

LA EVENTUAL APLICACION DE LOS ARTS. 85 Y 86 TCEE A LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS COMO CUESTION ABIERTA

por Manuel Antonio DOMINGUEZ GARCIA (*)

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El Tratado de Roma, de marcada impronta neocapitalista inspirada en las tesis ordoliberales de la *Escuela de Friburgo* (1), confiere a la libertad de competencia el rango de principio de orden constitucional-económico (art. 3.f), cuyo desarrollo se encuentra en los artículos 85 y ss. El marco normativo en cuestión no alude expresamente a las concentraciones de empresas, a la vista de los eventuales efectos nocivos que operaciones de esta índole pueden producir en el juego del referido principio, como son, entre otros, la disminución del número de los competidores, el aumento de poder de las empresas implicadas facultándolas para la imposición de barreras de acceso al mercado a otros competidores y la adquisición de una posición de dominio como antecedente de posibles abusos (2). El estado de la cuestión en el ordenamiento comunitario general contrasta abiertamente con los dictados del TCECA, dónde aquéllas son incorporadas como tipo especial, instituyendo un sistema de control preventivo —autorización previa— (art. 66.1-6) (3). Las razones de política-jurídica determinantes de tal disparidad de tratamiento se anudan al hecho de la baja tasa de integración económica apreciable en el mercado general comunitario, e incluso a su generalidad misma (4), a diferencia del sector carbonosiderúrgico fuertemente concentrado (5).

(*) Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Salamanca.

(1) Vid., por todos, CONSTANTINESCO: *La Constitution économique de la CEE*, en RTDE (1977), 244 ss. (275); GALAN CORONA: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, pp. 77 y ss.

(2) Sobre la incidencia de las concentraciones en la competencia, KLAUE/VON LAMPE/MARKET/PETRY/REINIGER: *Zur Problematik der Fusionskontrolle*, Frankfurt, 1972, pp. 23 y ss.; SENEN/BERCOVITZ, A., y otros: *Panorámica de la regulación de la competencia dentro del Tratado de la CEE*, Madrid, 1968; GALAN CORONA: *Acuerdos restrictivos*, cit., p. 262.

(3) Tratados Internacionales anteriores al TCECA contienen normas protectoras de la libre competencia: la Carta de La Habana (1948) —que crea la Organización Internacional del Comercio (ITO) y que no entró en vigor por insuficiente ratificación— se refiere, en el artículo 46, a la problemática de las concentraciones. El Acuerdo de Ginebra (1947) —que crea el GATT— (art. 29) y el Tratado de la OCDE (art. 6) se encuentran en la misma línea. Cfr. BERNINI: *La tutela della libera concorrenza o i monopoli*, II, Milano, 1963, pp. 4 y ss.; SENEN, BERCOVITZ, A., y otros: *La protección de la libre competencia en los Tratados internacionales anteriores al Tratado de Roma y leyes especiales de los países miembros*, en RDM 95 (1965), pp. 153 y ss. (156 y ss.).

(4) SENEN, BERCOVITZ, A., y otros: *Panorámica de la regulación*, cit., p. 28.

(5) A finales de la segunda guerra mundial las empresas carbonosiderúrgicas alcanzaban una

En base a la observación de la realidad sumariamente descrita el legislador se mostró tolerante con el fenómeno, optando por la no asunción tipológica de las concentraciones en el seno del TCEE. Se primaba así la perentoriedad de una reestructuración de las empresas europeas orientadas a la consecución de óptimos dimensionales para afrontar en el mercado la competencia de operadores económicos de terceros países. Exigencias tecnológicas y de racionalización de la producción y distribución en masa en función de una expansión cualitativa y cuantitativa de los mercados parecen avalar la solución adoptada en el Tratado (6), ya que la omisión de las concentraciones no es debida en modo alguno a un olvido del legislador. Los anteriores planteamientos no pueden ser asumidos sin más y aún menos desde una perspectiva actual. El logro de los objetivos marcados por el TCEE en este punto no es incompatible con el establecimiento de un control *ad hoc* de las concentraciones en el ámbito del Derecho de la competencia, ya que, de una parte, ni la racionalización de la producción y de la distribución de productos y servicios, ni las demandas de orden tecnológico pasan necesariamente por una integración empresarial, excepto en los supuestos de economías de escala (7) y, de otra, no todo aumento dimensional es *per se* beneficioso para la economía sino que, al contrario, sus efectos le son frecuentemente nocivos. En sustancia, el problema se enuncia como una cuestión de límites.

La *praxis* demuestra la insuficiencia, en principio, del arsenal normativo, en especial de los artículos 85 y 86 TCEE, para mantener el proceso de integración económica en sus justos términos, hecho que es admitido por las instancias comunitarias que reconocen el fracaso de la utilización de tales preceptos en el tratamiento del temario y manifiestan su favor, aunque tímidamente, a la incorporación de un sistema de control *a priori* en la línea de ordenamientos internos de relieve —RFA, Francia— y del TCECA (8). Ello hasta el momento ha cristalizado en el todavía Proyecto de Reglamento sobre control de las concentraciones de empresas de 1973 que ha sido objeto de sucesivas modificaciones, pero que

elevada tasa de concentración. Los perjudiciales efectos del Entente Internacional del Acero se hicieron patentes, de ahí que uno de los objetivos del TCECA, en la línea de los decretos de descartelización de la administración aliada, fuera la evitación del gigantismo de las empresas del sector. Cfr. SENEN, BERCOVITZ, A., y otros: *La protección de la libre competencia*, cit., p. 167; PELLICER VALERO: *Diez años de ententes y concentraciones en la CECA*, en RDM 95 (1965), pp. 79 y ss. (85 y ss.). Sobre el control de las concentraciones en la CECA, MATTHIES: *Comentario all'art. 66*, en *Commentario CECA*, Milano, 1970, pp. 919 y ss.

