

LA NOCIÓN DE FILIAL COMUN EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA A LA LUZ DEL REGLAMENTO SOBRE CONTROL DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACION

Por JERONIMO MAILLO GONZALEZ-ORUS (*)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.—I. TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LA EXISTENCIA DE UNA FILIAL COMÚN: a) *Respecto a su calificación como concentración o cooperación.* b) *Respecto a la aplicación de los artículos 85 y 86.*—II. DIFICULTAD DE LA NOCIÓN.—III. BUSCANDO UNA DEFINICIÓN: a) *Noción de empresa. Elementos.* b) *Sometida al control conjunto de otras empresas:* b.1) La noción de control en el Reglamento OPC y sus decisiones de aplicación. b.2) Ejercicio conjunto de ese control. b.3) La noción de control y de control conjunto en las decisiones de aplicación de los artículos 85 y 86 antes y después del Reglamento OPC. c) *Las empresas parte deben ser económicamente independientes unas de otras.*

INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista de las reglas comunitarias de competencia, la constitución de una filial común (1) ha supuesto siempre un motivo de preocupación para la Comisión: bien en cuanto que podía originar o ser fruto de una concertación ilícita según el artículo 85 TCEE, bien en cuanto podía implicar un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 86 TCEE.

No obstante lo cual, la noción de filial común no estaba claramente delimitada.

El 21 de septiembre de 1990 entró en vigor el Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración de empresas (2) —de ahora en adelante Reglamento OPC—. Por primera vez el ordenamiento jurídico comunitario disponía de un instrumento «específico» de control de dichas operaciones de concentración. Desde su adopción

(*) Becario de Investigación del Area de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Salamanca. Diplomado en Altos Estudios Europeos por el Colegio de Europa de Brujas.

(1) Utilizaremos indistintamente las denominaciones empresa común, filial común o empresa en participación.

(2) Reglamento CEE núm. 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989. *DOCE*, núm. L 395/1, de 30-12-89.

hasta su entrada en vigor, otra legislación y documentación complementaria aparece (3). Durante el primer año y medio de su aplicación la Comisión ha recibido numerosas notificaciones y ha adoptado las correspondientes decisiones.

El estudio de esta nueva reglamentación y sobre todo de su aplicación, aporta nueva luz a la noción de filial común.

Bajo esta nueva luz, pero sin olvidar el estudio de los artículos 85 y 86 TCEE trataremos de descubrir y delimitar cada uno de los elementos integrantes de esa noción.

I. TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LA EXISTENCIA DE UNA FILIAL COMÚN

a) *Respecto a su calificación como concentración o cooperación —y la consiguiente aplicación del Reglamento OPC o de los artículos 85 y/o 86—*

El régimen jurídico de los artículos 85 y 86 presenta notables diferencias con respecto al del Reglamento OPC. Fundamentalmente estas diferencias radican en el procedimiento, en el reparto de competencias entre los Estados Miembros y la Comunidad y en los criterios de apreciación jurídica del fondo.

De forma esquemática, podemos decir que el Reglamento OPC se aplica si se trata de una operación de concentración, y ésta es de dimensión comunitaria. Dicha concentración existirá si se reúnen las siguientes condiciones:

— En primer lugar, se produce o bien una fusión de empresas anteriormente independientes entre sí, o bien una toma de control ex-

(3) Reglamento CEE núm. 2367/90 de la Comisión de 25 de julio de 1990, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento CEE, núm. 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. *DOCE*, núm. L 219/5, de 14-8-90.

Comunicación de la Comisión sobre las operaciones de concentración y de cooperación con arreglo al Reglamento CEE, núm. 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. *DOCE*, núm. C 203/10, de 14-8-90 —de ahora en adelante aparecerá citada como Comunicación—.

Comunicación de la Comisión sobre las restricciones accesorias en operaciones de concentración. *DOCE*, núm. C 203/5, de 14-8-90.

clusivo o bien una toma de control conjunto. En este último caso, estamos ante un supuesto de filial común.

— En segundo lugar, que dicha operación no tenga por objetivo o por efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes.

Por lo tanto, si no existe una fusión ni una toma de control exclusivo, el Reglamento OPC está llamado a aplicarse solamente en el caso de que:

- a) se forme una filial común,
- b) esa filial común sea de naturaleza concentrativa en el sentido del artículo 3.2.2 del Reglamento OPC.

Dice la Comisión en el punto 6 de la Comunicación que las empresas en participación de naturaleza concentrativa «constituyen concentraciones en sentido estricto y están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento. Las empresas en participación de cooperación deberán examinarse de acuerdo a los demás reglamentos de ejecución de los artículos 85 y 86».

Es claro, pues, que la existencia de una empresa común no tiene como consecuencia la determinación del régimen jurídico aplicable. Este último vendrá determinado por la calificación que de su naturaleza se haga (4).

No obstante, para hacer tal calificación es paso previo obligatorio saber si estamos ante una filial común a los efectos de dicho Reglamento. De aquí la importancia, desde este punto de vista, de determinar la noción de filial común.

b) *Respecto a la aplicación de los artículos 85 y 86*

Una vez calificada de empresa común de naturaleza cooperativa, ¿tiene consecuencias jurídicas su calificación de filial común en relación a otros instrumentos de cooperación?

(4) Todo lo cual parecería ser ya opinión contrastada de la Comisión en 1976 cuando en el 6.º Informe sobre política de Competencia dijo: «Joint ventures may amount either to a form of restrictive practise or to a merger.» Con la única diferencia, eso sí, de que entonces no existía una regulación especial para las concentraciones en el ámbito comunitario.

En principio, parece que dicha calificación jurídica no tendría consecuencias. La Comisión no ha hecho sino repetir constantemente en sus informes anuales sobre competencia esta afirmación (5). Así, por ejemplo, en 1983 dijo: «L'application des règles de concurrence de la Communauté aux cas intéressants des entreprises communes est indépendante de la forme juridique ou de la dénomination données par les parties à leur entente, mais s'appuiera toujours sur la situation économique réelle.»

Lo mismo parece deducirse del reglamento de exención por categoría de los acuerdos de especialización de 1984 (6), que cubre tanto los acuerdos meramente contractuales como la formación de entidades separadas (7) al considerar que tanto unos como otros presentan las mismas ventajas económicas (8).

Igualmente ocurre al analizar el reglamento de exención de acuerdos de investigación y desarrollo (9) en el que la realización de la investigación y desarrollo, así como la explotación en común, a través de una empresa en común no es más que otro de los instrumentos posibles para llevarla a cabo sin que eso repercuta en un régimen jurídico diferente (10).

Sin embargo, un análisis de otros reglamentos de exención e incluso de algunas decisiones individuales formales nos ponen sobre aviso de que el hecho de encontrarnos con una empresa común y no con otro instrumento de cooperación sí tiene ciertas consecuencias jurídicas.

(5) Ver 4.º Informe, punto 38; 6.º Informe, punto 54; 13.º Informe, punto 54.

(6) Reglamento CEE, núm. 417/85, de 19 de diciembre de 1984. *DOCE*, núm. L 53, de 22 de febrero de 1985, pág. 1. *DO*, ed. española, 08/vol. 02, pág. 162.

(7) Artículo 1 del Reglamento 417/85.

(8) Considerando número 4 de la Exposición de Motivos de dicho Reglamento.

(9) Reglamento CEE, núm. 418/15, de la Comisión de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del artículo 85.3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y de desarrollo. *DOCE*, núm. L 53/5, de 22-2-1985. *DO*, ed. española, 08/vol. 02, pág. 166.

(10) Ver artículo 1.3 de dicho Reglamento que dice que la investigación y desarrollo o la explotación de los resultados se lleva a cabo en común tanto cuando las tareas correspondientes son realizadas por una empresa común como cuando son confiadas por cuenta de las partes a un tercero o repartidas entre las partes en función de una especialización.

Así, en los reglamentos sobre exención de licencias de patentes y de know-how (11) el dato de que la licencia se conceda entre las sociedades fundadoras de una empresa común o entre una de éstas y la empresa común determinará la exclusión de la aplicación del Reglamento (12).

