

Diario Oficial

de la Unión Europea

C 95

51º año

Edición
en lengua española

Comunicaciones e informaciones

16 de abril de 2008

<u>Número de información</u>	Sumario	Página
II	<i>Comunicaciones</i>	
	COMUNICACIONES PROCEDENTES DE INSTITUCIONES Y ÓRGANOS DE LA UNIÓN EUROPEA	
	Comisión	
2008/C 95/01	Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas	1

II

(Comunicaciones)

COMUNICACIONES PROCEDENTES DE INSTITUCIONES Y ÓRGANOS DE LA
UNIÓN EUROPEA

COMISIÓN

Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas

(2008/C 95/01)

ÍNDICE

	<i>Página</i>
A. INTRODUCCIÓN	4
B. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN	4
I. Fusiones de empresas anteriormente independientes	5
II. Adquisición del control	5
1. Concepto de control	5
1.1. Persona o empresa que adquiere el control	5
1.2. Medios de control	7
1.3. Objeto de control	9
1.4. Cambio duradero en el control	10
1.5. Transacciones interrelacionadas	12
1.5.1. Relación entre el artículo 3 y el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo	12
1.5.2. Transacciones interdependientes con arreglo al artículo 3	12
1.5.3. Serie de transacciones sobre títulos mobiliarios	14
1.5.4. Artículo 5, apartado 2, párrafo segundo	15
1.6. Reestructuración interna	15
1.7. Concentraciones en las que participen empresas de propiedad estatal	15
2. Control exclusivo	16

	<i>Página</i>
3. Control conjunto	17
3.1. Igualdad de derechos de voto o en el nombramiento de los órganos decisorios	18
3.2. Derechos de veto	18
3.3. Ejercicio común de los derechos de voto	19
3.4. Otras consideraciones relativas al control conjunto	21
III. Cambios en la naturaleza del control	21
1. Incorporación de accionistas con control	22
2. Reducción del número de accionistas	23
IV. Empresas en participación — Concepto de plenas funciones	23
1. Recursos suficientes para funcionar independientemente en un mercado	24
2. Actividades que exceden una función concreta de las empresas matrices	24
3. Relaciones de compra/venta con las matrices	24
4. Funcionamiento con carácter permanente	26
5. Cambios en las actividades de la empresa en participación	27
V. Excepciones	27
VI. Abandono de la concentración	29
VII. Cambios en las transacciones con posterioridad a una decisión de autorización de la Comisión	30
C. DIMENSIÓN COMUNITARIA	30
I. Umbrales	30
II. Concepto de empresa afectada	31
1. General	31
2. Fusiones	31
3. Adquisición del control	31
III. Fecha relevante a efectos de establecer la jurisdicción	35
IV. Volumen de negocios	35
1. Concepto de volumen de negocios	35
2. Actividades ordinarias	36
3. Volumen de negocios «neto»	37
3.1. Deducción de descuentos, impuestos y gravámenes	37
3.2. Tratamiento del volumen de negocios «interno»	37
4. Cálculo del volumen de negocios y contabilidad financiera	37
4.1. Norma general	37
4.2. Ajustes posteriores a la fecha de las últimas cuentas auditadas	38

	<i>Página</i>
5. Asignación del volumen de negocios con arreglo al artículo 5, apartado 4	39
5.1. Designación de las empresas cuyo volumen de negocios debe tenerse en cuenta	39
5.2. Asignación del volumen de negocios de las empresas señaladas	42
5.3. Asignación del volumen de negocios en el caso de fondos de inversión	42
5.4. Asignación del volumen de negocios en el caso de las empresas de propiedad estatal	43
V. Asignación geográfica del volumen de negocios	43
VI. Conversión en euros del volumen de negocios	45
VII. Disposiciones aplicables a entidades de crédito y otras entidades financieras y compañías de seguros	45
1. Ámbito de aplicación	45
2. Cálculo del volumen de negocios	46
2.1. Cálculo del volumen de negocios de las entidades de crédito y financieras (que no sean sociedades financieras de cartera)	46
2.1.1. Consideraciones generales	46
2.1.2. Volumen de negocios de las sociedades de arrendamiento financiero («leasing»)	46
2.2. Compañías de seguros	47
2.3. Sociedades financieras de cartera	47

A. INTRODUCCIÓN

- (1) El objetivo de la presente Comunicación es servir de orientación en las cuestiones jurisdiccionales que puede plantear el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo (el «Reglamento de concentraciones») ⁽¹⁾. Gracias a estas orientaciones formales, las empresas podrán determinar con mayor rapidez, antes de entrar en contacto con los servicios de la Comisión, si sus operaciones quedan sometidas al control comunitario de las operaciones de concentración, y hasta qué punto.
- (2) La presente Comunicación sustituye a la Comunicación sobre el concepto de concentración ⁽²⁾, a la Comunicación sobre el concepto de empresa en participación con plenas funciones ⁽³⁾, a la Comunicación sobre el concepto de empresas afectadas ⁽⁴⁾ y a la Comunicación relativa al cálculo del volumen de negocios ⁽⁵⁾.
- (3) La presente Comunicación aborda los conceptos de concentración y de empresa en participación con plenas funciones, de empresas afectadas y de cálculo del volumen de negocios contemplados en los artículos 1, 3 y 5 del Reglamento de concentraciones. Las cuestiones relativas a la remisión se abordan en la Comunicación sobre la remisión de asuntos de concentraciones ⁽⁶⁾. La interpretación que hace la Comisión en la presente Comunicación de los artículos 1, 3 y 5 del Reglamento de concentraciones ha de entenderse sin perjuicio de la interpretación que puedan dar el Tribunal de Justicia o el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.
- (4) Las orientaciones dadas en la presente Comunicación reflejan la experiencia de la Comisión en la aplicación del Reglamento de concentraciones refundido y del antiguo Reglamento de concentraciones desde que este último entró en vigor el 21 de septiembre de 1990. Los principios generales por los que se rigen las cuestiones abordadas en la presente Comunicación no han cambiado con la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 139/2004 pero, cuando se han producido cambios, la Comunicación los trata explícitamente. Los principios establecidos en la Comunicación serán aplicados y desarrollados más a fondo por la Comisión en casos concretos.
- (5) Conforme a su artículo 1, el Reglamento de concentraciones sólo es de aplicación a las operaciones que cumplen dos condiciones. En primer lugar, debe tratarse de una concentración de dos o más empresas con arreglo al artículo 3 del Reglamento de concentraciones. En segundo lugar, el volumen de negocios de las empresas afectadas, calculado con arreglo al artículo 5, debe alcanzar los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento. El concepto de concentración (incluidos los requisitos particulares aplicables a las empresas en participación), se aborda en la parte B; la identificación de empresas afectadas y el cálculo de su volumen de negocios relevante para la segunda condición, se abordan en la parte C.
- (6) La Comisión aborda la cuestión de su jurisdicción sobre una concentración en decisiones adoptadas con arreglo al artículo 6 del Reglamento de concentraciones ⁽⁷⁾.

B. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN

- (7) 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.

⁽¹⁾ DO L 24 de 29.1.2003. Cuando en la presente Comunicación sea necesario distinguir entre el Reglamento (CE) n° 139/2004 y el Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo [DO L 395 de 30.12.1989, versión corregida en el DO L 257 de 21.9.1990, p. 13, modificado en último lugar por Reglamento (CE) n° 1310/97, DO L 180 de 9.7.1997, p. 1, corrigendum en el DO L 40 de 13.2.1998, p. 17], el primero se citará como «Reglamento de concentraciones refundido» mientras que este último se citará como «antiguo Reglamento de concentraciones». Los artículos sin especificar se refieren al Reglamento de concentraciones refundido.

⁽²⁾ DO C 66 de 2.3.1998, p. 5.

⁽³⁾ DO C 66 de 2.3.1998, p. 1.

⁽⁴⁾ DO C 66 de 2.3.1998, p. 14.

⁽⁵⁾ DO C 66 de 2.3.1998, p. 25.

⁽⁶⁾ DO C 56 de 5.3.2005, p. 2.

⁽⁷⁾ Véanse también las conclusiones del Abogado General Kokott en el asunto C-202/06: Cementbouw/Comisión, de 26 de abril de 2007, apartado 56 (pendiente de publicación).

(8) 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 [letra a)],
- las originadas por la adquisición del control [letra b)].

Ambos casos se abordan más adelante en las secciones I y II respectivamente.

I. FUSIONES DE EMPRESAS ANTERIORMENTE INDEPENDIENTES

(9) 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 tal ⁽⁸⁾.

(10) 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 ⁽⁹⁾. Esto puede ocurrir especialmente cuando dos o más empresas, que conservan su personalidad jurídica propia, establecen mediante contrato una gestión económica conjunta ⁽¹⁰⁾ o la estructura de una compañía de doble cotización ⁽¹¹⁾. 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*. Entre 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 ⁽¹²⁾, pero puede también reforzarse mediante la adquisición cruzada de participaciones por parte de las empresas que constituyen la entidad económica.

II. ADQUISICIÓN DEL CONTROL

1. Concepto de control

1.1. *Persona o empresa que adquiere el control*

(11) 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.

⁽⁸⁾ 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; asunto COMP/M.2208 — Chevron/Texaco, de 26 de enero de 2001; y asunto IV/M.1383 — Exxon/Mobil, de 29 de septiembre de 1999. No se considera que se produce una concentración según el artículo 3, apartado 1, letra a), si una empresa objetivo se fusiona con una filial de la empresa adquirente y como resultado la empresa matriz adquiere el control de la empresa objetivo con arreglo al artículo 3, apartado 1, letra b), véase el asunto COMP/M.2510 — Cendant/Galileo, de 24 de septiembre de 2001.

⁽⁹⁾ Cuando ha de determinarse el grado de independencia de que gozaban anteriormente las empresas, el tema del control puede ser importante ya que, de lo contrario, la fusión podría no ser más que una reestructuración interna dentro del grupo. En este contexto específico, la evaluación del control sigue también el concepto general expuesto más adelante e incluye tanto el control *de jure* como *de facto*.

⁽¹⁰⁾ Esto podría aplicarse, por ejemplo, en el caso de un «Gleichordnungskonzern» en la legislación alemana, algunos «Groupements d'intérêt économique» en la legislación francesa, y la fusión de sociedades en comandita, como en el asunto IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers & Lybrand de 20 de mayo de 1998.

⁽¹¹⁾ Asunto IV/M.660 — RTZ/CRA, de 7 de diciembre de 1995; asunto COMP/M.3071 — Carnival Corporation/P&O Princess II, de 24 de julio de 2002.

⁽¹²⁾ Véase el asunto IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers & Lybrand de 20 de mayo de 1998; asunto COMP/M.2824 — Ernst & Young/Andersen Germany, de 27 de agosto de 2002.

Persona que controla otra empresa

- (12) 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⁽¹³⁾, entidades privadas y personas físicas. 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 empresa⁽¹⁴⁾.

Adquirente del control

- (13) 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 accionistas⁽¹⁵⁾. 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 sí mismos o en conjunto y para ser evaluados en cada caso, factores como participaciones, relaciones contractuales, fuente de financiación o vínculos familiares⁽¹⁶⁾.

Adquisición del control por parte de fondos de inversión

- (14) La adquisición del control por parte de fondos de inversión puede plantear cuestiones específicas. La Comisión analizará caso por caso las estructuras en las que participen fondos de inversión pero pueden exponerse algunos rasgos generales de las mismas basándose en la experiencia de la Comisión.
- (15) Los fondos de inversión con frecuencia se constituyen jurídicamente como sociedades comanditarias en las que los inversores participan como socios comanditarios y normalmente no ejercen el control, ni individual ni colectivamente. Los fondos de inversión adquieren generalmente las acciones y derechos de voto que confieren el control sobre las sociedades de su cartera. Dependiendo de las circunstancias, normalmente el control lo ejerce la sociedad de inversión que ha creado el fondo ya que el fondo en sí habitualmente es un mero instrumento de inversión; en circunstancias menos frecuentes, puede ejercer el control el propio fondo. La sociedad de inversión generalmente ejerce el control mediante la estructura organizativa, es decir, controlando al socio colectivo de los fondos organizados en sociedad en comandita, o mediante acuerdos contractuales, tales como acuerdos consultivos, o una combinación de ambos. Puede ser éste el caso aun cuando la sociedad de inversión no sea propietaria de la empresa que actúa como socio colectivo, sino que sus acciones son propiedad de personas físicas (que pueden estar relacionadas con la sociedad de inversión) o de un fondo fiduciario. Los acuerdos contractuales con la

⁽¹³⁾ Se incluye al propio Estado, véase el asunto IV/M.157 — Air France/Sabena, de 5 de octubre de 1992, en lo que respecta al Estado belga, u otros entes públicos, como el Treuhandanstalt en el asunto IV/M.308 — Kali und Salz/MDK/Treuhand, de 14 de diciembre de 1993. Véase, no obstante, el considerando 22 del Reglamento de concentraciones.

⁽¹⁴⁾ Asunto IV/M.82 — Asko/Jakobs/Adia, de 16 de mayo de 1991, que incluye a un particular como empresa afectada; asunto COMP/M3762 — Apax/Travel, de 16 de junio de 2005, en el que un particular que adquiriría el control conjunto no se consideró empresa afectada.

⁽¹⁵⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: Cementbouw/Comisión, apartado 72, Rec. 2006, p. II-319.

⁽¹⁶⁾ Véase el asunto M.754 — Anglo American Corporation/Lonrho, de 23 de abril de 1997.

sociedad de inversión, en especial los acuerdos consultivos, serán aún más importantes si el socio colectivo carece de recursos propios y de personal para gestionar la cartera de las sociedades y únicamente constituye una estructura empresarial cuyos actos son realizados por personas vinculadas a la sociedad de inversión. En estas circunstancias, la sociedad de inversión normalmente adquiere el control indirecto según lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, letra b), y apartado 3, letra b), del Reglamento de concentraciones, y tiene el poder de ejercer los derechos que ostenta directamente el fondo de inversión ⁽¹⁷⁾.

1.2. Medios de control

- (16) 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 ⁽¹⁸⁾. 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 sí 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)].

Control mediante la adquisición de acciones o activos

- (17) Que una operación dé lugar a una adquisición de control depende, por tanto, de una serie de circunstancias de hecho y de derecho. El medio más habitual de adquisición de control es la adquisición de acciones, combinada posiblemente con un acuerdo de accionistas en casos de control conjunto, o la adquisición de activos.

Control por vía contractual

- (18) También puede adquirirse el control por vía contractual. Para conferir control, el contrato debe conducir a un control de la gestión y los recursos de las otras empresas similar al que se produce en el caso de adquisición de acciones o activos. Además de transferir el control sobre la gestión y los recursos, estos contratos deben ser de muy larga duración (generalmente sin posibilidad de rescisión anticipada para la parte que concede los derechos contractuales). Únicamente estos contratos pueden producir cambios estructurales en el mercado ⁽¹⁹⁾. Pueden citarse como ejemplo de estos contratos los contratos organizativos suscritos de conformidad con el Derecho de sociedades nacional ⁽²⁰⁾ u otros tipos de contratos, por ejemplo, acuerdos de arrendamiento financiero de empresas, que dan al adquirente el control sobre la gestión y los recursos a pesar de no transferirse derechos de propiedad ni acciones. A este respecto, el artículo 3, apartado 2, letra a), precisa que el control también puede consistir en el derecho de uso de los activos de una empresa ⁽²¹⁾. Tales contratos pueden también conducir a una situación de control conjunto si tanto el propietario de los activos como la empresa que controla la gestión gozan de derechos de veto sobre las decisiones empresariales estratégicas ⁽²²⁾.

⁽¹⁷⁾ Esta estructura afecta también a cómo se calcula el volumen de negocios en situaciones en las que hay fondos de inversión, véanse los apartados 189 y ss.

⁽¹⁸⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: Cementbouw/Comisión, apartado 58, Rec. 2006, p. II-319.

⁽¹⁹⁾ En el asunto COMP/M.3858 — Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien, de 20 de julio de 2005, los acuerdos de gestión tenían una duración de 10-15 años; en el asunto COMP/M.2632 — Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, de 11 de febrero de 2002, el contrato tenía una duración de 8 años.

⁽²⁰⁾ Ejemplos de estos contratos específicos suscritos de conformidad con el Derecho de sociedades nacional son el «Beherrschungsvertrag» de la legislación alemana o el «Contrato de subordinação» de la legislación portuguesa; este tipo de contrato no existe en todos los Estados miembros.

⁽²¹⁾ Véase el asunto COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, de 12 de enero de 2001, relativo a un contrato de control (Beherrschungsvertrag) combinado con un arrendamiento de industria; asunto COMP/M.3136 — GE/Agfa NDT, de 5 de diciembre de 2003, relativo a un contrato específico para transferir el control sobre recursos empresariales, gestión y riesgos; asunto COMP/M.2632 — Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, de 11 de febrero de 2002, relativo a un arrendamiento de industria.

⁽²²⁾ Asunto COMP/M.3858 — Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien, de 20 de julio de 2005; véase también el asunto IV/M.126 — Accor/Wagon-Lits, de 28 de abril de 1992, en el contexto del artículo 5, apartado 4, letra b), del Reglamento de concentraciones.

Control por cualquier otro medio

- (19) Al hilo de estas consideraciones, los acuerdos de franquicia como tales generalmente no otorgan al franquiciador el control sobre la actividad del franquiciado. El franquiciado generalmente explota los recursos empresariales por cuenta propia aun cuando partes esenciales de los activos pertenezcan al franquiciador ⁽²³⁾. Por otra parte, los acuerdos puramente financieros, como las operaciones de cesión-
arrendamiento con acuerdo de recompra de los activos al término del plazo, normalmente no constituyen una concentración puesto que no cambia el control sobre la gestión y los recursos.
- (20) Por otra parte, el control también puede adquirirse por cualquier otro medio. Las relaciones puramente económicas pueden jugar un papel decisivo en la adquisición del control. En circunstancias excepcionales una situación de dependencia económica puede resultar *de facto* en la adquisición de control cuando, por ejemplo, existan acuerdos de suministro o créditos muy importantes y a largo plazo concedidos por proveedores o clientes, junto con vínculos estructurales, que permitan ejercer una influencia decisiva ⁽²⁴⁾. En tales situaciones, la Comisión analizará cuidadosamente si los vínculos económicos, unidos a otros vínculos, son suficientes para producir un cambio permanente en el control ⁽²⁵⁾.
- (21) Puede haber una adquisición de control aun cuando no exista una intención declarada de las partes, o aun cuando el adquirente sea sólo pasivo y la adquisición de control se desencadene por la actuación de terceros. Situaciones en las que el cambio de control se produce como consecuencia de la herencia de un accionista o cuando la salida de un accionista desencadena un cambio de control, en particular el paso de control conjunto a control exclusivo, son algunos ejemplos ⁽²⁶⁾. El artículo 3, apartado 1, letra b), trata estos supuestos, precisando que el control también se puede adquirir «por cualquier otro medio».

Control y Derecho de sociedades nacional

- (22) Es posible que la legislación nacional en un Estado miembro contemple normas específicas sobre la estructura de los órganos de toma de decisiones dentro de la empresa. Aunque esa legislación puede otorgar algún poder de control a personas que no son accionistas, en particular, a representantes de los trabajadores, el concepto de control con arreglo al Reglamento de concentraciones no se refiere a estos medios de influencia ya que el Reglamento se centra en la influencia decisiva basada en derechos, activos o contratos u otros medios equivalentes de facto. Las restricciones que figuren en los estatutos de la empresa o en la legislación general sobre las personas que puedan ocupar un puesto en el consejo de administración, tales como las disposiciones por las que se establezca el nombramiento de miembros independientes o por las que se excluya a las personas que ocupen un puesto o un empleo en las empresas matrices, no excluyen la existencia de control puesto que los accionistas deciden la composición de los órganos de decisión ⁽²⁷⁾. De la misma forma, no obstante las disposiciones de Derecho nacional que prevean que las decisiones de un empresa deben ser tomadas por sus órganos empresariales en interés de esta sociedad, las personas que ostentan los derechos de voto tienen la capacidad de adoptar esas decisiones y, por tanto, tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva en la empresa ⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ Asunto M.940 — UBS/Mister Minit, en el contexto del artículo 5, apartado 4, letra b), del Reglamento de concentraciones. Sobre el tratamiento de las relaciones de franquicia en la evaluación de competencia, véase el asunto COMP/M.4220 — Food Service Project/Tele Pizza, de 6 de junio de 2006. Hay que distinguir la situación en el asunto IV/M.126 — Accor/Wagon-Lits, de 28 de abril de 1992, de los acuerdos de franquicia. En este asunto, de nuevo en el contexto del artículo 5, apartado 4, letra b), la compañía hotelera tenía derecho a gestionar también hoteles en los que sólo poseía una participación minoritaria ya que había celebrado acuerdos de gestión hotelera de larga duración que le permitían influir decisivamente en las operaciones cotidianas de estos hoteles, incluidas las decisiones en cuestiones presupuestarias.

