CLIFFORD CHANCE

Client briefing
Febrero 2011

Introducción de un umbral *de minimis* en la normativa de control de concentraciones española

Introducción

La Ley de Economía Sostenible ("LES"), que acaba de aprobarse, entrará en vigor tras su publicación en el BOE. La LES incluye un conjunto de medidas destinadas a modernizar la economía española principalmente en tres sectores: financiero, empresarial y medioambiental.

Entre las medidas dirigidas al sector empresarial, destacan por su relevancia determinadas previsiones que modifican la **Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia** ("LDC"). Estas modificaciones afectan tanto al ámbito de las operaciones de concentración – mediante la introducción de una regla *de minimis* –, como a la dimensión institucional de la Comisión Nacional de Competencia ("CNC") y a sus relaciones con otros organismos reguladores sectoriales.

Introducción

Análisis

I. Regla *de minimis*

II. Modificaciones de carácter institucional

Conclusión

Análisis

I. Regla *de minimis*

El artículo 8 de la LDC establece los requisitos que deben cumplir las operaciones de concentración para ser objeto de control por parte de las autoridades españolas de defensa de la competencia.

Hasta la entrada en vigor de la LES, el citado artículo recogía dos umbrales alternativos:

- En virtud del umbral de facturación, deben notificarse todas aquellas operaciones cuyo volumen de negocios conjunto en España supere 240 millones de euros (siempre que el volumen de negocios individual en España de al menos dos de los partícipes sea superior a 60 millones de euros) (art. 8.1.b) de la LDC).

- Sobre la base del umbral de cuota de mercado, las autoridades de competencia españolas han de analizar todas aquellas transacciones en las que se adquiera o incremente una cuota igual o superior al 30% del mercado (art. 8.1.a) de la LDC).

La existencia de un umbral de cuota de mercado es una particularidad española con respecto a la normativa europea de control de concentraciones, ya que esta última únicamente prevé umbrales de notificación basados en la facturación de las empresas afectadas por la operación. Desde una perspectiva de derecho comparado, son pocos los países de la Unión Europea que cuentan con umbrales basados en la cuota de mercado: Portugal, Reino Unido, Grecia, Eslovenia y Letonia.

Si desea recibir más información sobre las cuestiones tratadas en esta publicación puede contactar con:

Miguel Odriozola
Carlos Vérgez
Begoña Barrantes
Ana Vide
Ana Latorre
Fernando Las Navas

Si desea contactar por e-mail, por favor utilice nombre.apellido@cliffordchance.com

Clifford Chance
Paseo de la Castellana 110
28046 Madrid, España
www.cliffordchance.com

En España, el umbral de cuota de mercado ha sido siempre objeto de intenso debate. Así, el Libro Blanco para la reforma del Sistema de Defensa de la Competencia ("Libro Blanco") – que inició el proceso de adopción de la actual LDC – abogaba por el mantenimiento del umbral de cuota de mercado por considerar que constituía un indicador del posible poder de las empresas mejor que el volumen de negocios. Sin embargo, muchas de las observaciones realizadas por los operadores al Libro Blanco defendían su supresión.

Este debate volvió a la arena parlamentaria durante la tramitación de la LES, al plantearse una enmienda dirigida a su completa eliminación sobre la base de la necesidad de aproximar la legislación española a la de la mayoría de economías desarrolladas.

A pesar de que estos argumentos no prosperaron y se ha mantenido el umbral de cuota de mercado, la LES ha introducido una excepción al mismo que exime de notificar operaciones de escasa relevancia económica.

Así, la Disposición final tercera de la LES ha incorporado un nuevo párrafo en el artículo 8.1.a) de la LDC, que instaura un umbral *de minimis* por debajo del cual las operaciones no estarán sujetas al control administrativo ex ante de la CNC, aunque se adquiera o incremente una cuota de mercado igual o superior al 30%.