Por otra parte, en varias de las decisiones formales que versan sobre empresas comunes, la Comisión ha reconocido claramente el mayor grado de cooperación del instrumento de la empresa común, así como sus ventajas en relación a otros medios de cooperación o a la no cooperación. Y, por lo tanto su carácter «indispensable» para lograr el objetivo pretendido con la cooperación. Todo lo cual permitía la concesión de una exención individual que de otro modo no hubiera sido posible (13).

Así, por ejemplo, en la decisión Olivetti-Canon comparando las posibilidades de formación de una empresa común con la de otorgamiento de una licencia dice: «La concesión de una licencia no permitiría una transferencia de tecnología tan amplia como la conseguida mediante la creación de la empresa conjunta, que supone así *un grado de cooperación entre las partes más intenso y permite un intercambio de tecnología profundo y permanente*» (14). Igualmente en la decisión «Fibras ópticas» vuelve a hacer una comparación parecida. En esta ocasión, dos son las posibilidades. La primera consiste en la comercialización directa por una de las sociedades matrices —Corning, la compañía americana propietaria de la tecnología— bien a través de

(11) Reglamento CEE, núm. 2349/84, de la Comisión de 25 de julio de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos de licencia de patentes. *DOCE*, núm. L 219, de 16 de agosto, pág. 15; *DO*, edición española 08/vol. 02, pág. 135.

Reglamento CEE, núm. 556/89, de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de know-how. *DOCE*, núm. L 61, de 4 de marzo de 1989, pág. 1.

(12) Quedaría abierta en ese caso la posibilidad de exención individual, pero no cabe duda que, aun en el caso de que la exención individual se concediese, se habría producido ya una alteración en la situación jurídica del interesado.

(13) Recordemos que el artículo 85 TCEE exige como condición necesaria para la exención el carácter indispensable de la medida restrictiva.

(14) Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987. *DOCE*, núm. L 52/51, de 26-2-88, punto 56. Subrayado añadido.

la importación en Europa desde Estados Unidos o bien a través del establecimiento en la CEE de factorías de propiedad exclusiva. La segunda, en la concesión de una licencia de Corning a una empresa europea. El mayor grado de cooperación y las ventajas que supone la empresa común vuelven a aparecer cuando se dice que con la primera posibilidad «no hubiese habido transferencia de tecnología a las sociedades europeas y además tampoco se hubiese producido una difusión de la tecnología de Corning. La concesión de simples licencias, aun cuando hubiese aumentado la competencia y fomentado ulteriores desarrollos por parte de los licenciarios, no hubiese facilitado la circulación eficiente de una tecnología que está experimentando rápidos cambios, *en la misma medida en que esto es posible dentro de la estructura de una relación de empresas comunes*» (15).

En síntesis de todo lo dicho se deduce, pues, que la existencia de una empresa común puede tener consecuencias jurídicas. Es esta trascendencia lo que nos obliga a buscar una noción de empresa común, unos elementos comunes a las empresas comunes de naturaleza cooperativa y concentrativa.

II. DIFICULTAD DE LA NOCIÓN

No existe en la normativa comunitaria una definición legal de empresa común. Y ello aunque el término empresa común sí aparece en algunos reglamentos de exención por categoría y además, jugando un papel determinante. El caso más significativo quizás sea el de los reglamentos de exención de licencias de patentes y de know-how (16). En el artículo 5 de ambos reglamentos se incluyen una serie de supuestos en los cuales el reglamento no se aplica, entre ellos, «a los acuerdos de licencia de patentes/know-how concluidos entre competidores que tengan intereses en una empresa común o entre uno de

(15) Decisión de la Comisión de 14 de julio de 1986. *DOCE*, núm. L 236/30, de 22-8-86, punto 62. Subrayado añadido.

(16) *Supra* nota 11.

ellos y dicha empresa si los acuerdos de licencia se refieren a las actividades de la empresa en común» (17).

Tampoco en el nuevo Reglamento OPC encontramos una definición de empresa común (18).

No encontrando dicha definición ni en los Tratados ni en el extenso Derecho derivado, debemos preguntar si el TJCE ha dado una definición de empresa común. La respuesta es negativa. Ningún caso de empresa común ha sido decidido por el TJCE (19).

Así pues, los datos para dicha definición habremos de buscarlos en alguno de los documentos que emanan de la Comisión (decisiones, informes sobre competencia, comunicaciones, notas de prensa, etc.) así como en la doctrina.

En cuanto a esta última, si en algo coinciden los autores cuando se enfrentan al tema de las empresas comunes es precisamente en la dificultad de definir las. Ritter & Overbury recogían ya hace muchos años los infructuosos intentos de múltiples comentaristas (20).

La causa de esta dificultad radica en la múltiple variedad de formas bajo las cuales se puede presentar la empresa común. Ese «camaleón» (21) que es la filial común se puede presentar desde en su

(17) Las razones que se dan para dicha exclusión en las exposiciones de Motivos —punto 8 del reglamento de patentes y 5 del de know-how— son, respectivamente, la falta de experiencia suficiente en un caso, y la inadecuación del marco del Reglamento para tratar un supuesto que suscita problemas más complejos. Sea como sea, si hay una exclusión, lo mínimo es que sepamos qué está excluido y para ello necesitábamos una definición de empresa común que ni el articulado ni la exposición de motivos contiene.

(18) En este caso, de todas maneras, la inexistencia de dicha definición es menos sorprendente puesto que lo que interesa ante todo es saber cuando nos encontramos ante una empresa común de naturaleza concentrativa para lo cual sí establece una serie de criterios en su artículo 3.2.2.º párrafo.

(19) Quizás, como dice A. S. PATHAK en «The EC Commission's approach to Joint Ventures: a policy of contradictions», *ECLR* [1991] 5, pág. 171, la razón sea que todas las decisiones formales de la Comisión sobre empresas comunes, con una excepción, son de exención o certificaciones negativas; es decir favorables a dichas empresas con lo cual no tienen interés en recurrirlas.

(20) En «An Attempt at a practical Approach to Joint Ventures Under the EEC rules on Competition», *CMLR*, 14, pág. 601.

(21) «That chameleon of the antitrust world», en palabras de Dr. Wily Schlicder, recogidas en el artículo de Ritter & Overbury, antes citado —nota 20—; «the term joint venture is one of the most elusive terms in antitrust analysis both in the EEC and in the United States», como decía BARRY HAWK en su libro *United States Common Market and International Antitrust: a comparative guide*, vol. 2, 2nd, ed. 1990, Prentice Hall Law & Business, pág. 289.

forma más clara —una entidad filial jurídica y económicamente independiente de las empresas fundadoras— hasta en una simple configuración contractual, sin un *status* legal separado del de las empresas fundadoras, pero controlada conjuntamente a través de un comité o un equipo director u otro cuerpo al cual se le ha delegado el poder de tomar decisiones (22). Así pues, por lo que respecta al Derecho de la Competencia comunitario la forma jurídica, el hecho de que se trate o no de una entidad jurídicamente separada, no es determinante para su calificación o no como empresa común (23).

Sólo nos queda por lo tanto analizar los diversos documentos emanados por la Comisión. De ellos partiremos como punto de referencia y a esta labor dedicaremos el próximo apartado.

III. BUSCANDO UNA DEFINICIÓN

Ya en el 4.º Informe sobre política de competencia se recoge una definición de empresa común cuya formulación se repetirá constantemente por la Comisión (24).

Se entiende por empresa común «une entreprise soumise à un contrôle exercé en commun par deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes les unes des autres».

En esta definición se encuentran ya mencionados todos los elementos que van a configurar su noción: debe tratarse de una empresa (a), sometida a control conjunto de otras empresas (b) y estas empresas deben ser económicamente independientes unas de otras (c).

(22) Ver en este sentido: a favor RITTER & OVERBURY, *op. cit.*, nota 20; en contra BARRY HAWK, *op. cit.*, nota 21, págs. 291 y 292.