⁽²⁴⁾ Véase el asunto IV/M.794 — Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB, de 22 de enero de 1997; asunto IV/ECSC.1031 — US/Sollac/Bamesa, de 28 de julio de 1993; asunto IV/M.625 — Nordic Capital/Transpool, de 23 de agosto de 1995; sobre los criterios, véase también el asunto IV/M.697 — Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation, de 27 de marzo de 1996.

⁽²⁵⁾ Véase el asunto IV/M.258 — CCIE/GTE, de 25 de septiembre de 1992, en el que la Comisión concluyó que no existía control dada la naturaleza temporal de los acuerdos comerciales.

⁽²⁶⁾ Véase el asunto COMP/M.3330 — RTL/M6, de 12 de marzo de 2004; asunto COMP/M.452 — Avesta (II), de 9 de junio de 1994.

⁽²⁷⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: Cementbouw/Comisión, apartados 70, 73 y 74. Rec. 2006, p. II-319.

⁽²⁸⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: Cementbouw/Comisión, apartado 79, Rec. 2006, p. II-319.

Control en otros ámbitos legislativos

- (23) El concepto de control a los efectos del Reglamento de concentraciones puede diferir del aplicado en ámbitos concretos de la legislación comunitaria y nacional relacionados, por ejemplo, con normas cautelares, sistema impositivo, transporte aéreo o medios de comunicación. La interpretación de «control» en otros ámbitos no es, por tanto, necesariamente decisiva para el concepto de control a los efectos del Reglamento de concentraciones.

1.3. Objeto de control

- (24) 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 mercado ⁽²⁹⁾. 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 ⁽³⁰⁾. 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 ⁽³¹⁾. Por lo que se refiere a las licencias no exclusivas puede descartarse que constituyan en sí mismas una actividad a la que se asigna un volumen de negocios.
- (25) Se plantean cuestiones específicas cuando una empresa subcontrata sus actividades internas, tales como la prestación de servicios o la fabricación de productos, a un prestador de servicios. Son casos típicos la subcontratación de servicios IT a empresas especializadas de IT. Los contratos de externalización pueden ser de diversos tipos; su característica común es que el proveedor del servicio subcontratado preste unos servicios al cliente que éste último realizaba antes internamente. Los casos de simple externalización no implican la transferencia de activos o empleados a los proveedores del servicio subcontratado sino que lo habitual es que el cliente conserve todos los activos o empleados. Este contrato de externalización se asemeja a un contrato de servicios normal y aun cuando el proveedor del servicio subcontratado adquiera el derecho a dirigir aquellos activos y empleados del cliente, no se produce una concentración si los activos y empleados se utilizan exclusivamente en servicio del cliente.
- (26) La situación podría ser distinta si al proveedor del servicio subcontratado, además de absorber una determinada actividad que anteriormente se prestaba internamente, se le transfieren los activos y/o el personal correspondiente. En estas circunstancias, sólo se produce una concentración si los activos constituyen la totalidad o parte de una empresa, es decir una actividad con acceso al mercado. Para esto se requiere que los activos anteriormente dedicados a actividades internas del vendedor permitan al proveedor del servicio subcontratado prestar servicios no sólo a este cliente sino también a terceros, ya sea inmediatamente o en un breve plazo tras la transferencia. Será el caso si la transferencia se refiere a una unidad empresarial interna o a una filial que ya participa en la prestación de servicios a terceros. Si todavía no se suministra a terceros, los activos transferidos en el caso de fabricación de productos deberán incluir instalaciones de producción, el «*know-how*» del producto (basta con que los activos transferidos permitan desarrollar estas capacidades en un futuro próximo) y, si no cuenta con acceso al mercado, los medios para que el comprador desarrolle un acceso al mercado en un breve plazo de

⁽²⁹⁾ Véase, por ejemplo, el asunto COMP/M. 3867 — Vattenfall/Elsam y E2 Assets, de 22 de diciembre de 2005.

⁽³⁰⁾ Asunto COMP/M.2857 — ECS/IEH, de 23 de diciembre de 2002.

⁽³¹⁾ Además, la concesión de licencias y la transferencia de licencias de patentes sólo constituirán una concentración si se hacen con carácter permanente. A este respecto, rigen consideraciones similares a las expuestas en el apartado 18 para la adquisición de control mediante acuerdos (de larga duración).

tiempo (incluyendo, por ejemplo, contratos o marcas ya existentes) ⁽³²⁾. Por lo que se refiere a la prestación de servicios, los activos transferidos deberán incluir el know-how necesario (es decir, el personal y la propiedad intelectual pertinentes) y aquellas instalaciones que permitan el acceso al mercado (tales como, por ejemplo, instalaciones de comercialización) ⁽³³⁾. Por tanto, los activos transferidos deben incluir como mínimo aquellos elementos centrales que permitirían a un adquirente forjarse una presencia en el mercado en un plazo de tiempo similar al periodo de puesta en marcha para las empresas en participación establecido en los apartados 97 y 100. Como en el caso de las empresas en participación, al evaluarlo la Comisión tendrá en cuenta los planes de negocios fundamentados y los rasgos generales del mercado.

- (27) Si los activos transferidos no permiten al comprador como mínimo desarrollar una presencia en el mercado, es probable que se utilicen únicamente para prestar servicios al cliente de la actividad subcontratada. En esas circunstancias, la operación no producirá un cambio duradero en la estructura del mercado y el contrato de externalización una vez más es similar a un contrato de servicios. La operación no constituirá una concentración. Los requisitos específicos para que una empresa en participación para la prestación de servicios subcontratados se considere una concentración se evalúan en la presente Comunicación en la sección relativa a las empresas en participación con plenas funciones.

1.4. *Cambio duradero en el control*

- (28) El artículo 3, apartado 1, del Reglamento de concentraciones define el concepto de concentración 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 de concentraciones no trata, por tanto, las operaciones que sólo producen un cambio temporal de control. No obstante, un cambio de 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 cuestión ⁽³⁴⁾.
- (29) La cuestión de si una operación produce un cambio duradero en la estructura del mercado es, por tanto, relevante al evaluar diversas operaciones que se producen de forma sucesiva, cuando la primera de ellas es sólo de naturaleza transitoria. A este respecto, se distinguen varios supuestos.
- (30) En uno de ellos, varias empresas se agrupan únicamente a efectos de adquirir otra empresa basándose en un acuerdo para repartirse los activos adquiridos según un plan previo inmediatamente después de culminar la transacción. En esas circunstancias, en un primer momento, la adquisición de la totalidad de la empresa objetivo la llevan a cabo una o varias empresas. En una segunda fase, los activos adquiridos se reparten entre varias empresas. La cuestión que se plantea es si la primera transacción debe considerarse una concentración independiente, con adquisición del control exclusivo (en el caso de un único comprador) o del control conjunto (en el caso de una adquisición conjunta), o si sólo las adquisiciones de la segunda fase constituyen una concentración, en la que cada una de las empresas adquirentes obtiene una parte de la empresa objetivo.

⁽³²⁾ Asunto COMP/M.1841 — Celestica/IBM, de 25 de febrero de 2000; asunto COMP/M.1849 — Solectron/Ericsson, de 29 de febrero de 2000; asunto COMP/M.2479 — Flextronics/Alcatel, de 29 de junio de 2001; asunto COMP/M.2629 — Flextronics/Xerox, de 12 de noviembre de 2001.

⁽³³⁾ Véase, en el contexto de las empresas en participación, el asunto IV/M.560 — EDS/Lufthansa, de 11 de mayo de 1995; asunto COMP/M.2478 — IBM Italia/Business Solutions/JV, de 29 de junio de 2001.

⁽³⁴⁾ Véase, en relación con los casos de empresas en participación, 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. 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 de tres años. La adquisición de control mediante la adquisición de acciones o activos normalmente no se limita a un periodo definido de tiempo y, por tanto, se considera que provoca un cambio de control duradero. Sólo en las situaciones contempladas en los apartados 29 y ss., se considerará excepcionalmente una adquisición de control de carácter transitorio y, por tanto, no generadora de un cambio duradero en el control de las empresas afectadas.

- (31) La Comisión considera que la primera transacción no constituye una concentración, y examina las adquisiciones de control por los adquirentes definitivos, siempre que se cumplan una serie de condiciones. En primer lugar, la disolución posterior debe acordarse entre los distintos compradores de forma jurídicamente vinculante. En segundo lugar, debe tenerse la certeza de que la segunda fase, la división de los activos adquiridos, se producirá en un breve plazo tras la primera adquisición. La Comisión considera que normalmente el plazo de tiempo máximo para la división de los activos debería ser de un año ⁽³⁵⁾.
- (32) Si se cumplen ambas condiciones, la primera adquisición no produce un cambio estructural duradero. No hay concentración efectiva de poder económico entre el adquirente o adquirentes y la empresa objetivo como un todo, puesto que los activos adquiridos no se poseen de manera indivisa de forma duradera, sino sólo durante el tiempo necesario para realizar la división inmediata de los activos adquiridos. En estas circunstancias, sólo las adquisiciones de las distintas partes de la empresa en la segunda fase constituirán concentraciones, y cada una de estas adquisiciones por distintos compradores constituirá una concentración diferente. Independientemente de si la primera adquisición se llevó a cabo sólo por una empresa ⁽³⁶⁾ o conjuntamente por las empresas que participan también en la segunda fase ⁽³⁷⁾. En cualquier caso, hay que señalar que el ámbito de una decisión de autorización sólo permitirá una adquisición de la totalidad de la empresa objetivo si puede procederse a la disolución posterior en un breve plazo de tiempo y las distintas partes de la empresa objetivo se venden directamente al comprador final respectivo.
- (33) Sin embargo, si no se dan estas condiciones, en particular, si no es seguro que la segunda fase vaya a producirse en un corto plazo de tiempo tras la primera adquisición, la Comisión considerará la primera transacción como una concentración independiente, que afecta a la totalidad de la empresa objetivo. Éste es, por ejemplo, el caso si la primera transacción puede también producirse independientemente de la segunda ⁽³⁸⁾ o si es necesario un largo periodo transitorio para dividir por completo la empresa en cuestión ⁽³⁹⁾.
- (34) Un segundo supuesto es el de una operación que dé lugar al control conjunto durante el periodo de puesta en marcha, pero dicho control deberá convertirse, con arreglo a acuerdos jurídicamente vinculantes, en el control exclusivo de uno de los accionistas. Puesto que la situación de control conjunto podría no constituir un cambio duradero en el control, la totalidad de la operación podría considerarse una adquisición de control exclusivo. En otras ocasiones, la Comisión ha aceptado que este periodo de puesta en marcha pueda durar hasta tres años ⁽⁴⁰⁾. Dicho periodo parece demasiado largo para descartar que el supuesto del control conjunto tenga un impacto sobre la estructura del mercado. Por tanto, el periodo no debería, de forma general, exceder de un año, y el periodo de control conjunto debería ser únicamente de carácter transitorio ⁽⁴¹⁾. Sólo un periodo relativamente corto hará improbable que el periodo de control conjunto tenga un impacto sobre la estructura de mercado y puede, por tanto, considerarse que no da lugar a un cambio duradero en el control.
- (35) En un tercer supuesto, una empresa se confía a un comprador provisional, a menudo un banco, con arreglo a un acuerdo para la futura venta de la empresa a un adquirente definitivo. El comprador provisional adquiere acciones «en nombre» del adquirente definitivo, que a menudo corre con la mayor parte de los riesgos económicos y al que pueden también otorgársele derechos específicos. En tales circunstancias, la primera transacción se emprende únicamente para facilitar la segunda y el primer comprador está directamente vinculado al adquirente definitivo. A diferencia de la situación descrita en el

⁽³⁵⁾ Véanse, por ejemplo, los asuntos COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq, de 24 de junio de 2005, y COMP/M.3813 — Fortune Brands/Allied Domecq, de 10 de junio de 2005, en los que la división de los activos estaba previsto que se hiciera efectiva en el plazo de 6 meses a partir de la adquisición.

⁽³⁶⁾ Sobre una primera adquisición por una única empresa, véase el asunto COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq, de 24 de junio de 2005, y el asunto COMP/M.3813 — Fortune Brands/Allied Domecq/Pernod Ricard, de 10 de junio de 2005; asunto COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, de 12 de enero de 2001.

⁽³⁷⁾ Sobre una adquisición conjunta, véase el asunto COMP/M.1630 — Air Liquide/BOC, de 18 de enero de 2000; asunto COMP/M.1922 — Siemens/Bosch/Atecs, de 11 de agosto de 2000; asunto COMP/M.2059 — Siemens/Dematic/VDO Sachs, de 29 de agosto de 2000.

⁽³⁸⁾ Véase el asunto COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl, de 21 de noviembre de 2001, y el asunto COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenc/Walsum, de 21 de noviembre de 2001.

⁽³⁹⁾ Asunto COMP/M.3372 — Carlsberg/Holsten, de 16 de marzo de 2004.

⁽⁴⁰⁾ Asunto IV/M.425 — British Telecom/Santander, de 28 de marzo de 1994.

⁽⁴¹⁾ Véase el asunto M.2389 — Shell/DEA, de 20 de diciembre de 2001, en el que el adquirente en última instancia del control exclusivo tenía una fuerte influencia en la gestión operativa durante el periodo de control conjunto; asunto M.2854 — RAG/Degussa, de 18 de noviembre de 2002, en el que se designó el periodo transitorio para facilitar la reestructuración interna posterior a la fusión.

primer supuesto en los apartados 30 a 33, no hay otro adquirente definitivo, la empresa objetivo no sufre cambios y la secuencia de transacciones sólo se inicia por el adquirente definitivo único. A partir de la fecha de adopción de la presente Comunicación, la Comisión examinará la adquisición de control por el adquirente definitivo, como establecen los acuerdos celebrados entre las partes. La Comisión considerará la transacción por la que el comprador provisional adquiere el control en estas circunstancias como el primer paso de una única concentración, que comprende la adquisición duradera del control por el comprador definitivo.

1.5. Transacciones interrelacionadas

1.5.1. Relación entre el artículo 3 y el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo

- (36) Varias operaciones pueden tratarse como una única concentración con arreglo al Reglamento de concentraciones ya sea según la norma general del artículo 3 —cuando las operaciones sean interdependientes— o según la disposición específica del artículo 5, apartado 2, párrafo segundo.
- (37) El artículo 5, apartado 2, párrafo segundo rige una cuestión diferente de aquella a la que se refiere al artículo 3 del Reglamento de concentraciones. El artículo 3 define la existencia de una «concentración» en términos generales y materiales pero no determina directamente la cuestión de la competencia de la Comisión por lo que se refiere a las concentraciones. El artículo 5 pretende especificar el ámbito del Reglamento de concentraciones, en particular al definir el volumen de negocios que se tomará en consideración a los efectos de determinar si una concentración tiene dimensión comunitaria, y el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo permite a la Comisión a este respecto considerar que dos o más operaciones concentrativas constituyen una única concentración a efectos de calcular el volumen de negocios de las empresas en cuestión. La evaluación de si, en aplicación del artículo 3, una serie de operaciones da lugar a una única concentración o si debe considerarse que esas operaciones dan lugar a una serie de concentraciones, es, por tanto, lógicamente anterior a la cuestión que se aborda en el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo ⁽⁴²⁾.

1.5.2. Transacciones interdependientes con arreglo al artículo 3

- (38) La definición general y teleológica de concentración expuesta en el artículo 3, apartado 1 —con el resultado de control de una o varias empresas— implica que da lo mismo si el control se adquirió mediante una o varias transacciones jurídicas, siempre que el resultado final constituya una única concentración. Dos o más transacciones constituyen una única concentración a los efectos del artículo 3 si son de carácter unitario. Debería, por tanto, determinarse si tienen como resultado conferir a una o varias empresas el control económico, directo o indirecto, de la actividad de una o varias empresas. Para la evaluación, se determinará la realidad económica que subyace en las operaciones y, por tanto, la finalidad económica perseguida por las partes. 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 realizado la una sin la otra ⁽⁴³⁾.
- (39) El considerando 20 del Reglamento de concentraciones explica al respecto que es preciso considerar como una sola concentración transacciones estrechamente conectadas por estar relacionadas mediante condición. El requisito de que las transacciones sean interdependientes expuesto por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia *Cementbouw* ⁽⁴⁴⁾ corresponde así a la explicación ofrecida en el considerando 20 de que las transacciones estén relacionadas mediante condición.
- (40) Este planteamiento general refleja, por una parte, que con arreglo al Reglamento de concentraciones, las transacciones que constituyen un todo según los objetivos económicos perseguidos por las partes deberán analizarse en un único procedimiento. En estas circunstancias, el cambio en la estructura del mercado lo producen estas transacciones conjuntamente. Por otra parte, si diversas transacciones no son interdependientes y las partes están dispuestas a realizar una de las transacciones aunque las otras no se produzcan, parece oportuno evaluar individualmente estas transacciones con arreglo al Reglamento de concentraciones.

⁽⁴²⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: *Cementbouw/Comisión*, apartados 113-119. Rec. 2006, p. II-319.

⁽⁴³⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: *Cementbouw/Comisión*, apartados 104-109. Rec. 2006, p. II-319.

⁽⁴⁴⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: *Cementbouw/Comisión*, apartados 106-109. Rec. 2006, p. II-319.

- (41) No obstante, varias transacciones, aun estando relacionadas entre sí mediante condición, sólo pueden tratarse como una única concentración si, en última instancia, el control lo adquiere la misma empresa o empresas. Sólo en estas circunstancias puede considerarse que dos o más transacciones son de carácter unitario y, por tanto, constituyen una única concentración a los efectos del artículo 3⁽⁴⁵⁾. Esto excluye las escisiones de empresas en participación en las que se dividen las diversas partes de una empresa entre sus antiguas sociedades matrices. La Comisión considerará estas transacciones como concentraciones independientes⁽⁴⁶⁾. Lo mismo se aplica a las transacciones en las que dos (o más) empresas intercambian activos en transacciones que implican escisiones de empresas en participación o permuta de activos. Aunque las partes normalmente considerarán estas transacciones interdependientes, el objeto del Reglamento de concentraciones exige una evaluación independiente de los resultados de cada una de las transacciones: varias empresas adquieren el control de distintos activos; se produce una combinación separada de recursos para cada una de las empresas adquirentes; y el impacto en el mercado de cada una de las adquisiciones de control debe ser analizado por separado con arreglo al Reglamento de concentraciones.
- (42) La adquisición de diversos grados de control (por ejemplo, control conjunto de una actividad y control exclusivo de otra actividad) plantea cuestiones específicas. En principio, se considera que una operación que suponga la adquisición del control conjunto de una parte de la empresa y del control exclusivo de otra constituye dos operaciones independientes de concentración de conformidad con el citado Reglamento⁽⁴⁷⁾. Estas transacciones constituyen una única concentración si son interdependientes y si la empresa que adquiere el control exclusivo adquiere también el control conjunto. En cualquier caso, esta hipótesis se considera una concentración en la que se adquiere una entidad corporativa a la que pertenecen tanto la empresa controlada en exclusiva como la empresa controlada conjuntamente. Basándose en la interpretación del considerando 20, la situación en la que la misma empresa adquiere el control exclusivo y conjunto de otras empresas mediante acuerdos interdependientes no debe tratarse de forma diferente. Estas transacciones, de ser interdependientes, constituyen por tanto una única concentración.