(6) Cfr. JACQUEMIN: *Politique de concurrence ou politique industrielle au sein de la Communauté économique européenne*, Etudes Internationales, vol. 11, n. 2, Juin 1971, pp. 303 y ss. La Comisión en el Memorandum sobre las concentraciones considera necesario un reforzamiento del potencial competitivo de las empresas europeas mediante la eliminación de obstáculos de Derecho fiscal y de Derecho societario a las concentraciones Memorandum sur la concentration dans le Marché Commun, en RTDE (1966), pp. 650 y ss.

(7) Sobre la inexactitud de la fórmula concentraciones igual a racionalidad económica y progreso, BAIN: *Barriers to new Competition*, 4 ed., 1967 [Cit. por MARCHINI-CAMIA: *La concentration industrielle, les positions dominantes sur le marché et le Droit antitrust: l'expérience américaine*, en RTDE (1970) 357]. En relación con la gran dimensión empresarial como presupuesto de competitividad en las economías de escala, GALBRAITH: *El nuevo Estado industrial*, trad. cast. Manuel SACRISTAN, Barcelona, 1980, pp. 124 y ss.

(8) Memorandum de la Comisión sobre *La politique industrielle de la Communauté*, Bruxelles, 1970, p. 156.

a la postre no ha sido aún aprobado (9). El «punto muerto» en que éste se encuentra hace que la eventual aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE a esta clase de operaciones se manifieste como una cuestión abierta, en cuyo contexto continúa ocupando un lugar de relieve el conocido Memorandum de la Comisión en la materia publicado en 1965 (10) sobre la base de un Informe previo elaborado a encargo de aquélla por un grupo de profesores universitarios especialistas en la materia (11).

II. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA EVENTUAL APLICACION DEL ART. 85 TCEE A LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS

A) Postura de la Comisión

La posibilidad de aplicación de los preceptos reguladores de los ententes a las concentraciones es cuestión clásica en aquellos ordenamientos carentes de una reglamentación al respecto, como es el caso del TCEE. La Comisión en el Memorandum de 1965 toma partido por una solución negativa al problema en base a los siguientes argumentos (12): a) Desde una perspectiva teleológica-funcional el ámbito del artículo 85 se circunscribe a aquellos acuerdos que ordenan el comportamiento de las empresas implicadas. Textualmente los ententes se conceptúan como «acuerdos entre empresas, que conservan su autonomía, tendentes a un comportamiento determinado en el mercado» a diferencia de las concentraciones que significan la agrupación de varias empresas bajo dirección única, abandonando su autonomía —criterio del control o de la soberanía— (13). En esencia, las últimas comportan una mutación estructural de los operadores intervinientes como consecuencia de las modificaciones que se operan con carácter irreversible en las relaciones de propiedad. En este sentido, el trazo caracterizador básico de las concentraciones frente a los acuerdos es la unidad de dirección a la que se anuda una subsiguiente pérdida de la independencia económica y a veces incluso jurídica (14); b) La aplicación a las concentraciones del artículo 85.3 TCEE entrañaría

(9) Sobre el Reglamento de 1973 y sus modificaciones, BORSCHETTE: *Le contrôle européen des concentrations*, en RMC (1973) 354 y ss.; MESTMACKER: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, 1974, pp. 339 y ss.; LOUSSOUARN: *La concentration des entreprises dans la Communauté économique européenne*, en *Revue critique de Droit International Privé* (1974) 235 y ss.; CERRAI: *Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE*, Milano, 1983, pp. 250 y ss.; ALONSO UREBA: *La competencia*, en *Reseña de Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, al cuidado del prof. GIRON TENA, en RDM 161-162 (1981) 523 y ss. (554 y ss.); *La competencia*, *Idem*, en RDM 172-173 (1984) 287 y ss. (295 y ss.).

(10) *Memorandum sur la concentration*, cit.

(11) *Rapport HOUSIAUX*.

(12) *Memorandum sur la concentration*, cit., pp. 651 y ss.

(13) *Memorandum sur la concentration*, cit., p. 689. No se incluye en el concepto de concentración el crecimiento interno (*Selbstfinanzierung*), que supone la creación por una empresa de nuevas capacidades, sufriendo así un test de mercado, y cuyo efecto generalmente es la acentuación de la competencia. Se sigue la dirección de la jurisprudencia norteamericana de que *That corporate growth by internal expansion is socially preferable to growth by acquisition* (US v. Philadelphia National Bank, 347 US 376, 371, 1953). Cfr. MOSCHEL: *La déconcentration —un instrument de la politique de concurrence—*, en RTDC 8 (1982) 383 y ss. (387).

(14) Por todos, GALAN CORONA: *Acuerdos restrictivos*, cit., pp. 262 y s.

dificultades insuperables, ya que la eliminación de la competencia que aquéllas conllevan imposibilita cualquier clase de exención o autorización por la Comisión, sin olvidar que el carácter esencialmente temporal y revocable de ésta no casa con el fenómeno en análisis (15); y c) La sanción de nulidad absoluta de los acuerdos prohibidos ex artículo 85.2 TCEE es incompatible con las concentraciones en función de que sus efectos retroactivos afectarían gravemente los intereses en presencia (16).