(23) En cambio en Derecho Antitrust americano la distinción es importante porque la sección 7 de la Clayton Act se aplica sólo a las entidades con un *status* legal separado —«corporate joint ventures»—. Para más información ver capítulo 4 de BARRY HAWK, *op. cit.*, nota 21.

(24) Punto 37 del 4.º Informe; punto 53 del 13.º Informe; punto 26 del 15.º Informe; Directrices 1985, Documento IV/471/85, pág. 2; Comunicación 14 de agosto de 1990, punto 7.

a) *Noción de empresa. Elementos*

En ninguno de los Informes de competencia que acabamos de citar y en los que se definía el concepto de empresa en común, se decía qué se debía entender por empresa. Se limitaban a establecer cuando una empresa se iba a considerar común.

Lo mismo ocurre en el proyecto de comunicación sobre empresas comunes —directrices 85— (25).

Habremos de esperar a 1990 para que la Comisión nos ofrezca una definición de empresa. Hay que entender por empresa —nos dice— «una organización de recursos humanos y materiales que persigue un objetivo a largo plazo» (26).

Se trata de una definición extremadamente similar a la que el TJCE viene dando (27). «L'entreprise —dice el TJCE— est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé.» Esta casi identidad nos descubre cuál ha sido la fuente de la que la Comisión ha tomado la definición de empresa. Es significativo el único elemento diferenciador: la expresión «rattachés à un sujet juridiquement autonome», al demostrar una vez más que la Comisión no considera determinante la forma jurídica ni la denominación a la hora de definir empresa y empresa en común (28).

Los elementos que integran, pues, esta definición de empresa son:

(25) Resulta curioso ver cómo trata de definir la empresa en común como «une entité économique qui exerce soit toutes les fonctions d'une entreprise, soit...», sin decirnos sin embargo qué entiende por empresa y cuáles son esas funciones.

(26) Comunicación de la Comisión, punto 8.

(27) Sentencia TJCE de 13 de julio de 1962, en el caso 19/61, Mannesmann AG/Alta Autoridad. Rec., 1962, pág. 705.

(28) Se utiliza, pues, una noción económica. Es necesario que nos encontremos ante una entidad económica separada, pero no se requiere que sea jurídicamente separada. Habrá de existir una unidad de organización y dirección, pero no será requisito imprescindible la existencia de una persona jurídica distinta.

Para estudiar la evolución de la opinión del TJCE en el mismo sentido, ver las sentencias de 25 de noviembre de 1971, asunto 22/71, Beguelin, Rec., pág. 949, y de 31 de octubre de 1974, asunto 15/74, Centrafarm, Rec., pág. 1147.

1. La existencia de una actividad organizada, es decir, dirigida a conseguir la unidad de acción con arreglo a un proyecto racional (habitualmente esta actividad organizada se manifiesta al exterior en la coordinación y utilización estables de medios materiales y trabajo ajeno).

2. La existencia de «objetivo económico» que nos permita distinguir la actividad empresarial de las puras actividades artísticas o intelectuales.

3. «Persecución de un objetivo a largo plazo», dice la Comisión. Esta es, sin duda, el requisito más difícil de precisar. En la práctica decisoria de la Comisión referente a las empresas en común, encontramos abundantes referencias a este elemento temporal bajo expresiones como «a largo plazo», o «de carácter permanente» (29). Igualmente en el artículo 3.2 del Reglamento OPC vuelve a aparecer, al igual que en la comunicación interpretativa (30). Pero tanto en el caso de la práctica decisoria como en el del Reglamento OPC y la comunicación interpretativa, el elemento de la duración se analiza como un factor de la autonomía o independencia de la empresa en común en relación a las empresas fundadoras. En definitiva, se analiza como parte de los criterios diferenciadores entre lo que constituye una operación de concentración y lo que es una simple cooperación (31).

Ello nos indica que no nos sirve para la noción de empresa común —previa a la de concentrativa o cooperativa—.

Sin embargo este «a largo plazo» aunque confuso por la terminología empleada, sí nos puede ser útil y constituir ese tercer elemento de la noción de empresa que estamos definiendo.

(29) Ver Decisión SHV Chevron de 20 de diciembre de 1974, *DOCE*, núm. L 38/14, de 12-2-75, pág. 15; Decisión De Laval Stork, de 25 de julio de 1977, *DOCE*, núm. L 215/11, de 23-8-77, pág. 16, por ejemplo.

(30) Punto 17. «... de forma permanente, si se propone —y es capaz— de desarrollar su actividad durante un período de tiempo ilimitado o, por lo menos, largo».

(31) Es significativo a este respecto el punto 17 de la Comunicación que tras establecer ese «durante un período de tiempo ilimitado o, por lo menos, largo», continúa diciendo: «Si no es así, en general no habrá cambios a largo plazo en las estructuras de las empresas matrices. Los recursos humanos y materiales de la empresa en participación constituyen un aspecto más importante que el límite temporal establecido. Dichos recursos deben ser de naturaleza y cantidad tales que garanticen la existencia e independencia de la empresa a largo plazo.»

Parece que la Comisión trata de distinguir ciertas operaciones económicas ocasionales de las actividades de empresa. De esta manera, este elemento temporal sería interpretado como «de manera continuada, sistemática, no aislada».

Hablando de Derecho mercantil en general, estos últimos calificativos son, en efecto, incontestables (32). No obstante la materia de derecho de la competencia es muy específica. Su función es la protección de las restricciones y de los obstáculos a la competencia. Esta protección debe existir, según ciertos autores (33), no solamente frente a los sujetos que participan habitualmente en la vida económica, sino también frente a los que participan sólo ocasionalmente (34).

Por lo tanto, la Comisión ha elegido una noción restringida de empresa. En nuestra opinión, sin embargo, sería más correcta una noción más amplia que incluyese las actividades ocasionales.

b) *Sometida al control conjunto de otras empresas*

Es en el nuevo Reglamento OPC donde encontramos una definición legal de control. Ahora bien, el artículo 3.3 al mismo tiempo que incluye dicha noción dice hacerlo «... a efectos del presente Reglamento...», lo cual nos hace preguntarnos ¿es la noción de control la misma antes y después del Reglamento OPC, se aplica de la misma forma en las decisiones sobre operaciones de concentración (empresas comunes de naturaleza concentrativa) que en las decisiones sobre empresas comunes de naturaleza cooperativa?

La respuesta exige que analicemos cuál es esa noción de control así como la de control conjunto (b.1 y b.2) y comprobemos después si se corresponden o no con las decisiones en aplicación de los artículos 85 y 86 sobre empresas comunes cooperativas (b.3).

(32) «Una mercantia non facit mercatorem», como dice R. URÍA en *Derecho mercantil*, 15, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1988, pág. 34.

(33) Ver, entre otros, E. GALÁN CORONA: *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1977, págs. 152 y ss.

(34) Es la existencia de una actividad dirigida al mercado la que debe, en principio, calificar esta actividad como de empresa. De todas maneras, hay que hacer ciertas excepciones como el consumo privado. Para un examen más detallado ver GALÁN, supra nota anterior.

b.1) *La noción de control en el Reglamento OPC y sus decisiones de aplicación*

Es el artículo 3.3 el que define el control como «la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa» (35). Ahora bien, ¿en qué consiste esa influencia decisiva?, ¿a qué nos referimos con el término «posibilidad»? ¿la noción de control consiste en una serie de criterios formales o es, por el contrario, una apreciación «de facto», una noción de control de hecho?

Estas son las primeras dudas que nos asaltan cuando nos enfrentamos a la noción de control según el Reglamento. Una aclaración total sólo será posible a través de un estudio pormenorizado de la práctica decisoria de la Comisión y de su Comunicación interpretativa. Estudio que haremos detenidamente en el siguiente apartado, al referirnos al control conjunto.

De momento, nos limitaremos a realizar las primeras precisiones que consideramos imprescindibles para enfocar correctamente dicho estudio.

— La primera es reiterar que esa influencia debe ser «decisiva», es decir debe ser capaz de dirigir la política comercial de dicha empresa y no sólo de influir en su comportamiento (36).