Requisito de condicionalidad de las transacciones

- (43) La condicionalidad requerida implica que ninguna de las transacciones podría producirse sin las otras y que, por tanto, constituyen una única operación⁽⁴⁸⁾. Esta condicionalidad normalmente se demuestra si las transacciones están vinculadas *de jure*, es decir, los propios acuerdos están vinculados por condicionalidad mutua. Demostrar la condicionalidad *de facto*, puede ser suficiente para considerar las transacciones como una única concentración. Esto exige una evaluación económica para ver si cada una de las transacciones depende necesariamente de la conclusión de las otras⁽⁴⁹⁾. Otra indicación de la interdependencia de varias transacciones podría ser la declaración de las propias partes o la celebración simultánea de los acuerdos pertinentes. Será difícil demostrar la intercondicionalidad *de facto* de varias transacciones si no existe simultaneidad. Asimismo, una acusada falta de simultaneidad de transacciones jurídicamente intercondicionales podría poner en duda su verdadera interdependencia.
- (44) El principio según el cual varias transacciones pueden considerarse como una única concentración en las condiciones mencionadas sólo se aplica si el resultado es que el control de una o varias empresas es adquirido por las mismas personas o empresas. En primer lugar, este podría ser el caso si se adquiere una única actividad o empresa a través de varias transacciones jurídicas. En segundo lugar, si la adquisición del control de varias empresas —lo que podría constituir concentraciones en sí— puede vincularse de tal forma que constituya una única concentración. No obstante, con arreglo al Reglamento de concentraciones no es posible vincular transacciones jurídicas distintas que afecten sólo parcialmente a la adquisición del control de empresas, y parcialmente también a la adquisición de otros activos, tales

⁽⁴⁵⁾ Se aplica también a situaciones en las que una empresa vende una actividad a un comprador y luego adquiere este último incluida la actividad previamente vendida, véase el asunto COMP/M.4521 — LGI/Telenet, de 26 de febrero de 2007.

⁽⁴⁶⁾ Véanse los asuntos paralelos COMP/M.3293 — Shell/BEB y COMP/M.3294 — ExxonMobil/BEB, de 20 de noviembre de 2003; asunto IV/M.197 — Solvay-Laporte/Interox, de 30 de abril de 1992.

⁽⁴⁷⁾ Véase el asunto IV/M.409 — ABB/Renault Automation, de 9 de marzo de 1994.

⁽⁴⁸⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: Cementbouw/Comisión, apartados 127 y ss. Rec. 2006, p. II-319.

⁽⁴⁹⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: Cementbouw/Comisión, apartados 131 y ss. Rec. 2006, p. II-319. Véase el asunto COMP/M.4521 — LGI/Telenet, de 26 de febrero de 2007, en el que la interdependencia se basaba en el hecho de que las dos operaciones se decidieron y realizaron simultáneamente y en que, según la finalidad económica perseguida por las partes, cada una de las operaciones no se habría realizado sin la otra.

como participaciones minoritarias que no otorgan el control en otras empresas. No sería acorde con el marco general y el objetivo del Reglamento de concentraciones que transacciones distintas, vinculadas por su condicionalidad, se evaluaran como un todo con arreglo al Reglamento de concentraciones si sólo algunas de estas transacciones dieran lugar a un cambio de control en una empresa dada.

Adquisición de una única actividad

- (45) Puede, por tanto, existir una operación de concentración única si el mismo comprador o compradores adquieren el control de una única actividad, es decir, de una única entidad económica, a través de varias transacciones jurídicas si éstas son intercondicionales. Así sucede, independientemente de si la actividad la adquiere una estructura corporativa, constituida por una o varias empresas, o si se adquieren diversos activos que forman una única actividad, es decir, una única entidad económica gestionada con un objetivo comercial común al que contribuyen todos los activos. Esta actividad puede comprender participaciones mayoritarias y minoritarias en empresas así como activos materiales e inmateriales. Si son necesarias varias transacciones jurídicas interdependientes para transferir tal actividad, estas transacciones constituyen una concentración ⁽⁵⁰⁾.

Adquisiciones de control paralelas y en serie

- (46) Varios han sido los supuestos que la práctica decisoria de la Comisión ha tenido en cuenta para considerar varias adquisiciones de control como una única concentración. Uno de ellos es una adquisición paralela de control, es decir, la empresa A adquiere el control de las empresas B y C en paralelo a distintos vendedores con la condición de que A no esté obligada a comprar y ninguno de los vendedores esté obligado a vender, salvo que se materialicen ambas transacciones ⁽⁵¹⁾. Otro supuesto sería el de una adquisición de control en serie, es decir, la empresa A adquiere el control de la empresa B, condicionada a la adquisición previa o simultánea por parte de B de la empresa C, como ilustraba el asunto Kingfisher ⁽⁵²⁾.

Adquisición en serie del control exclusivo o conjunto

- (47) Al igual que en el supuesto Kingfisher, la Comisión tiene que tratar asuntos en los que, en una transacción en serie, una empresa acepta adquirir el control exclusivo de una empresa objetivo, con el fin de vender directamente partes de la participación adquirida en la empresa objetivo a otra empresa, con el resultado final del control conjunto de ambos adquirentes sobre la empresa objetivo. Si ambas adquisiciones están intercondicionadas, las dos transacciones constituyen una única concentración y la Comisión sólo considerará la adquisición del control conjunto, como resultado final de las transacciones ⁽⁵³⁾.

1.5.3. Serie de transacciones sobre títulos mobiliarios

- (48) El considerando 20 del Reglamento de concentraciones explica además que también se producirá una única concentración en los casos en que el control sobre una empresa se adquiera mediante una serie de transacciones de títulos mobiliarios de uno o varios vendedores que se produzca en un plazo de tiempo razonablemente corto. En estos supuestos, la concentración no se limita a la adquisición de la acción «única y decisiva» sino que abarcará todas las adquisiciones de títulos mobiliarios que se produzcan en el plazo de tiempo razonablemente corto.

⁽⁵⁰⁾ Véase el asunto IV/M.470 — Gencor/Shell, de 29 de agosto de 1994; asunto COMP/M.3410 — Total/Gaz de France, de 8 de octubre de 2004; asunto IV/M.957 — L'Oreal/Procasa/Cosmetique Iberica/Albesa, de 19 de septiembre de 1997; asunto IV/M.861 — Textron/Kautex, de 18 de diciembre de 1996, en el que todos los activos se utilizaron también en el mismo mercado de producto. Las mismas consideraciones se aplican si varias compañías crean una empresa en participación, que forman una única actividad, véase el asunto M.4048 — Sonae Industria/Tarkett, de 12 de junio de 2006, en el que la interdependencia de transacciones que establecía, respectivamente, una empresa en participación de producción y otra de distribución era necesaria para demostrar que había una única concentración que crearía una empresa en participación con plenas funciones.

⁽⁵¹⁾ Asunto COMP/M.2926 — EQT/H&R/Dragoco, de 16 de septiembre de 2002; las mismas consideraciones se aplican a la cuestión cuando varias fusiones constituyen una concentración con arreglo al artículo 3, apartado 1, letra a), asunto COMP/M.2824 — Ernst & Young/Andersen Germany, de 27 de agosto de 2002.

⁽⁵²⁾ Asunto IV/M.1188 — Kingfisher/Wegert/ProMarkt, de 18 de junio de 1998; asunto COMP/M.2650 — Haniel/Cementbouw/JV (CVK), de 26 de junio de 2002.

⁽⁵³⁾ Asunto COMP/M.2420 — Mitsui/CVRD/Caemi, de 30 de octubre de 2001.

1.5.4. Artículo 5, apartado 2, párrafo segundo

- (49) El artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, establece una norma específica que permite a la Comisión considerar transacciones sucesivas que ocurren en un determinado periodo de tiempo como una única concentración a los efectos de calcular el volumen de negocios de las empresas en cuestión. La finalidad de esta disposición es evitar que las mismas personas fragmenten una operación en varias cesiones de activos, escalonadas en el tiempo, con objeto de eludir la competencia que confiere a la Comisión el Reglamento de concentraciones ⁽⁵⁴⁾.
- (50) Si se producen dos o más transacciones (cada una de las cuales da lugar a una adquisición de control) en un periodo de dos años entre las mismas personas o empresas, se considerarán como una única concentración ⁽⁵⁵⁾, independientemente de que dichas transacciones tengan que ver con partes de la misma empresa o afecten al mismo sector. Esto no se aplica cuando a las mismas personas o empresas se unen otras personas o empresas sólo para algunas de las transacciones en cuestión. Es suficiente con que las transacciones, aunque no se lleven a cabo entre las mismas compañías, se realicen entre compañías pertenecientes a los mismos grupos respectivos. La disposición también se aplica a dos o más transacciones entre las mismas personas o empresas si se realizan simultáneamente. Siempre que lleven a adquisiciones de control por la misma empresa, estas transacciones simultáneas entre la mismas partes forman una única concentración aun cuando no estén condicionadas entre sí ⁽⁵⁶⁾. No obstante, el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, no se aplicaría a transacciones diferentes cuando, en al menos una de ellas, una de las empresas afectadas sea distinta de uno o varios vendedores y compradores comunes. En los casos en que se produzcan dos transacciones y una de ellas dé lugar al control exclusivo y la otra al control conjunto, no se aplicará, por tanto, el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, salvo que, en la última transacción, la otra empresa o empresas matrices que tiene el control conjunto sea el vendedor de la participación que otorga el control exclusivo en la transacción anterior.

1.6. *Reestructuración interna*

- (51) 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. Un 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.

1.7. *Concentraciones en las que participen empresas de propiedad estatal*

- (52) Puede darse una situación excepcional cuando tanto la empresa adquirente como la adquirida sean propiedad del mismo Estado (o del mismo ente público o ayuntamiento). En este caso, que la operación se considere o no como reestructuración interna depende a su vez de si ambas empresas formaban anteriormente parte de la misma entidad económica. Si las empresas formaban anteriormente parte de distintas entidades económicas dotadas de un poder de decisión autónomo, la operación constituirá una concentración y no una reestructuración interna ⁽⁵⁷⁾. No obstante, cuando las distintas entidades económicas sigan poseyendo un poder de decisión autónomo después de la operación, ésta sólo se considerará una reestructuración interna, aun cuando las acciones de las empresas, que constituyen distintas entidades económicas, pertenezcan a una única entidad, como si se tratan de una sociedad de cartera propiamente dicha ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: Cementbouw/Comisión, apartado 118, Rec. 2006, p. II-319.

⁽⁵⁵⁾ Véase el asunto COMP/M.3173 — E.ON/Fortum Burghausen/Smaland/Endenderry, de 13 de junio de 2003. Esto también se aplica a situaciones en las que el control exclusivo se adquiere mediante únicamente partes de la empresa que anteriormente estaban controladas conjuntamente por la empresa adquirente, asunto/M. 2679 — EdF/TXU/Europe/24 Seven, de 20 de diciembre de 2001.

⁽⁵⁶⁾ Asunto IV/M.1283 — Volkswagen/RollsRoyce/Cosworth, de 24 de agosto de 1998.

⁽⁵⁷⁾ Asunto IV/M.097 — Péchiney/Usinor, de 24 de junio de 1991; asunto IV/M.216 — CEA Industrie/France Télécom/SGS — Thomson, de 22 de febrero de 1993; asunto IV/M.931 — Neste/IVO, de 2 de junio de 1998. Véase también el considerando 22 del Reglamento de concentraciones.

⁽⁵⁸⁾ Las cuestiones específicas referentes al cálculo del volumen de negocios de las empresas de propiedad estatal se abordan en los apartados 192 a 194.

- (53) Sin embargo, las prerrogativas ejercidas por un Estado en calidad de autoridad pública más que de accionista, siempre que se limiten a proteger el interés público, no constituyen control en el sentido del Reglamento de concentraciones, en la medida en que no pretendan ni contribuyan a que el Estado ejerza una influencia decisiva en las actividades de la empresa ⁽⁵⁹⁾.

2. Control exclusivo

- (54) Se adquiere el control exclusivo cuando una empresa en solitario puede ejercer influencia decisiva sobre otra empresa. Pueden 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 un 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 ⁽⁶⁰⁾.
- (55) El control exclusivo puede adquirirse *de jure* o *de facto*.

Control exclusivo de jure

- (56) 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 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.
- (57) 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).
- (58) Un 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 minoritario ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Asunto IV/M.493 — Tractebel/Distrigaz II, de 1 de septiembre de 1994.

⁽⁶⁰⁾ Puesto que este accionista es la única persona que adquiere una influencia dominante, sólo él estará obligado a presentar una notificación con arreglo al Reglamento de concentraciones.

⁽⁶¹⁾ 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; asunto COMP/M.3198 — VW-Audi/VW-Audi Vertriebszentrum, de 29 de julio de 2003; asunto COMP/M.2777 — Cinven Limited/Angel Street Holdings, de 8 de mayo de 2002; asunto IV/M.258 — CCIE/GTE, de 25 de septiembre de 1992. 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.

Control exclusivo de facto

- (59) Un accionista minoritario también puede ejercer el control exclusivo *de facto*. Éste 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 ⁽⁶²⁾. 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 ⁽⁶³⁾. 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 ⁽⁶⁴⁾. 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 ⁽⁶⁵⁾.
- (60) 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 jurídicamente vinculantes ⁽⁶⁶⁾. No obstante, en circunstancias excepcionales, una opción, junto con otros elementos, podría llevar a la conclusión de que existe control exclusivo *de facto* ⁽⁶⁷⁾.

Control exclusivo adquirido por medios distintos a los derechos de voto

- (61) Además de la adquisición del control exclusivo por medio de los derechos de voto, las consideraciones expuestas en la sección 1.2 relativas a la adquisición del control exclusivo mediante compra de activos, contrato o cualquier otro medio también se aplican.

3. Control conjunto

- (62) Existe control conjunto cuando dos o más empresas o personas 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 ⁽⁶⁸⁾.
- (63) Como en el caso del control exclusivo, la adquisición del control conjunto puede también establecerse *de jure* 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).

⁽⁶²⁾ Asunto IV/M.343 — *Société Générale de Belgique/Générale de Banque*, de 3 de agosto de 1993; asunto COMP/M.3330 — *RTL/M6*, de 12 de marzo de 2004; asunto IV/M.159 — *Mediobanca/Generali*, de 19 de diciembre de 1991.

⁽⁶³⁾ Véase el asunto COMP/M.4336 — *MAN/Scania*, de 20 de diciembre de 2006, por lo que se refiere a la cuestión de si Volkswagen había adquirido el control de MAN.

⁽⁶⁴⁾ Asunto M.754 — *Anglo American/Lonrho*, de 23 de abril de 1997; asunto IV/M.025 — *Arjomari/Wiggins Teape*, de 10 de febrero de 1990.

⁽⁶⁵⁾ Véase también el asunto COMP/M.2574 — *Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia*, de 20 de septiembre de 2001; asunto IV/M.1519 — *Renault/Nissan*, de 12 de mayo de 1999.

⁽⁶⁶⁾ 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.

⁽⁶⁷⁾ Asunto IV/M.397 — *Ford/Hertz*, de 7 de marzo de 1994.

⁽⁶⁸⁾ Véase también la sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: *Cementbouw/Comisión*, apartados 42, 52 y 67. Rec. 2006, p. II-319.

3.1. *Igualdad de derechos de voto o en el nombramiento de los órganos decisorios*

- (64) 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, 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 ⁽⁶⁹⁾. También hay igualdad cuando ambas empresas tienen derecho a designar un número igual de miembros en los órganos decisorios de la empresa en participación.

3.2. *Derechos de veto*

- (65) 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. Éste 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 ⁽⁷⁰⁾. 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.
- (66) 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 ⁽⁷¹⁾.
- (67) En cambio, los derechos de veto que confieren el control conjunto se refieren habitualmente a decisiones sobre cuestiones tales como el presupuesto, el plan de negocios, las grandes inversiones o el nombramiento de los altos directivos. No obstante, la adquisición del control conjunto no exige que quien lo adquiere tenga la facultad de ejercer una influencia decisiva en el funcionamiento cotidiano de una empresa. Lo importante es que los derechos de veto permitan a las empresas matrices ejercer dicha influencia sobre la estrategia competitiva de la empresa en participación. Asimismo, no es necesario demostrar que quien adquiere el control conjunto de la empresa en participación hará realmente uso de su influencia decisiva. Basta con que exista dicha posibilidad, es decir, que posea los derechos de veto pertinentes.
- (68) Para adquirir el control conjunto, un accionista minoritario no precisa tener todos los derechos de veto anteriormente mencionados. Algunos derechos, o incluso uno solo, pueden ser suficientes. Depende del contenido preciso del derecho de veto y de la importancia de dicho derecho en el sector en que opere la empresa en participación.

⁽⁶⁹⁾ Asunto COMP/M.3097 — Maersk Data/Eurogate IT; Global Transport Solutions JV, de 12 de marzo de 2003; asunto IV/M.272 — Matra/CAP Gemini Sogeti, de 17 de marzo de 1993.

⁽⁷⁰⁾ Sentencia en el asunto T-2/93, Air France/Comisión. Rec. 1994, p. II-323. Asunto IV/M.010 — Conagra/Idea, de 3 de mayo de 1991.

⁽⁷¹⁾ Asunto IV/M.062 — Eridania/ISI, de 30 de julio de 1991.

Nombramiento de altos directivos y elaboración del presupuesto

- (69) Son vitales los derechos de veto relativos a las decisiones sobre el nombramiento y destitución de altos directivos y la aprobación del presupuesto. El poder de participar en las decisiones relativas a la estructura de la alta dirección, tales como los miembros del consejo, habitualmente confiere al titular el poder de ejercer una influencia decisiva sobre la política comercial de una empresa. Lo mismo ocurre con las decisiones sobre el presupuesto, ya que éste determina el marco exacto de las actividades de la empresa en participación y, en particular, las inversiones que puede realizar.

Plan de negocios

- (70) El plan de negocios normalmente proporciona información sobre los objetivos de la empresa y las medidas que deben adoptarse para alcanzarlos. Un derecho de veto sobre este plan, aunque sea el único que se posea, puede bastar para conferir el control conjunto. En cambio, cuando el plan de negocios contenga solamente declaraciones generales sobre los objetivos comerciales de la empresa en participación, la existencia de un derecho de veto constituirá únicamente un elemento a tener en cuenta cuando se efectúe una valoración global para determinar si existe control conjunto, pero no bastará por sí solo para conferir dicho control.

Inversiones

- (71) Cuando el derecho de veto se refiere a las inversiones, su importancia depende, en primer lugar, del nivel de las inversiones sujetas a la aprobación de las empresas matrices y, en segundo lugar, del papel que desempeñen las inversiones en el mercado en que opera la empresa en participación. Por lo que respecta al primer caso, cuando el nivel que deban alcanzar las inversiones para que se necesite la aprobación de las matrices sea extremadamente elevado, este derecho de veto se parecerá más a la protección normal de los intereses de un accionista minoritario que a un derecho que confiere poder de codecisión en materia de política comercial de la empresa en participación. En cuanto al segundo caso, la política de inversión de una empresa constituye generalmente un elemento importante para demostrar la existencia del control conjunto. Sin embargo, es probable que en algunos mercados la inversión no desempeñe un papel significativo en el comportamiento competitivo de una empresa.

Derechos específicos en relación con un mercado dado

- (72) Aparte de los típicos derechos de veto mencionados anteriormente, existen otros posibles derechos de veto relacionados con decisiones concretas que son importantes en el mercado en que opera la empresa en participación. Un ejemplo de ello es la decisión sobre la tecnología que la empresa en participación va a utilizar cuando la tecnología es un factor clave en las actividades de dicha empresa. También cabe citar el ejemplo de los mercados que se caracterizan por la diferenciación del producto y un nivel elevado de innovación, caso en que un derecho de veto sobre las decisiones relativas a las nuevas líneas de productos que la empresa va a desarrollar puede también constituir un elemento importante para demostrar la existencia de control conjunto.

Valoración global

- (73) A la hora de establecer la importancia relativa de los derechos de veto, cuando existan varios de estos derechos, no deberían analizarse por separado. Por el contrario, para demostrar la existencia o no de control conjunto debe efectuarse una valoración global. No obstante, un derecho de veto que no se refiera a la política estratégica comercial, al nombramiento de altos directivos o al presupuesto o al plan de negocios no puede considerarse que confiera el control conjunto a su titular ⁽⁷²⁾.

3.3. Ejercicio común de los derechos de voto

- (74) 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

⁽⁷²⁾ Asunto IV/M.295 — SITA-RPC/SCORI, de 19 de marzo de 1993.

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*.