B) Recepción doctrinal

Los argumentos de la Comisión, ratificados en el Informe SCHLIEDER (17), son asumidos por gran parte de la doctrina, aunque en el Informe base del **Memorandum** los profesores consultados mostraran una impronta favorable a la aplicación del precepto a las concentraciones, siempre que reúnan los consabidos requisitos cumulativos de origen en un acuerdo, de subsistencia de personas jurídicas diferentes después de realizada la operación y de restricción sensible de la competencia (18), de donde resulta la exclusión de las fusiones y de las adquisiciones de acciones en bolsa (19). Con carácter general, se mantiene la opinión de que en virtud del principio de economía de las disposiciones del Tratado, si la voluntad de éste hubiera sido la eventual subsunción de las concentraciones, ello habría supuesto el olvido por parte de sus redactores de la tradicional diferenciación entre **ententes y concentraciones** (20). En esencia, de acuerdo con esta dirección doctrinal, el artículo 85 TCEE se circunscribe a los comportamientos de las empresas en el mercado, siendo su principio rector la interdicción, de ahí que, a falta de una normativa *ad hoc*, estas operaciones solo puedan ser tratadas como abuso de posición dominante (21). No obstante, sectores doctrinales de autoridad no comparten los anteriores planteamientos (22). En principio, con carácter general,

(15) Memorandum sur la concentration, cit., p. 670.

(16) Memorandum sur la concentration, cit., p. 672.

(17) SCHLIEDER, *Obstacles tenant à la législation communautaire sur les ententes et positions dominantes. Coopération, concentrations, fusions d'entreprises dans la CEE*, en RMC (1968) 217.

(18) Cfr. Memorandum sur la concentration, cit., p. 670.

(19) Cfr. GALAN CORONA: *Acuerdos restrictivos*, cit., p. 265.

(20) VAN OMMESLAGHE: *L'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes*, en RTDE (1967) 457 y ss.

(21) VAN GERVEN: *Principes de Droit des ententes*, Bruxelles, 1966, pp. 89 y ss. Además de los autores mencionados en las notas precedentes se muestran contrarios a la aplicación del artículo 85 TCEE a las concentraciones, entre otros, BERNINI: *La tutela della libera concorrenza*, II, cit., p. 181; HEFERMEHL: *Beurteilung von Fusionen und Konzernbildungen nach Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages*, en Festschrift für NIPPERDEY, München/Berlin, 1965, II, pp. 371 y ss.; FIKENTSCHER: *Systemfragen in Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, en Festschrift für BOHM, Karlsruhe, 1965, pp. 275 y ss.; JOLIET: *Monopolisation et abus de position dominante. Essai comparatif sur l'article 2 du Sherman Act et l'article 86 du Traité de Rome*, en RTDE (1969) 645 y ss. (691); GUGLIEMETI: *La Corte de Giustizia della Comunità Europea e la politica di concorrenza*, en Riv. Dir. Ind. (1977) 429 y ss. (436 y s.).

(22) Entre otros, MARCHINI-CAMIA: *La concentration*, cit., p. 405; EMMERICH: *Die Auslegung von Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag durch die bisherige Praxis der Kommission*, en EuR (1971) 295 y ss. (307 y ss.); MEGRET: *Le Droit de la Communauté économique européenne*, vol. 4 *Concurrence*, Bru-

ningún obstáculo de naturaleza técnico-jurídica parece oponerse a la inclusión de las concentraciones en el concepto de ententes, siempre que conformen el tipo contenido en el artículo 85. Los argumentos concretos de la Comisión son puntualmente rebatidos. En cuanto al primero, como es una constante en el temario, las fuentes de inspiración se encuentran en el ordenamiento alemán; en particular, en el artículo 1 GWB antes de la reforma de 1973 (23), en el que mediaba una simple obligación de notificación de ciertas operaciones ex artículo 23 GWB. Se parte así del error sustancial de la utilización de idénticos criterios hermenéuticos a dos textos que difieren sustancialmente en cuanto a su contenido. El artículo 1 GWB limita su campo de aplicación a aquellos acuerdos que tengan por objeto (...), excluyendo las concentraciones que son mencionadas expresamente en un precepto distinto —art. 23.—, acogiendo coherentemente la arralgada diferenciación entre *Kartell* y *Konzern* en la doctrina alemana (24). Ello no puede trasladarse sin más al marco del Derecho comunitario, puesto que el TCEE no hace alusión alguna a las concentraciones y, aún más, si el artículo 85 TCEE se aplica a aquellos acuerdos que tengan por objeto o produzcan el efecto de falsear el juego de la competencia (25). De otro lado, la tesis generalmente aceptada de que tal precepto presupone la conservación de la independencia de las empresas participes una vez ejecutado el acuerdo se corresponde de la misma manera con un enfoque equivocado del problema, mediatizado también por el artículo 1 GWB; según cuyo tenor los acuerdos han de perseguir un fin común (*zu gemeinsamen Zweck*), del que congruentemente se deduce una necesaria conservación de la independencia de las empresas interesadas. Parece clara, de acuerdo con la doctrina más reciente, que esta condición no se recoge en el contenido del artículo 85 TCEE (26). Respecto al segundo argumento, que afecta de modo especial a las fusiones en función de que comportan la eliminación de la competencia entre las empresas intervinientes, en principio, nada impide la concesión de una

xelles, 1972, pp. 6 y ss.; GUYENOT: *Droit antitrust européen*, Quebec, 1973, pp. 33 y ss.; MESTMACKER: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, 1974, pp. 435 y ss.; CERRAI: *Concentrazioni di Imprese*, cit., pp. 53 y ss. En nuestra doctrina, BERCOVITZ, A.: *Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE*, en *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, dirigido por GARCIA DE ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS/MUÑOZ MACHADO, vol. II, Madrid, 1986, pp. 327 y ss. (428).

(23) CERRAI: *Concentrazioni di Imprese*, cit., pp. 102 y ss.

(24) Antes de la reforma de 1973, en el ordenamiento alemán federal mediaba una simple obligación de notificación de aquellas operaciones que significaban un control de una cuota de mercado del veinte por ciento o más —art. 23 GWB—. Esta obligación de notificación al *Bundeskartellamt* perseguía la única finalidad de conocer el nacimiento y reforzamiento de posiciones de dominio. Cfr. BARTHOLOMEYCZIC: *La legge tedesca contro le limitazioni della concorrenza (GWB). Legge sul cartelli*, en *Riv. Soc.* (1958) 971 y ss. (989 y s.). En la *GWB/Novelle* de 1973 se introduce un control preventivo de las concentraciones —arts. 23 y ss.—. Sobre el temario; RASCH: *Deutsches Konzernrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1974, pp. 389 y ss.; TESSIN: *Die Kartellnovelle 1973* en *AG* (1973) 321 y ss. En nuestra doctrina, GALAN CORONA: *La reforma de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia*, en *RDM* (1974) 255 y s.

