



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava)

de 5 de octubre de 2020*

«Competencia — Concentraciones — Mercado del cemento gris en Croacia — Decisión por la que se declara la concentración incompatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE — Empresas afectadas — Mercado de referencia — Parte sustancial del mercado interior — Apreciación de los efectos de la operación en la competencia — Compromisos — Derecho de defensa — Remisión parcial a las autoridades nacionales»

En el asunto T-380/17,

HeidelbergCement AG, con domicilio social en Heidelberg (Alemania),

Schwenk Zement KG, con domicilio social en Ulm (Alemania),

representadas por los Sres. U. Denzel, C. von Köckritz, P. Pichler, U. Soltész, M. Raible y G. Wecker, abogados,

partes demandantes,

apoyadas por

Duna-Dráva Cement Kft., con domicilio social en Vác (Hungría), representada por la Sra. C. Bán y el Sr. Á. Papp, abogados,

parte coadyuvante,

contra

Comisión Europea, representada por los Sres. A. Dawes, H. Leupold y la Sra. T. Vecchi, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto un recurso basado en el artículo 263 TFUE por el que se solicita la anulación de la Decisión C(2017) 1650 final de la Comisión, de 5 de abril de 2017, por la que se declara una operación de concentración incompatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (asunto M.7878 — HeidelbergCement/Schwenk/Cemex Hungría/Cemex Croacia),

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava),

integrado por el Sr. A. M. Collins, Presidente, y los Sres. R. Barents (Ponente) y J. Passer, Jueces;

Secretaria: Sra. E. Artemiou, administradora;

* Lengua de procedimiento: inglés.

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 17 de octubre de 2019;
dicta la siguiente

Sentencia¹

[omissis]

III. Fundamentos de Derecho

[omissis]

B. Sobre el primer motivo, basado en errores de Derecho y errores manifiestos de apreciación en la definición de la dimensión comunitaria de la concentración

[omissis]

2. Sobre el fondo

- 95 Mediante su primer motivo, las demandantes sostienen, en esencia, que la Comisión no es competente para controlar la operación en la medida en que esta no tiene dimensión comunitaria, en el sentido del artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 139/2004. Esta disposición exige, en particular, que al menos dos empresas afectadas alcancen individualmente un volumen de negocios en la Unión de, al menos, 250 millones de euros. Pues bien, al término de la operación, DDC se convertiría en adquirente de sus competidores directos, Cemex Croacia y Cemex Hungría. Por tanto, las demandantes consideran que las empresas afectadas son estas dos empresas como sociedades objetivo y DDC como adquirente. En su opinión, el volumen de negocio de HeidelbergCement y de Schwenk no debería haber sido considerado separadamente por la Comisión, sino que debería haberse atribuido a DDC. Dado que el volumen de negocio de las sociedades objetivo era demasiado bajo para alcanzar los umbrales de volumen de negocio del Reglamento n.º 139/2004, afirman que solo DDC alcanzaba individualmente esos umbrales y que la operación no tiene dimensión comunitaria.

[omissis]

a) Sobre la primera parte, relativa al concepto de empresas afectadas

- 97 En el contexto de la primera parte del primer motivo, las demandantes alegan, en esencia, que la interpretación que se hace de la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 139/2004 (DO 2008, C 95, p. 1; en lo sucesivo, «Comunicación consolidada en materia de competencia») es errónea en lo que se refiere a la identificación de las empresas afectadas en el contexto de la toma de control por una empresa en participación. Las demandantes, apoyadas por DDC, formulan cinco alegaciones para respaldar esa afirmación.