- (75) 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 («pooling agreement»)].
- (76) Muy excepcionalmente podrá llevarse a cabo una acción concertada de facto cuando los accionistas minoritarios tengan importantes intereses comunes y no deseen, por tanto, perjudicarse mutuamente al ejercer sus derechos sobre la empresa en participación. Sin embargo, cuanto mayor sea el número de empresas matrices, menos probable será que se dé esta situación.
- (77) Es indicativo de esta comunidad de intereses un elevado grado de dependencia mutua entre las empresas matrices para lograr los objetivos estratégicos de la empresa en participación. Éste es el caso, especialmente, cuando cada empresa matriz aporta una contribución esencial para el funcionamiento de la empresa en participación (por ejemplo, tecnologías específicas, «know-how» local o acuerdos de suministro) ⁽⁷³⁾. En estas circunstancias, las empresas matrices pueden bloquear las decisiones estratégicas de la empresa en participación y, de esta forma, sólo pueden explotar con éxito la empresa en participación si se ponen de acuerdo sobre las decisiones estratégicas más importantes, aunque no se hayan previsto explícitamente derechos de veto. Por consiguiente, las empresas matrices estarán obligadas a cooperar ⁽⁷⁴⁾. Otros factores son procedimientos de toma de decisiones tan específicos que permiten a las empresas matrices ejercer el control conjunto aun sin acuerdos explícitos que les concedan derechos de veto u otros vínculos entre los accionistas minoritarios de la empresa en participación ⁽⁷⁵⁾.
- (78) Este supuesto puede no sólo producirse en una situación en la que dos o más accionistas minoritarios controlen conjuntamente una empresa *de facto* sino también cuando exista un elevado grado de dependencia de un accionista mayoritario respecto de un accionista minoritario. Puede ser el caso cuando una empresa en participación depende económica y financieramente del accionista minoritario o cuando sólo el accionista minoritario posea el know-how necesario para la explotación de la empresa en participación, en la que desempeñará un papel importante, mientras que el accionista mayoritario es simplemente un inversor financiero ⁽⁷⁶⁾. En tales circunstancias, el accionista mayoritario no podrá imponer su posición pero el socio de la empresa en participación podrá bloquear decisiones estratégicas de forma que ambas empresas matrices estarán obligadas a cooperar permanentemente, lo que conduce a una situación de control conjunto *de facto* que prevalece sobre la evaluación puramente *de jure* según la cual podría haberse considerado que el accionista mayoritario tiene el control exclusivo.
- (79) Estos criterios se aplican a la formación de una nueva empresa en participación así como a las adquisiciones de participaciones minoritarias, que juntas otorgan el control conjunto. En el caso de las adquisiciones de participaciones, hay una elevada probabilidad de que existan intereses comunes si se adquieren las participaciones mediante una acción concertada. No obstante, una adquisición mediante una acción concertada no es suficiente por sí sola a los efectos de establecer el control conjunto *de facto*. En general, un interés común como inversores financieros (o acreedores) de una compañía en el rendimiento de una inversión no constituye una comunidad de intereses que dé lugar al ejercicio del control conjunto *de facto*.

⁽⁷³⁾ Asunto COMP/JV.55 Hutchison/RCPM/ECT, de 3 de julio de 2001; véase también el asunto IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol, de 20 de septiembre de 1995.

⁽⁷⁴⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: Cementbouw/Comisión, apartados 42, 52 y 67, Rec. 2006, p. II-319.

⁽⁷⁵⁾ Asunto COMP/JV.55 Hutchison/RCPM/ECT, de 3 de julio de 2001. Véase también el asunto IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol, de 20 de septiembre de 1995.

⁽⁷⁶⁾ Asunto IV/M. 967 — KLM/Air UK, de 22 de septiembre de 1997; asunto COMP/M.4085 — Arcelor/Oyak/Erdemir, de 13 de febrero de 2006.

- (80) En caso de que no existan intereses compartidos tan fuertes como los descritos anteriormente, la posibilidad de que se produzcan cambios en las coaliciones entre accionistas minoritarios descarta la existencia de control conjunto. Dado que no existe una mayoría estable en el procedimiento de toma de decisiones, sino que ésta se forma en cada ocasión concreta a partir de las varias combinaciones posibles entre accionistas minoritarios, no puede suponerse que los accionistas minoritarios (o determinado grupo de ellos) controlarán conjuntamente la empresa ⁽⁷⁷⁾. En este caso, no basta con que dos o más partes con una participación idéntica en el capital de una empresa hayan celebrado acuerdos que les confieran los mismos derechos y poderes, cuando éstos carecen de derechos estratégicos de veto. Por ejemplo, cuando una empresa tiene tres accionistas y cada uno de ellos posee una tercera parte del capital social y elige a un tercio de los miembros del consejo de administración, los accionistas no ejercen un control conjunto ya que las decisiones deben adoptarse por mayoría simple.

3.4. Otras consideraciones relativas al control conjunto

Papel desigual de las compañías matrices

- (81) El control conjunto no es incompatible con la posesión por parte de una de las empresas matrices de conocimientos específicos y de experiencia en la actividad de la empresa en participación. En este caso, la otra empresa matriz sólo puede desempeñar un papel modesto o incluso inexistente en la gestión cotidiana de la empresa en participación y su presencia está motivada únicamente por consideraciones de orden financiero o referentes a la estrategia a largo plazo, la imagen de marca o la política general. No obstante, debe conservar siempre la posibilidad real de impugnar las decisiones adoptadas por la otra empresa matriz gracias a la igualdad de derechos de voto o derechos de nombramiento de los órganos decisorios o de derechos de veto en cuestiones estratégicas. De no ser así, el control sería exclusivo.

Voto de calidad

- (82) Para que exista control conjunto, no puede concederse un voto de calidad a una sola de las empresas matrices ya que esto llevaría al control exclusivo de la empresa que goce del voto de calidad. No obstante, sí puede existir dicho control cuando el voto de calidad tiene, en la práctica, relevancia y efectividad limitadas. Sería el caso si el voto de calidad únicamente puede ejercerse tras una serie de procedimientos de arbitraje y de tentativas de reconciliación o en un ámbito muy limitado o si el ejercicio del voto de calidad desencadena una opción de venta que implique una onerosa carga financiera o si la interdependencia mutua de las empresas matrices hace improbable el ejercicio del voto de calidad ⁽⁷⁸⁾.

III. CAMBIOS EN LA NATURALEZA DEL CONTROL

- (83) El Reglamento de concentraciones abarca operaciones que dan lugar a la adquisición del control exclusivo o conjunto, incluidas las operaciones que producen cambios en la naturaleza del control. En primer lugar, este cambio en la naturaleza del control, que origina una concentración, se produce si existe un cambio de control exclusivo a control conjunto. En segundo lugar, se produce un cambio en la naturaleza del control entre supuestos de control conjunto antes y después de la transacción si existe un aumento en el número o un cambio en la identidad de los accionistas que controlan la empresa. No obstante, no cambia la naturaleza del control si se produce un cambio de control exclusivo negativo a positivo. Dicho cambio no afecta ni a los incentivos del accionista que tenía el control negativo ni a la naturaleza de la estructura de control ya que el accionista con control no tenía necesariamente que cooperar con accionistas específicos cuando gozaba del control negativo. En cualquier caso, los meros cambios en el nivel de las participaciones de los mismos accionistas con control, sin que se produzcan cambios en los poderes que detentan en la compañía y en la composición de la estructura de control de la compañía, no constituyen un cambio en la naturaleza del control y, por tanto, no constituyen una concentración que deba notificarse.

⁽⁷⁷⁾ Asunto IV/JV.12 — Ericsson/Nokia/Psion/Motorola, de 22 de diciembre de 1998.

⁽⁷⁸⁾ Asunto COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, de 20 de septiembre de 2001; asunto IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol, de 20 de septiembre de 1995; asunto IV/M.425 — British Telecom/Banco Santander, de 28 de marzo de 1994.

- (84) Estos cambios en la naturaleza del control se dividirán para su análisis en dos categorías: primera, la incorporación de uno o varios accionistas nuevos con control, independientemente de si sustituyen o no a otros accionistas con control, y segunda, una reducción del número de accionistas con control.

1. Incorporación de accionistas con control

- (85) El que una incorporación de nuevos accionistas con control dé lugar a una situación de control conjunto puede deberse al paso del control exclusivo al control conjunto, a la incorporación de un accionista adicional o a la sustitución de un antiguo accionista en una empresa que ya estaba controlada conjuntamente.
- (86) El paso del control exclusivo al control conjunto se considera una operación que debe notificarse ya que cambia la naturaleza del control de la empresa en participación. En primer lugar, existe una nueva adquisición de control por el accionista que se incorpora a la empresa controlada. En segundo lugar, sólo la nueva adquisición de control convierte a la empresa controlada en una empresa en participación, lo que cambia decisivamente también la situación para la empresa que poseía el control exclusivo con arreglo al Reglamento de concentraciones: en el futuro, tendrá que tener en cuenta los intereses de uno o varios accionistas que ejercen control y estará obligada a cooperar permanentemente con el nuevo o nuevos accionistas. Antes, podía por sí sola determinar el comportamiento estratégico de la empresa controlada (en el caso de control exclusivo) o no estaba obligada a tener en cuenta los intereses de otros accionistas concretos ni estaba obligada a cooperar permanentemente con esos accionistas.
- (87) La incorporación de un nuevo accionista a una empresa controlada conjuntamente —bien sea uniéndose a los accionistas que ya ejercían el control o en sustitución de alguno de ellos— constituye también una concentración que debe notificarse, aunque la empresa estuviera controlada conjuntamente antes y después de la operación ⁽⁷⁹⁾. En primer lugar, también en este supuesto hay un accionista que acaba de adquirir el control de la empresa en participación. En segundo lugar, la naturaleza del control de la empresa en participación viene determinada por la identidad de todos los accionistas que ejercen el control. Es inherente al control conjunto que, dado que cada accionista por separado tiene un derecho de bloqueo sobre las decisiones estratégicas, los accionistas que ejercen el control conjunto tienen que tener en cuenta mutuamente sus intereses y están obligados a cooperar en la determinación del comportamiento estratégico de la empresa en participación ⁽⁸⁰⁾. La naturaleza del control conjunto, por tanto, no acaba en una mera suma matemática de los derechos de bloqueo ejercidos por varios accionistas sino que se determina por la composición de los accionistas que ejercen el control conjunto. Uno de los supuestos más evidentes que dan lugar a un cambio decisivo en la naturaleza de la estructura de control de una empresa controlada conjuntamente es el de una empresa en participación, controlada conjuntamente por un competidor de la empresa en participación y un inversor financiero, en la que el inversor financiero es sustituido por otro competidor. En esas circunstancias, la estructura de control y los incentivos de la empresa en participación pueden cambiar por completo, no sólo por la incorporación de los nuevos accionistas con poder de control sino también por el cambio en el comportamiento del otro accionista. La sustitución de un accionista que ejerce el control o la incorporación de un nuevo accionista en una empresa controlada conjuntamente constituye, por tanto, un cambio en la naturaleza del control ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Véase, por ejemplo, el asunto COMP/M.3440 — ENI/EDP/GdP, de 9 de diciembre de 2004.

⁽⁸⁰⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: Cementbouw/Comisión, apartado 67, Rec. 2006, p. II-319.

⁽⁸¹⁾ En general, cabe señalar que la Comisión no evaluará como una concentración independiente la sustitución indirecta de un accionista que ejerce el control en un supuesto de control conjunto provocado por la adquisición de control de una de sus sociedades matrices. La Comisión evaluará cualquier cambio que se produzca en la situación competitiva de la empresa en participación en el marco de la adquisición global de control de su empresa matriz. En esas circunstancias, los otros accionistas que ejercen el control en la empresa en participación no serán, por tanto, empresas afectadas por la concentración que se refiere a su empresa matriz.

- (88) No obstante, la incorporación de nuevos accionistas sólo da lugar a una concentración que debe notificarse si uno o varios accionistas adquieren el control exclusivo o conjunto en virtud de la operación. La incorporación de nuevos accionistas puede provocar una situación en la que el control conjunto no pueda ser establecido ni *de jure* ni *de facto* puesto que la incorporación de un nuevo accionista tiene como consecuencia que sea posible la variabilidad de las coaliciones entre accionistas minoritarios ⁽⁸²⁾.

2. Reducción del número de accionistas

- (89) Una reducción del número de accionistas que ejercen el control constituye un cambio en la naturaleza del control y debe, por tanto, considerarse una concentración si la salida de uno o varios de estos accionistas provoca el paso del control conjunto al control exclusivo. Ejercer en solitario una influencia decisiva es muy distinto de ejercerla en común, ya que en este último supuesto los accionistas que ejercen el control conjunto han de tener en cuenta los intereses de la otra parte o partes, que pueden ser diferentes ⁽⁸³⁾.
- (90) Cuando una operación supone la reducción del número de accionistas que ejercen el control conjunto, sin que dicho control pase a ser exclusivo, en principio no existe obligación de notificar la operación.

IV. EMPRESAS EN PARTICIPACIÓN — CONCEPTO DE PLENAS FUNCIONES

- (91) 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, que cumpla los criterios establecidos en el apartado 24, constituirá una concentración con arreglo al artículo 3, apartado 1, sin que sea necesario considerar el criterio de plenas funciones ⁽⁸⁴⁾.
- (92) 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) constituirá 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.
- (93) 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 ⁽⁸⁵⁾. Por tanto, para cumplir el criterio de plenas funciones basta con que la empresa en participación sea autónoma desde el punto de vista funcional.

⁽⁸²⁾ Asunto IV/JV.12 — Ericsson/Nokia/Psion/Motorola, de 22 de diciembre de 1998.

⁽⁸³⁾ Véase el asunto IV/M.023 — ICI/Tioxide, de 28 de noviembre de 1990; véase también el apartado 5, letra d), de la Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo.

⁽⁸⁴⁾ Estas consideraciones no se aplican al artículo 2, apartado 4, de la misma forma. Mientras que la interpretación del artículo 3, apartados 1 y 4, se refiere a la aplicabilidad del Reglamento de concentraciones a las empresas en participación, el artículo 2, apartado 4, se refiere al análisis sustantivo de las empresas en participación. La «creación de una empresa en participación que constituya una concentración con arreglo al artículo 3», como establece el artículo 2, apartado 4, comprende la adquisición del control conjunto según el artículo 3, apartados 1 y 4.

⁽⁸⁵⁾ Sentencia de 23 de febrero de 2006 en el asunto T-282/02: Cementbouw/Comisión, apartado 62, Rec. 2006, p. II-319.

1. Recursos suficientes para funcionar independientemente en un mercado

- (94) 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 participación ⁽⁸⁶⁾. 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 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.

2. Actividades que exceden una función concreta de las empresas matrices

- (95) 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 agencias de ventas. No obstante, el hecho de que una empresa en participación utilice la red de 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 ⁽⁸⁷⁾.
- (96) Un caso frecuente en el que se plantea esta cuestión es el de las empresas en participación ligadas a la tenencia de bienes inmobiliarios, que generalmente se crean por motivos fiscales u otros motivos financieros. Mientras la finalidad de la empresa en participación se limite a la adquisición o la tenencia de algunos bienes inmobiliarios para las empresas matrices y se nutra de recursos financieros aportados por éstas, generalmente no se considerará que tiene plenas funciones ya que carece de una actividad empresarial independiente a largo plazo en el mercado y habitualmente carece también de los recursos necesarios para funcionar independientemente. No debe confundirse este caso con el de las empresas en participación que gestionan activamente una cartera inmobiliaria y que actúan en nombre propio en el mercado, lo que habitualmente indica plenas funciones ⁽⁸⁸⁾.

3. Relaciones de compra/venta con las matrices

- (97) Una presencia importante de las empresas matrices en mercados ascendentes o descendentes constituye un dato que ha de tenerse en cuenta a la hora de determinar si la empresa en participación desempeña plenas funciones, cuando como consecuencia de dicha presencia se produce un volumen significativo de compras o ventas entre las matrices y la empresa en participación. El hecho de que, sólo durante su

⁽⁸⁶⁾ Asunto IV/M.527 — Thomson CSF/Deutsche Aerospace, de 2 de diciembre de 1994, Derechos de propiedad intelectual; asunto IV/M.560 — EDS/Lufthansa, de 11 de mayo de 1995, Contratación externa; asunto IV/M.585 — Voest Alpine Industrieanlagenbau GmbH/Davy International Ltd., de 7 de septiembre de 1995, Derecho de una empresa en participación a solicitar conocimientos técnicos y personal a sus empresas matrices; asunto IV/M.686 — Nokia/Autoliv, de 5 de febrero de 1996, Derecho de una empresa en participación a rescindir un «acuerdo de servicios» con su empresa matriz y a cambiar la ubicación decidida por la empresa matriz; asunto IV/M.791 — British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd., de 7 de octubre de 1996, activos de empresas en participación transferidos a una empresa de arrendamiento financiero y arrendados por una empresa en participación.

⁽⁸⁷⁾ Asunto IV/M.102 — TNT/Canada Post etc., de 2 de diciembre de 1991.

⁽⁸⁸⁾ Véase el asunto IV/M.929 — DIA/Veba Immobilien/Deuschbau, de 23 de junio de 1997; asunto COMP/M.3325 — Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf, de 23 de enero de 2004.

período inicial de funcionamiento, la empresa en participación dependa casi exclusivamente de las compras o ventas a las matrices no impedirá, en principio, que se le reconozcan plenas funciones. En ocasiones es necesario prever un período transitorio para que se introduzca la empresa en el mercado, período que normalmente no excederá de tres años, en función de las características del mercado de que se trate ⁽⁸⁹⁾.

Ventas a las empresas matrices

- (98) Si la empresa en participación proyecta mantener ese nivel de ventas a las matrices de manera duradera, ha de determinarse si, con independencia de dichas ventas, su objetivo es desempeñar una función activa en el mercado y si puede considerarse económicamente independiente desde el punto de vista funcional. En este sentido, un factor importante será la proporción que representan las ventas a sus empresas matrices con respecto a la producción total de la empresa en participación. Dadas las peculiaridades de cada caso, es imposible definir un ratio de volumen de negocios específico que separe las empresas en participación con plenas funciones de otras empresas en participación. Si la empresa en participación consigue más del 50 % de su volumen de negocios de terceros, generalmente será indicativo de plenas funciones. Por debajo de este umbral indicativo, para determinar la autonomía funcional de la empresa en participación, se requiere un análisis caso por caso de la relación entre la empresa en participación y su empresa matriz, que debe tener un carácter verdaderamente comercial. Para ello, debe demostrarse que la empresa en participación suministrará sus bienes o servicios al comprador que más los valore y mejor los pague y que la empresa en participación además tratará con sus empresas matrices sin concederse favores de acuerdo con unas condiciones comerciales normales ⁽⁹⁰⁾. En estas circunstancias, es decir, si, desde el punto de vista comercial, la empresa en participación trata a sus empresas matrices igual que a terceros, puede ser suficiente con que un mínimo del 20 % de las ventas estimadas de la empresa en participación se realicen a terceros. No obstante, cuanto mayor sea la proporción de las ventas probables a las empresas matrices, mayor será la necesidad de probar claramente el carácter comercial de la relación.
- (99) Para determinar la proporción entre las ventas a las matrices y a terceros, la Comisión tendrá en cuenta la contabilidad anterior y planes de empresa fundamentados. No obstante, especialmente cuando no puedan preverse fácilmente ventas importantes a terceros, la Comisión basará sus conclusiones también en la estructura general del mercado. Éste podría ser asimismo un factor relevante para determinar si la empresa en participación tratará con sus empresas matrices en condiciones de mercado.
- (100) Estas cuestiones con frecuencia se plantean en relación con los acuerdos de externalización, en los que una empresa crea una empresa en participación con un proveedor de servicios ⁽⁹¹⁾ que realizará funciones de las que anteriormente se ocupaba la empresa internamente. En estos tres supuestos las empresas en participación no pueden considerarse con plenas funciones: la empresa en participación presta sus servicios exclusivamente a la empresa cliente y depende para sus servicios del insumo del prestador de servicios. El hecho de que, a menudo, el plan de negocios de la empresa en participación al menos no excluya que ésta pueda prestar sus servicios a terceros no cambia esta valoración ya que, en la situación típica de externalización, todos los ingresos procedentes de terceros probablemente serán accesorios en relación con los generados por las principales actividades que la empresa en participación presta a la empresa cliente. No obstante, esta norma general no excluye que existan situaciones de externalización en las que los socios de la empresa en participación, por ejemplo por razones de economía de escala, creen una empresa en participación con la perspectiva de un acceso al mercado importante. Con esto, la empresa en participación podría considerarse con plenas funciones si se previeran ventas importantes a terceros y si la relación entre la empresa en participación y su empresa matriz tuviera un carácter verdaderamente comercial y si la empresa en participación tratara con sus empresas matrices sobre la base de condiciones comerciales normales.