(25) Ello ya luce en la Ley contra el abuso económico de 1923 (*Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen*) en la que aparece la dicotomía cárteles/integración de empresas —art. 10—. Cfr. RASCH: *Deutsches Konzernrecht*, cit., pp. 380 y ss.

(26) CERRAI: *Concentrazioni di Imprese*, cit., p. 104.

autorización individual por parte de la Comisión (27), cuando aquéllas mejoren la producción o la distribución, contribuyan al progreso técnico o económico, produzcan un beneficio para los consumidores, proveedores o comerciantes intermedios y la limitación de la competencia sea indispensable (28). Lo contrario supondría un trato discriminatorio de las fusiones frente al resto de los acuerdos (29). El inconveniente más serio resulta del carácter esencialmente temporal —ex art. 8.1 Reglamento n. 17— y eventualmente revocable —ex art. 8.3 Reglamento n. 17— de la autorización de los acuerdos restrictivos (30). En efecto, la aplicación de dichas disposiciones reglamentarias a las fusiones provocaría un coste económico excesivo y de difícil previsión, dada la entidad y efectos de la operación, y constituiría un atentado contra los contenidos del principio de seguridad jurídica. De ello se deriva una palmaria inadaptación de las fusiones al desarrollo reglamentario del artículo 85 TCEE, que parece excluirlas *in radice* del tipo de acuerdos. Sin embargo, en la actualidad se abre un proceso de revisión doctrinal en la materia orientado a la evitación de los efectos nocivos de la revocabilidad de los acuerdos autorizados en general, no ya en el caso extremo de las fusiones, mediante la reducción de la facultad de revocación con efectos retroactivos por parte de la Comisión a la única hipótesis de que la Decisión al respecto se funde en indicaciones inexactas o haya sido obtenida fraudulentamente —ex art. 8.3 Reglamento n. 17— (31). De momento la difícil superación del inconveniente en cuestión intenta superarse a través del recurso a la vía del desarrollo reglamentario —art. 87 TCEE— para adecuar el procedimiento de autorización a las concentraciones (32). Por último, en cuanto al tercer argumento de la Comisión relativo a la sanción de nulidad absoluta de los acuerdos restrictivos —ex art. 85.2 TCEE—, que afecta también especialmente a las fusiones como consecuencia de la alteración de la personalidad jurídica de las empresas participantes en la operación, se puede aducir que, dado el carácter irreversible de estas operaciones, el mismo es superable, parcialmente, en la línea de lo apuntado en el supuesto del artículo 85.3, por medio de utilización del artículo 2 Reglamento n. 17 (33) o bien por el cauce de la notificación previa —ex art. 4 Reglamento n. 17— que, como es sabido, abre un procedimiento de investigación de la Comisión sobre los eventuales efectos de la operación en el juego de la competencia (34).

(27) CERRAI: *Concentrazioni di Imprese*, cit., pp. 107 y ss.

(28) Sobre el tema vid. en nuestra doctrina, BERCOVITZ, A.: *Normas sobre competencia*, cit., pp. 348 y ss.; FONT GALAN: *La libre competencia de la Comunidad europea*, Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia, 1988, XLVIII, pp. 87 y ss.

(29) CERRAI: *Concentrazioni di Imprese*, cit., pp. 108 y s.

(30) Cfr. BERCOVITZ, A.: *Normas sobre competencia*, cit., pp. 376 y ss.; FONT GALAN: *La libre competencia*, cit., pp. 198 y ss.

(31) Cfr. FONT GALAN, *La libre competencia*, cit., p. 211.

(32) EMMERICH: *Die Auslegung*, cit., pp. 307 y ss.

(33) Textualmente: «La Comisión podrá certificar, a petición de empresas y asociaciones de empresas interesadas, que no ha lugar, por su parte, en función de los elementos de que tiene conocimiento, a intervenir en relación con un acuerdo, decisión o práctica en virtud del apartado 1 del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado».

(34) CERRAI: *Concentrazioni di Imprese*, cit., p. 114.

III. PROBLEMATICA EN TORNO A LA APLICACION DEL ARTICULO 86 TCEE A LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS

A) Postura de la Comisión

La cuestión relativa a la relación entre el artículo 86 y las concentraciones de empresas fue también abordada por la Comisión en el Memorandum de 1965. En opinión de la Instancia comunitaria dicho precepto no entraña las trabas del artículo 85, al primar en este contexto las consecuencias económicas de la operación sobre la forma jurídica de su revestimiento. Existe de otra parte, una libertad absoluta para las empresas partícipes de solicitar una certificación negativa —ex art. 2 Reglamento n. 17—, evitándose así el incómodo procedimiento de notificación previa. Por último, las consecuencias jurídicas anudadas a una eventual infracción se encuentran previstas en el artículo 3 Reglamento n. 17, en el que se faculta a la Comisión para emitir recomendaciones dirigidas a las empresas en orden al cese o, en su caso, decisiones obligatorias para que pongan fin a aquélla, no jugando, además, en este ámbito el carácter temporal y revocable de las autorizaciones (35). Los requisitos para la aplicación del artículo 86 son, básicamente, la existencia de una posición dominante y el abuso (36). Para ello es cuestión previa la delimitación del mercado relevante (**Relevant Market**). En este sentido, la Comisión hace referencia a los dos aspectos de aquél, el **geográfico (relevant geographic Market)** —la Comunidad o una parte sustancial de la misma (37), aunque quepa la posibilidad de que una explotación abusiva de una posición dominante en un país tercero y sin estar implicada ninguna empresa comunitaria su subsuma en el artículo 86, siempre que afecte o pueda afectar al comercio entre los países miembros (38)— y el **objetivo (relevant product Market)**, en el que adquiere relieve la eventual existencia o inexistencia de productos intercambiables o de sustitución (39), teniéndose en cuenta en este aspecto la importancia económica del mercado en causa (40).