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

- 98 Antes de abordar el fundamento de esas alegaciones, debe desestimarse el argumento de las demandantes de que una empresa en participación con plenas funciones, como DDC, debe considerarse una «empresa afectada» en el sentido del artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 139/2004, en la medida en que el concepto de empresa en el contexto del Derecho de la competencia se refiere a una entidad económica autónoma.
- 99 En efecto, los principios de autonomía jurídica y económica de las sociedades, en cualquier caso, no pueden implicar que una sociedad, que es propiedad y está controlada conjuntamente por otras dos sociedades, actúe necesariamente de manera autónoma en el mercado por el mero hecho de disponer de una personalidad jurídica o de medios económicos propios. En efecto, tal suposición pasaría totalmente por alto las numerosas posibilidades que existen en la práctica para que esas empresas matrices influyan en la conducta de su filial de manera formal o informal (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de mayo de 2011, *Elf Aquitaine/Comisión*, T-299/08, EU:T:2011:217, apartado 70).

1) Sobre la toma en consideración de la realidad económica a efectos de la determinación de las empresas afectadas

- 100 Las demandantes sostienen que los apartados 145 a 147 de la Comunicación consolidada en materia de competencia, relativos a la adquisición del control por una empresa en participación, no permiten a la Comisión identificar las empresas afectadas caso por caso, examinando la realidad económica para determinar cuáles son los verdaderos actores del proyecto de concentración. Así pues, la identificación de las empresas afectadas no puede ser el resultado de apreciaciones fácticas complejas realizadas caso por caso. Solo cabe una excepción cuando resulte evidente para todas las entidades en cuestión que la empresa en participación con plenas funciones no es una empresa afectada. En su opinión, la Comisión solo puede examinar la realidad económica en dos supuestos. En primer lugar, cuando las empresas adquirentes utilizan una «sociedad instrumental», es decir, una sociedad específicamente constituida para la adquisición, y, en segundo lugar, en situaciones de elusión manifiesta cuando una empresa en participación con plenas funciones se utiliza como mero instrumento para una transacción que carece de toda pertinencia para ella y si ello resulta evidente para todos los actores afectados.
- 101 Las demandantes añaden que del tenor del apartado 147 de la Comunicación consolidada en materia de competencia se desprende que el alto grado de participación de las sociedades matrices en la operación puede ser indicativo del hecho de que estas utilizan una empresa en participación como un mero instrumento de adquisición, pero no basta por sí mismo para considerar a las sociedades matrices como empresas afectadas.
- 102 Además, una participación de las sociedades matrices solo puede considerarse una indicación de la utilización de una empresa en participación como un mero instrumento de adquisición si estas han participado simultáneamente en la iniciativa, la organización y la financiación de la operación y si todas o, al menos, varias sociedades matrices manifiestan tal participación.
- 103 Por otra parte, las demandantes alegan que una empresa en participación con plenas funciones no puede calificarse de mero instrumento si tiene un interés estratégico propio en la operación de concentración, aun cuando las sociedades matrices puedan tener asimismo un interés estratégico propio más amplio en esa operación. Solo en el caso de que la adquisición no se refiera a la actividad económica de la empresa en participación con plenas funciones, sino que sirva únicamente a los intereses de las sociedades matrices, podrán estas últimas verse afectadas por la operación. Las demandantes afirman que, en el presente asunto, el interés de DDC se materializa, en particular, en sus proyectos de adquisición anteriores, en el hecho de que es una empresa consolidada, en que la operación reforzaría indirectamente su presencia en el mercado, en haber sido el adquirente directo de Cemex Croacia y en la circunstancia de participar en una operación que la afecta directamente.

