

## ANÁLISIS SOBRE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UNIÓN EUROPEA

NORMA ADELINA PASCAR

### **PONENCIA**

La misma se refiere a un análisis de la política de Competencia en la Unión Europea, cómo ha ido evolucionando a través de su posterior reglamentación y los últimos casos resueltos.

Todo en un marco referencial para futuras legislaciones en el Mercosur en la materia, se tiene en especial consideración todas las novedades de la Comisión Europea en Materia de Concentraciones de Empresas y los acuerdos de Investigación y Desarrollo (I+D).

### **FUNDAMENTOS**

#### **1. Sobre la Ley de Defensa de la Competencia argentina**

La ley 22.262/80 incluyó el concepto de posición dominante y sancionan los abusos de las empresas en detrimento del mercado y, por ende, del consumidor.

La ley no penaliza la dimensión del daño, sólo sanciona el abuso en defensa sí de la libre y sana competencia.

El art. 1º nos ilustra sobre "los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

El art. 2º dice que se entiende: a) "Que una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio sea la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial". b) "Que dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o

servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él”.

El art. 4º incorpora al Régimen sancionatorio una sanción civil de carácter rescisorio ante la justicia con competencia en materia comercial.

Es interesante recordar que nuestra ley tiene el Régimen de “prohibición relativas” en el sentido que se establecen prohibiciones pero con excepciones. Primordialmente y de la conjunción de los arts. 1º y 2º y 41 resulta que se quiere evitar la manipulación de precios, las acciones tendientes a limitar la distribución o producción, el desarrollo técnico o las inversiones en detrimento de la economía o de otros competidores:

Según el art. 6º la política de la ley no se circunscribe a la represión penal, sino que hay una instancia administrativa creada especialmente en el ámbito de la Secretaría de Estado de Comercio y es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, integrada por un presidente y cuatro vocales designadas por el Ministerio de Economía. Los casos son de oficio o por denuncia presentada ante esta Comisión y las acciones concertadas del art. 41 —siempre que encuadren en el art. 1º de la ley— son penadas por el art. 42 que va desde “...prisión, multa o sanciones complementarias de inhabilitación de tres a diez años para ejercer el comercio, que será extensiva a los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia que hubieren intervenido en la comisión de hechos punibles, inhabilitándolos asimismo para actuar en los mencionados cargos o funciones por el mismo plazo”.

La ley no sanciona la formación de un poder económico concentrado, sino el ejercicio abusivo de ese poder.

Ahora, si bien la ley 22.262/80 innovó sobre el régimen anterior incorporando el sistema de defensa de la competencia que impera en la Unión Europea sobre las bases de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma, no expresa la nulidad de los acuerdos como sí lo hace la Unión Europea, es cierto que surge por la expresa prohibición del art. 1º, pero coincidimos con diversos autores que la sanción impuesta en forma explícita a *los acuerdos* y no la palabra “actos” o “conductas” hubiera sido lo más apropiado para cumplir un efecto disuasorio más eficaz.

De cualquier modo el concepto de “Posición dominante” “abuso de posición dominante” y de “prácticas o acuerdos restrictivos de la competencia” surgen —obviamente para todos— del Tratado de Roma y de leyes de avanzada como la española y la alemana.

## **2. Disposiciones sobre competencia en el Tratado de la Unión Europea. Arts. 85 a 94 del Tratado de Roma**

La creación de un mercado único Europeo exige entre otras cosas, la supresión de las barreras económicas existentes entre los estados miembros, como los aranceles

aduaneros, las restricciones cuantitativas y otros derechos o medidas de efecto equivalentes.

Sin embargo la libre circulación de mercadería se da siempre y cuando no se distorsione la competencia en el mercado común.

En el Tratado de Roma se prevé un sistema para garantizar la no distorsión de la competencia en el mercado común, plasmadas en los arts. 84 a 94 del mismo capítulo titulado "Normas sobre la competencia", en la sección primera nos refiere a "disposiciones aplicables a las empresas" y el art. 85, dice: "Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas... que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común...".

El art. 86 nos habla de las prácticas abusivas de las empresas, como imponer precios, limitar la producción o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, entre otras.