⁽⁸⁹⁾ Asunto IV/M.560 — EDS/Lufthansa, de 11 de mayo de 1995; asunto IV/M.686 — Nokia/Autoliv, de 5 de febrero de 1996; que se contrastará con el asunto IV/M.904 — RSB/Tenex/Fuel Logistics, de 2 de abril de 1997, y el asunto IV/M.979 — Preussag/Voest-Alpine, de 1 de octubre de 1997. Existe una situación especial cuando las ventas de la empresa en participación a su empresa matriz se deben a un monopolio legal en la fase de distribución de la empresa en participación, véase el asunto IV/M.468 — Siemens/Italtel, de 17 de febrero de 1995, o cuando las ventas a una empresa matriz consisten en productos secundarios, de menor importancia para la empresa en participación, véase el asunto IV/M.550 — Union Carbide/Enichem, de 13 de marzo de 1995.

⁽⁹⁰⁾ Asunto IV/M.556 — Zeneca/Vanderhave, de 9 de abril de 1996; asunto IV/M.751 — Bayer/Hüls, de 3 de julio de 1996.

⁽⁹¹⁾ La cuestión de en qué circunstancias un acuerdo de externalización se considera una concentración se trata en los apartados 25 y ss. de la presente Comunicación.

Compras a las empresas matrices

- (101) En caso de que sea la empresa en participación la que compre a sus matrices, pueden surgir dudas sobre las plenas funciones de la empresa en participación si el valor que ésta añade a los productos o servicios es reducido. En ese caso, la empresa en participación puede funcionar como una agencia de venta en común.

Mercados de distribución

- (102) Sin embargo, en contraste con esa situación, cuando una empresa en participación opere en un mercado de distribución y desempeñe todas las funciones normales de una empresa comercial en ese mercado, no se la considerará un agente auxiliar de ventas de las empresas matrices, sino una empresa en participación con plenas funciones. Los mercados de distribución se caracterizan por la existencia de empresas especializadas en la venta y distribución de productos que no se integran verticalmente junto a otras que sí lo hacen, así como por la presencia de diversas fuentes de suministro de los productos de que se trate. Además, en muchos de estos mercados es preciso que los operadores inviertan en instalaciones especiales, como puntos de venta, almacenes, depósitos así como en equipos de transporte y en personal de ventas y servicios. Para que se considere que la empresa desempeña plenas funciones en un mercado de distribución, es preciso que cuente con las instalaciones necesarias y sea probable que obtenga una proporción importante de sus suministros no sólo de sus matrices, sino también de otros proveedores competidores ⁽⁹²⁾.

4. Funcionamiento con carácter permanente

- (103) 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 ⁽⁹³⁾. 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 período de duración de la empresa en participación, siempre que dicho período sea lo bastante extenso para que se produzca un cambio duradero de la estructura de las empresas afectadas ⁽⁹⁴⁾, o cuando el acuerdo prevé que la empresa en participación pueda seguir existiendo después de dicho período.
- (104) Por el contrario, no se considerará que la empresa en participación funciona 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.
- (105) Una empresa en participación carece también de suficientes operaciones duraderas cuando hay decisiones pendientes de terceros que son de importancia vital para el arranque de la actividad empresarial de la empresa en participación. Sólo las decisiones que vayan más allá de las meras formalidades y cuya concesión sea típicamente incierta se ajustan a estos supuestos. Ejemplos de ello son la concesión de un contrato (por ejemplo, en licitaciones públicas), licencias (por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones) o derechos de acceso a la propiedad (por ejemplo, derechos de exploración de petróleo y gas). Mientras no se tome una decisión sobre estas cuestiones, no estará claro si la empresa en participación será operativa. Por tanto, en esa fase no puede considerarse que la empresa en participación

⁽⁹²⁾ Asunto IV/M.788 — AgrEVO/Marubeni, de 3 de septiembre de 1996.

⁽⁹³⁾ Asunto IV/M.891 — Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith, de 23 de abril de 1997.

⁽⁹⁴⁾ 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. 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 de tres años.

desempeñe funciones económicas con carácter permanente y, por consiguiente, no se considera con plenas funciones. No obstante, una vez tomada una decisión a favor de la empresa en participación en cuestión, este criterio se cumple y se produce una concentración ⁽⁹⁵⁾.

5. Cambios en las actividades de la empresa en participación

- (106) Las empresas matrices pueden decidir ampliar el ámbito de las actividades de la empresa en participación en el curso de su existencia. Esa ampliación se considerará una nueva concentración que puede dar lugar a una obligación de notificación si conlleva la adquisición de la totalidad o una parte de otra empresa por parte de las matrices que, considerada aisladamente, constituiría una concentración como se explica en el apartado 24 de la presente Comunicación ⁽⁹⁶⁾.
- (107) También puede surgir una concentración si las empresas matrices transfieren activos adicionales significativos, contratos, «*know-how*» u otros derechos a la empresa en participación y estos activos y derechos constituyen la base o el núcleo para una ampliación de las actividades de la empresa en participación a otros productos o mercados geográficos que no eran el objeto de la empresa en participación original, y si realiza tales actividades con plenas funciones. Puesto que la transferencia de activos o derechos muestra que las matrices son las verdaderas artífices tras la ampliación del ámbito de la empresa en participación, la ampliación de las actividades de la empresa en participación puede considerarse del mismo modo como la creación de una nueva empresa en participación con arreglo al artículo 3, apartado 4 ⁽⁹⁷⁾.
- (108) Si el ámbito de una empresa en participación se amplía sin que se transfieran activos adicionales, contratos, «*know-how*» u otros derechos, se considerará que no se produce una concentración.
- (109) Existe una concentración cuando se produce un cambio en la actividad de una empresa en participación existente sin plenas funciones de manera que se cree una empresa en participación con plenas funciones con arreglo al artículo 3, apartado 4. Pueden citarse los siguientes ejemplos: un cambio de la estructura organizativa de una empresa en participación para que cumpla el criterio de plenas funciones ⁽⁹⁸⁾; una empresa en participación que antes suministraba sólo a las empresas matrices que posteriormente comienza una actividad significativa en el mercado; o supuestos, como los descritos en el apartado 105, en los que una empresa en participación sólo puede comenzar su actividad en el mercado una vez que cuente con un insumo esencial (como una licencia en el caso de una empresa en participación en el sector de las telecomunicaciones). Tales cambios en la actividad de la empresa en participación frecuentemente exigirán una decisión por parte de sus accionistas o de sus directivos. Una vez tomada la decisión gracias a la cual la empresa en participación cumplirá el criterio de plenas funciones, se produce la concentración.

V. EXCEPCIONES

- (110) El artículo 3, apartado 5, del Reglamento de concentraciones contempla tres situaciones excepcionales en las que la adquisición de una participación de control no constituye una concentración en el sentido de dicho Reglamento.
- (111) En primer lugar, la compra de títulos por empresas cuyas actividades normales incluyan la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros no se considerará una operación de concentración si dicha compra se efectúa dentro del ejercicio de sus actividades y si los títulos se poseen sólo con carácter temporal [artículo 3, apartado 5, letra a)]. Para poder acogerse a esta excepción, deben cumplirse los requisitos siguientes:

- la empresa compradora debe ser una entidad de crédito u otra entidad financiera o una compañía de seguros cuya actividad normal sea de las descritas anteriormente,

⁽⁹⁵⁾ Supeditada a los otros criterios mencionados en este capítulo de la Comunicación.

⁽⁹⁶⁾ Véase el asunto COMP/M.3039 — Soprol/Céréol/Lesieur, de 30 de enero de 2003.

⁽⁹⁷⁾ El acontecimiento que origina la obligación de notificar en tal caso será el acuerdo u otros actos jurídicos subyacentes a la transferencia de los activos, contratos «*know-how*» u otros derechos.

⁽⁹⁸⁾ Asunto COMP/M.2276 — The Coca-Cola Company/Nestlé/JV, de 27 de septiembre de 2001.

- los títulos deben adquirirse con vistas a su reventa,
 - la empresa compradora no puede ejercer los derechos de voto con objeto de determinar el comportamiento competitivo de la empresa en cuestión o sólo ejerce dicho derecho con el fin de preparar la enajenación de la totalidad o de parte de dicha empresa, de sus activos o de sus participaciones,
 - la empresa compradora debe enajenar su participación mayoritaria en el plazo de un año a partir de la fecha de adquisición, es decir, debe reducir su participación en el plazo citado como mínimo a un nivel que no le confiera el control. No obstante, la Comisión podrá prorrogar dicho plazo cuando la empresa compradora justifique que no ha sido razonablemente posible dicha enajenación en el plazo establecido de un año.
- (112) En segundo lugar, no se produce cambio alguno en el control (y, por tanto, no se trata de una operación de concentración con arreglo al Reglamento de concentraciones) cuando el control lo adquiere una persona a través de un mandato conferido por la autoridad pública en virtud de la legislación de un Estado miembro sobre liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo [artículo 3, apartado 5, letra b)].
- (113) En tercer lugar, no se produce una concentración cuando adquiere el control una sociedad de participación financiera conforme al artículo 5, apartado 3, de la Directiva 78/660/CEE del Consejo ⁽⁹⁹⁾. El concepto de «sociedad de participación financiera» queda así limitado a las sociedades cuyo única finalidad sea la adquisición de participaciones en otras empresas sin inmiscuirse directa o indirectamente en la gestión de estas empresas, sin perjuicio de los derechos que las sociedades de participación financiera tengan en su condición de accionistas o de socios. Estas sociedades de inversión deberán estar estructuradas de manera que el respeto de estos límites pueda ser controlado por una autoridad judicial o administrativa. El Reglamento de concentraciones establece una condición más para que se aplique esta excepción: tales compañías sólo pueden ejercer los derechos de voto en las otras empresas para mantener el pleno valor de esas inversiones y no para determinar directa o indirectamente las actividades competitivas de la empresa bajo control.
- (114) Las excepciones previstas en el artículo 3, apartado 5, del Reglamento de concentraciones sólo se aplican a un ámbito muy limitado. En primer lugar, estas excepciones sólo se aplican si la operación sería de otro modo una concentración por derecho propio pero no si la transacción forma parte de una única concentración más amplia, en unas circunstancias en las que el adquirente definitivo de control no entraría en los términos del artículo 3, apartado 5 (véase el apartado 35 de la presente Comunicación). En segundo lugar, las excepciones previstas en el artículo 3, apartado 5, letras a) y c), sólo se aplican a las adquisiciones de control mediante la compra de títulos, no a las adquisiciones de activos.
- (115) Estas excepciones no se aplican a estructuras típicas de fondos de inversión. Según sus objetivos, estos fondos generalmente no se limitan al ejercicio de los derechos de voto sino que adoptan decisiones para designar a los miembros de los órganos de vigilancia y administración de las empresas o incluso para reestructurar estas empresas. Esto no sería incompatible con los requisitos tanto del artículo 3, apartado 5, letra a), como de la letra c), de que las empresas adquirentes no ejerzan los derechos de voto con el fin de determinar la conducta competitiva de la otra empresa ⁽¹⁰⁰⁾.
- (116) Puede plantearse la cuestión de si una operación para salvar una empresa antes o durante un procedimiento de insolvencia constituye una concentración con arreglo al Reglamento de concentraciones. Generalmente, tal operación implica la conversión de las deudas en acciones de una nueva empresa, a través de la que un consorcio de bancos puede adquirir el control conjunto de la empresa afectada. Cuando esta operación cumpla los criterios que caracterizan al control conjunto, y que

⁽⁹⁹⁾ Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en el artículo 54, apartado 3, letra g), del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DO L 222 de 14.8.1978, p. 11), modificada en último lugar por la Directiva 2003/51/CE, de 18 de junio de 2003 (DO L 178 de 17.7.2003, p. 16). El artículo 5, apartado 3, de esta Directiva define las sociedades de participación financiera como «aquellas sociedades cuyo único objeto sea la adquisición de participaciones en otras empresas, así como la gestión y la revalorización de estas participaciones, sin que estas sociedades se inmiscuyan directa o indirectamente en la gestión de estas empresas, sin perjuicio de los derechos que las sociedades de participación financiera tengan en su condición de accionistas o de socios. El respeto de los límites impuestos a las actividades de estas sociedades deberá poder ser controlado por una autoridad judicial o administrativa».

⁽¹⁰⁰⁾ Asunto IV/M.669 — Charterhouse/Porterbrook, de 11 de diciembre de 1995.

se han expuesto anteriormente, normalmente se considerará que se trata de una concentración ⁽¹⁰¹⁾. Aunque la principal intención de los bancos sea el saneamiento financiero de la empresa con vistas a venderla posteriormente, la excepción prevista en el artículo 3, apartado 5, letra a), no es aplicable, en general, a este tipo de operación. De forma similar a la expuesta para los fondos de inversión, el programa de saneamiento obliga a los bancos a determinar la estrategia competitiva de la empresa objeto del rescate. Asimismo, tampoco suele ser viable transformar una empresa en crisis en una entidad comercialmente rentable y revenderla en el plazo permitido de un año. Además, el plazo necesario para conseguir este objetivo puede ser tan incierto que resultaría difícil prorrogar el plazo de enajenación.

VI. ABANDONO DE LA CONCENTRACIÓN

- (117) Una concentración deja de existir y el Reglamento de concentraciones deja de ser aplicable si las empresas afectadas renuncian a la concentración.
- (118) A este respecto, el Reglamento de concentraciones revisado (CE) n° 139/2004 introdujo una nueva disposición referente al cierre del procedimiento relativo al control de concentraciones sin una decisión definitiva después de que la Comisión hubiera incoado el procedimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra c), segunda frase. La frase dice lo siguiente: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9, los procedimientos se concluirán mediante decisión, con arreglo a lo establecido en los apartados 1 a 4 del artículo 8, a no ser que las empresas afectadas hayan demostrado a satisfacción de la Comisión que han abandonado la concentración». Antes de que inicie el procedimiento estos requisitos no son de aplicación.
- (119) Como norma general, los elementos de prueba del abandono de una concentración deben corresponder en términos de forma jurídica, intensidad, etc., al acto inicial que se consideró suficiente para que fuera obligatorio notificar la concentración. En el caso de que las partes procedan a partir de dicho acto inicial a reforzar sus vínculos contractuales durante el procedimiento, por ejemplo, al celebrar un acuerdo vinculante después de que se notificara la transacción basada en su intención de buena fe, los elementos de prueba del abandono de la concentración también deben estar en consonancia con la naturaleza del último acto.
- (120) De acuerdo con este principio, en caso de ejecución de una concentración antes de que la Comisión emita su decisión, debe demostrarse que se ha restablecido la situación anterior a la concentración. La mera retirada de la notificación no se considera prueba suficiente de que se ha abandonado la concentración conforme al artículo 6, apartado 1, letra c). De la misma manera, modificaciones menores de una concentración que no afecten al cambio en el control o a la naturaleza de dicho cambio, no pueden considerarse un abandono de la concentración original ⁽¹⁰²⁾.
- Acuerdo vinculante: Se exigirá una prueba de la anulación legalmente vinculante del acuerdo en la forma prevista por el acuerdo inicial (generalmente, un documento firmado por todas las partes). No se considerará suficiente la manifestación de la intención de cancelar el acuerdo o de no ejecutar la concentración notificada, ni declaraciones unilaterales de (una de) las partes ⁽¹⁰³⁾.
 - Intención de buena fe de celebrar un acuerdo: En el caso de una carta de intenciones o un memorando de acuerdo que refleje la intención de buena fe, se exigirán documentos que prueben que ha dejado de existir la base de la buena fe. En cuanto a otras formas posibles que manifestaran la intención de buena fe, el abandono debe revocar la intención de buena fe y corresponder en términos de forma e intensidad a la expresión inicial de intenciones.
 - Anuncio público de una oferta pública de adquisición o de la intención de realizar una oferta pública de adquisición: Se exigirá un anuncio público que ponga fin al procedimiento de oferta pública o por el que se renuncie a la intención de realizar una oferta pública de adquisición. El formato y la repercusión pública de este anuncio deberán ser comparables a los del anuncio inicial.

⁽¹⁰¹⁾ Asunto IV/M.116 — Kelt/American Express, de 28 de agosto de 1991.

⁽¹⁰²⁾ Este apartado no presupone la decisión sobre si la modificación requiere o no que se presente información adicional a la Comisión con arreglo al artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 802/2004.

⁽¹⁰³⁾ Véase el asunto COMP/M.4381 — JCI/VB/FIAMM, de 10 de mayo de 2007, apartado 15, en el que sólo una de las partes ya no deseaba ejecutar un acuerdo, mientras que la otra parte seguía considerando el acuerdo vinculante y ejecutorio.

- Concentraciones ejecutadas: En el caso de que se haya ejecutado la concentración antes de que la Comisión emitiera su decisión, las partes deberán probar que se ha restablecido la situación existente antes de que se ejecutara la concentración.

(121) Corresponde a las partes presentar la documentación necesaria para cumplir estos requisitos a su debido tiempo.

VII. CAMBIOS EN LAS TRANSACCIONES CON POSTERIORIDAD A UNA DECISIÓN DE AUTORIZACIÓN DE LA COMISIÓN

(122) En algunos casos, las partes tal vez deseen no ejecutar la concentración en la forma prevista tras la autorización de la concentración por parte de la Comisión. Se plantea la cuestión de si la decisión de la Comisión autorizando la concentración sigue cubriendo la estructura modificada de la transacción.

(123) En términos generales, si, antes de ejecutar la concentración autorizada, la estructura de la transacción pasa de una adquisición de control, que entra en el ámbito del artículo 3, apartado 1, letra b), a una fusión contemplada en el artículo 3, apartado 1, letra a), o viceversa, el cambio en la estructura de la transacción se considera una concentración distinta con arreglo al Reglamento de concentraciones y es necesaria una nueva notificación⁽¹⁰⁴⁾. Sin embargo, se consideran cubiertas por la decisión de autorización de la Comisión modificaciones menos significativas de la transacción, por ejemplo, cambios menores en los porcentajes del accionariado, que no afectan al cambio en el control o a la naturaleza de dicho cambio, cambios en el precio de la oferta, en el caso de ofertas públicas de adquisición, o cambios en la estructura de la empresa a través de la cual se efectuó la transacción, sin efectos sobre la situación de control relevante con arreglo al Reglamento de concentraciones.

C. DIMENSIÓN COMUNITARIA

I. UMBRALES

(124) 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.

(125) 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.

(126) 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, sí 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, conjunta e individualmente, en al menos tres Estados miembros. 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⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Véanse los asuntos COMP/M.2706 — Carnival Corporation/P&O Princess, de 11 de abril de 2002, y COMP/M.3071 — Carnival Corporation/P&O Princess, de 10 de febrero de 2003. En tales circunstancias, la identidad de las partes notificantes cambia, ya que deben notificar las dos partes de una fusión, mientras que sólo está obligada a hacerlo la parte que adquiere el control. No obstante, si las partes ejecutan una adquisición de control sobre una empresa objetivo y sólo *posteriormente* deciden fusionarse con la recién adquirida filial, la operación sería considerada como una reestructuración interna que no produce un cambio en el control y, por tanto, no entra en los términos del artículo 3 del Reglamento de concentraciones.

⁽¹⁰⁵⁾ Una concentración se considera además de dimensión comunitaria si se remite a la Comisión con arreglo al artículo 4, apartado 5, del Reglamento de concentraciones. Estos casos se abordan en la Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones (DO C 56 de 5.3.2005, p. 2).

- (127) 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 establecen teniendo en cuenta el volumen de negocios 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 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.
- (128) Mientras que el artículo 1 establece los umbrales en cifras para determinar la jurisdicción, la finalidad del artículo 5 es explicar cómo debería calcularse el volumen de negocios para garantizar que las cifras resultantes reflejen fielmente la realidad económica.