- 104 Según DDC, el concepto de empresas afectadas pretende identificar a las empresas que han de tenerse en cuenta para apreciar si una concentración debe notificarse o no en el marco del Reglamento n.º 139/2004. A tal efecto, dicho concepto debe interpretarse de manera estricta y previsible. Por este motivo, no puede depender ni de la manera en que el proceso de adquisición se inicia u organiza, ni de la manera en que evoluciona, ni de una apreciación por parte de la Comisión de la supuesta realidad económica. Afirma que solo cabe una excepción si se demuestra claramente que la dirección de la sociedad objetivo y su estrategia competitiva no serán definidas por la sociedad adquirente después de la operación o que esta beneficiará exclusivamente a una sociedad distinta del adquirente directo.
- 105 A este respecto, procede señalar que el artículo 1, apartado 2, del Reglamento n.º 139/2004 no define el concepto de empresas afectadas. No obstante, la interpretación de este concepto en las operaciones en las que una empresa en participación adquiere el control de otra sociedad es objeto de los apartados 145 a 147 de la Comunicación consolidada en materia de competencia.
- 106 A tenor del apartado 145 de la Comunicación consolidada en materia de competencia, si, en general, la empresa afectada es la empresa en participación en cuanto que es la que adquiere directamente el 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.
- 107 En este contexto, el apartado 146 de la Comunicación consolidada en materia de competencia precisa que, cuando quien realice la adquisición sea una empresa en participación que desempeñe funciones plenas, que tenga las características expuestas anteriormente y 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 Según el apartado 147 de la Comunicación consolidada en materia de competencia:
- «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.»
- 109 Los argumentos de las demandantes y de DDC deben examinarse a la luz de esas consideraciones.
- 110 En primer lugar, debe rechazarse la interpretación propuesta por las demandantes y DDC consistente en negar a la Comisión la posibilidad de tener en cuenta la realidad económica, salvo en los supuestos identificados por ellas.
- 111 Para empezar, estas interpretaciones solo equivalen a negar totalmente la pertinencia, para la aplicación del Reglamento n.º 139/2004, de los vínculos que puedan existir entre una empresa en participación con plenas funciones y sus sociedades matrices, a excepción de los supuestos identificados por las demandantes y DDC. Sin embargo, no es este el caso.

- 112 En efecto, procede recordar que ya se ha declarado que el hecho de que una empresa en participación sea una empresa en pleno funcionamiento y, por tanto, desde un punto de vista funcional, económicamente independiente no significa que disfrute de autonomía en lo que se refiere a la adopción de sus decisiones estratégicas. La conclusión contraria conduciría a la situación de que no existiría nunca un control conjunto sobre una «empresa en participación» cuando fuera económicamente independiente (véase, por analogía, la sentencia de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Comisión*, T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 62).
- 113 Por tanto, se excluye que la cuestión esencial, planteada con arreglo al apartado 145 de la Comunicación consolidada en materia de competencia, relativa a la determinación de las circunstancias en las que una empresa en participación debe ser considerada una empresa afectada, se reduzca a los supuestos mencionados por las demandantes y DDC.
- 114 A continuación, la interpretación de las demandantes y de DDC equivale también a negar que los vínculos indirectos entre las sociedades matrices y la empresa en participación puedan tener efectos en el comportamiento competitivo de las empresas vinculadas de este modo en determinados mercados.
- 115 Sin embargo, en el marco del ejercicio del control conjunto de una empresa en participación, las sociedades matrices de dicha empresa deben ponerse necesariamente de acuerdo sobre la gestión comercial de esta y, en cierto modo, sobre su propia posición respecto de la empresa en participación en determinados mercados. De ello se deduce que la existencia de tales vínculos indirectos, de orden económico y estructural, constituye un elemento que debe tenerse en cuenta en el marco de la apreciación de una concentración en el sentido del Reglamento de concentraciones (sentencia de 8 de julio de 2003, *Verband der freien Rohrwerke y otros/Comisión*, T-374/00, EU:T:2003:188, apartados 173 y 174).
- 116 De lo anterior se desprende que, para garantizar la eficacia del control de las concentraciones, resulta necesario tener en cuenta la realidad económica de los verdaderos actores de la concentración en función de las circunstancias de hecho y de Derecho propias de cada caso. Así, la determinación de las empresas afectadas está necesariamente vinculada a la forma en que se ha iniciado, organizado y financiado el proceso de adquisición en cada caso individual.
- 117 En segundo lugar, también debe rechazarse la interpretación del apartado 147 de la Comunicación consolidada en materia de competencia formulada por las demandantes y DDC.
- 118 Primeramente, del tenor de ese apartado se desprende que la utilización de una empresa en participación con plenas funciones como mero instrumento de adquisición no es el único supuesto en que las sociedades matrices pueden ser calificadas de empresas afectadas.
- 119 En efecto, la segunda frase de este apartado cita diferentes ejemplos de situaciones en las que una empresa en participación con plenas funciones puede considerarse un mero instrumento de adquisición. Así se desprende del uso de la fórmula «en concreto, esta situación se dará». En cambio, la situación en la que «haya elementos que demuestren que las empresas matrices son las verdaderas artífices de la operación» se cita por separado en la frase siguiente. Así pues, este último caso debe distinguirse de las situaciones en las que una empresa en participación con plenas funciones puede considerarse un mero instrumento de adquisición.
- 120 Además, la versión inglesa de la última frase del apartado 147 de la Comunicación consolidada en materia de competencia emplea la expresión «in those cases» en plural, y no en singular, para hacer referencia a los supuestos en los que las sociedades matrices pueden considerarse «empresas afectadas» en lugar de su empresa en participación con plenas funciones. Ello confirma que existen varios supuestos en los que las sociedades matrices son consideradas «empresas afectadas».