El art. 91 se refiere a prácticas de *dumping* y del art. 92 al 94 a las ayudas otorgadas por los Estados a favor de determinadas empresas que distorsionan la libre competencia, concediéndoles ayudas de cualquier clase, como subvencionándolas directamente o con ventajas fiscales.

### 2.1. Reglamento del Consejo 4064/89

Asimismo, está el Reglamento N° 4064/89 del Consejo "sobre el control de las operaciones de Concentraciones entre Empresas" viene en ayuda del articulado del Tratado de Roma, ya que en sus consideraciones dice: ... "considerando que los arts. 85 a 86, aunque aplicables según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a determinadas concentraciones no son sin embargo suficientes para controlar todas las operaciones que puedan resultar incompatibles con el régimen de competencias no falseadas establecidos por el tratado." Considerando que, por consiguiente es preciso crear un instrumento jurídico nuevo, en forma de reglamento, que haga posible un control efectivo de todas las operaciones de concentración en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad y que sea el único aplicable a tales concentraciones".

El reglamento define el concepto de concentración en su art. 3 con varios supuestos técnicos en forma extensa, entre ellos: "1. Existe una operación de concentración: a) Cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen, o b) Cuando una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o una o más empresas mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elemento del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas.

Convengamos que las distorsiones se producen cuando hay abuso de posición dominante y no por la concentración empresarial, revista ésta la forma de fusión, absorción o cualquier otra forma de colaboración societaria.

El reglamento Comunitario, sólo es aplicable a las concentraciones con una dimensión comunitaria, como se define en el art. 1º.

En dichos artículos se establecen tres requisitos acumulativos para que una concentración tenga dimensión comunitaria:

- a) el volumen de negocios a nivel mundial de todas las empresas implicadas debe superar los 5.000 millones de ECU, y
- b) el volumen de negocios total, en la Comunidad, de por lo menos dos de las empresas afectadas por la concentración debe superar los 250 millones de ECU, y
- c) al menos una de las empresas en cuestión debe conseguir no menos de un tercio de su cifra de negocios a nivel comunitario en un Estado miembro diferente del Estado en el que las otras empresas consiguen más de dos tercios de la suya.

Las referencias a la cifra de negocios a nivel mundial y a nivel comunitario ha sido combinadas, usando un sistema similar al establecido en la legislación francesa, con la referencia a la cifra de negocios de *todas* las empresas en cuestión (cifra de negocios a nivel mundial) y a la cifra de negocios de la menos dos de las empresas en cuestión (cifra de negocios a nivel comunitario).

En comparación con los umbrales de la legislación de los Estados miembros, la "dimensión comunitaria" de las concentraciones ha sido establecida a un nivel a un nivel extraordinariamente alto, cinco veces el umbral más alto referente a la cifra de negocios fijado en la legislación de un Estado miembro (Francia, República Federal de Alemania). Esto justifica la expresión "mega-concentraciones" utilizada por Noruega.

### 3. *Aplicación extraterritorial del Reglamento Comunitario*

Un problema de extraordinaria trascendencia procedentes de Estados no integrados en la Comunidad, se refiere a la aplicación extraterritorial del Reglamento.

Esta aplicación tiene lugar cuando una operación de concentración de empresas cuyas sedes están fuera de la Unión Europea reúnen los requisitos exigidos por el Reglamento para que la operación tenga dimensión comunitaria y deba quedar sometida al Reglamento mismo, siendo procedente por tanto la notificación a las autoridades comunitarias.

Si las empresas que se concentran fuera del territorio de la Comunidad, tienen dentro de la misma filiales de producción de bienes o servicios, no es dudoso que a estas filiales les será, en su caso, íntegramente aplicable el Reglamento. Por el contrario, cuando las empresas que se concentraran fuera de la Unión, no tienen dentro de la ella filiales de producción de bienes o servicios, es muy problemática la posible aplicación a las mismas de las normas contenidas en el Reglamento. En tales casos es, sin embargo, seguro que se podría la prohibición del abuso de posición dominante establecida

en el art. 86 del Tratado, siempre, naturalmente, que se den los requisitos necesarios para tal prohibición.