Según la Comisión, la aplicación de criterios estructurales —cuotas de mercado— no son suficientes para la apreciación de una posición dominante, primando otros datos como la potencia financiera de las empresas de decisiva incidencia en los futuros comportamientos (41). En esta línea, existe una situación de dominio «cuando —sobre un determinado mercado— una o varias empresas pueden influir de manera esencial en las decisiones de otros agentes económicos a través de

(35) Memorandum sur la concentration, cit., pp. 673 y ss.

(36) Sobre el tema vid. BERCOVITZ, A.: Normas sobre la competencia, cit.; FONT GALAN: La libre competencia, cit.

(37) La difícil y determinante práctica de la parte sustancial ha motivado que un sector de la doctrina haya propuesto el abandono del criterio geográfico por el económico (VAN CISE, AEREDA, —cit. por GOLDMAN: Droit commercial européen, París, 1975, p. 109— y VAN GERVEN: Principes de Droit des ententes, cit., pp. 90 y ss.

(38) Vid. Decisión Bendix-Mertens et Straet, JOCE, núm. 92, 10-2-71, Rép. 1971-69.

(39) Vid. infra asunto Continental Cán.

(40) Se trata de una importancia efectiva. Vid. fallo de la Corte de Justicia en el aff. Sirena.

(41) Memorandum sur la concentration, cit., p. 675.

una estrategia independiente de manera que una competencia práctica y suficientemente eficaz no pueda surgir o mantenerse en el mercado» (42). A su vez, se distingue en el Memorandum entre posición dominante y monopolio en cuanto a que este último anula toda concurrencia efectiva en el mercado. La Comisión y los profesores consultados por ésta admiten la aplicación del artículo 86 a las concentraciones de empresas siempre que partiendo de una posición de dominio se traduzcan en un comportamiento abusivo, entendido como contrario a los objetivos del TCEE y ejemplarizados en dicho precepto (43), en particular cuando se trate de concentraciones agresivas —en las cuales parte de las empresas implicadas eliminen la voluntad de resto—, de operaciones en las que medie la intención de abusar de una situación de dominio o de concentraciones que eliminen totalmente la competencia (44).

B) El asunto CONTINENTAL CAN (45)

Este asunto, primera aplicación práctica de los contenidos del Memorandum, continúa siendo paradigmático en cuanto al tratamiento por parte de las instancias comunitarias del binomio concentraciones de empresas/libre competencia (46). En su Decisión, la Comisión parte de una definición de posición de dominio como aquella que confiere «la posibilidad de comportamientos independientes y que permite actuar sin tener en cuenta a los competidores, a los clientes y a los proveedores» (47), utilizando para la determinación de la noción de mercado relevante, el criterio geográfico —la RFA constituye una parte sustancial de la comunidad— y

(42) Memorandum sur la concentration, cit., p. 670.

(43) Cfr. THIESING/SCHROTER/NOCHBAUM: Les ententes et les positions dominantes dans le Droit de la CEE, Paris, 1977, pp. 230 y ss.

(44) Memorandum sur la concentration, cit., pp. 676 y s.

(45) Decisión de la Comisión n. 72, relative a une procédure d'application de l'article 86 du Traité CEE (IV, 26811, 9-12-1971), JOCE n. L 7, 8-1-1972, p. 25. Sobre este asunto vid., entre otros, CAPOTORTI: Regole di concorrenza e concentrazione d'impresa: Il caso «Continental Can» en Riv. Soc. (1972) 933 y ss.; FOCSANEANU: L'article 86 du Traité de Rome et la décision «Continental Can», en JCP (1972) I, 2452; DE RICHEMONT: Concentrations et abus de positions dominantes. Article 86 du Traité de Rome. Affaire Continental Can, en RTDE (1973) 463 y ss.; APOLONIO: L'affaire Continental Can e la sentenza della Corte di Giustizia Europea, en Riv. Dir. Eu. (1975) 121 y ss. En nuestra doctrina, BERCOVITZ, A.: Normas de competencia, cit.; VILA COSTA: El abuso de posición dominante en la CEE, Madrid, 1979, pp. 293 y ss.

(46) Doctrina confirmada en asuntos posteriores como los casos Hoffmann-La Roche (1979) y SA Centro belge d'études de marché (1985). Cfr. BERCOVITZ, A.: Normas de competencia, cit., pp. 410 y ss., y 424 y ss.

(47) Vid. Decisión de la Comisión n. 72, cit. El supuesto de hecho es sucintamente el que sigue: la sociedad norteamericana Continental Can Company adquiere en el año 1969 el control del 85 por ciento del capital de la sociedad alemana Schmalbach Lubeca-Werke AG (SLW), que era la empresa europea más importante de la fabricación de embalajes metálicos, de papel y de plástico, así como de maquinarias y demás utensilios para su fabricación. En el mismo año entabla negociaciones con la sociedad británica The Metal Box Ltd., con el fin de constituir un holding europeo del embalaje, en el cual se pretende integrar a la sociedad italiana Superbox, a la mencionada sociedad Inglesa, a la sociedad holandesa Thomassen/Drijver Verbliff (TDV) y a la sociedad francesa Carnaud et Forges de Basse Indre. En 1970 Continental Can llega a un acuerdo con TDV, según el cual se compromete a la transmisión de su participación en SLW a una sociedad holding norteamericana —Europemballage Corporation—, la cual ante una oferta de compra de TDV, adquiere más del 90 por