- 121 A continuación, del tenor de esta disposición se desprende que los «elementos» que «demuestren» que «las empresas matrices son las verdaderas artífices de la operación» y que se enumeran como tales, a saber, «un alto grado de participación de las propias empresas matrices en la iniciativa, organización y financiación de la operación», no forman una lista exhaustiva de supuestos. Ello se desprende del uso de la expresión «on citera ainsi» en la versión francesa, de la expresión «these elements may include» en la versión inglesa y de la expresión «kan een factor zijn» en la versión neerlandesa.
- 122 En efecto, para tener en cuenta la realidad económica, deben tomarse en consideración todos los elementos pertinentes que permitan determinar cuáles son los verdaderos actores de la operación. Así pues, el alto grado de participación de las sociedades matrices en la operación puede deducirse de un conjunto global de elementos de prueba concordantes, aunque ninguno de ellos, considerado aisladamente, baste para «levantar el velo» sobre la realidad de la operación.
- 123 En otras palabras, el apartado 147 de la Comunicación consolidada en materia de competencia contempla dos supuestos, a saber, el supuesto de que la empresa en participación se utilice como un mero instrumento o, alternativamente, el supuesto de que las sociedades matrices sean los verdaderos actores de la operación. A este respecto, dicha disposición cita diferentes ejemplos relativos a cada uno de estos dos supuestos, y ello de manera no exhaustiva.
- 124 Por tanto, en contra de lo alegado por las demandantes y DDC, no solo cuando las sociedades matrices utilizan una empresa intermediaria «vacía de contenido» para la adquisición o en situaciones de elusión puede considerarse que las sociedades matrices son las empresas afectadas, sino también cuando son los verdaderos actores de la operación. Debe precisarse que, en el caso de autos, la Comisión consideró que la operación encajaba en el segundo supuesto, y no en el primero, como las demandantes parecen sugerir a veces en sus escritos.
- 125 En tercer lugar, por lo que respecta a la alegación de que una empresa en participación con plenas funciones no puede calificarse de mero instrumento cuando tiene un interés propio en la operación, esta alegación debe desestimarse por inoperante, ya que, como se ha indicado en el apartado anterior, la Comisión consideró que la presente operación estaba comprendida en el segundo supuesto previsto en el apartado 147 de la Comunicación consolidada en materia de competencia. En cualquier caso, el hecho de que una empresa en participación con plenas funciones pueda tener un interés estratégico propio en una operación de concentración no puede impedir la consideración de las sociedades matrices como empresas afectadas en su condición de verdaderos actores de la operación, habida cuenta, en particular, de su alto grado de participación en la iniciativa, la organización y la financiación de la operación.
- 126 Por tanto, deben desestimarse las alegaciones de las demandantes y de DDC.