En los supuestos de empresas que se concentran fuera de la Comunidad y que no tienen dentro de ellas filiales de producción de los bienes o servicios, se ha planteado si están sometidas a la preceptiva notificación prevista en el Reglamento.

Con relación a este tema se ha señalado que el Reglamento de la Comisión n° 2367/90 de 1) 25 de julio de 1990 prevé en su art. 4.3. que la Comisión pueda dispensar de facilitar ciertos datos solicitados en el formulario establecido, cuando considere que esos datos no son necesarios para el examen del asunto. Esa posibilidad permitiría simplificar las notificaciones que hubieran de realizarse de operaciones de concentración de empresas que tienen lugar fuera de la Comunidad en las condiciones mencionadas.

Pero se ha señalado también, que podría defenderse, que en esos casos, esto es, cuando la operación de concentración se realiza fuera de la Comunidad y sin que existan dentro de ella empresas filiales dedicadas a la producción de bienes o servicios, no sería necesaria ni siquiera la notificación. Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que, para resolver los efectos extraterritoriales de las resoluciones sobre concentraciones de empresas, habría que recurrir a al firma de tratados internacionales.

Las fusiones y absorciones son controladas por la Unión Europea desde 1990; y en la lucha contra los consorcios se utiliza la "maniobra sorpresa" de visitas de funcionarios de la Comisión Europea a investigar a las empresas sospechadas que ven sus libros y expedientes, son inspectores de la Unión Europea.

La competencia ofrece al consumidor mayores posibilidades de elección y precios más bajos. La competencia libre y abierta constituye la piedra angular del sistema de economía de mercado.

Una de las principales preocupaciones de la Comisión Europea en el ámbito de la política de la competencia es reforzar y mantener las pequeñas y medianas empresas (PYMES), consideradas esenciales en todo contexto sano y competitivo.

La Comisión está convencida de que esta categoría empresarial constituye uno de los fundamentos básicos de la economía Europea, por la aportación que hace a la estructura competitiva del mercado, por su flexibilidad y por su dinamismo.

La prohibición de abusar de la posición dominante ayuda a proteger a las PYMES de los competidores, proveedores o clientes poderosos. Así, la Comisión ha emprendido acciones contra la fijación de precios anormalmente bajos con objeto de ahogar a competidores pequeños y contra la negativa de suministrar productos esenciales para la actividad de las PYMES. La política de competencia permite asimismo a la Comisión oponerse a operaciones que elevarían indebidamente la posición dominante de una empresa en el mercado.

La aplicación constante y eficaz de las normas sobre competencia supone asimismo la observancia de éstas por parte de las PYMES.

El deseo de limitar las restricciones a las PYMES se refleja asimismo en los diversos reglamentos de exenciones por categorías, que bajo determinadas condiciones, eximen de las prohibiciones comentadas que están contenidas en el art. 85, apartado I del Tratado de Roma.

#### 4. Avances de la Unión Europea en el control de Concentraciones de Empresas

En 1994 la Comisión fijó dos objetivos principales para la aplicación de la política de las competencias:

- a) *la protección del consumidor*, por una parte, y el
- b) *empleo y la competitividad por otra*.

Los diferentes elementos que constituyen la política comunitaria de competencia se encaminan a un objetivo: *la protección de los ciudadanos* de la Unión Europea, sean empresarios, empleados o accionistas.

Por supuesto, que se aplique una política de competencia no significa que todos los acuerdos entre competidores estén prohibidos. Significa que hay que hacer una distinción entre los que perjudican los intereses de los ciudadanos de la Comunidad y los que los benefician.

La Unión Europea lucha contra los que perjudican: con multas, advertencias, procedimientos y propician, estimulan a los que colaboran con el proceso de la Unión Europea: con créditos, programas de inversión, cursos de capacitación.

#### 4.1. Tres ejemplos prácticos sobre decisiones de prohibición

##### 4.1.1. CARTELES

En 1994, se adoptaron decisiones de prohibición contra tres importantes carteles europeos, más que en años anteriores.