— En segundo lugar, existirá control, según los términos del artículo 3.3. del Reglamento, desde que exista la *posibilidad* de ejercer

(35) Lo mismo se recoge en el punto 9 de la Comunicación con una significativa precisión: «... posibilidad de ejercer, *directa o indirectamente*...». (Subrayado añadido.)

Exactamente en los mismos términos que se recoge en el Derecho francés, en el artículo 39 de la ordenanza de 1.º de diciembre de 1986: «la concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme qui... ou qui a pour objet ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer directement ou indirectement sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante».

(36) Se debe, pues, diferenciar entre influencia determinante e influencia simple. La primera significa control y puede derivar, si se reúnen otros requisitos, en la calificación de una operación como una concentración. En el segundo caso, sólo podría, en todo caso, derivar en una coordinación de comportamientos y nunca en una operación de concentración.

Ver sentencia de 17 de noviembre de 1987, en los asuntos 142 y 156/84, Philip Morris, Rec., pág. 4566. Para noción más precisa ver el apartado sobre control conjunto.

una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa. No parece, pues, necesario el *ejercicio* de esa influencia decisiva, sino que parece suficiente la existencia de la *posibilidad*.

Idea ésta que parece encontrar confirmación en el artículo 4 del Reglamento que, al establecer la obligación de notificación previa de las operaciones de concentración, señala para ello un plazo de una semana a partir de

- la fecha de conclusión del acuerdo,
- o la publicación de la oferta de compra o de canje,
- o la adquisición de una participación de control.

Se establece este plazo independientemente del momento en que el acuerdo surtirá efecto, o de la aceptación o no de la oferta de compra o de canje.

La amplia redacción utilizada en el Reglamento parece indicarnos que la mera posibilidad implica control y por lo tanto obligación de notificación. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada.

Hay que distinguir claramente entre *posibilidad de influir* decisivamente y *posibilidad de adquirir una influencia* decisiva.

Supongamos un caso en el que una empresa «A» firma un contrato con una empresa «B», con fecha de mayo de 1992, por el que un año después, en mayo de 1993, entrará en posesión del 60 por 100 de las acciones de la empresa «B». A partir de ese momento, el contrato le conferirá la *posibilidad de influir* de forma decisiva en las actividades de «B». Por medio de ese contrato se realiza una operación de concentración que surtirá efectos en el plazo de un año, por el mero transcurso de ese año. A tenor del artículo 4 dicho contrato deberá ser notificado a la Comisión dentro de la semana siguiente a su conclusión en mayo de 1992.

Por lo tanto cuando, sea cual sea el medio utilizado, y tanto si surte efectos inmediatamente como si ha de transcurrir un cierto plazo, se confiera *esa posibilidad de influir decisivamente*, existirá control, operación de concentración y el consiguiente deber de notificación.

En otros supuestos, se dan los primeros pasos para conseguir la concentración pero el mero transcurso del tiempo no es suficiente para que se lleve a cabo. Esos primeros pasos suponen simplemente *una posibilidad de adquirir una influencia decisiva*.

Tal es el caso, en primer lugar, de una *oferta pública de adquisición (OPA)*, o, en segundo lugar, de un contrato en el que se pre-

vea un *derecho de opción o un derecho de suscripción* de la totalidad o de una parte lo suficientemente importante de las acciones de una empresa.

De ambos supuestos resulta, más que la posibilidad de influir la de adquirir esa influencia. Para que se lleve a buen fin, es necesario la concurrencia de otros factores distintos al mero transcurso del tiempo: la aceptación de la OPA, en el primer caso, el ejercicio del derecho de opción o de suscripción, en el segundo.

De todas maneras, ambos ejemplos presentan una importante diferencia. En el primero el posible adquirente ha manifestado claramente —a través de su oferta— su voluntad de participar en el control de la empresa. Ha dado todos los pasos para lograrlo y depende fundamentalmente de factores exteriores a él —la buena o mala acogida de dicha oferta—. En el segundo, la adquisición depende de un acto posterior del posible adquirente —el ejercicio del derecho de opción o suscripción—.

Es probablemente por esta diferencia, además de en aras de la seguridad jurídica (37), por lo que la obligación de notificación surgirá en momentos diferentes en uno y otro caso. En el primero, según el artículo 4 del Reglamento OPC, en la semana siguiente a la publicación de la oferta. En el segundo, el punto de partida de dicho plazo será el ejercicio del derecho de opción o de suscripción —y no la conclusión del acuerdo en el que tal derecho se prevea—. Así se deduce, en efecto de la decisión ELF/ERTOIL (38): SNEA (Société Nationale Elf Aquitaine) notifica a la Comisión la adquisición del total de la compañía ERTOIL en base al *ejercicio de un derecho de opción exclusivo* previsto por un acuerdo anterior entre SNEA y otra compañía holding que ostentaba en el momento de la operación el 100 por 100 de ERTOIL. La *posibilidad de adquirir el control* existía ya desde la firma del acuerdo inicial, pero sólo cuando esta posibilidad se *mate-*

(37) El considerando número 17 de la Exposición de Motivos del Reglamento OPC, al explicar las razones y consideraciones tenidas en cuenta para el establecimiento del sistema de notificación previa, termina diciendo: «... que en aras de la seguridad jurídica debe protegerse en la medida de lo necesario la validez de las transacciones». Una protección que debe ser aún más firme cuando hablamos de una OPA, dada su amplitud y el número de afectados.

(38) Decisión de la Comisión de 29 de abril de 1991, núm. IV/M 063.

realiza en el ejercicio del derecho de opción, es cuando hablamos ya propiamente de control, y surge la obligación de notificación.

— En cuanto a la tercera y última precisión, nos preguntábamos si la noción de «control» se concreta en una serie de criterios formales (por ejemplo, la adquisición de más del 50 por 100 del capital o nombramiento de más de la mitad de los miembros del Consejo de Administración, etc.) o es, por el contrario, una noción de hecho.

Tanto en el texto del Reglamento (39) como en el de la Comunicación (40) se dan toda una serie de medios o instrumentos a través de los cuales se puede lograr ese control, para terminar aludiendo a una fórmula abierta: «o cualquier otro medio». Además se hace una clara alusión a la necesidad de considerar, en último término, «las circunstancias de hecho».

Así pues, la noción de control es una noción que descansa, en último término, sobre una apreciación de hecho. Si, en último término, de hecho, es posible esa influencia determinante, habrá control. En caso contrario, no (41).

Las decisiones de la Comisión en aplicación del Reglamento sobre concentraciones no hacen sino confirmarnos esta apreciación. Así, ya en la primera decisión en aplicación del Reglamento, la decisión RE-NAULT/VOLVO (42) aparecen dos alusiones al control de facto.

La primera, al examinar si en el sector automóviles, en el que las partes se habían intercambiado participaciones hasta el 25 por 100, había control común, acaba analizando si algunas decisiones concretas de las partes reflejaban ese control común y dice: «as of today there are no concrete decisions which would show that for their car activities the parties would have decided to integrate the full range of

(39) Artículo 3.1, último párrafo: «... mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio...», y artículo 3.3.: «... el control resulta de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho...».

(40) Punto 9, última frase: «para determinar si esta condición se cumple, hay que considerar todas las circunstancias de hecho y de derecho del caso de que se trate».

Punto 10: enumera algunos puntos «especialmente importantes».

(41) «Il s'agit d'un critère matériel très souple reposant sur une appréciation de fait et non pas d'un critère formel.» JEAN BLAISE: «Contrôle des opérations de concentration», *Concurrence, RTDE*, année 26, octobre-décembre, 1990, págs. 743 y ss.

(42) Decisión de la Comisión de 7-11-1990, asunto IV/M 004.

their car products and to commit themselves to an irreversible situation which would bring about a *de facto common control*» (43).