2) Sobre el principio de seguridad jurídica

- 127 Las demandantes alegan que el enfoque de la Comisión, consistente en tener en cuenta la realidad económica caso por caso, vulnera el principio de seguridad jurídica. En efecto, el concepto de empresas afectadas tiene, en su opinión, un impacto inmediato en la aplicabilidad de la obligación de suspensión de la concentración y en el riesgo de eventuales multas en caso de incumplimiento de esta obligación. Ahora bien, del lado del adquirente, la sociedad matriz de una empresa en participación con plenas funciones no tiene por qué estar al corriente del alcance de la implicación de la otra sociedad matriz. Del mismo modo, la empresa objetivo y el vendedor no están generalmente en condiciones de identificar a las empresas afectadas del lado del adquirente, en la medida en que no tienen necesariamente conocimiento del grado de participación de las sociedades matrices y de la empresa en participación con plenas funciones en la organización y la financiación de la concentración. E incluso si así fuera, las empresas en cuestión no podrían apreciar antes de la

operación si ese grado de participación es lo suficientemente alto como para llegar a la conclusión de que las sociedades matrices son empresas afectadas. La incertidumbre generada por esta situación sería inaceptable.

- 128 Según ellas, las empresas en cuestión deberían consultar a la Comisión antes de la notificación de cada proyecto de concentración para conocer su punto de vista. No obstante, afirman que ni siquiera tal consulta ofrecería seguridad jurídica en la medida en que las respuestas de la DG Competencia a las solicitudes de consulta no son vinculantes y que, en asuntos recientes, la Comisión incluso se negó a dar una respuesta escrita.
- 129 Procede desestimar la alegación formulada por las demandantes basada en la vulneración del principio de seguridad jurídica.
- 130 El principio de seguridad jurídica, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, exige que las normas de Derecho sean claras, precisas y de efectos previsibles, a fin de que los interesados puedan orientarse en las situaciones y relaciones jurídicas reguladas por el ordenamiento jurídico de la Unión (sentencia de 8 de diciembre de 2011, *France Télécom/Comisión*, C-81/10 P, EU:C:2011:811, apartado 100). Sin embargo, toda vez que es inherente a una norma jurídica un cierto grado de incertidumbre sobre su sentido y alcance, es preciso examinar si la norma jurídica en cuestión adolece de una ambigüedad tal que impide que los justiciables puedan disipar con suficiente certeza posibles dudas sobre el alcance o el sentido de dicha norma (véase, en ese sentido, la sentencia de 14 de abril de 2005, *Bélgica/Comisión*, C-110/03, EU:C:2005:223, apartados 30 y 31). A este respecto, estos requisitos no pueden interpretarse en el sentido de que exigen que una norma que utilice un concepto jurídico abstracto mencione los distintos supuestos concretos en los que podrá aplicarse, ya que el legislador no puede determinar por anticipado todos esos supuestos (sentencia de 20 de julio de 2017, *Marco Tronchetti Provera y otros*, C-206/16, EU:C:2017:572, apartado 42).
- 131 En el caso de autos, mediante su alegación de que la Comunicación consolidada en materia de competencia no permite a la Comisión «examinar la realidad económica» cuando lo estime oportuno y determinar «quiénes son los verdaderos actores de una operación» en cada supuesto individual, no es posible determinar si las demandantes pretenden alegar la falta de claridad, de precisión o de previsibilidad de los apartados 145 a 147 de dicha Comunicación o de la aplicación que de ella hace la Comisión en el caso de autos. Por consiguiente, procede examinar si la propia Comunicación consolidada en materia de competencia o su aplicación por la Comisión generaron una ambigüedad contraria al principio de seguridad jurídica.
- 132 De los apartados 1 y 4 de la Comunicación consolidada en materia de competencia se desprende que esta se adoptó con el objeto de garantizar la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de la actuación llevada a cabo por la Comisión (véanse, por analogía, las sentencias de 30 de mayo de 2013, *Comisión/Suecia*, C-270/11, EU:C:2013:339, apartado 41, y de 12 de febrero de 2014, *Beco/Comisión*, T-81/12, EU:T:2014:71, apartado 70).
- 133 Los apartados 145 a 147 de la Comunicación consolidada en materia de competencia se adoptaron, en particular, con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica. Además, estas disposiciones no son contradictorias con el método empleado por la Comisión para determinar las empresas afectadas por una operación de concentración. Permiten, tanto a las sociedades matrices de una empresa en participación con plenas funciones como al vendedor y a la sociedad objetivo, determinar las empresas afectadas, en la medida en que, como alega la Comisión, esas empresas tendrán necesariamente conocimiento, en el contexto de las negociaciones con vistas a la concentración, del grado de implicación de las sociedades matrices de la empresa en participación. En caso de duda, las partes en la concentración siempre pueden solicitar información a la sociedad afectada sobre su grado de implicación en la operación.