II. CONCEPTO DE EMPRESA AFECTADA

1. General

- (129) Desde el punto de vista de la determinación de la jurisdicción, las empresas afectadas son las empresas participantes en una concentración, es decir, en una fusión o en una adquisición de control contempladas en el artículo 3, apartado 1. El volumen de negocios individual y total de dichas empresas será decisivo para determinar si se alcanzan los umbrales.
- (130) Una vez identificadas las empresas afectadas en una operación concreta, ha de calcularse su volumen de negocios para determinar la jurisdicción competente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de concentraciones. El artículo 5, apartado 4, establece criterios detallados para identificar a las empresas cuyo volumen de negocios pueda atribuirse a la empresa afectada por existir determinados vínculos directos o indirectos con ella. La intención del legislador fue establecer unas normas concretas que, consideradas en conjunto, pudieran utilizarse para determinar el concepto de «grupo» a efectos de los umbrales del volumen de negocios del Reglamento de concentraciones. El término «grupo» se utilizará en las siguientes secciones exclusivamente para referirse a la reunión de empresas cuyas relaciones con la empresa afectada responden a los términos de uno o varios de los párrafos del artículo 5, apartado 4, del Reglamento de concentraciones.
- (131) El concepto de empresas afectadas con arreglo a los artículos 1 y 5 no ha de confundirse con otros términos empleados en el Reglamento de concentraciones y en el 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 (en lo sucesivo, «el Reglamento de aplicación») ⁽¹⁰⁶⁾, para referirse a las diversas empresas que pueden intervenir en un procedimiento. Estos otros términos son: partes notificantes, otras partes afectadas, terceros y partes a las que se tenga previsto imponer una multa o una multa coercitiva y están definidos en el capítulo IV del Reglamento de aplicación, junto con sus respectivos derechos y obligaciones.

2. Fusiones

- (132) En una fusión, las empresas afectadas son cada una de las entidades que se fusionan.

3. Adquisición del control

- (133) En los demás casos, será el concepto de «adquisición de control» el que determine cuáles son las empresas afectadas. En el lado adquirente pueden encontrarse una o varias empresas, que adquieran el control exclusivo o conjunto. En cuanto a las partes adquiridas, puede tratarse de una o varias empresas consideradas en su conjunto o de partes de las mismas. Como norma, se considera que cada una de estas empresas es empresa afectada en el sentido del Reglamento de concentraciones.

Adquisición del control exclusivo

- (134) La adquisición del control exclusivo de toda una empresa es el supuesto más simple de adquisición de control. Las empresas afectadas serán la empresa adquirente y la empresa objetivo.

⁽¹⁰⁶⁾ DO L 133 de 30.4.2004, p. 1.

- (135) Cuando la empresa objetivo sea adquirida por un grupo a través de una de sus filiales, las empresas afectadas serán la empresa objetivo y la filial adquirente si no es un mero instrumento para efectuar la adquisición. No obstante, aun cuando la filial es normalmente la empresa afectada a efectos de calcular el volumen de negocios, se incluirá en el cálculo del umbral el volumen de negocios de todas las empresas con las que tenga vínculos la empresa afectada, como se explica en el artículo 5, apartado 4. A este respecto, el grupo se considera una única entidad económica y las distintas empresas pertenecientes al mismo grupo no pueden ser consideradas como empresas afectadas distintas a efectos jurisdiccionales con arreglo al Reglamento de concentraciones. La notificación puede efectuarla la filial o la empresa matriz.

Adquisición de parte de una empresa y operaciones escalonadas — Artículo 5, apartado 2

- (136) En el artículo 5, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones se establece que, cuando la operación consista en la adquisición de parte de una o varias empresas, únicamente se tomarán en consideración, con respecto al vendedor, las partes que sean objeto de la transacción. Las posibles repercusiones de la operación en el mercado dependerán exclusivamente de la combinación de los recursos económicos y financieros objeto de la transacción con los del adquirente, y en modo alguno de la actividad restante del vendedor. En este caso, las empresas afectadas serán el adquirente o adquirentes y la parte o partes adquiridas de la empresa objetivo, pero no se tendrá en cuenta las restantes actividades del vendedor.
- (137) El artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, contiene una regla especial relativa a las operaciones escalonadas o continuas. Las concentraciones anteriores (las efectuadas en los dos años precedentes) en las que participaran las mismas partes deben notificarse o volverse a notificar con la transacción más reciente, siempre que ésta constituya una concentración, si se alcanzan los umbrales tanto en una como en varias de las transacciones de forma aislada o acumulativa. En este caso, las empresas afectadas son el adquirente o adquirentes y las distintas partes adquiridas de la empresa objetivo considerada en su conjunto.

Transformación del control conjunto en control exclusivo

- (138) Si la adquisición del control se produce mediante la transformación del control conjunto en control exclusivo, generalmente un accionista adquiere la participación que antes correspondía al otro (u otros). En este caso, las empresas afectadas son el accionista que adquiere la empresa y la empresa en participación. Al igual que cualquier otro vendedor, el accionista «saliente» no es una empresa afectada ⁽¹⁰⁷⁾.

Adquisición del control conjunto

- (139) En caso de adquisición del control conjunto de una empresa de nueva creación, las empresas afectadas son cada una de las que adquieren el control de la nueva empresa en participación (que no puede considerarse empresa afectada por no existir todavía, aparte de que carece aún de un volumen de negocios propio). La misma norma se aplica cuando una empresa aporta una filial o una actividad que ya existían (sobre la que anteriormente ejercía el control exclusivo) a una empresa en participación de nueva creación. En esas circunstancias, cada una de las empresas controladas conjuntamente se considera empresa afectada mientras que toda compañía o actividad aportada a la empresa en participación no es una empresa afectada y su volumen de negocios es parte del volumen de negocios de la empresa matriz inicial.
- (140) La situación es distinta si las empresas adquieren el control conjunto de una empresa o actividad que ya existía. Las empresas afectadas son cada una de las empresas que adquieren el control conjunto, por un lado, y la empresa o la actividad preexistentes adquiridas, por otro.
- (141) La adquisición de una compañía para proceder inmediatamente al reparto de sus activos, en la mayoría de los casos, como se ha explicado en el apartado 32, no se considera una adquisición del control conjunto de la totalidad de la empresa objetivo sino la adquisición del control exclusivo por cada uno de los adquirentes finales de las partes respectivas de la empresa objetivo. Al igual que en la adquisición del control exclusivo, las empresas afectadas son las empresas adquirentes y las partes adquiridas en cada una de las transacciones.

⁽¹⁰⁷⁾ Asunto IV/M.023 — ICI/Tioxide, de 28 de noviembre de 1990.

Modificación de los accionistas que ejercen el control conjunto de una empresa en participación ya existente

- (142) Como se ha explicado anteriormente, puede haber obligación de notificar una concentración cuando se produzca un cambio en la naturaleza del control en una estructura de control conjunto debido a la incorporación de nuevos accionistas con control, independientemente de si sustituyen o no a otros accionistas con control.
- (143) En el caso en el que uno o varios accionistas adquieran el control, bien por la incorporación o la sustitución de uno o varios accionistas, en una situación de control conjunto tanto antes como después de la operación, las empresas afectadas serán los accionistas (tanto antiguos como nuevos) que ejercen el control conjunto y la propia empresa en participación ⁽¹⁰⁸⁾. Por una parte, al igual que en la adquisición del control conjunto de una empresa existente, la propia empresa en participación puede considerarse una empresa afectada puesto que es una empresa que ya existía. Por otra, como se ha explicado, la incorporación de nuevos accionistas no sólo es de por sí una nueva adquisición de control, sino que además provoca un cambio en la naturaleza del control para el resto de los accionistas ya que la naturaleza del control de la empresa en participación viene determinada por la identidad y la composición de los accionistas que ejercen el control y, por tanto, también por la relación existente entre ellos. Además, el Reglamento de concentraciones considera una empresa en participación como una combinación de los recursos económicos de las empresas matrices con los de la empresa en participación si ésta genera ya un volumen de negocios en el mercado. Por estas razones, los accionistas con control que se acaban de incorporar son empresas afectadas junto con los restantes accionistas que ejercen el control. Debido al cambio de la naturaleza del control, se considera que todos ellos efectúan la adquisición del control.
- (144) Dado que el artículo 4, apartado 2, primera frase, del Reglamento de concentraciones establece que todas las adquisiciones de control conjunto serán notificadas conjuntamente por las empresas que adquieren el control conjunto, los accionistas antiguos y nuevos en principio tienen que notificar conjuntamente la concentración surgida de tales cambios en las situaciones de control conjunto.

Adquisición del control por una empresa en participación

- (145) Cuando una empresa en participación adquiere el control de otra empresa, se plantea la cuestión de si la empresa en participación ha de considerarse como la empresa afectada (cuyo volumen de negocios incluiría el de sus matrices) o si cada una de sus matrices constituye una empresa afectada distinta. Esta cuestión podría ser decisiva a efectos de jurisdicción ⁽¹⁰⁹⁾. Mientras que, en principio, la empresa afectada es la empresa en participación como participante directa en la adquisición del control, puede darse el caso de que las empresas creen compañías intermediarias y las empresas matrices sean consideradas individualmente como empresas afectadas. En este tipo de situaciones, la Comisión analizará la realidad económica de la operación para determinar cuáles son las empresas afectadas.
- (146) Cuando quien realice la adquisición sea una empresa en participación que desempeñe funciones plenas, de las características expuestas, que ya funcione en el mismo mercado, la Comisión, en principio, considerará que las empresas afectadas son la propia empresa en participación y la empresa objetivo (y no las empresas matrices de la empresa en participación).

⁽¹⁰⁸⁾ Véase el asunto IV/M.376 — Synthomer/Yule Catto, de 22 de octubre de 1993.

⁽¹⁰⁹⁾ Supongamos la situación siguiente: La empresa objetivo realiza un volumen de negocios total en la Comunidad inferior a 250 millones EUR, y que las adquirentes son dos (o más) empresas que realizan, cada una, un volumen de negocios en la Comunidad superior a 250 millones EUR. Si la empresa objetivo es adquirida por una empresa intermediaria creada por las adquirentes, únicamente habría una empresa (la intermediaria) con un volumen de negocios en la Comunidad superior a 250 millones EUR, con lo que no se cumpliría uno de los requisitos acumulativos de volumen de negocios que determinan la competencia de la Comunidad (a saber, que por lo menos dos empresas realicen un volumen de negocios en la Comunidad superior a 250 millones EUR). Si, en lugar de actuar a través de una empresa intermediaria, las partes adquirentes adquirieran por sí mismas la empresa objetivo, se alcanzaría el umbral de volumen de negocios y sería de aplicación el Reglamento sobre concentraciones. Idénticas consideraciones regirán en lo que respecta a los umbrales de volumen de negocios nacional a que se refiere el artículo 1, apartado 3.

- (147) A la inversa, cuando la empresa en participación pueda calificarse de mero instrumento de las empresas matrices para efectuar una adquisición, la Comisión considerará que las empresas afectadas son cada una de estas matrices, y no la empresa en participación, junto con la empresa objetivo. En concreto, esta situación se dará cuando la empresa en participación haya sido creada específicamente para adquirir la empresa objetivo o aún no haya comenzado a funcionar, cuando una empresa en participación existente no desempeñe funciones plenas conforme a la definición anterior, o cuando la empresa en participación sea una asociación de empresas. Lo mismo ocurrirá cuando haya elementos que demuestren que las empresas matrices son las verdaderas artífices de la operación. Estos elementos pueden incluir un alto grado de participación de las propias empresas matrices en la iniciativa, organización y financiación de la operación. En tales casos, deberá considerarse que las empresas afectadas son las empresas matrices.

Disolución de empresas en participación y permuta de activos

- (148) Cuando dos (o más) empresas disuelven una empresa en participación y se reparten los activos (constitutivos de actividad), normalmente se considerará como más de una adquisición de control, como se ha explicado en el apartado 41. Por ejemplo, las empresas A y B constituyen una empresa en participación y posteriormente la dividen, en particular con una nueva configuración de los activos. La disolución de la empresa en participación implica el paso del control conjunto sobre la totalidad de los activos de la empresa en participación al control exclusivo sobre los activos repartidos entre cada una de las empresas adquirentes ⁽¹¹⁰⁾.

- (149) En cada una de las operaciones de disolución, y de acuerdo con las consideraciones formuladas a propósito de la adquisición del control exclusivo, las empresas afectadas serán, por un lado, la parte adquirente y, por otro, los activos que adquiera esta empresa.

- (150) Similar a esta situación es aquella en la que dos (o más) empresas permutan activos que constituyen una actividad para cada una de las partes. En este caso, cada adquisición de control se considera una adquisición independiente de control exclusivo. Las empresas afectadas serán, en cada transacción, las empresas adquirentes y las empresas o activos adquiridos.

Adquisición del control por personas físicas

- (151) El control puede también ser adquirido por personas físicas, con arreglo al artículo 3 del Reglamento de concentraciones, si estas personas realizan ellas mismas otras actividades económicas (y, por tanto, están consideradas como empresas económicas por derecho propio) o si controlan otra u otras empresas económicas. En tal situación, las empresas afectadas son la empresa objetivo y el particular adquirente (en el cálculo del volumen de negocios de la persona física se incluirá el volumen de negocios de las empresas controladas por ésta en la medida en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 5, apartado 4) ⁽¹¹¹⁾.

- (152) La adquisición del control de una empresa por sus propios directivos constituye también una adquisición por personas físicas, y también es pertinente el apartado 151. No obstante, los directivos de la empresa pueden poner en común sus intereses a través de una empresa instrumental, con el fin de actuar al unísono y facilitar la toma de decisiones. Esa empresa instrumental puede ser empresa afectada, aunque no necesariamente. Las orientaciones generales dadas en los apartados 145 a 147 sobre las adquisiciones de control por una empresa en participación se aplican también en este caso.

⁽¹¹⁰⁾ Véanse los asuntos paralelos COMP/M.3293 — Shell/BEB y COMP/M.3294 — ExxonMobil/BEB, de 20 de noviembre de 2003; asunto IV/M.197 — Solvay-Laporte, de 30 de abril de 1992.

⁽¹¹¹⁾ Véase el asunto IV/M.082 — Asko/Jacobs/Adia, de 16 de mayo de 1991, en el que un particular con otras actividades económicas adquirió el control conjunto de una empresa y se le consideró empresa afectada.

Adquisición del control por una empresa de propiedad estatal

- (153) Como se ha explicado, una fusión o una adquisición de control entre dos empresas propiedad ambas del mismo Estado (o del mismo organismo público) pueden constituir una concentración si anteriormente las empresas formaban parte de entidades económicas distintas dotadas de un poder de decisión autónomo. En caso afirmativo, las dos serán consideradas empresas afectadas, aunque ambas sean propiedad del mismo Estado ⁽¹¹²⁾.

III. FECHA RELEVANTE A EFECTOS DE ESTABLECER LA JURISDICCIÓN

- (154) La situación jurídica a efectos de establecer la jurisdicción de la Comisión ha cambiado con el Reglamento de concentraciones refundido. Con arreglo al antiguo Reglamento de concentraciones, la fecha relevante era el acontecimiento que origina la notificación en virtud del artículo 4, apartado 1 —la conclusión del acuerdo, la publicación de la oferta de compra o de canje, o la adquisición de una participación de control— o, como máximo, el momento en el que las partes estaban obligadas a presentar una notificación (es decir, una semana después del acontecimiento que origina la notificación) ⁽¹¹³⁾.
- (155) Con arreglo al Reglamento de concentraciones refundido, las partes ya no están obligadas a notificar en un plazo de tiempo determinado (siempre que no ejecuten la concentración prevista antes de la notificación). Además, según el artículo 4, apartado 1, párrafo segundo, las empresas afectadas pueden ya notificar la transacción basándose en su intención de buena fe de concluir un acuerdo, o, en el caso de una oferta pública de adquisición, cuando hayan anunciado públicamente su intención de presentar tal oferta. En el momento de la notificación a más tardar, la Comisión —así como las autoridades nacionales de competencia— debe poder determinar su jurisdicción. El artículo 4, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones dispone que, generalmente, deberán notificarse las concentraciones en cuanto se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control. Por tanto, las fechas en que se producen estos hechos siguen siendo decisivas con arreglo al Reglamento de concentraciones refundido para determinar la fecha relevante a efectos de establecer la jurisdicción, de no presentarse una notificación antes de que ocurran los hechos, basada en su intención de buena fe o en una intención hecha pública ⁽¹¹⁴⁾.
- (156) La fecha relevante a efectos de determinar la jurisdicción comunitaria sobre una concentración es, por tanto, la más temprana de las siguientes fechas: la de la conclusión del acuerdo jurídicamente vinculante, la del anuncio de una oferta pública de adquisición o la de la adquisición de una participación de control o la fecha de la primera notificación ⁽¹¹⁵⁾. Por lo que se refiere a la fecha de notificación, se considera como tal una notificación a la Comisión o a la autoridad de un Estado miembro. La fecha relevante debe determinarse, en particular, para saber si las adquisiciones o enajenaciones que se produzcan tras el periodo cubierto por las cuentas correspondientes, pero antes de la fecha relevante, hace necesario realizar ajustes a dichas cuentas de conformidad con los principios expuestos en los apartados 172 y 173.

IV. VOLUMEN DE NEGOCIOS

1. Concepto de volumen de negocios

- (157) El concepto de volumen de negocios utilizado en el artículo 5 del Reglamento de concentraciones comprende «los importes resultantes de la 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.

⁽¹¹²⁾ Véase el considerando 22 del Reglamento de concentraciones, relacionado directamente con el cálculo del volumen de negocios de una empresa de propiedad estatal en el contexto del artículo 5, apartado 4.

⁽¹¹³⁾ Asunto COMP/M.1741 — MCI WorlCom/Sprint, de 28 de junio de 2000.

⁽¹¹⁴⁾ La otra posibilidad de tener que definir el volumen de negocios en la fecha límite en que las partes están obligadas a presentar la notificación (siete días a partir del «acontecimiento que origina la notificación» con arreglo al Reglamento antiguo) no puede utilizarse con el nuevo Reglamento ya que no existe una fecha límite para la notificación.

⁽¹¹⁵⁾ Véanse también las Conclusiones del Abogado General Kokott en el asunto C-202/06: Cementbouw/Comisión, de 26 de abril de 2007, apartado 46 (pendiente de publicación). Sólo el Reglamento de concentraciones refundido ofrece la posibilidad de tener en cuenta la primera notificación si es anterior a la fecha de la conclusión del acuerdo jurídicamente vinculante, el anuncio de una oferta pública de adquisición o la adquisición de una participación de control, véase la nota 35 de las Conclusiones.

- (158) 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.
- (159) En otros ámbitos, este principio general tal vez deba ser adaptado a las condiciones específicas del servicio prestado. En determinados ramos de actividad (tales como paquetes turísticos y publicidad), el servicio puede venderse por mediación de terceros ⁽¹¹⁶⁾. Incluso si el intermediario factura el importe total al cliente final, el volumen de negocios de la empresa que actúa como intermediaria consiste exclusivamente en el importe de su comisión. En el caso de los paquetes turísticos, el importe total pagado por el usuario final se asigna posteriormente al operador turístico que utiliza la agencia de viajes como red de distribución. En el caso de la publicidad, sólo los importes cobrados (sin la comisión) se considera que constituyen el volumen de negocios de la cadena de televisión o de la publicación puesto que las agencias de medios de comunicación, como intermediarias, no constituyen un canal de distribución para los vendedores de espacios publicitarios, sino que son elegidas por los clientes, es decir, las empresas que desean anunciarse.
- (160) Los ejemplos citados muestran que, dada la diversidad de servicios, pueden plantearse muchas situaciones distintas y que las relaciones jurídicas y económicas subyacentes deben analizarse cuidadosamente. De igual modo, pueden plantearse situaciones específicas en cuanto al cálculo del volumen de negocios en el ámbito crediticio, de los servicios financieros y de los seguros. Estas cuestiones se tratarán en la sección VI.

2. Actividades ordinarias

- (161) 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 concentraciones ⁽¹¹⁷⁾.
- (162) Los ingresos no tienen necesariamente que proceder del cliente de los productos o servicios. En cuanto a las ayudas concedidas a empresas por organismos públicos, toda ayuda debe ser incluida en el cálculo del volumen de negocios si la beneficiaria de la ayuda es la propia empresa y si la ayuda está directamente vinculada a la venta de productos y la prestación de servicios por parte de la empresa. La ayuda es, por tanto, un ingreso de la empresa procedente de la venta de productos o prestación de servicios añadida al precio pagado por el consumidor ⁽¹¹⁸⁾.
- (163) El cálculo del volumen de negocios de una unidad empresarial que anteriormente sólo haya tenido ingresos internos suscita cuestiones específicas. Puede ser el caso en particular de las transacciones en las que haya externalización de servicios mediante transferencia de una unidad empresarial. Si dicha transacción constituye una concentración basándose en las consideraciones expuestas en los apartados 25 y siguientes de la presente Comunicación, la Comisión acostumbra a calcular el volumen de negocios basándose en el volumen de negocios interno anterior o en precios de fijados oficialmente,

⁽¹¹⁶⁾ Una empresa generalmente no actúa como intermediario si vende productos por medio de un acto mercantil que implica una transmisión de la propiedad, sentencia de 14 de julio de 2006 en el asunto T-417/05: Endesa/Comisión, apartado 213, Rec. 2006, p-II-2533.