La segunda, en el estudio del sector de camiones y autobuses donde las partes se intercambian el 45 por 100 de sus participaciones. «The economic interests involved create a strong situation of common interests which, together with the other factors mentioned thereafter, lead to a *de facto permanent common control situation* and thus establish a single economic entity between the two parties» (44). Es de resaltar que, aunque el porcentaje de participaciones que se intercambian sea mayor, cada una sigue teniendo mayoría en su empresa, y la estructura conjunta es la misma que en el sector de los coches. Es, pues, fundamentalmente la situación de hecho creada —concretamente la dependencia que se crea entre ellas debido a la especialización de sus fábricas— la que determina el control común y además, en este caso, la permanencia y la irreversibilidad.

Igualmente podemos citar la decisión Arjomari (45) en la que se considera que dicha empresa tendría el control de WTA a pesar de poseer sólo el 39 por 100 de su capital. La razón radicaba de nuevo en la situación de hecho: el resto del capital se hallaba muy disperso (107.000 accionistas, ninguno más del 4 por 100).

b.2) *Ejercicio conjunto de ese control. La Comunicación de la Comisión y las decisiones de aplicación del Reglamento OPC*

Para que una empresa sea común es necesario que sea controlada en común, conjuntamente por dos o más empresas. Esta afirmación que la Comisión recoge en su Comunicación (46) forma parte de la definición que de las empresas comunes viene dando la Comisión en sus Informes Anuales sobre competencia (47) y en sus decisiones in-

(43) Subrayado añadido.

(44) Subrayado añadido.

(45) Decisión de la Comisión de 10-12-1990, asunto IV/M 025.

(46) «A tenor del Reglamento una EP está sometida a un control en común.» punto 11 de la Comunicación.

(47) Supra nota 24.

dividuales (48). Y es además, según mi opinión, un requisito intrínseco de la empresa en común.

Sólo será verdaderamente común cuando se comparta la responsabilidad de la dirección de su política comercial. En el resto de los supuestos sólo podremos hablar de participaciones, de capital en común, pero no de empresa en común. Estamos con ello adelantando ya en qué consiste ese control conjunto. Lo importante es la dirección de la política comercial y no la participación en el capital. Esto queda claro en algunas decisiones de la Comisión. Es muy significativa a este respecto la decisión ERIDANIA/ISI (49). La situación anterior a la operación de concentración era la siguiente: el capital de ISI era propiedad de tres empresas distintas que tenían el 35 por 100, 35 por 100 y 30 por 100 del total. Sin embargo, sólo dos de ellas controlaban ISI. Cuando la tercera en discordia, cede en partes iguales su participación a las otras dos, la Comisión no aprecia ningún cambio significativo. Dice: «Tale cessione non costituì una concentrazione ai sensi del Regolamento, poichè RIBS non concorrevva in misura significativa nella definizione delle attività e scelte strategiche di ISI» (50).

En definitiva el control conjunto es la dirección conjunta de la actividad económica de la empresa (51). Dicho de otra forma, las empresas fundadoras no tienen más remedio que ponerse de acuerdo sobre las decisiones que se refieren a las actividades de la empresa común (52).

Ahora bien, ¿cuáles son las decisiones que se han de tomar en común? ¿Todas? ¿Sólo las que se refieren a la actividad económica de la empresa? ¿En qué consiste esa actividad económica?

Si conseguimos hallar un criterio o algunos criterios que nos definen cuáles son esas decisiones, podremos determinar claramente, ex-

(48) Ver a este respecto la decisión ELF ENTERPRISE de 24-7-1991, asunto IV/M 088.

(49) Decisión de 30-7-1991 en el asunto IV/M 062.

(50) Punto 3 de la decisión. En el mismo sentido ver la decisión ICI/TIOXIDE de 28-11-1990 en el asunto IV/M 023. Ver también la decisión UAP/Trasatlantic/Sun-life de 11-11-1991 en el asunto IV/M 141, en el punto 8.

(51) «No existe control en común cuando una de las empresas matrices puede adoptar decisiones unilaterales sobre las actividades comerciales de la EP.» Punto 12 de la Comunicación.

(52) «... cuando es necesario el acuerdo de las empresas matrices en las decisiones relativas a las actividades de la EP...». Punto 11 de la Comunicación.

minando un caso concreto, si existe control conjunto. No importa, como especificamos más adelante, cuál sea el medio o el instrumento por el que esas decisiones se han de tomar de común acuerdo. Nos bastará saber que eso es así de hecho, para sacar como conclusión que existe control conjunto (53).

Es ahora cuando el estudio de la práctica decisional de la Comisión puede jugar un papel fundamental.

Llama la atención a este respecto, una serie de casos que presentan todos ellos unas circunstancias muy similares. Se trata de asuntos en los que estaba en juego la calificación de control conjunto o control por parte de una sola empresa. Y la clave de la respuesta radicaba en la existencia de unas decisiones que se debían de tomar por unanimidad o por una mayoría cualificada.

El problema que se le plantea a la Comisión: ¿cómo saber cuándo esas decisiones «concernen a la actividad de la empresa» en el sentido del artículo 3.3. del Reglamento? Es, entonces, cuando aparece un criterio: *la protección usual de los accionistas minoritarios*.

Cuando dicha regla de mayoría cualificada o de unanimidad rebasa lo que es la protección de los accionistas minoritarios, esa decisión forma parte de «la actividad de la empresa» en el sentido del artículo 3.3 del Reglamento. Consiguientemente existiría control conjunto. Por el contrario, si se mantiene dentro de los límites de protección del accionista minoritario, entonces no existiría control conjunto (54).

(53) Esto nos sirve igualmente para precisar la noción de control a secas. Si lo estudiamos aquí, es porque es en los casos de control conjunto donde esta precisión se ha hecho más acuciente. Y prueba de ello es que son los casos de empresas comunes los que han originado el debate en este punto y las consiguientes soluciones.

(54) Aunque este criterio no ha sido hasta la fecha utilizado para un caso de control de una sola empresa, mi opinión es que es plenamente trasladable. Así, el principio podría recibir una enunciación más general, de tal manera que:

— Cuando se haya de contar con el consentimiento de una sola empresa, cuando esa empresa pueda por sí sola tomar toda una serie de decisiones —aquellas que excedan a la protección de los accionistas minoritarios— existiría control en el sentido del artículo 3.3. del reglamento.

— En caso de que se haya de contar con el consentimiento de más de una empresa, estaremos ante un control conjunto.

— Y si no hay una empresa con la que se deba de contar, no habrá control.

Entiéndase por consentimiento de la empresa, el necesario directamente —la empresa como tal entidad— o indirectamente —a través de los miembros de los órganos de dirección nombrados por dicha empresa—.

La primera vez que este criterio es mencionado es en la decisión CONAGRA/IDEA (55). En este caso, una de las sociedades parte —HOLDING— tendría, después de la operación, el 74 por 100 de los derechos de voto y el derecho a nombrar cinco de los siete miembros del órgano de administración. CONAGRA, la otra sociedad parte, dispondría del 26 por 100 de los derechos de voto y los dos miembros restantes del Consejo. No obstante se requería el 75 por 100 de los votos para determinadas decisiones. La Comisión entra a analizar dichas decisiones y presta especial importancia a tres de ellas:

— La aprobación de los planes estratégicos y del presupuesto anual, así como cualquier desviación significativa de los planes y presupuesto aprobado.

— La aprobación de todas las inversiones superiores a 1,5 millones de francos (inversiones sustanciales).

— Lanzamiento de nuevos productos y la selección y remuneración de personal director.

Es la existencia de esta regla de mayoría cualificada para estas decisiones la que hace concluir a la Comisión que «Industries», la empresa común, «cannot be operated in any meaningful way without Conagra, in particular with regard to its future development and expansion». Y, por lo tanto, existía control conjunto.

Es en el punto 14 cuando emite su conclusión en estos términos: «The actions mentioned above go beyond *the usual protection of the minority shareholders' interest in the EC Member states and give Conagra the right to jointly exercise, together with the holding a decisive influence on Industrie within the meaning of article 3(3) of the regulation*» (56).