1) *Cartel de las vigas de acero*: Por una investigación de "maniobra sorpresa" se supo que una serie de empresas que fabricaban o distribuían vigas de acero en la Comunidad, tenían un cartel desde 1984. Las empresas habían acordado fijar precios y cuotas y con el fin de hacer funcionar eficientemente el cartel se intercambiaban de forma regular lo que normalmente sería considerado información altamente confidencial, 17 empresas participaban del acuerdo y su aplicación efectiva la efectuaba Eurofer: la Asociación Europea del sector del acero. Multa: 104,5 millones de ECUS.

2) *Cartel del cartón*: A raíz de denuncias de las asociaciones británicas y francesas de consumidores de cartón, la Comisión realizó 16 inspecciones por sorpresa, en las que participaron más de 40 inspectores que formaban equipos conjuntos de funcionarios de la DG IV e inspectores de las empresas miembros.

Se confirmó la existencia de un cartel en el que participaban 19 compañías que cubrían todo el sector Europeo del cartón. La función del cartel consistía fundamentalmente en acordar periódicamente "iniciativa de precios" (subidas) a las que debían

obedecer todos los productores. Los principales de ellos también se ponían de acuerdo sobre las cuotas del mercado respectivas.

Los precios aumentaban en un 26% en términos reales entre 1988 y mediados de 1991. A los que colaboraron y aceptaron los cargos se les redujeron las multas.

3) *Cartel del cemento*: Se hizo una maniobra sorpresa por la Comisión en toda la Unión Europea. Se descubrió un cartel de división de mercados que operaban en toda la Unión Europea, y funcionaba gracias a un intenso intercambio de información. El objetivo: limitar la competencia entre empresas de diferentes Estados miembros, socaban la finalidad esencial de la Unión Europea: *la creación de un mercado único*, por lo que no debe sorprender que las multas impuestas en este asunto hayan sido las más elevadas hasta la fecha.

#### 4.2. Ejemplos prácticos de decisiones de autorización

Cuando unas empresas se proponen colaborar en un ámbito en el que anteriormente competían entre sí, no cabe duda que están restringiendo la competencia entre sí.

Sin embargo, la Comisión es consciente de que, especialmente en unos mercados cada vez más globalizados, esta colaboración puede ser fundamental para que las empresas aprovechen las economías de escala necesarias para competir. La colaboración puede hacer más eficaz la investigación y desarrollo de la producción conjunta entre empresas siempre que tales acuerdos no resulten en la eliminación de la competencia efectiva en la comunidad.

Los tres casos que desarrollaremos sintéticamente, están en el marco del art. 85, punto 3 del Tratado de Roma llamados acuerdos de investigación y desarrollo (I+D) por el cual puede ser declarado inaplicable el art. 85, punto 1, sobre prohibiciones, ya visto, del mismo tratado.

#### 5. *Tres alianzas estratégicas*

1) *Pasteur Mérieux - Merck*: Americana Merck y Pasteur Mérieux Sérums et Vaccuns, una filial de la francesa Rhone Poulenc. El objetivo fundamental de la empresa en participación es la creación y puesta a punto de nuevas vacunas polivalentes (combinaciones de diferentes antígenos en una vacuna).

La creación de la empresa en participación, acarreará ventajas de índole sanitaria especialmente en el ámbito de las vacunas pediátricas:

Una básica inyección con diferentes componentes hará que la vacunación de los niños sea una sola contra toda una serie de enfermedades como la difteria, tétanos, tosferina, polio, hepatitis B y la temida haemophilus influenzae B (una de las causas de la meningitis).

2) *Philips/Osram*: La Comisión concedió una exención al acuerdo celebrado entre la empresa neerlandesa Philips y Osram, filial de la alemana Siemens. Su objetivo

es la fabricación y venta de tubos de vidrio con óxido de plomo para bombillas. Se instalarían en la Philips en Lommel, Bélgica, que deberán ser ampliadas. La concentración de la producción permitirá que el proyecto acceda a importantes economías de escala.

En principio el acuerdo restringiría la competencia y entraba en el ámbito de aplicación del apartado I del art. 86 del Tratado de Roma.