- 134 Además, como operadores económicos diligentes y, en particular, como profesionales habituados a tener que mostrar una gran prudencia en el ejercicio de su actividad, las partes en una concentración también pueden recurrir, en caso necesario, a un asesoramiento especializado para evaluar las consecuencias que pueden derivarse de la aplicación de los apartados 145 a 147 de la Comunicación consolidada en materia de competencia.
- 135 De otro lado, las partes en la concentración siempre tienen la posibilidad de ponerse en contacto con los servicios de la Comisión para obtener orientaciones informales sobre las empresas afectadas por la operación. A este respecto, las demandantes no precisan en qué asuntos recientes la Comisión se negó, según afirman, a proporcionar tal respuesta.
- 136 Las circunstancias del presente asunto contradicen asimismo las alegaciones de las demandantes, ya que DDC solicitó el 20 de agosto de 2015 esa información y obtuvo respuesta el 13 de noviembre de 2015, como resulta de los apartados 14 y 16 de la presente sentencia. Además, la posición de la DG Competencia expuesta en su escrito de 13 de noviembre de 2015, que identifica a las demandantes como empresas afectadas, es idéntica a la posición finalmente adoptada en la Decisión impugnada. Aunque dicho escrito menciona que no constituye una decisión de la Comisión, las demandantes no demuestran que la consulta de la Comisión les haya impedido, como operadores económicos diligentes, disipar las eventuales dudas que hubieran podido albergar en cuanto a la obligación de notificación en el caso de autos.

[omissis]

3) Sobre el alcance de las competencias de la Comisión

[omissis]

- 140 Procede señalar que el razonamiento de las demandantes, según el cual la interpretación de la Comisión permite incluir en su ámbito de competencia concentraciones que tienen repercusiones en una pequeña parte de un Estado miembro y que carecen de pertinencia para el comercio transfronterizo en el mercado interior, se basa en una premisa errónea. En efecto, a tenor del artículo 1, apartado 2, última parte de la frase, del Reglamento n.º 139/2004, una concentración no tiene dimensión comunitaria, aun cuando se alcancen los umbrales de volumen de negocios, cuando cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Unión en un mismo Estado miembro. Además, las demandantes parecen confundir la dimensión económica de una concentración con sus efectos en una parte sustancial del mercado, ya que la cuestión de si la operación obstaculiza de manera significativa la competencia efectiva en una parte sustancial del mercado forma parte de la apreciación de fondo sobre la competencia (véanse los apartados 359 y siguientes de la presente sentencia).
- 141 Por consiguiente, procede desestimar este argumento de las demandantes.

4) Sobre la intención de las sociedades matrices

- 142 Las demandantes alegan que el punto de vista adoptado por la Comisión en la Decisión impugnada sobre la Comunicación consolidada en materia de competencia hace depender la aplicabilidad del Reglamento n.º 139/2004 de elementos subjetivos, lo que consideran contrario a la jurisprudencia del Tribunal.
- 143 Procede desestimar este argumento de las demandantes.