El mismo criterio se repite en la decisión ELF-ENTERPRISE (57). En este caso, de nuevo una de las sociedades parte (SNEA) tendrá una mayoría del capital —2/3— y de los miembros del órgano director. La otra sociedad parte, Enterprise, tendrá el restante 1/3. Pero de nuevo ciertas materias requieren el consentimiento de ambas —en este caso, la solicitud de licencias de petróleo y con-

(55) Decisión de 30-5-1991 en el asunto IV/M 1010.

(56) Subrayado añadido.

(57) Decisión de 24-7-1991. As. núm. IV/M 088.

cesiones para la exploración, así como el presupuesto anual y los programas anuales de exploración y de trabajo—.

La Comisión vuelve a pronunciarse en términos muy similares. Hablando de la necesidad de ese consentimiento dice: «this gives Enterprise a veto over important decisions concerning EEP's activities» —actividades de la filial— «These rights go beyond the usual protection afforded to a minority shareholder in order to protect its investment and allow Enterprise jointly with SNEA to exercise control of EEP» (58).

En este último caso se ha caído del enunciado del criterio la coletilla «in the EC Member States», pero creo que es más un olvido inintencionado que un cambio en dicho criterio (59).

El criterio ha aparecido igualmente en otras decisiones (60).

No obstante, en otros muchos casos (61), aparecen decisiones que se han de tomar con el acuerdo de varias sociedades partes y la Comisión omite toda mención al criterio de los accionistas minoritarios.

Esto nos hace preguntarnos ¿por qué?, ¿existen diferencias entre estos casos y aquellos en los que se ha utilizado?

(58) Subrayado añadido.

(59) Podría pensarse que, dado que la apreciación sobre la existencia o inexistencia de control debe basarse en una apreciación de todas las circunstancias de hecho o de Derecho; el Derecho a tener en cuenta fuera el aplicable al caso concreto. Esta idea que no deja de ser atractiva a primera vista, *no* me parece, sin embargo, correcta porque:

— Supondría una falta de uniformidad y crearía problemas en cuanto a la determinación del derecho aplicable.

— El concepto del artículo 3.3 del Reglamento es uno sólo para toda la CE. De igual manera, la protección usual del accionista minoritario que se aplique y se integre a esa definición debe ser también una noción comunitaria. De no ser así, lo que en un caso sería control en otro, ante los mismos datos fácticos, no lo sería.

— Se dice protección usual; si lo importante fuese la legislación nacional existente, ese calificativo de usual no se hubiese incluido.

(60) En la decisión USINOR/ASD de 29-4-1991 se rechaza el control conjunto porque las decisiones por unanimidad no se extienden más allá de la protección del accionista minoritario. En la decisión Lucas Eaton de 9-12-91, en el asunto IV/M149, por el contrario, se admite la existencia de control conjunto porque el acuerdo de las dos empresas parte es necesario para tomar ciertas decisiones que exceden la protección de los accionistas minoritarios.

(61) Ver las decisiones Mitsubishi de 4-1-1991, asunto IV/M 024; ELF/BC/CEPSA de 18-6-1991, asunto IV/M 098; Sanofi de 10-6-1991, asunto IV/M 072; Apollinaris de 24-6-1991, asunto IV/M 093; Pechiney de 24-6-1991, asunto IV/M 097; DRÄGER/IBM de 28-6-1991, asunto IV/M 101; ERIDANIA/ISI, supra nota 50.

Efectivamente, un estudio más detallado revela que en todos los casos en los que no se ha mencionado este criterio, las sociedades parte nombraban el mismo número de miembros del Consejo de Administración y demás órganos de dirección —tuviesen o no la misma porción de capital de la empresa común—.

La única excepción es el caso Pechiney, pero aquí nos enfrentábamos a una situación particular puesto que no era una sino dos las empresas comunes en juego y en cada una de ellas una de las sociedades parte tenía mayoría tanto de capital como de miembros del Consejo de Administración, con lo cual se establecía una especie de control por simetría que igualaba el poder de las partes en ambas empresas comunes. Es decir, se trata de supuestos en los que existía una igualdad de las partes en cuanto a su poder de decisión. Por el contrario, en los casos en que este criterio se menciona hay una mayoría de capital frente a una minoría y esto se refleja en iguales proporciones en los órganos directores de la empresa.

Por lo tanto, es en estas situaciones extremas cuando la Comisión ha mencionado este criterio. Otros casos han existido no obstante, en los que aunque no lo haya mencionado ha llegado a los mismos resultados a los que se hubiese llegado utilizándolo (62).

El hecho de que haya surgido en situaciones extremas, en las que la línea divisoria entre lo que era participación o no en el control de una empresa no estaba muy clara, nos demuestra su virtualidad como criterio de delimitación.

Consideramos que utilizándolo, podemos descubrir el bloque de decisiones que entran en esa actividad de la empresa en el sentido del artículo 3.3 del Reglamento. Un bloque de decisiones que sean «esenciales para asegurar el funcionamiento normal de la empresa» (63) y en el que estarían incluidos, entre otras, la aprobación de los presupuestos anuales, los planes estratégicos, de las inversiones importantes

(62) Ver sobre todo ELF/BC/CEPSA y DRÄGER. En ambos casos, las participaciones eran del orden del 33 por 100 ó 34 por 100 lo que permitía la posibilidad de que una de las sociedades parte se quedase en minoría. De ahí que se prevea derecho de veto de ciertas decisiones. La Comisión, al analizar dichas decisiones no menciona el criterio de la protección usual de los accionistas minoritarios, lo cual no deja de sorprendernos. De todas maneras, llega, como hemos visto, a los mismos resultados.

(63) Decisión Pechiney, supra nota 61, en el punto 7.

de capital, de la política industrial y de marca, de los programas de financiación y préstamos, del nombramiento de los miembros de los órganos directores... (64).

Este bloque de decisiones será uno sólo para toda la Comunidad Europea, al igual que una sola será la noción de protección usual de los accionistas minoritarios (65).

Una vez determinado este bloque de decisiones, no nos queda nada más que examinar en el caso concreto quien tiene el poder de tomar dichas decisiones.

El medio o instrumento a través del cual se ostente dicho poder, no es relevante (66). Sólo nos importa en cuanto que a través de uno o varios de ellos se puede llegar a tener el poder para tomar esas decisiones.

Una enumeración de dichos instrumentos será por lo tanto siempre *no exhaustiva* y meramente ejemplificativa o indicativa. Nos puede orientar sobre algunos de los puntos que podemos tener en cuenta. Así por ejemplo:

- la parte de capital detentado y los derechos de voto de ella derivada,
- la representación en los órganos gestores y de control de la empresa,
- las reglas de votación y aprobación de decisiones en las Juntas de accionistas y en los órganos de gestión y sus presidencias,
- los contratos entre las empresas parte y sus cláusulas,
- las situaciones económicas de las empresas parte y de la empresa común en cuanto que pueden revelar una dependencia,

(64) Para un análisis más detallado, ver las decisiones Conagra/Idea de 30-5-1991, asunto IV/M 010, ELF/Enterprise de 24-7-1991, asunto IV/M 088, ELF/BC/CEPSA, Sanofi, Apolinaris, Pechiney, Dräger/IBM, citadas supra nota 61.

(65) No es la primera vez que un concepto que es tomado de los diversos sistemas jurídicos de los Estados Miembros, se desvincula de sus orígenes y adquiere autonomía, convirtiéndose en una *noción comunitaria*. Tal ha sido el caso de la noción de «jurisdicción» en el marco de la cuestión prejudicial del artículo 177 TCEE, o el de «trabajador» en el marco de la libre circulación de personas, o el de «medida estatal» en el marco del artículo 30 del Tratado CEE, por citar algunos ejemplos.

(66) Recordemos que el Reglamento no sólo no establecía unos criterios formales para definir el control sino que dejaba totalmente abierto este aspecto al señalar que se podía lograr «por cualquier otro medio».

— la posible existencia de otras empresas comunes o de otro tipo de relaciones entre dichas sociedades,

— etc.

