones sobre acciones hasta nueve meses después de la transacción provisional.
- 311 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.
- 312 Por lo que respecta a la alegación de la demandante de que, en la Decisión impugnada, la Comisión no acreditó la existencia de una relación condicional entre las transacciones provisional y definitiva, basta con señalar que es inexacta, como se ha declarado en los apartados 228 a 235 anteriores.
- 313 A este respecto, el hecho de que no existiese ninguna certeza de que las autoridades de competencia otorgaran las autorizaciones necesarias no desvirtúa esta apreciación.
- 314 En efecto, además de que, como indica la propia demandante, era alta la probabilidad de obtener las autorizaciones, la denegación de las autoridades de defensa de la competencia no habría supuesto la resolución de la transacción. La demandante abonó irrevocablemente el precio de TMSC a Toshiba, que pudo contabilizarlo a su debido tiempo en sus cuentas. Por tanto, poco importa que la demandante sea efectivamente el comprador definitivo de TMSC o que hubiera tenido que venderla a un comprador tercero de su elección.
- 315 Ciertamente, por lo que respecta a la alegación de la demandante de que, en la Decisión impugnada, la Comisión no podía basar su conclusión de que existía una sola concentración en el considerando 20 del Reglamento n.º 139/2004, como puso de manifiesto el Tribunal en el apartado 91 de la sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753), el concepto de «concentración única» solo figura en el considerando 20 del Reglamento n.º 139/2004 y no en el articulado de dicho Reglamento (sentencia de 4 de marzo de 2020, *Marine Harvest/Comisión*, C-10/18 P, EU:C:2020:149, apartado 42).
- 316 En el apartado 150 de la sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753), el Tribunal estimó que dicho considerando no contenía una definición exhaustiva de los requisitos exigidos para que dos operaciones constituyan una concentración

única. Se basó, a este respecto, en la naturaleza propia de los considerandos, que, si bien pueden aclarar la interpretación que ha de darse a una norma jurídica, no pueden constituir tal norma, pues no tienen valor jurídico vinculante propio (sentencia de 4 de marzo de 2020, *Marine Harvest/Comisión*, C-10/18 P, EU:C:2020:149, apartado 43).

- 317 Pues bien, aunque el considerando 20 del Reglamento n.º 139/2004 puede servir de elemento interpretativo de las disposiciones de este Reglamento, no cabe deducir fundadamente una interpretación del concepto de «concentración única» incompatible con dichas disposiciones tan solo del tenor literal de dicho considerando. En este sentido, el Tribunal de Justicia ya ha indicado en repetidas ocasiones que los considerandos de un acto de la Unión no tienen valor jurídico vinculante y no pueden invocarse eficazmente para establecer excepciones a las propias disposiciones del acto de que se trate ni para interpretarlas en un sentido manifiestamente contrario a su tenor literal (sentencia de 4 de marzo de 2020, *Marine Harvest/Comisión*, C-10/18 P, EU:C:2020:149, apartado 44).
- 318 En el caso de autos, procede señalar que la Comisión no fundó la Decisión impugnada únicamente en el considerando 20 del Reglamento n.º 139/2004, sino en el artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004, interpretado a la luz de dicho considerando.
- 319 Por lo que respecta a la alegación de la demandante basada en el apartado 126 de la sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753), es cierto que el Tribunal indicó en dicho apartado, en respuesta a una alegación de la demandante en ese asunto, fundada en el concepto de relación condicional, tal como se menciona en el considerando 20 del Reglamento n.º 139/2004, que no puede deducirse del apartado 107 de la sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión* (T-282/02, EU:T:2006:64) — según el cual, para determinar el carácter unitario de las transacciones en cuestión, debe apreciarse caso por caso si estas transacciones son interdependientes, de forma que no se hubiera celebrado la una sin la otra— que, cada vez que existen transacciones interdependientes, constituyen necesariamente una concentración única.
- 320 No obstante, procede señalar que las circunstancias de ese asunto difieren del presente asunto.
- 321 Ese asunto versaba sobre la adquisición del criador y transformador noruego de salmón Morpol. Inicialmente, el comprador celebró un acuerdo para la adquisición de acciones mediante el que adquirió, sin notificación previa, el 48,5 % del capital social de Morpol. Posteriormente adquirió las restantes acciones lanzando una oferta pública obligatoria de adquisición sobre las mismas.
- 322 El Tribunal declaró que, en ese asunto, ya se había adquirido el control una vez que se celebró el acuerdo de adquisición de acciones (sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión*, T-704/14, EU:T:2017:753, apartado 132).
- 323 Por consiguiente, el Tribunal llegó a la conclusión de que no puede deducirse de la sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión* (T-282/02, EU:T:2006:64) que, en una situación en la que la adquisición del control de una sola empresa objetivo se ha producido mediante una única operación, sea necesario considerar que tal operación forma parte de una concentración única, cuando la compra de acciones que ha conducido a la adquisición del control y la oferta pública de adquisición que obligatoriamente ha de seguir a aquella son interdependientes (sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión*, T-704/14, EU:T:2017:753, apartado 133).