el criterio estructural —cuota de mercado relevante en función de los productos idénticos o de sustitución (48). Admitida una posición previa de dominio, la ulterior adquisición de otra empresa, también dominante —en este caso en el Benelux—, significa un reforzamiento de situaciones de preponderancia en el mercado que elimina la competencia efectiva y la potencial (49), en ámbitos geo-

ciento de su capital nominal. Ello se traduce, pese al fracaso con *Metal Box*, en un control por parte de *Continental Can* de la mayoría del capital social de *SLW* y de *TDV*, las más poderosas empresas europeas del sector. La Comisión había advertido a las empresas interesadas, a nivel de nota, la incompatibilidad de la operación con el artículo 86 TCEE. Una vez consumado el proceso de Integración descrito, aquella solicita de las empresas implicadas una motivación escrita de las operaciones por medio de una Comunicación, en base al artículo 3.1 del Reglamento 17. Ante la falta de respuesta, la Comisión adopta la Decisión, en la cual califica la compra de *TDV* por *Euro-pemballage* como explotación abusiva de una posición dominante, ya que pone en manos de *Continental Can* a las dos empresas europeas líderes del sector, afectando a una parte sustancial de la CEE —Benelux y RFA—.

(48) Se adoptan los criterios apuntados en el Memorandum de 1965. La Comisión se inspira, en la jurisprudencia norteamericana relativa a la aplicación de la Secc. 7 *Clayton Act* en cuanto a la determinación del *relevant Market*, en su doble aspecto espacial (*relevant geographic Market*) y objetivo (*relevant product Market*). Respecto al primero queda formulado en el asunto *Grinnell* (348 US 563, 589 —1966—), en el que el Tribunal afirma que «cuando un comprador busca proveedores potenciales de un servicio, cuál es la esfera geográfica en cuyo interior el comprador tiene o tendría, en ausencia de monopolio, una elección real en cuanto a los precios o en relación con otros elementos. Ello depende de las condiciones, teniendo en cuenta factores económicos tales como la distancia en la cual los bienes o servicios pueden ser prestados a la vista del coste o de la eficiencia». En relación a la determinación objetiva del mercado relevante, el problema se enfoca desde una óptica estructuralista en base a los datos de la intercambiabilidad de los productos y de la elasticidad cruzada de la demanda (*interchangeability and cross-elasticity*). Según el primero, el mercado relevante estará en función de la incidencia de las ventas de un producto en el cambio de precio de otros productos —de sustitución—. Se trata de productos que a los ojos de los demandantes son aplicables a un mismo fin. Según el segundo, el mercado se delimita por la incidencia de una leve subida de los precios de un producto en la demanda de otro diferente. El grado de desviación de la demanda hacia otros productos explicará el grado de intercambiabilidad entre los mismos y en base a ello su pertenencia o no a un mismo mercado objetivo. [Asuntos *El du Pont de Nemours (Cellophane)*, *El du Pont de Nemours/General Motors*, *Brown Shoe* y *United Shoe Machinery*]. Sobre el temario vid. KONSTEIN/MILLER/SCHWARTZ, *Modern American Antitrust Law. A Guide to 1st Domestic and Foreign Application*, New York, 1958, pp. 52 y ss.; NEALE: *Antitrust Law of the United States of America. A Study of Competition Enforced by Law*, Cambridge, 1970, pp. 118 y ss.; JOHNSON: *Mergers and Acquisitions*, en *Antitrust Adviser* (1971) 145 y ss.; SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, St. Paul Minn., 1977, pp. 606 y ss. En nuestra doctrina, FERNANDEZ NOVOA: Significado y determinación del mercado relevante, en ADI 6 (1979-80) 261 y ss.

(49) La noción de competencia potencial es fundamental en la Decisión de la Comisión. Cfr. BIENAYME: *L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la Décision Continental Company et exploitation abusive d'une position dominante*, en RTDE (1972) 65 y ss. (68). Se trata de una noción importada igualmente del Derecho antitrust norteamericano («potential Competition»), recogido en las *Merger Guidelines* de la División Antitrust del Departamento de Justicia de 1968 y 1982. En las últimas se distingue entre competencia potencial actual (*actual potential Competition*) y competencia potencial esperada por parte de los competidores en el mercado (*perceived potential Competition*). Los datos relevantes para su análisis son: a) el grado de concentración del mercado; b) las barreras existentes para el acceso al mercado; c) las especiales ventajas para el acceso al mercado por la empresa adquirente como resultado de la operación; y d) la cuota de mercado de la empresa adquirida. Las *Merger Guidelines* de 1968 puede ser consultadas en KINTNER/JOELSON: *An International Antitrust Primer. A Businessman's Guide to the International Aspects of United States Antitrust Law and to Key Foreign Antitrust Law*, New York, 1974. En cuanto a las de 1982 vid. HOLZLER: *Neue Fusionsrichtlinien («Merger Guidelines») des amerikanischen Justizministeriums*, en WuW (1982) 764 y ss.

gráficos considerados como sustanciales —RFA y Benelux—, conformando según la Comisión el tipo contenido en el artículo 86 TCEE (50). El ulterior fallo de la Corte de Justicia, aún admitiendo los argumentos de la Comisión, anula la Decisión en función de una insuficiente delimitación del mercado relevante, en particular, en base al criterio objetivo al apreciar la existencia de productos intercambiables o de sustitución (51).