Se concedió, sin embargo, exención individual debido a las mejoras de eficiencia aportadas por el proyecto que repercutirán en el medio ambiente y son: 1) La fábrica de Philips en Lommel cuenta con los equipos necesarios para reducir los problemas medioambientales de esta fabricación. 2) El objetivo de la empresa en participación de crear componentes de vidrio sin plomo para bombillas en breve, lo cual es sumamente beneficioso también para el medio ambiente, gracias a una menor contaminación atmosférica.

3) *Saint-Gobain/Asahi Glass*: En diciembre de 1994, la empresa francesa y la japonesa realizaron varios acuerdos y la Comisión Europea les dio la exención, el objeto de los mismos es la fabricación en común de productos laminados para los parabrisas de los coches; estos laminados de vidrio mineral y de películas de poliuretano permiten absorber mejor la energía mecánica. Se supone que ofrecen una mejor protección para los ocupantes de los vehículos, mayor resistencia a los choques y disminución de heridas en caso de colisión. La exención se concedió después de que las partes modificaran la duración del acuerdo de modo que concluya cinco años después de la fecha de comienzo de la producción comercial en la comunidad y no más tarde del año 2005.

#### **6. Principales iniciativas legislativas de la Unión Europea en materia de competencia**

En 1994 y 1995 los objetivos de las iniciativas legislativas de la Comisión respecto a los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma han sido:

- a) La continuación de un proceso que se ha venido desarrollando en los últimos años, a saber la reducción de los costes de adaptación a la normativa comunitaria, especialmente en el caso de las PYMES.
- b) Se ha dado más relevancia a la figura del *Consejero Auditor* de la Comisión, que es un funcionario de la misma que goza de autonomía respecto de la Dirección General de Competencia, y su función es garantizar el respeto de los derechos de defensa de las empresas implicadas en procedimientos de competencia. Se ocupa también actualmente de fijar el plazo límite para responder el pliego de cargos, de dar acceso a la información pertinentes a las empresas, de fijar audiencias y de manejar los secretos comerciales.
- c) Se ha decidido prorrogar la validez del actual reglamento sobre licencias de patentes –cuya vigencia expiró en 1994– para permitir continuar el proceso de análisis y consultas.

- d) También se han iniciado consultas respecto a la modificación del Reglamento de la Comisión de exención por categorías en el ámbito de la distribución selectiva de automóviles, si bien los fabricantes de automóviles pueden asignar a sus concesionarios un territorio exclusivo y exigirles el cumplimiento de unos niveles mínimos de calidad, no podrán por ejemplo tomar medidas que impidan a los ciudadanos de la Comunidad comprar coches en los Estados miembros donde sean más baratos.
- e) Finalmente, la Comisión adoptó una propuesta de comunicación sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia a la transferencia transfronterizas de crédito. Habrá también una nueva directiva para mejorar los sistemas de pagos transfronterizas, --y mejorar todo el sistema interbancario.

### CONCLUSIÓN

Las disposiciones de la Unión Europea en el tema competencia son de las más avanzadas del mundo al punto tal que por ejemplo: solamente la mitad de los Estados miembros han legislado sobre el "control de la concentración de empresas".

Los nuevos mercados regionales deben tener en cuenta esta Legislación comparada, adaptándola a la realidad de cada región. Saber medir los abusos de posición dominante, se presenta como un desafío. No hay economía que funcione sin un régimen de competencia y que tenga un mínimo de efectividad, la referencia Europea para el Mercosur se impone esta y otras materias de estudio.

### BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ, Alberto: Conferencia FIDE 1994, Federación Internacional de Derecho Europeo.
- CABANELLAS, Guillermo (h) y HENKÓ, John P.: "Las empresas conjuntas y la legislación de defensa de la competencia", RDCO, 1986 n° 113.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M.: *Manual de Derecho Penal Económico*, El Coloquio; FARGOSI, Horacio P.: *Legislación Comparada*, apostilla sobre la Ley de Defensa de la Competencia, 1980.
- Informe sobre Mejora de la Competitividad Industrial*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 1994.
- La Política de la Competencia en el Mercado Único*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 1994.
- Tratado de la Unión Europea*, 1993, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.