No juzgo de utilidad entrar en más especificaciones, pues, no llegaríamos más que a señalar lo que «generalmente» daría como consecuencia el control. «Generalmente» implica «no siempre», y, por lo tanto, la solución final la tendríamos en la apreciación de la situación de hecho y de Derecho en el caso concreto (67).

b.3) *La noción de control y de control conjunto en las decisiones de aplicación de los artículos 85 y 86 antes y después del Reglamento OPC*

El proyecto de directrices sobre empresas comunes que circuló por Bruselas en 1985 recogía la opinión de la Comisión sobre esta materia tan controvertida. De su lectura saltan a la vista las siguientes ideas:

1.ª El control conjunto era un requisito imprescindible para calificar una empresa como común (68). Ya se distinguía pues entre participación en el capital y control.

2.ª La determinación del control en el caso concreto descansaba ya sobre una apreciación de las circunstancias de hecho y de derecho (69).

3.ª La noción de control es, prácticamente, idéntica a la actual: «Par contrôle, la Commission entend... le pouvoir de déterminer l'activité d'une entreprise.»

4.ª También la noción de control conjunto parecía apuntar ya las líneas de su comunicación de 14 de agosto de 1990. Si en esta última se dice que existe control común «cuando es necesario el acuerdo de las empresas matrices en las decisiones relativas a las actividades de la empresa

(67) Buena prueba de ello lo encontramos en la Comunicación de la Comisión, punto 12: «esto ocurre generalmente...».

(68) Así se deduce de la definición de empresa común que contempla: «les entreprises communes sont des entreprises contrôlées conjointement par deux ou plusieurs entreprises».

(69) «... il y a lieu de tenir compte non seulement des participations au capital respectivement détenues et des dispositions contractuelles, mais aussi du contexte de fait et juridique dans son ensemble».

en participación», en el proyecto de directrices del año 85 se decía «un contrôle en commun est toujours acquis lorsque les sociétés mères dépendent les unes des autres pour la gestion de l'entreprise commune».

Así pues, parece que la noción de control y de control conjunto que refleja el Reglamento es sustancialmente la misma que la que se deduce de la aplicación de los artículos 85 y 86 del TCEE. De todas maneras, es conveniente no limitarnos a este proyecto de comunicación y buscar su precisión y posibles divergencias en las decisiones de la Comisión (70). Destaquemos tan sólo los puntos más llamativos de dicha práctica —aquellos que precisen o difieran de lo expuesto en el proyecto de Comunicación—:

1. Lo importante no es tanto la gestión diaria de la empresa sino que se trasluce ya la idea de que lo importante para la existencia de ese control es el poder de tomar un núcleo esencial de decisiones —«las más importantes»—, en expresión que se repite en múltiples ocasiones (71).

2. El contenido de esas decisiones importantes nos recuerda mu-

(70) Ver entre otras las decisiones SHV-Chevron de 20-12-74, *JOCE*, núm. L 38/14, de 12-2-75; De Laval-Stork de 25-7-77, *JOCE*, núm. L 215/11, de 23-8-77; GEC-Weir Sodium Circulators de 23-11-77, *JOCE*, núm. 327/26, de 20-12-77; Wano Schwarzpulver de 20-10-78, *JOCE*, núm. L 322/26, de 16-11-78; Beecham/Parke Davis de 17-1-79, *JOCE*, núm. L 70/11, de 21-3-79; Floral de 28-11-79, *JOCE*, núm. L 39/51, de 15-2-80; Langenscheidt-Hachette de 17-11-81, *JOCE*, núm. L 39/25, de 11-2-82; Amersham Buchler de 29-10-82, *JOCE*, núm. L 314/34, de 10-11-82; Rockwell Iveco de 13-7-83, *JOCE*, núm. L 224/19, de 17-8-83; Carbon Gas Technologie de 8-12-83, *JOCE*, núm. L 376/17, de 31-12-83; Fibres Optiques de 14-7-86, *DOCE*, núm. L 236/30, de 22-8-86; Eni Montedison de 4-12-86, *DOCE*, núm. L 41/31, de 7-1-87; Mitchell Cotts-Sofiflra de 17-12-86, *DOCE*, núm. L 41/31, de 11-2-87; Enichem-Ici de 22-12-87, *DOCE*, núm. L 50/18, de 24-2-87; Olivetti-Canon de 22-12-87, *DOCE*, núm. L 52/51, de 26-2-88; Iveco-Ford de 20-7-88, *DOCE*, núm. L 230/39, de 19-8-88; BBC-Brown Boveri de 11-10-88, *DOCE*, núm. L 301/68, de 4-11-88; UIP de 12-7-89, *DOCE*, núm. I. 226/26, de 3-8-89.

(71) Ver Delaval Stork, Floral, Rockwell Iveco, Carbon Gas Technologie, UIP, por ejemplo. El caso de Delaval Stork es significativo, pues el contrato había dejado en manos de una de las sociedades parte —Delaval International— la gestión de la empresa en común. No obstante lo cual, todas las decisiones importantes referentes a su actividad debían ser tomadas con el consentimiento de las dos sociedades parte.

Igualmente significativa es la decisión Mitchell Cotts-Sofiflra. Punto 18. «Las decisiones de gestión diaria de la empresa en participación son responsabilidad del Consejo de Administración en el cual MC Engineering posee una mayoría. No obstante, la influencia de Sofiflra en la dirección de la empresa en participación es muy importante..., ya que... participa en plano de igualdad con MC engineering en el Comité de accionistas cuya aprobación previa es necesaria para adoptar determinadas decisiones de gran trascendencia.»

cho a los que hemos integrado en el bloque decisional «llave» del control al estudiar las decisiones en aplicación del Reglamento OPC (72).

3. La apreciación en base a todas las circunstancias de hecho y de derecho se ve confirmada en Mitchell Cotts-Sofiltra y, especialmente, en Fibras ópticas, donde es llevada hasta sus últimos extremos.

Efectivamente, en esta última decisión, después de las modificaciones de los acuerdos que la Comisión impuso como imprescindibles para conceder la exención individual, una de las sociedades madre —Corning— ve reducido sus derechos de voto en Junta de accionistas a un nivel inferior al necesario para vetar una modificación de los Estatutos, y además, ha de retirar todos sus representantes del Consejo de gestión de la empresa común. Corning, que antes sólo tenía una minoría en dichos órganos, ve eliminada prácticamente su representación en los mismos. No obstante lo cual, la Comisión considera que existe un control conjunto porque Corning «mantiene una posición influyente respecto a las políticas de producción de las empresas comunes debido al papel predominante que juega en el suministro y aplicación de la tecnología necesaria para la producción de fibras ópticas».

Una referencia muy parecida encontramos también en Mitchell Cotts-Sofiltra (73).

Vemos pues en Fibras ópticas una situación extrema en la que la situación de poder tecnológico de una de las sociedades parte la hace «influir determinadamente», participar en el control de las actividades de esa empresa a pesar de su nula representatividad en los órganos de gestión.

4. Resulta curioso señalar que la contraposición entre la consideración de mero accionista minoritario y participante en el control, aparece por primera vez en la decisión Mitchell Cotts-Sofiltra.

5. Como última observación no puedo dejar de mencionar dos decisiones, Amersham Buchler y BBC-Brown Boveri, en las cuales no se analiza la existencia de control conjunto. Se habla de empresas comu-

(72) Ver, por ejemplo, la decisión Carbon Gas Technologie: programación financiera, aceptación de fianzas, realización de inversiones importantes, etc. Ver, igualmente, la decisión Mitchell Cotts-Sofiltra.

(73) Punto 18 de la decisión: «... la influencia de Sofiltra en la dirección de la empresa en participación es muy importante, ya que se trata de la prestataria principal de tecnología.

nes sin especificar por qué existe ese control conjunto —el único dato que se da es que la participación en el capital es del 60 por 100 frente al 40 por 100—. Es sorprendente, si bien la reiteradísima exigencia de control conjunto —a través de toda la práctica decisoria de la Comisión—, nos hace pensar en una simple omisión de la Comisión, al no mencionar las causas de existencia de ese control conjunto en los dos casos mencionados.