⁽¹¹⁷⁾ 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 resultados de Wagons-Lits.

⁽¹¹⁸⁾ Véase el asunto IV/M.156 — Cereol/Continentale Italiana, de 27 de noviembre de 1991. En este caso, la Comisión excluyó la ayuda comunitaria al calcular el volumen de negocios por considerar que dicha ayuda no estaba destinada a apoyar la venta de los productos fabricados por una de las empresas participantes en la concentración, sino a los productores de las materias primas (granos) utilizadas por dicha empresa, especializada en la trituración de granos.

en el caso de que existan (por ejemplo, en el sector del petróleo). Cuando el volumen de negocios interno anterior no parece corresponder a una valoración de mercado de las actividades en cuestión (y, por tanto, al futuro volumen de negocios esperado en el mercado), la estimación de los ingresos basada en un acuerdo con la antigua empresa matriz puede ser suficientemente representativa.

3. Volumen de negocios «neto»

- (164) 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.

3.1. Deducción de descuentos, impuestos y gravámenes

- (165) 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, reducciones o bonificaciones concedidas por la empresa a sus clientes y que tienen un reflejo directo en el importe de las ventas.
- (166) 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.

3.2. Tratamiento del volumen de negocios «interno»

- (167) El artículo 5, apartado 1, párrafo primero, dispone que «el volumen de negocios total de una empresa afectada no tendrá en cuenta las transacciones que hayan tenido lugar entre las empresas contempladas en el apartado 4 del presente artículo», es decir, el grupo al que pertenece la empresa afectada. Se trata, en definitiva, de excluir el producto de las relaciones comerciales intragrupalas, con objeto de evaluar el peso económico real de cada entidad representado por su volumen de negocios en el mercado. Así pues, los «importes» que el Reglamento de concentraciones contempla son los que representan exclusivamente el conjunto de las transacciones que hayan tenido lugar entre el grupo de empresas y terceros.
- (168) El artículo 5, apartado 5, letra a), del Reglamento de concentraciones aplica el principio de que debe evitarse la doble contabilidad, específicamente cuando dos o más empresas afectadas en una concentración tienen conjuntamente los derechos o poderes enumerados en el artículo 5, apartado 4, letra b), en otra empresa. Con arreglo a esta disposición, no se tendrá en cuenta el volumen de negocios correspondiente a la venta de productos o la prestación de servicios realizada entre la empresa en participación y cada una de las empresas afectadas (o cualquier otra empresa vinculada a cualquiera de ellas en el sentido del artículo 5, apartado 4). Por lo que se refiere a empresas en participación entre empresas afectadas y terceros, en la medida en que su volumen de negocios sea tenido en cuenta con arreglo al artículo 5, apartado 4, letra b), como se expone en el apartado 181, el volumen de negocios generado por las ventas entre la empresa en participación y la empresa afectada (así como las empresas vinculadas a la empresa afectada según los criterios establecidos en el artículo 5, apartado 4) no se tendrá en cuenta con arreglo al artículo 5, apartado 1.

4. Cálculo del volumen de negocios y contabilidad financiera

4.1. Norma general

- (169) 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⁽¹¹⁹⁾. Sólo deberá hacerse un ajuste de las cuentas auditadas si así lo exigen las disposiciones del Reglamento de concentraciones, incluidos los casos que se explican con más detalle en el apartado 172.

⁽¹¹⁹⁾ Véase el asunto COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa, de 15 de noviembre de 2005; confirmado por la sentencia de 14 de julio de 2006 en el asunto T-417/05: Endesa/Comisión, apartados 128 y 131, Rec. 2006, p-II-2533.

- (170) La Comisión es reacia a utilizar cuentas de gestión o cualquier otro tipo de cuentas provisionales, salvo en circunstancias excepcionales ⁽¹²⁰⁾. 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.
- (171) A pesar de la norma general, cuando existan diferencias importantes entre las normas contables comunitarias y las de terceros países, la Comisión puede considerar necesario que se reelaboren dichas cuentas de conformidad con las disposiciones comunitarias al respecto.

4.2. *Ajustes posteriores a la fecha de las últimas cuentas auditadas*

- (172) Sin perjuicio de todo lo anterior, siempre deberá hacerse un ajuste para tener en cuenta los cambios permanentes en la realidad económica de las empresas afectadas, tales como adquisiciones o enajenaciones que no queden reflejadas, o no plenamente, en las cuentas auditadas. Tales cambios deben tomarse en cuenta para determinar los verdaderos recursos que se concentran y reflejar mejor la situación económica de las empresas afectadas. Estos ajustes son sólo de carácter selectivo y no contradicen el principio de que debería existir un mecanismo simple y objetivo para determinar la jurisdicción de la Comisión ya que no requieren una completa revisión de las cuentas auditadas ⁽¹²¹⁾. En primer lugar, el ajuste se aplica a las adquisiciones, enajenaciones o cierre de parte de actividad con posterioridad a la fecha de las cuentas auditadas. El ajuste es pertinente si una empresa concluye una transacción relativa a la enajenación y cierre de parte de su actividad en un momento anterior a la fecha relevante para establecer la jurisdicción (véase el apartado 154) o cuando la operación está condicionada a tal enajenación o cierre de actividad ⁽¹²²⁾. En este caso, el volumen de negocios que se asignará a esa parte de la actividad debe sustraerse del volumen de negocios de la parte notificante que figura en sus últimas cuentas auditadas. Si se firma un acuerdo para la venta de parte de su actividad pero todavía no se ha concluido la venta (en otras palabras, su ejecución jurídica y la transferencia del título legal de las acciones o activos adquiridos), este cambio no se tiene en cuenta ⁽¹²³⁾, a menos que la venta sea un prerequisite para la operación notificada. Por el contrario, el volumen de negocios de aquellas actividades cuya adquisición se ha cerrado con posterioridad a la elaboración de las cuentas auditadas más recientes, pero antes de la fecha relevante para establecer la jurisdicción, deberá añadirse al volumen de negocios de la empresa a efectos de notificación.
- (173) En segundo lugar, puede ser también necesario un ajuste en el caso de las adquisiciones, enajenaciones o cierres de parte de actividad que hayan tenido lugar durante el ejercicio al que se refieran las cuentas auditadas. Si se efectúan adquisiciones, enajenaciones o cierres de parte de su actividad durante este periodo, el cambio en los recursos económicos podría reflejarse sólo parcialmente en las cuentas auditadas de la empresa afectada. Puesto que el volumen de negocios de las actividades adquiridas sólo puede incluirse en la contabilidad a partir del momento de su adquisición, la contabilidad podría no reflejar plenamente el volumen de negocios anual de la actividad adquirida. Por el contrario, el volumen de negocios de las actividades enajenadas o cerradas puede seguir estando incluido en las cuentas auditadas hasta el momento de su enajenación o cierre efectivo. En estos casos, deben hacerse ajustes para suprimir de las cuentas auditadas el volumen de negocios generado por las actividades enajenadas o cerradas hasta el momento de la desconsolidación y añadir el volumen de negocios que hayan generado las actividades adquiridas en el ejercicio hasta el momento en que se hayan consolidado en las cuentas. Como resultado, el volumen de negocios de las actividades cedidas o cerradas debe excluirse por completo y debe incluirse el volumen anual total de las actividades adquiridas.

⁽¹²⁰⁾ Véase el asunto COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa, de 15 de noviembre de 2005; confirmado por la sentencia de 14 de julio de 2006 en el asunto T-417/05: Endesa/Comisión, apartados 176 y 179, Rec. 2006, p-II-2533.

⁽¹²¹⁾ Sentencia de 14 de julio de 2006 en el asunto T-417/05: Endesa/Comisión, apartado 209, Rec. 2006, p-II-2533.

⁽¹²²⁾ Véase la sentencia en el asunto T-3/93, Air France/Comisión, Rec. 1994, p. II-121, apartados 100 y ss., en relación con el asunto IV/M.278 — British Airways/Dan Air; asunto IV/M.588 — Ingersoll-Rand/Clark Equipment.

⁽¹²³⁾ Asunto IV/M.632 — Rhône Poulenc Rorer/Fisons, de 21 de septiembre de 1995; asunto COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, de 28 de junio de 2000.

(174) Al calcular el volumen de negocios no se tendrán en cuenta, sin embargo, otros factores que pueden influir en el mismo de manera temporal durante el período que antecede a la transacción, como, por ejemplo, una disminución de los pedidos del producto considerado o una desaceleración del proceso de producción. Las cuentas definitivas no se ajustarán con objeto de reflejar dichos factores.

5. Asignación del volumen de negocios con arreglo al artículo 5, apartado 4

5.1. Designación de las empresas cuyo volumen de negocios debe tenerse en cuenta

(175) Cuando una empresa afectada por una concentración pertenece a un grupo, no se considera únicamente el volumen de negocios de la empresa afectada, sino que el Reglamento de concentraciones exige que se tome también en cuenta el volumen de negocios de aquellas empresas con las que la empresa afectada tenga vínculos consistentes en los derechos o facultades enumerados en el artículo 5, apartado 4, para determinar si se alcanzan los umbrales fijados en el artículo 1 del Reglamento de concentraciones. También en este caso, el objeto es determinar el volumen total de los recursos económicos que se combinan mediante la operación, independientemente de si las actividades económicas las realiza directamente la empresa afectada o son realizadas indirectamente por empresas con las que la empresa afectada mantiene los vínculos descritos en el artículo 5, apartado 4.

(176) El Reglamento de concentraciones no delimita el concepto de un grupo en una única definición abstracta, sino que expone algunos derechos o facultades en el artículo 5, apartado 4, letra b). Si una empresa afectada directa o indirectamente tiene tales vínculos con otras empresas, éstas deben considerarse como parte de su grupo a efectos del cálculo del volumen de negocios con arreglo al Reglamento de concentraciones.

(177) El artículo 5, apartado 4, establece lo siguiente:

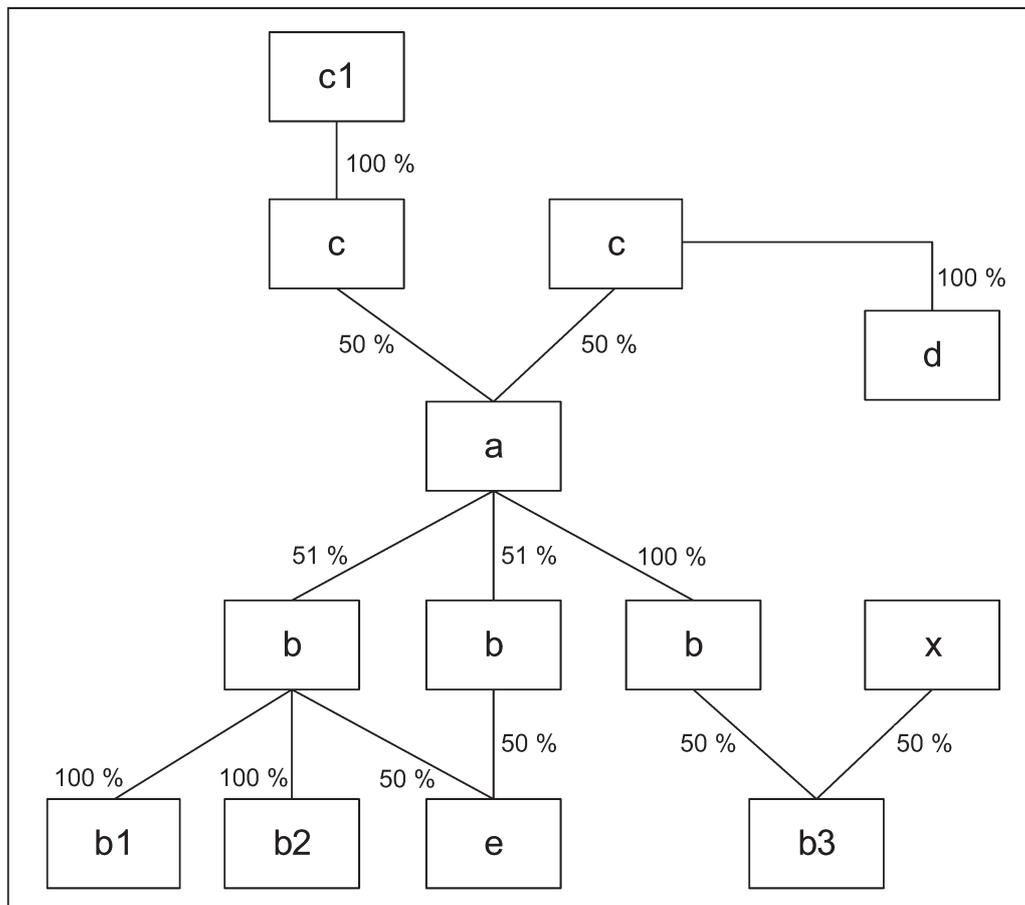
«Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 (adquisiciones de partes de empresas), para el cálculo del volumen de negocios de la empresa afectada, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 1, se sumarán los volúmenes de negocios de las empresas siguientes:

- a) la empresa afectada;
- b) las empresas en las que la empresa afectada disponga, directa o indirectamente:
 - i) de más de la mitad del capital o del capital circulante, o
 - ii) del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto, o
 - iii) del poder de designar a más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o
 - iv) del derecho a dirigir las actividades de la empresa;
- c) las empresas que dispongan, en la empresa afectada, de los derechos o facultades enumerados en la letra b);
- d) las empresas en las que una empresa de las contempladas en la letra c) disponga de los derechos o facultades enumerados en la letra b);
- e) las empresas en las que dos o más empresas de las contempladas en las letras a) a d) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enumerados en la letra b).».

A una empresa que tenga en otra empresa los derechos y facultades citados en el artículo 5, apartado 4, letra b), se la denominará «matriz» de la anterior en la presente sección de esta Comunicación que aborda el cálculo del volumen de negocios, mientras que a esta última se la denominará «filial» de aquélla. En resumen, el artículo 5, apartado 4, dispone, por tanto, que el volumen de negocios de la empresa afectada por la concentración [letra a)] debería incluir el de sus filiales [letra b)], el de sus sociedades matrices [letra c)], el de las demás filiales de sus sociedades matrices [letra d)] y el de cualquier otra empresa detentada conjuntamente por dos o más de las sociedades mencionadas en las letras a) a d) [letra e)].

(178) A continuación se presenta un ejemplo gráfico:

La empresa afectada y su grupo



- a: Empresa afectada ⁽¹²⁴⁾
- b: Sus filiales, empresas detentadas conjuntamente junto con terceros (b3) y sus propias filiales (b1 y b2)
- c: Sociedades matrices de la empresa afectada y las matrices de éstas (c1)
- d: Otras filiales de las sociedades matrices de la empresa afectada
- e: Empresas detentadas conjuntamente por dos (o más) empresas del grupo
- x: Terceros

Nota: Las letras a-e utilizadas se corresponden con las letras del artículo 5, apartado 4. Los porcentajes expuestos en el gráfico se refieren al porcentaje de derechos de voto detentados por la sociedad matriz respectiva.

(179) Los derechos o facultades enumerados en el artículo 5, apartado 4, letra b), incisos i) a iii), pueden identificarse de forma bastante sencilla ya que se refieren a umbrales cuantitativos. Se alcanzan estos umbrales si la empresa afectada dispone de más de la mitad del capital o del capital circulante de otras empresas, cuenta con más de la mitad de los derechos de voto o tiene legalmente el poder de designar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración en otras empresas. No obstante, los umbrales también se alcanzan si la empresa afectada tiene, *de facto*, el poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta de accionistas o el poder de designar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración en otras empresas ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁴⁾ En el gráfico se supone que la propia empresa en participación es la empresa afectada según los criterios expuestos en el apartado 146 (adquisición por una empresa en participación que desempeñe funciones plenas y funcione en el mismo mercado).

⁽¹²⁵⁾ Asunto IV/M.187 — Ifint/Exor, de 2 de marzo de 1992; asunto IV/M.062 — Eridania/ISI, de 30 de julio de 1991.

- (180) La disposición del artículo 5, apartado 4, letra b), inciso iv), se refiere al derecho a dirigir las actividades de la empresa. Este derecho existe en virtud del Derecho de sociedades, en concreto se basa en contratos organizativos tales como los «Beherrschungsvertrag» en la legislación alemana, en acuerdos de arrendamiento de industria o en la estructura organizativa del socio colectivo en una sociedad comanditaria ⁽¹²⁶⁾. No obstante, el «derecho a dirigir» también puede ser consecuencia del hecho de poseer unos derechos de voto (por sí solo o en combinación con acuerdos contractuales tales como un acuerdo de accionistas) que permita de forma estable, *de jure*, determinar el comportamiento estratégico de una empresa.
- (181) El derecho a dirigir abarca también situaciones en las que la empresa afectada comparte el derecho a dirigir las actividades de la empresa con terceros ⁽¹²⁷⁾. La idea subyacente es que las empresas que ejercen el control conjunto tienen conjuntamente el derecho a dirigir las actividades de la empresa controlada, aun cuando cada una de ellas individualmente pueda tener esos derechos sólo en sentido negativo, es decir, como derechos de veto. En el ejemplo, se toma en cuenta la empresa (b3), que está controlada conjuntamente por la empresa afectada (a) y un tercero (x), ya que tanto (a) como (x) tienen derechos de veto en (b3) por poseer una participación idéntica en (b3) ⁽¹²⁸⁾. En virtud del artículo 5, apartado 4, letra b), inciso iv), la Comisión sólo tiene en cuenta aquellas empresas en participación en las que la empresa afectada y los terceros tienen *de jure* derechos que les confieren un derecho inequívoco a dirigir. La inclusión de empresas en participación se limita, por tanto, a situaciones en las que la empresa afectada y terceros tienen un derecho conjunto a dirigir basado en un acuerdo, por ejemplo, un acuerdo de accionistas, o cuando la empresa afectada y un tercero tienen idénticos derechos de voto porque tienen derecho a designar un número igual de miembros en los órganos decisorios de la empresa en participación.
- (182) Asimismo, cuando la empresa afectada esté bajo el control conjunto de dos o más sociedades, esto es, cuando la gestión de su actividad requiera el acuerdo de todas y cada una de las empresas, se incluirá el volumen de negocios de todas ellas. En el ejemplo anterior, se tendrán en cuenta las dos sociedades matrices (c) de la empresa afectada (a), así como sus propias sociedades matrices (c1 en el ejemplo). Esta interpretación resulta de la remisión del artículo 5, apartado 4, letra c), que aborda este caso, al artículo 5, apartado 4, letra b), que se aplica a las empresas controladas conjuntamente, como se expone en el apartado anterior.
- (183) Cuando cualquiera de las empresas señaladas con arreglo al artículo 5, apartado 4, mantenga, además, con otras empresas, los vínculos expuestos en el artículo 5, apartado 4, estas empresas deberá también incluirse en el cálculo. En el ejemplo, una de las filiales de la empresa afectada (a) [(denominada (b))] tiene a su vez sus propias filiales (b1) y (b2) y una de las sociedades matrices [(denominada (c))] tiene su propia filial (d).
- (184) El artículo 5, apartado 4, establece criterios específicos para determinar las empresas cuyo volumen de negocios puede ser asignado a la empresa afectada. Estos criterios, incluido el derecho a dirigir las actividades de la empresa, no son coextensivos con el concepto de control del artículo 3, apartado 2. Existen diferencias significativas entre los artículos 3 y 5, puesto que estas disposiciones desempeñan papeles distintos. Las diferencias son más evidentes en el ámbito del control *de facto*. Mientras que según el artículo 3, apartado 2, incluso una situación de dependencia económica puede llevar *de facto* a la adquisición de control (véase con más detalle anteriormente), una filial controlada en exclusiva sólo se tiene en cuenta *de facto* con arreglo al artículo 5, apartado 4, letra b), si queda demostrado claramente que la empresa afectada tiene el poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto o de designar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración. Por lo que se refiere a los supuestos de control conjunto, el artículo 5, apartado 4, letra b), inciso iv), abarca aquellos supuestos en los que las empresas que ejercen el control conjuntamente tienen derecho a dirigir las actividades de la empresa basándose en sus derechos de veto individuales. No obstante, el artículo 5, apartado 4, no abarcaría las situaciones en las que el control conjunto *de facto* se produce por el alto grado de coincidencia de los intereses de accionistas minoritarios de la empresa en participación basándose en el nivel de asistencia a la junta de accionistas. La diferencia se refleja en el hecho de que el artículo 5, apartado 4, letra b), inciso iv), se refiere al *derecho* a dirigir las actividades de la empresa y no al *poder* [como en la letra b), incisos ii) y iii)] y se explica por la necesidad de precisión y certeza en los criterios utilizados para calcular el volumen de negocios de manera que la jurisdicción pueda verificarse fácilmente. En virtud del artículo 3,

⁽¹²⁶⁾ Asunto IV/M.126, Accor/Wagons-Lits, de 28 de abril de 1992.