C) Recepción Doctrinal

La reacción de la doctrina ante las tesis mantenidas por parte de las instancias comunitarias puede calificarse de diversa (52). Los argumentos doctrinales contrarios a la tesis oficial son básicamente, de una parte, que el artículo 86 ha de ser aplicado en base al criterio del comportamiento de las empresas en el mercado, quedando excluidos los cambios estructurales de éstas (53), de ahí que sólo sea aplicable a las concentraciones cuando impliquen un abuso de posición dominante (54) y, de otra, que la noción de competencia potencial no juega en el ámbito del precepto en estudio, que no prohíbe el monopolio y el abuso en la línea de la *Sherman Act* (55). En este contexto es de interés el comentario de JOLIET a las concretas operaciones, que, según la Comisión y parte de la doctrina, serían subsumibles en el artículo 86: **Concentraciones fundadas en métodos agresivos**, a las cuales no es de aplicación el precepto, al no definirse el mismo por un comportamiento desleal en función de los competidores sino por la explotación efectiva del poder de monopolio contra los consumidores; **Concentraciones inspiradas por una intención abusiva**, que son lícitas a la vista del artículo 86 en cuyo marco es irrelevante el procedimiento de adquisición de una posición de dominio; y **concentraciones que eliminan completamente la competencia**, que son igualmente irrelevantes en cuanto las normas de competencia del TCEE no distinguen entre monopolio y posición dominante, lo que equivale a la identidad entre ambas situaciones. Si no se prohíbe la segunda por qué se va a prohibir el

(50) Vid. Decisión n. 72, cit.

(51) Además de considerar la Corte que el interés jurídicamente protegido en el artículo 86 TCEE es exclusivamente el de los proveedores y de los consumidores y usuarios (*Arret de la Cour de Justice, 21-2-1973 dans l'affaire 4-72 Europemballage Corporation et Continental Can contre Commission des Communautés Européennes*, en *Réc.* (1973) XVIII, 2, p. 215). Sobre el tema, GUGLIEMETTI: *La Carte de Giustizia della Comunità Europea o la politica de concorrenza*, en *Riv. Dir. Ind.* (1977) 429 y ss.

(52) Se muestran a favor de la aplicación del artículo 86 a las concentraciones, entre otros, BIENAYME: *L'application*, cit., pp. 70 y ss.; DUBOIS: *La position dominante et son abus*, Paris, 1968, p. 231; FIKENTSCHER: *Systemfragen*, cit., p. 278; MESTYACKER: *Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht des Wettbewerbsbeschränkungen*, en *Festschrift für HALLSTEIN*, Tübingen, 1959, p. 322; VAN OMMESLAGHE: *L'application des articles 85 et 86*, cit., pp. 504 y s. Adoptan una actitud crítica, entre otros, CÉREXE: *L'interprétation de l'article 86 du Traité de Rome et les premiers décisions de la Commission*, *Cah. Dr. Eu.* (1972) 272 y ss.; DE RICHEMONT: *Concentration et abus*, cit., p. 550; GOLDMAN: *Droit commercial*, cit., pp. 430 y ss.; JOLIET: *Monopolisation et abus*, cit., p. 645.

(53) JOLIET: *Monopolisation et abus*, cit., p. 645.

(54) MEGRET: *Le Droit de la Communauté*, cit., pp. 459 y ss.; SCHLIEDER: *Obstacles tenant*, cit., p. 222; FIKENTSCHER: *Systemfragen*, cit., p. 278.

(55) FOCSANEANU: *L'article 86*, cit., 2452.

primero, cuando sus efectos nocivos en la libre competencia son idénticos. En esencia, según este autor, el artículo 86 no es apto para el mantenimiento de una competencia efectiva al prohibir los abusos dirigidos contra los proveedores y consumidores, sin tener en cuenta a los competidores (56). Otras críticas se centran en el establecimiento por la Comisión del principio de la responsabilidad del grupo, carente de personalidad jurídica, produciéndose de hecho una despersonalización de las filiales (57). En una valoración positiva, se parte de la premisa de que todo reforzamiento de una posición dominante produce efectos perjudiciales en orden a una competencia efectiva (58), careciendo de relieve la omisión en el artículo 86 de referencia al término competencia, pues tanto en el artículo 85 como en el mismo epígrafe del capítulo aparece mencionado expresamente. De otra parte, la distinción por la Comisión entre competencia efectiva y competencia potencial obedece a la precariedad de la competencia efectiva en la práctica. En definitiva, se aprecia en la decisión, de acuerdo con esta dirección doctrinal, una concepción realista de las estructuras y de las estrategias económicas de la competencia industrial (59). En cuanto a la discrepancia entre la Comisión y la Corte de Justicia que no coinciden en la fijación del fundamento del artículo 86 —para la primera las posiciones dominantes representan un peligro de hecho o potencial para la competencia efectiva, mientras para la segunda literalmente el precepto solo es aplicable en el supuesto de perjuicio ostensible a los consumidores, aún admitiendo que la adquisición de una empresa competidora pueda implicar un comportamiento abusivo—, parece que debe considerarse superada la tesis de que el interés jurídicamente protegido en el artículo 86 TCEE sea exclusivamente el de los consumidores y proveedores y ha de extenderse a los competidores en una interpretación a la luz del artículo 3.f TCEE, en su papel integrador del Derecho de la competencia comunitario (60). Respecto al argumento relativo a que el planteamiento contenido en la Decisión significa una práctica despersonalización de las filiales, se mantiene en esta sede que ello tiene el mérito de desvelar la ficción de unas sociedades formalmente autónomas ante la utilización abusiva de la personalidad jurídica (61), reforzándose el concepto de empresa como conjunto de medios personales y reales con un fin y una estrategia común (62).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Para la apreciación de la operatividad de los artículos 85 y 86 TCEE en el tema de las concentraciones de empresas es necesario contrastar ambos preceptos. En principio, como se ha visto, las instancias comunitarias y gran parte de la doctrina consideran al artículo 86 como el texto relevante en la materia. En

(56) JOLIET: *Monopollisation et abus*, cit., pp. 693 y ss.

(57) FOSCANEAU: *L'article 86*, cit., 2452.

(58) BIENAYME: *L'application*, cit., pp. 70 y ss.

(59) BIENAYME: *L'application*, cit., p. 74.