El nuevo umbral *de minimis* combina elementos de cuota de mercado con otros de facturación, ya que para su aplicación se exige:

- Que el volumen de negocios de la empresa objetivo **no supere los 10 millones de euros; y**
- Que las partícipes no tengan una cuota de mercado, individual o conjunta, **igual o superior al 50% del mercado** afectado por la concentración.

Con la introducción de esta regla *de minimis* se pretende evitar la intervención administrativa y sus consiguientes repercusiones económicas, operativas y temporales en operaciones de escasa relevancia económica.

II. Modificaciones de carácter institucional

Además de la introducción de un umbral *de minimis* en control de concentraciones, la LES modifica los artículos 12, 17, 20, 28, 29, 30, 33 y 34 de la LDC e introduce una serie de modificaciones que afectan a la dimensión institucional de la CNC.

En este sentido, en cuanto a sus **relaciones con los Organismos Reguladores**, la LES incide en el respeto de sus respectivos límites competenciales a fin de evitar solapamientos o conflictos de competencia. Igualmente, insiste en la cooperación entre la CNC y los Organismos Reguladores y en la celebración de reuniones, de periodicidad al menos anual, cuyas conclusiones deberán hacerse públicas. Además, prevé que los Organismos Reguladores y la CNC acuerden y establezcan los protocolos de actuación necesarios para facilitar la colaboración prevista en el artículo 17 de la LDC.

Precisamente en relación con el artículo 17 de la LDC, la LES establece que los informes y dictámenes preceptivos preparados en el marco de expedientes de infracción y de concentraciones por los Organismos Reguladores (con especial mención a la CMT y a la CNE) se califican como "determinantes", en contraste con la anterior redacción que los denominaba como "*no vinculantes*". Además, se establece de forma explícita en la LDC la obligación de la CNC de "*motivar expresamente*" su disconformidad respecto de estos informes o dictámenes. Lo mismo se prevé para los casos en que la CNC sea la que prepare un informe en el marco de un expediente de aplicación de la regulación sectorial.

En cualquier caso, no queda claro hasta qué punto tales modificaciones son puramente terminológicas o sustantivas. Así, pese a no encontrarse expresamente recogida en la LDC, la obligación de motivar la decisión de separarse de tales informes no estaba exenta de toda obligación de motivación, de conformidad con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ("Ley 30/1992").

Adicionalmente, la LES introduce la posibilidad de que, en determinados supuestos, el Organismo Regulador emita informes "determinantes" en el marco de los expedientes de vigilancia de una Resolución, sancionadora o de concentraciones, dictada por la CNC.

Por último, y en cuanto al control parlamentario de la actividad de la CNC, la LES prevé una **comparecencia especial** cada tres años para debatir la evaluación de los planes de actuación y los resultados obtenidos por la CNC.

Conclusión

La entrada en vigor de la LES ha introducido modificaciones relevantes en la normativa de Derecho de la Competencia.

La principal y más destacable ha sido la inclusión de un umbral *de minimis* en la normativa de control de concentraciones, con el que se pretende liberar de cargas innecesarias a ciertas operaciones de concentración, con el fin de agilizar el tráfico mercantil.

La regla *de minimis* elimina las trabas de carácter administrativo con las que se encuentran algunas operaciones de escasa relevancia económica que, hasta ahora, debían ser notificadas y controladas por las autoridades de competencia, pese a su mínimo impacto en el mercado.

Por último, los cambios relativos a la dimensión institucional de la CNC son también reseñables, especialmente los relativos a las relaciones entre la CNC y los Organismos Sectoriales. Así, la exigencia de motivar "expresamente" los supuestos en que la CNC se separa de los informes "determinantes" de estos organismos podría suponer un estándar de motivación superior al derivado de la Ley 30/1992, lo que podría equilibrar el balance de fuerzas y competencias entre CNC y Organismos Reguladores. En todo caso, habrá que estar a la práctica de la CNC y de los Organismos Reguladores para confirmar el verdadero alcance de la modificación.

This Client briefing does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

* Clifford Chance also has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh and a 'best friends' relationship with AZB & Partners in India and with Lakatos, Köves & Partners in Hungary.

© Clifford Chance S.L. Febrero 2011