⁽¹²⁷⁾ Asunto COMP/M.1741 — MCI WorlCom/Sprint; asunto IV/M. 187 — Ifint/Exor; asunto IV/M.1046 — Ameritech/Tele Danmark.

⁽¹²⁸⁾ No obstante, sólo se toma en cuenta la mitad del volumen de negocios generado por b3, véase el apartado 187.

apartado 3, sin embargo, puede examinarse mucho más a fondo la cuestión de si se produce una concentración. Además, las situaciones de control exclusivo negativo sólo están cubiertas de forma excepcional [si las condiciones del artículo 5, apartado 4, letra b), incisos i)-iii) se cumplen en el caso específico]; el «derecho a dirigir», con arreglo al artículo 5, apartado 4, letra b), inciso iv) no cubre supuestos de control negativo. Por último, el artículo 5, apartado 4, letra b), inciso i), por ejemplo, cubre situaciones en las que el «control» con arreglo al artículo 3, apartado 2, puede no existir.

5.2. *Asignación del volumen de negocios de las empresas señaladas*

- (185) En general, si se cumplen los criterios previstos en el artículo 5, apartado 4, letra b), se tendrá en cuenta el volumen de negocios total de la filial en cuestión, con independencia de la participación que efectivamente tenga la empresa afectada en la filial. En el gráfico, se incluirá el volumen de negocios total de las filiales de la empresa afectada a las que se ha denominado (b);
- (186) No obstante, el Reglamento de concentraciones incluye normas específicas para las empresas en participación. El artículo 5, apartado 5, letra b), dispone que en las empresas en participación de dos o más empresas afectadas, el volumen de negocios de la empresa en participación (siempre que el volumen de negocios esté generado por las actividades con terceros como se explica en el apartado 168) deberá imputarse a partes iguales a las empresas afectadas, independientemente de su participación en el capital o de sus derechos de voto.
- (187) El principio expuesto en el artículo 5, apartado 5, letra b), se sigue por analogía para asignar el volumen de negocios de las empresas en participación entre empresas afectadas y terceros si se toma en cuenta su volumen de negocios con arreglo al artículo 5, apartado 4, letra b), como se explica en el apartado 181. El planteamiento de la Comisión, hasta ahora, ha consistido en asignar a la empresa afectada el volumen de negocios de la empresa en participación con arreglo a una base per capita según el número de empresas que ejercen el control conjunto. En el ejemplo, se toma en cuenta la mitad del volumen de negocios de (b3).
- (188) Las normas del artículo 5, apartado 4 también tienen que adaptarse en las situaciones en que se pasa del control conjunto al control exclusivo para evitar la doble contabilidad del volumen de negocios. Aun si la empresa adquirente tiene derechos o poderes en la empresa en participación que satisfagan los requisitos del artículo 5, apartado 4, el volumen de negocios del accionista que adquiere la empresa debe calcularse sin el volumen de negocios de la empresa en participación, y el volumen de negocios de la empresa en participación ha de tomarse sin el volumen de negocios de dicho accionista.

5.3. *Asignación del volumen de negocios en el caso de fondos de inversión*

- (189) La sociedad de inversión, como se ha explicado en el apartado 15, habitualmente adquiere el control indirecto sobre la cartera de empresas detentada por un fondo de inversión. De la misma manera, puede considerarse que la sociedad de inversión indirectamente tiene los derechos y poderes contemplados en el artículo 5, apartado 4, letra b), en particular, que tiene indirectamente el poder de ejercer los derechos de voto detentados por el fondo de inversión en la cartera de empresas.
- (190) Las mismas consideraciones, expuestas anteriormente con respecto al artículo 3 (apartado 15) pueden también aplicarse si una sociedad de inversión crea diversos fondos de inversión, posiblemente con distintos inversores. Habitualmente, basándose en la estructura organizativa, en particular en los vínculos entre la sociedad de inversión y el socio o socios colectivos de los distintos fondos organizados como sociedades comanditarias, o acuerdos contractuales, especialmente acuerdos consultivos entre el socio colectivo o el fondo de inversión y la sociedad de inversión, la sociedad de inversión tendrá indirectamente la facultad de ejercer los derechos de voto detentados por el fondo de inversión en la cartera de empresas o tendrá indirectamente alguno de los otros poderes o derechos contemplados en el artículo 5, apartado 4, letra b). En esas circunstancias, la sociedad de inversión puede ejercer un dispositivo de control conjunto sobre los distintos fondos que ha creado y la gestión común de los distintos fondos por parte de la sociedad de inversión se señala a menudo mediante el uso de una marca común para los fondos.

- (191) En consecuencia, esa organización de los distintos fondos por parte de la sociedad de inversión puede dar como resultado que el volumen de negocios de toda la cartera de empresas detentada por los distintos fondos sea tenida en cuenta a efectos de evaluar si se alcanzan los umbrales del volumen de negocios del artículo 1 si la sociedad de inversión adquiere el control indirecto de una cartera de empresas a través de alguno de los fondos.

5.4. *Asignación del volumen de negocios en el caso de las empresas de propiedad estatal*

- (192) Por lo que se refiere al cálculo del volumen de negocios de las empresas de propiedad estatal, el artículo 5, apartado 4, debe interpretarse en relación con el considerando 22 del Reglamento de concentraciones. Este considerando dice que «por consiguiente, en el sector público hay que tomar en consideración, a la hora de calcular el volumen de negocios de una empresa que participe en una concentración, a las empresas que constituyan una unidad económica dotada de un poder de decisión autónomo, independientemente de cómo esté configurada la propiedad de su capital o de las normas de tutela administrativa que les sean aplicables» ⁽¹²⁹⁾.
- (193) Este considerando aclara que los Estados miembros (u otros organismos públicos) no se consideran «empresas» con arreglo al artículo 5, apartado 4 simplemente por tener intereses en otras empresas que cumplan las condiciones del artículo 5, apartado 4. Por tanto, a los efectos de calcular el volumen de negocios de empresas de propiedad estatal, sólo se tendrá en cuenta a aquellas empresas que pertenezcan a la misma entidad económica y tengan el mismo poder de decisión autónomo.
- (194) En consecuencia, cuando una empresa de propiedad estatal no esté supeditada a ningún tipo de coordinación con otras sociedades de cartera bajo control estatal, deberá ser considerada independiente en lo que respecta a lo dispuesto en el artículo 5 y no habrá de contabilizarse el volumen de negocios de otras empresas de propiedad estatal. Cuando, sin embargo, varias empresas de propiedad estatal estén sujetas al mismo centro independiente de toma de decisiones empresariales, el volumen de negocios de esas empresas deberá considerarse parte del grupo de la empresa afectada a efectos del artículo 5.

V. ASIGNACIÓN GEOGRÁFICA DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS

- (195) Los umbrales relativos al volumen de negocios comunitario y por 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.»

Norma general

- (196) El Reglamento de concentraciones no distingue entre «productos vendidos» y «servicios prestados» a efectos de la asignación geográfica del volumen de negocios. En ambos casos, la norma general es que el volumen de negocios deberá asignarse al lugar donde esté situado el cliente. El principio subyacente es que el volumen de negocios deberá asignarse al lugar donde se ha producido la competencia con otros posibles proveedores. Este lugar suele ser también el lugar en el que se realiza la acción prevista en el contrato en cuestión, es decir, donde se presta efectivamente el servicio y se entrega efectivamente el producto. En el caso de transacciones por Internet, a la empresa podría resultar difícil determinar la ubicación del cliente en el momento en que se celebró el contrato a través de Internet. Si el producto o el servicio en sí no se presta a través de Internet, puede soslayarse este problema atendiendo al lugar en el que se realiza la acción prevista en el contrato. En los apartados siguientes, la venta de bienes y la prestación de servicios se tratan por separado ya que presentan algunos rasgos distintos por lo que se refiere a la asignación del volumen de negocios.

⁽¹²⁹⁾ Véase también el asunto IV/M.216 — CEA Industrie/France Telecom/Finmeccanica/SGS-Thomson, de 22 de febrero de 1993.

Venta de bienes

- (197) En la venta de bienes, pueden plantearse situaciones especiales en las que el lugar en el que se encontraba el cliente en el momento de celebrar el contrato de compra sea distinto de la dirección en la que se le facturó dicha adquisición y/o el lugar de entrega. En estas situaciones, el lugar en el que se celebró el contrato de compra y el lugar de entrega son más importantes que la dirección en la que se factura dicha compra. Puesto que la entrega es en general la acción característica de la venta de bienes, el lugar de entrega puede incluso prevalecer sobre el lugar en el que se encontraba el cliente en el momento en que se celebró el contrato de compra. Esto dependerá de si se considera el lugar de entrega el lugar en el que se produce la competencia por la venta de bienes o si la competencia se produce más bien en el lugar de residencia del cliente. Si se trata de la venta de bienes muebles, por ejemplo, un automóvil, a un cliente final, el lugar en el que se entrega el coche es decisivo aunque previamente el contrato se celebrara por teléfono o por Internet.
- (198) Se plantea una situación especial en aquellos casos en los que una empresa multinacional tenga una estrategia de compras comunitaria y se abastezca en un único punto. Puesto que una organización central de compras puede revestir diversas formas, es necesario considerar su forma concreta, ya que esto puede determinar cómo asignar el volumen de negocios. Cuando los bienes los compra la organización central de compras, a la que asimismo se entregan, y posteriormente se redistribuyen internamente a distintos establecimientos en diversos Estados miembros, el volumen de negocios se asigna solamente al Estado miembro en el que se encuentra la organización central de compras. En este caso, la competencia se produce en el lugar en que se encuentre la organización central de compras, que es también el lugar en el que se efectúa la acción prevista en el contrato de venta. La situación varía cuando existen vínculos directos entre el vendedor y las distintas filiales. Aquí se incluye el caso en el que la organización central de compras concluya un simple contrato marco pero de los pedidos concretos se encarguen las filiales en los distintos Estados miembros y la entrega se realice a éstas directamente, así como en el caso en el que los pedidos concretos se realicen a través de la organización central de compras pero los productos se entreguen directamente a las filiales. En ambos casos, el volumen de negocios se imputará a los distintos Estados miembros en los que se encuentran las filiales, independientemente de si recibe las facturas y efectúa el pago la organización central de compras o las filiales. La razón es que, en ambos casos, la competencia con otros posibles proveedores se produce en la entrega de productos a las distintas filiales aun cuando el contrato de celebre de forma centralizada. En el primer caso, además, las filiales son las que deciden por sí mismas las cantidades que se entregarán, un elemento esencial para la competencia.

Prestación de servicios

- (199) En los servicios, el Reglamento de concentraciones dispone que es relevante el lugar en que se prestan al cliente. Los servicios de naturaleza transfronteriza pueden clasificarse en tres categorías generales. La primera de ellas comprende los casos en los que se desplaza el prestador de servicios; la segunda los casos en los que se desplaza el cliente. La tercera categoría comprende aquellos casos en los que se presta un servicio sin necesidad de que se desplace ni el prestador del servicio ni el cliente. En las dos primeras categorías, el volumen de negocios generado debe imputarse al lugar de destino del viajero, es decir, el lugar en el que efectivamente se presta el servicio al cliente. En la tercera categoría, el volumen de negocios generalmente se asigna al lugar en que se encuentre el cliente. En el abastecimiento centralizado de servicios, se aplican de forma análoga los principios expuestos para la compra centralizada de bienes.
- (200) Un ejemplo de la primera categoría sería el de una empresa no europea que preste servicios especiales de mantenimiento de aviones a un transportista en un Estado miembro. En este caso, el prestador de servicios se desplaza a la Comunidad, donde se presta el servicio y donde también se produce la competencia por este servicio. Si un turista europeo alquila un coche o reserva un hotel directamente en los Estados Unidos, entra en la segunda categoría, ya que el servicio se presta fuera de la Comunidad y la competencia también se produce entre hoteles y compañías de alquiler de coches en la localidad elegida. Sin embargo, en el caso de los paquetes turísticos la situación es distinta. En este tipo de viajes, el servicio comienza con la venta del paquete turístico a través de una agencia de viajes en la localidad del cliente y la competencia entre las agencias de viajes para la venta de viajes combinados tiene lugar en una determinada localidad —como en el caso de las compras al por menor—, pese a que el servicio puede prestarse en diferentes puntos, distantes entre sí. El caso entra, por tanto, en la tercera categoría y el volumen de negocios generado debe asignarse a la localidad del cliente. La tercera categoría comprende también casos como el suministro de *software* o la distribución de películas realizadas fuera de la Comunidad pero suministradas a un cliente en un Estado miembro, de manera que el servicio se presta efectivamente al cliente dentro de la Comunidad.

- (201) Los casos relativos al transporte de mercancías son distintos ya que el cliente al que se prestan los servicios no se desplaza, sino que el servicio de transporte se presta al cliente en la localidad en que se encuentra. Estos casos pertenecen a la tercera categoría y el criterio relevante para asignar el volumen de negocios es el del lugar donde se encuentra el cliente.
- (202) En asuntos de telecomunicaciones, la clasificación de los servicios de terminación de llamadas puede plantear problemas. Aunque la terminación de llamadas parecería entrar en la tercera categoría, hay razones para tratarla de forma distinta. Los servicios de terminación de llamadas se prestan cuando una llamada, procedente de un operador europeo, termina, por ejemplo, en los Estados Unidos. Aunque ni el operador europeo ni el operador de los Estados Unidos se desplazan, la señal viaja y el servicio lo presta la red estadounidense al operador europeo en los Estados Unidos, que es también el lugar en el que se produce la competencia (caso de haberla). El volumen de negocios, por tanto, se considera como volumen de negocios no comunitario ⁽¹³⁰⁾.

Sectores específicos

- (203) A pesar de todo, hay sectores que plantean problemas muy precisos en lo que respecta a la imputación geográfica del volumen de negocios. Estos problemas se tratarán en la sección VI.

VI. CONVERSIÓN EN EUROS DEL VOLUMEN DE NEGOCIOS

- (204) Al efectuar la conversión en euros de los importes del volumen de negocios, ha de prestarse particular atención al tipo de cambio utilizado. La conversión del volumen de negocios anual de una empresa deberá efectuarse al tipo de cambio medio correspondiente a los doce meses considerados. Este tipo medio puede consultarse en la página web de la Dirección General de Competencia ⁽¹³¹⁾. El importe del volumen de negocios anual auditado deberá convertirse tal cual y no desglosarse en cifras trimestrales o mensuales para luego ser convertidas por separado.
- (205) El procedimiento es el mismo cuando las ventas de una empresa se efectúan en distintas monedas. El volumen de negocios total que figure en las cuentas consolidadas auditadas, en la divisa utilizada en la contabilidad de la empresa, se convertirá en euros al tipo de cambio medio anual. Las ventas en divisas locales no deberán convertirse directamente en euros, dado que dichos importes no figuran en las cuentas consolidadas auditadas de la empresa.

VII. DISPOSICIONES APLICABLES A ENTIDADES DE CRÉDITO Y OTRAS ENTIDADES FINANCIERAS Y COMPAÑÍAS DE SEGUROS

1. **Ámbito de aplicación**

- (206) 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.
- (207) 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 ⁽¹³²⁾:

- «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».

⁽¹³⁰⁾ Esto no afecta al volumen de negocios que genera el operador de telefonía europeo frente a su propio cliente con esta llamada.

⁽¹³¹⁾ Véase http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/exchange_rates.html#footnote_1. La página web remite al Boletín mensual del Banco Central Europeo.

⁽¹³²⁾ Las definiciones figuran en el artículo 1, apartados 1 y 5, de la 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 26.5.2000, p. 1).

(208) 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 (comprende actividades tales como crédito al consumo, crédito hipotecario, *factoring*),
- arrendamiento financiero,
- operaciones de pago,
- emisión y gestión de medios de pago (tarjetas de crédito, cheques de viaje, cartas de crédito),
- garantías y avales,
- transacciones por cuenta propia de la entidad o por cuenta de su clientela que tengan por objeto: instrumentos del mercado monetario (cheques, efectos, certificados de depósito, etc.), mercados de cambios, instrumentos financieros a plazo y opciones, instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés, y valores negociables,
- participaciones en las emisiones de títulos y prestaciones de los servicios correspondientes,
- intermediación en los mercados interbancarios,
- gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios, y
- custodia de valores negociables.

2. Cálculo del volumen de negocios

(209) 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. En la siguiente sección, se abordan algunas cuestiones suplementarias relativas al cálculo del volumen de negocios para los citados tipos de empresas.

2.1. Cálculo del volumen de negocios de las entidades de crédito y financieras (que no sean sociedades financieras de cartera)

2.1.1. Consideraciones generales

(210) 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 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.

2.1.2. Volumen de negocios de las sociedades de arrendamiento financiero («leasing»)

(211) Cabe hacer una distinción fundamental entre el arrendamiento financiero y el arrendamiento operativo. Lo que distingue esencialmente al primero del segundo es que aquél suele cubrir períodos más largos y, en general, hay transmisión de propiedad al arrendatario al vencimiento del contrato, a través de una opción de compra en condiciones ventajosas prevista en el mismo. Por el contrario, en el caso del arrendamiento operativo no hay tal transmisión de propiedad al vencimiento del contrato y en los pagos se incluyen los costes de mantenimiento, reparación y seguro del material arrendado. El arrendamiento financiero funciona, por tanto, como un préstamo otorgado por el arrendador al arrendatario para la adquisición de un determinado activo.

- (212) Como ya se ha mencionado, 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.
- (213) 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 ⁽¹³³⁾.

2.2. *Compañías de seguros*

- (214) 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 la cobertura de seguro y no se deducirán de las primas brutas emitidas.
- (215) 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 aún vigentes durante el período de que se trate.
- (216) 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 ⁽¹³⁴⁾.

2.3. *Sociedades financieras de cartera*

- (217) 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 («empresas tipo artículo 5, apartado 4») ⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³³⁾ Véase el asunto IV/M.234 — GECC/Avis Lease, de 15 de julio de 1992.

⁽¹³⁴⁾ Véase el asunto IV/M.018 — AG/AMEV, de 21 de noviembre de 1990.

⁽¹³⁵⁾ Los principios para las sociedades financieras de cartera pueden aplicarse hasta cierto punto a las sociedades de gestión de fondos.

(218) 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. Un ejemplo de este tipo de cálculo:

	<i>millones de EUR</i>
1. Volumen de negocios relativo a actividades financieras (pérdidas y ganancias no consolidadas)	3 000
2. Volumen de negocios de las compañías de seguros tipo artículo 5, apartado 4 (primas brutas emitidas)	300
3. Volumen de negocios de las sociedades industriales tipo artículo 5, apartado 4	2 000
4. Dedución de dividendos y otros ingresos procedentes de las compañías tipo artículo 5, apartado 4, incluidas en los números 2 y 3 anteriores	<200>
Volumen de negocios total de la sociedad financiera de cartera y su grupo	5 100

(219) En estos cálculos puede ser necesario tener en cuenta distintas normas contables. Esto es así con cualquier tipo de empresa afectada por el Reglamento de concentraciones, pero es particularmente importante en el caso de las sociedades financieras de cartera ⁽¹³⁶⁾, en las que el número y la diversidad de las empresas controladas y el grado de control que la sociedad de cartera ejerce sobre sus filiales, las empresas asociadas y otras empresas participadas exige un estudio detenido.

(220) Este método de cálculo del volumen de negocios de las sociedades financieras de cartera descrito anteriormente, puede resultar gravoso en la práctica. Por lo tanto, su aplicación estricta y minuciosa sólo será necesaria cuando haya indicios de que el volumen de negocios de la sociedad financiera de cartera se aproxima a los umbrales fijados en el Reglamento de concentraciones. En otras ocasiones, cuando parezca evidente que el volumen de negocios dista de los citados umbrales, puede bastar un estudio de las cuentas publicadas para establecer el ámbito de competencia.

⁽¹³⁶⁾ Véase, por ejemplo, el asunto IV/M.166 — Torras/Sarrió, de 24 de febrero de 1992.