144 A este respecto, las demandantes no pueden basar ningún argumento útil en el apartado 129 de la sentencia de 21 de septiembre de 2005, EDP/Comisión (T-87/05, EU:T:2005:333). En efecto, si bien este apartado enuncia que la aplicabilidad del antiguo Reglamento sobre el control de las concentraciones no puede depender de la voluntad de las partes de una operación de concentración, no se refiere a la identificación de las empresas afectadas, sino que se limita a señalar que el mero hecho de que las partes notifiquen una operación no implica que deba aplicarse el Reglamento sobre el control de las concentraciones.

5) Sobre los objetivos y la estructura del Reglamento n.º 139/2004

145 DDC alega que, si bien el Reglamento n.º 139/2004 no define el concepto de empresas afectadas, sus objetivos y la estructura de su artículo 5, apartado 4, ofrecen indicaciones sobre el modo en que debe interpretarse dicho concepto.

146 En primer lugar, del objetivo asignado al Reglamento, mediante su considerando 8, se desprende, en esencia, que las empresas afectadas son las empresas que participan directamente en la concentración. Así pues, para evaluar de una manera adecuada los efectos de una concentración, es preciso determinar qué sociedad controlará las actividades de las sociedades objetivo, decidirá su estrategia competitiva y asumirá las consecuencias económicas de todo ello. Como regla general, es necesario que las empresas afectadas se sitúen a ambos lados de la transacción; si no, la Comisión debería examinar cada una de las adquisiciones menores de empresas objetivo por empresas en participación de grandes multinacionales. Frente a esto, solo cabría excepción cuando la dirección de la empresa objetivo y su estrategia competitiva no sean determinadas por el adquirente o cuando la operación beneficie exclusivamente a otra sociedad. El grado de implicación de la sociedad matriz del adquirente en la iniciativa, la organización y la financiación sería irrelevante.

147 En segundo lugar, de la distinción que establece el artículo 5, apartado 4, letras a) y c), del Reglamento n.º 139/2004 entre la empresa afectada, por una parte, y las empresas que controlan una empresa afectada, por otra, se desprende que dicho Reglamento no pretende que los accionistas que controlan una sociedad puedan considerarse empresas afectadas. Podrán existir excepciones si se demuestra claramente que una operación no afecta directamente a la sociedad adquirente. De lo contrario, el artículo 5, apartado 4, letra c), de dicho Reglamento no sería necesario.

148 Debe desestimarse el razonamiento de DDC.

149 En primer lugar, como alega acertadamente la Comisión, no es necesario que las empresas afectadas cuyo volumen de negocios supere los umbrales previstos se sitúen a ambos lados de la operación, en la medida en que el artículo 1 del Reglamento n.º 139/2004 no dice «el comprador y a la empresa objetivo», sino «al menos dos de las empresas afectadas».

150 Por otra parte, procede recordar que, de manera similar, en virtud del apartado 140 de la Comunicación consolidada en materia de competencia, cuando dos sociedades adquieren el control conjunto de una sociedad ya existente, las empresas afectadas son cada una de las sociedades que adquieren el control conjunto y la propia sociedad objetivo.

151 En segundo lugar, el artículo 5, apartado 4, letra c), del Reglamento n.º 139/2004 dispone únicamente que el volumen de negocios total de una empresa afectada debe incluir el volumen de negocios de las empresas que tengan determinados derechos o facultades en la empresa afectada, sin que ello impida que, en determinados casos, las empresas que controlen otras empresas puedan ser consideradas empresas afectadas.

152 De todo lo anterior se desprende que debe desestimarse la primera parte del primer motivo.

[omissis]

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Octava)

decide:

- 1) **Desestimar el recurso.**
- 2) **HeidelbergCement AG y Schwenk Zement KG cargarán con sus propias costas y con las de la Comisión Europea.**
- 3) **Duna-Dráva Cement Kft. cargará con sus propias costas correspondientes a la demanda de intervención.**

Collins

Barents

Passer

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 5 de octubre de 2020.

Firmas