(60) Cfr. CERRAI: *Concentrazioni di imprese*, cit., p. 136.

(61) BIENAYME: *L'application*, cit., pp. 70 y ss.

(62) GUYENOT: *Droit antitrust*, cit., pp. 126 y ss.

contradicción con la tesis oficial contrastada en la práctica de la subsunción de las filiales comunes en el tipo **Ententes** (64). No obstante, como se ha recordado recientemente y con acierto, mientras el artículo 85 tutela situaciones de competencia efectiva, el artículo 86 parte de la premisa en que la competencia se encuentra ya comprimida, procurando que el grado de competencia se acerque lo más posible a una situación de competencia efectiva. De otra parte, la finalidad natural de toda normativa **antimerger** debe residir en la salvaguardia de una competencia todavía dentro de unos niveles aceptables o practicables, lo que no puede predicarse del artículo 86, cuyo contexto parece orientarse a la salvaguardia de una situación hipotética de competencia efectiva en un mercado en el que paradójicamente no subsiste tal situación. Y aún más, ante un eventual efecto beneficioso de una operación de concentración anticompetitiva el artículo 86 carece de los adecuados mecanismos de concesión de exenciones individuales análogos al artículo 85.3 (65). En definitiva, pese a las opiniones, en contrario, el artículo 85 se adapta mejor al papel controlador de la integración económica, siempre que ésta posea una base convencional en sentido amplio —convenios de concentración— (66), lo que ocurre con frecuencia. Aunque el supuesto generalmente excluido de la adquisición de acciones en bolsa podría caber dentro del ámbito de las prácticas concertadas. En efecto, las medidas de tipo estructural suelen comportar a su vez un comportamiento para conseguir el control de una sociedad, para lo cual son indispensables una serie de actos jurídicos (67). Y en este ámbito —art. 85— resulta difícil la distinción tipológica entre **entente** y concentración a la luz del TCEE, que para nada menciona tales operaciones. Sin embargo, la solución apuntada no debe entenderse como definitiva, ya que la problemática en torno a un control externo de las concentraciones demanda un tratamiento específico (68).

(64) Sobre el tema, ALONSO UREBA: **La competencia**, cit., en RDM 172-173 (1984) 298 y ss.

(65) CERRAI: **Concentrazioni di imprese**, cit., pp. 150 y ss.

(66) Sobre el concepto de convenio de concentración, por todos, GALAN CORONA: **Acuerdos restrictivos**, cit., pp. 262 y ss.

(67) GOLDMAN: **Droit commercial**, cit., pp. 430 y ss.

(68) En contra KIRSCHSTEIN para quien la solución al temario hay que encontrarla en los reiterados artículos 85 y 86 TCEE [La fusion du Droit de la concurrence des Communautés Européennes, en RTDE (1969) 229 y ss.].

«L'APPLICATION EVENTUELLE DES ARTICLES 85 ET 86 TCEE AUX CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES EN TANT QUE QUESTION OUVERTE»

RESUMÉ

D'une part, le manque de définition typologique expresse des concentrations d'entreprises par la TCEE et de l'autre, l'absence d'une réglementation *ad hoc* de ces opérations dans la législation communautaire générale —on sait qu'elle se trouve au niveau de Projet de Règlement— maintiennent l'actualité de la question relative à l'application des articles 85 et / ou 86 TCEE en cette matière. Le débat —qui vient de loin— reste ouvert tant au niveau doctrinal qu'au jurisprudentiel. Dans ce contexte, laissant de côté la question de savoir s'il convient ou non d'institutionnaliser un contrôle préventif des concentrations dans le Droit communautaire, malgré la généralisation de la thèse contraire, l'art. 85 TCEE montre une meilleure adaptabilité pour un traitement juridique des concentrations de base conventionnelle au sens large.

En effet, suivant la doctrine européenne la plus récente et la plus autorisée —en particulier CERRAI— ce précepte concerne des situations de concurrence effective, tandis que l'art. 86 TCEE part de la prémisse d'une concurrence déjà comprimée, en s'efforçant de donner à celle-ci, dans la mesure du possible, une situation de concurrence effective. Plus encore, devant un effet éventuel avantageux d'une opération de concentration anticompétitive en soi, l'art. 86 manque des mécanismes appropriés pour la concession d'exemptions individuelles analogues à ceux de l'art. 85.3 TCEE. Cependant, la solution indiquée ne doit pas être considérée comme définitive, car la problématique d'un contrôle extérieur des concentrations demande un traitement spécifique.

THE POSSIBLE APPLICATION OF ARTICLES 85 AND 86 OF THE EECT TO CONCENTRATIONS OF ENTERPRISES AS AN OPEN QUESTION

ABSTRACT

On the one hand, the lack of an explicit typological account of concentrations of enterprises in the EECT and, on the other, the absence of any *ad hoc* regulations for such operations in the Community legal order—as is well known, the matter is still at the Draft Regulation Stage—mean that the question of the application of Articles 85 and 86 of the EECT on this matter is still an open one. The debate—which is a long-standing one—is still open, at the level of both doctrine and jurisprudence. In this context, leaving aside the question of whether it would be a good idea to institutionalize a preventive control of concentrations in Community Law, Article 85 of the EECT does show greater adaptability for a legal treatment of conventionally based concentrations in the broad sense. Indeed, in accordance with the most recent and authoritative European doctrine—especially CERRAI—this Article safeguards situations of effective competition, whereas Article 86 starts from the premise of already restricted competition, and seeks to redirect it as far as possible towards a situation of real competition. What is more, in the event of a possible beneficial effect of an intrinsically anti-competitive concentration, Article 86 is lacking in the appropriate machinery for the concession of individual exemptions similar to those provided for in Article 85 of the EECT. However, the solution suggested should not be regarded as definitive, since the problems concerning the external control of concentrations requires specific treatment.

NOTAS