- 324 Así pues, como subraya la Comisión, la limitación establecida en el apartado 126 de la sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753) pretendía simplemente excluir la situación concreta descrita en el apartado 133 de dicha sentencia y no rechazar el concepto de concentración única.
- 325 El Tribunal señaló además que, en varias ocasiones, la Comisión se apoyó en el concepto de «concentración única» (sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión*, T-704/14, EU:T:2017:753, apartado 90) y ratificó dicho concepto, en particular, en la sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión* (T-282/02, EU:T:2006:64).
- 326 Por último, procede subrayar que, en la sentencia de 4 de marzo de 2020, *Marine Harvest/Comisión* (C-10/18 P, EU:C:2020:149), el Tribunal de Justicia desestimó el recurso de casación contra la sentencia de 26 de octubre de 2017, *Marine Harvest/Comisión* (T-704/14, EU:T:2017:753).

b) Sobre la alegación de que el punto 35 de la CCJC constituye un fundamento insuficiente para los conceptos de «concentración única» y de «ejecución parcial» de la Comisión

1) Sobre la alegación de que la CCJC no constituye una base jurídica suficiente ni es jurídicamente vinculante

- 327 Por una parte, la demandante aduce que la CCJC no constituye la base jurídica adecuada en materia de ejecución anticipada de una concentración, dado que no aborda la cuestión del momento en el que se ejecuta una concentración en el sentido del artículo 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004. Incluso suponiendo que quepa calificar las «operaciones de traspaso transitorio» en el sentido del punto 35 de la CCJC de «concentración única», dicho punto de la CCJC no presupone que la «ejecución parcial» de un «régimen de custodia» constituya una infracción de los artículos 4, apartado 1, [o] 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004. Por otra parte, la demandante sostiene que, cuando la CCJC se aparta del Reglamento n.º 139/2004 y de la jurisprudencia aplicable, no es vinculante para las partes.
- 328 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.
- 329 Por lo que respecta a la alegación de la demandante de que la CCJC no constituye base jurídica suficiente, procede señalar que, en el considerando 75 de la Decisión impugnada, la Comisión indicó que, para determinar si varias transacciones forman parte de una sola concentración, había que atenerse al «objetivo económico perseguido por las partes», de conformidad con la sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión* (T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 106) (véase el apartado 111 anterior).
- 330 Por otra parte, en el considerando 99, letra b), de la Decisión impugnada, la Comisión consideró que «la transacción provisional [había contribuido] (al menos en parte) al cambio de control de TMSC en el sentido de la sentencia [de 31 de mayo de 2018, *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371)] [...] llevando a cabo la transacción provisional, [la demandante] ejecutó parcialmente la concentración única consistente en su adquisición del control de TMSC».
- 331 Por último, en el considerando 101 de la Decisión impugnada, la Comisión explicó que consideraba que la transacción provisional y la transacción definitiva constituían una sola concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004 y de la jurisprudencia de

los tribunales de la Unión, puesto que, aunque jurídicamente distintas, se enmarcaban en un único proyecto económico con el que la demandante había adquirido el control de TMSC de Toshiba. En dicho considerando, la Comisión añadió que las transacciones sucesivas celebradas entre Toshiba, MS Holding y la demandante se correspondían estrechamente con el tipo de estructura de transacción de concentración única descrito en el punto 35 de la CCJC.

- 332 Así pues, la Comisión aplicó, en la Decisión impugnada, el concepto de concentración única tal como lo interpretó el Tribunal General en la sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión* (T-282/02, EU:T:2006:64) y consideró que la transacción provisional había dado lugar a una ejecución parcial de una concentración única sobre la base de los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, tal como los interpreta el Tribunal de Justicia en la sentencia de 31 de mayo de 2018, *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371). La Comisión únicamente mencionó el punto 35 de la CCJC de manera subsidiaria.
- 333 Por tanto, la demandante sostiene erróneamente que la CCJC constituye la base jurídica de la Decisión impugnada.
- 334 Por lo que respecta a la alegación de la demandante de que, en perjuicio suyo, la CCJC no es jurídicamente vinculante, como se ha señalado, la Decisión impugnada no se basa en la CCJC. Por otra parte, tampoco se fundamenta en los demás puntos de la CCJC.
- 335 Por consiguiente, procede desestimar la alegación de la demandante de que la CCJC no constituye base jurídica suficiente ni es jurídicamente vinculante.

2) Sobre la alegación de que no se cumplen los requisitos establecidos en el punto 35 de la CCJC

- 336 La demandante aduce que, incluso suponiendo que el punto 35 de la CCJC fuera aplicable al caso de autos, no se cumplen los requisitos de un «acuerdo de traspaso transitorio», dado que, por un lado, según ese punto, el «comprador provisional adquiere acciones “en nombre” del adquirente definitivo», y MS Holding no adquirió TMSC «en nombre» de la demandante, y, por otro lado, no existía ningún «vínculo directo» ni «acuerdo para la futura venta» entre el «primer comprador» y el «adquirente definitivo». A este respecto, la demandante alega que MS Holding podía ejercer todos los derechos de voto en TMSC y que los administradores de MS Holding tenían derecho a ceder sus acciones, puesto que podían ceder acciones de clase A sin la aprobación de la demandante. Una hipotética cesión de acciones de clase A por los administradores de MS Holding únicamente habría requerido la aprobación de los administradores de TMSC y MS Holding habría podido obtener fácilmente esa aprobación como consecuencia de su facultad de suprimir o sustituir íntegramente al consejo de administración de TMSC.
- 337 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.
- 338 Procede recordar que el punto 35 de la CCJC mencionado, como se ha señalado (véanse los anteriores apartados 332 y 334), de manera subsidiaria en la Decisión impugnada, no constituye la base jurídica de la Decisión impugnada.
- 339 Por consiguiente, procede desestimar la alegación de la demandante de que no se cumplen los requisitos previstos en el punto 35 de la CCJC.

[*omissis*]

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

decide:

- 1) Desestimar el recurso.**
- 2) Condenar a Canon Inc. a cargar con sus propias costas y con las de la Comisión Europea.**
- 3) El Consejo de la Unión Europea cargará con sus propias costas.**

Marcoulli

Frimodt Nielsen

Norkus

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 18 de mayo de 2022.

Firmas