En cuanto a la práctica en aplicación de los artículos 85 y 86 con posterioridad a la adopción del Reglamento OPC, hemos de decir que sigue la misma línea que venimos describiendo en relación, al menos, a este punto concreto (74).

Por lo tanto, nos parece que la noción de control es sustancialmente la misma en las decisiones de aplicación de los artículos 85 y 86 y en el Reglamento OPC y sus decisiones de aplicación.

c) *Las empresas parte deben ser económicamente independientes unas de otras*

Este requisito supone que las empresas parte, que ejercen el control en común, no pueden estar a su vez bajo el control de una tercera sociedad, ni una de ellas puede controlar a la otra (75).

El fundamento de este requisito es el mismo que el del control conjunto; es decir, la empresa común requiere la existencia de una serie de intereses cada uno individual e independiente del resto que van a confluír en el acuerdo sobre actividad de la empresa en común. En

(74) Ver en este sentido la Comunicación de la Comisión en el asunto GEC-Siemens/Plessey, *DOCE*, núm. C 239/2, de 25-9-90, en el punto 10 y la decisión Odin de 13-7-90, *DOCE*, núm. L 209/15, de 8-8-90, en el punto 22.

La decisión Cekacan de 15-10-90, *DOCE*, núm. L 299/64, de 30-10-90, es, a este respecto, una excepción. A & R y ECA deciden constituir una sociedad, Ceka Europe. A & R tiene el 74 por 100 del capital y ECA el otro 26 por 100. Ciertas decisiones —adopción del presupuesto anual, del plan comercial y financiero trianual, de las decisiones de inversiones importantes, etc.— han de ser aprobadas por las dos sociedades fundadoras. La Comisión dice expresamente que ECA puede bloquear las decisiones realmente importantes. Sin embargo, considera que A & R ostenta el control real de la nueva sociedad. No nos ofrece ninguna justificación de esta conclusión.

(75) «No under related control», como decía Brodley en su artículo «Joint ventures & Antitrust Policy», *95 Harvard Law Review* (1982), pág. 1526.

el supuesto de que las empresas parte estuviesen bajo una misma dirección, bajo el mismo único mando. La dirección de su actividad no derivaría de una confluencia de intereses independientes sino de un único interés. No habría poder compartido sino poder único.

Pero esta independencia ¿debe permanecer una vez constituida la empresa común?

Según mi opinión, esta independencia ha de permanecer incluso después de realizada la operación. De seguir la definición de la Comisión ha de mantenerse al menos en dos empresas parte (76).

Resolvamos algunos supuestos a fin de aclarar este requisito:

a) Dos empresas «A» y «B» económicamente independientes deciden crear una tercera empresa «C». Después de la operación «A» toma el control de «B». «A» y «B» ya no son económicamente independientes. El anterior control conjunto de «C» pasa a ser un control único por «A».

b) Dos empresas «A» y «B» deciden crear otra empresa «C». Tanto «A» como «B» hacen una transferencia total a «C». Permanezcan o no como sociedades holding lo que verdaderamente se ha producido es una fusión completa. «C» no es una empresa común de otras empresas puesto que dichas empresas fundadoras han desaparecido.

c) Dos empresas «A» y «B» deciden crear otra empresa «C». «A» realiza una transferencia total a «C» y permanece como mera empresa holding, sin actividad independiente. «B» por el contrario realiza una transferencia parcial y permanece como empresa económicamente independiente.

Según la definición de la Comisión «C» no está controlada conjuntamente por varias empresas, puesto que «A» ha desaparecido como tal empresa.

En mi opinión, sin embargo, considero que tan filial común es cuando una sola empresa permanece independiente como cuando son más de una las que mantienen esta característica. Los mismos problemas con respecto al Derecho de la competencia se plantean en un caso en el que dos empresas parte se mantienen independientes que cuando una sola de ellas se mantiene independiente; las relaciones entre la filial común y la empresa o empresas parte que se mantienen independientes es la misma en ambos casos. Me parece claro que en

(76) Ver definición en la Comunicación de la Comisión. Punto 7.

un caso como el de este apartado «c», la empresa que se forma es claramente una filial y cabe que la misma esté controlada conjuntamente.

d) Dos empresas independientes «A» y «B». «A» compra el 50 por 100 de las acciones de «B». «B» corre el riesgo de convertirse en una empresa controlada por «A». Incluso en el caso de que no sea así y sea controlada conjuntamente —por «A» y el resto de los accionistas reunidos en un grupo homogéneo, por ejemplo— será una empresa controlada en común pero no será filial común, según la definición de la Comisión (controlada conjuntamente por otras empresas).

A mi entender, sin embargo, «B» se habría convertido en filial común puesto que está subordinada a una empresa que mantiene una actividad independiente.

Concluyendo, la Comisión entiende que existe una filial común cuando dicha empresa es controlada conjuntamente por dos o más empresas —entendiendo por empresa lo antes expresado—.

Por mi parte, considero que podría extenderse dicha definición a los supuestos en los que existe control conjunto y una al menos de las detentadoras de dicho control es una empresa en el sentido antes expresado.

ABSTRACT

*The concept of joint venture in EEC competition law:
a new approach under the merger regulation.*

The delimitation of the concept of joint venture has, in relation to EEC competition law, a great importance. And that is because of the following reasons:

— first of all, because the Commission's decisions acknowledge that joint ventures have more intense positive effects than other means of cooperation. Consequently, there is a greater tendency to permit the creation and the functioning of joint ventures,

— secondly, the number of joint ventures is continuously increasing due to the greater and greater cooperation and concentration between undertakings. The distinction between joint ventures of cooperative and concentrative nature has acquired an enormous legal importance. Nevertheless, before qualifying the nature of the joint venture, we have to know when a joint venture exists.

So, in spite of the difficulties that the concept presents, we have looked for the elements which featured the joint venture. It is concluded that a joint venture has to be:

- an undertaking,
- jointly controlled by other undertakings —or by an undertaking and another person or group of persons—,
- these undertakings or persons cannot be under related economic control.

Each of these elements is thoroughly analysed under articles 85 and 86 EECT and under the new merger control regulations. It is remarkable to say that this regulation offers important precisions, specially in relation to the concept of joint control.

Even if a more extensive concept of joint venture could have been given, it can be said, in general terms, that it is a large one.

RÉSUMÉ

La notion de filiale commune dans le Droit Communautaire de la concurrence: une nouvelle approche sous l'angle du règlement sur le contrôle des opérations de concentration.

La délimitation de la notion de filiale commune a, en ce qui concerne le Droit Communautaire de la concurrence, une grande importance. Et ceci pour les raisons suivantes.

— en premier lieu, parce que les décisions de la Commission reconnaissent à la filiale commune des effets positifs plus intenses qu'aux autres moyens de coopération. Par conséquent, il existe une plus grande inclination à permettre la création et le fonctionnement de ces filiales communes,

— en deuxième lieu, le nombre de filiales communes augmente continuellement à cause de la de plus en plus grande coopération et concentration entre entreprises. La distinction entre entreprises communes de nature coopérative et concentrative a acquis une énorme importance juridique. Mais avant de qualifier cette nature il faut savoir quand est-ce que nous sommes face à une filiale commune.

Pour ceci, et malgré les difficultés que cette notion pose, on a cherché les éléments qui caractérisent l'entreprise commune. On a conclu qu'il doit s'agir de:

- une entreprise,
- contrôlée en commun par d'autres entreprises —ou bien par une entreprise et une autre personne ou groupe de personnes—,
- ces entreprises ou ces personnes doivent être économiquement indépendantes les unes des autres.

Chacun de ces éléments a été examiné de façon détaillée, sous l'angle des articles 85 et 86 TCEE et de la nouvelle réglementation sur le contrôle des opérations de concentration. Il faut remarquer les précisions que cette réglementation a apporté, notamment en ce qui concerne la notion de contrôle conjoint.

Même si, pour certains points, une conception plus étendue aurait été possible, on peut dire, en général, que la notion configurée est large.

JURISPRUDENCIA

