

El dret de la competència comunitari i nacional

Enric Enrich Muls
Valeria Enrich Schröder
David Moreno Espejo

PID_00239421

Temps de lectura i comprensió: **3 hores**



Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. Introducció al dret de la competència	7
2. Concurrència del dret de la Unió i espanyol de la competència	9
3. Òrgans encarregats d'aplicar el dret de la competència	10
4. Les pràctiques col·lusòries: articles 101.1 del TFUE i 1 de la LDC	11
4.1. Concepte i exemples	11
4.2. Acords de menys importància i exempcions	14
4.3. Sancions de les pràctiques col·lusòries prohibides	16
5. L'abús de posició dominant: article 102 del TFUE i article 2 de la LDC	18
5.1. Concepte i exemples d'abús de posició de domini	18
5.2. Sancions pels abusos de posició de domini	21
6. El control de les concentracions d'empreses	22
6.1. Introducció	22
6.2. Concepte de concentració econòmica	23
6.3. La concurrència del dret comunitari i nacional de control de concentracions. Normativa nacional o de la Unió Europea?	24
6.4. El control comunitari de les concentracions econòmiques	25
6.4.1. L·lindars	25
6.4.2. Procediment	26
6.4.3. Sancions	27
6.5. El control espanyol de les concentracions econòmiques	28
6.5.1. L·lindars	28
6.5.2. Procediment	29
6.5.3. Sancions	31
6.6. Aspectes pràctics del règim de control de concentracions	31
Resum	32
Activitats	35

Exercicis d'autoavaluació.....	35
Solucionari.....	36
Glossari.....	37
Bibliografia.....	38

Introducció

Aquest mòdul de l'assignatura introdueix l'estudiant en un conjunt de normes amb una gran incidència en el mercat: el dret de la competència o, en el seu terme anglosaxó, el dret *antitrust*.

N'hi ha prou amb recordar la quantitat de notícies que apareixen als diaris relatives al dret de la competència i a les sancions que s'imposen a les empreses infractores per a adonar-nos de la gran importància d'aquesta àrea del dret.

El mòdul explica les regles bàsiques que han de regir en el mercat perquè hi hagi una competència lliure; per tant, són normes que afecten tots els empresaris que participen en el mercat. Les podríem classificar en les categories següents:

- 1) Normes que prohibeixen els acords entre empreses que restringeixen, falsegen o impedeixen la competència.
- 2) Normes que prohibeixen els abusos de posició dominant.
- 3) Normes que controlen els processos de concentració econòmica entre empreses (fusions, compravenda d'empreses, etc.).

Aquest mòdul ofereix una visió global d'aquesta normativa, ja que fa referència als dos conjunts de normes que coexisteixen i que, per tant, resulten aplicables: les normes de la Unió Europea (normes comunitàries) i les normes espanyoles sobre dret de la competència. Aquest és l'àmbit del mercat al qual s'ha de referir necessàriament tota l'assignatura.

Però no per això hem d'oblidar que en altres mercats també hi ha i s'apliquen seriosament les normes que regulen la lliure competència: podem mencionar el cas dels Estats Units d'Amèrica, país en què per la proliferació de les grans empreses i l'establiment de pràctiques entre elles que podrien afectar la llibertat de mercat, va néixer aquest tipus de normes.

Objectius

Aquest mòdul té per objectiu principal introduir l'estudiant en les disposicions que regulen el dret de la competència, que regeixen en el mercat com a regles bàsiques del seu funcionament. En especial, després d'estudiar-les, es pretén que l'estudiant pugui portar a terme el següent:

1. Comprendre què és el dret de la competència i entendre el que és una pràctica col·lusòria i un abús de posició de domini.
2. Familiaritzar-se amb les normes que componen el dret de la competència, tant nacional com comunitari.
3. Saber identificar possibles conductes o pràctiques restrictives de competència o anticompetitives.
4. Entendre el règim de control de les concentracions econòmiques.
5. Adonar-se de la importància del respecte de les normes del dret de la competència la violació de les quals pot ocasionar elevadíssimes multes per als que la infringeixen.

1. Introducció al dret de la competència

Un dels principis bàsics de la nostra economia és la llibertat d'empresa o la llibertat per a exercir qualsevol tipus d'activitat econòmica dins els límits de la llei.

Aquest principi apareix consagrat en la nostra Constitució, que estableix el següent:

Article 38

“Es reconeix la llibertat d'empresa dins el marc de l'economia de mercat. Els poders públics en garanteixen l'exercici i el protegeixen; protegeixen també la defensa de la productivitat d'acord amb les exigències de l'economia general i, en el seu cas, de la planificació.”

Això significa que qualsevol ciutadà pot exercir una activitat econòmica en un marc concurrencial lliure i lleial.

Així mateix, el Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) estableix el que segueix:

Article 3

“1. La Unió disposarà de competència exclusiva en els àmbits següents:

[...]

b) L'establiment de les normes sobre competència necessàries per al funcionament del mercat interior.”

Tenint en compte el que hem comentat anteriorment, podem dir que el manteniment d'un nivell de competència efectiu en el mercat és un pressupost necessari per a la salvaguarda del model d'organització econòmica instaurat tant per la nostra Constitució com pel TFUE.

D'aquí deriva l'obligació, tant de la Unió Europea com de l'Estat espanyol, de defensar la competència evitant que es portin a terme pràctiques anticompetitives. Com s'ha fet? Instaurant un cos normatiu conegut com el dret de la competència.

El dret de la competència és el conjunt de normes que garanteix el lliure accés al mercat; és a dir, que permet que qualsevol operador econòmic que vulgui oferir els seus productes o serveis en un mercat ho pugui fer sense que hi hagi pràctiques o acords de les empreses més poderoses que li ho impedeixin. D'altra banda, prohibeix les pràctiques o acords entre empreses que impedeixen o limiten l'accés al mercat d'altres operadors i lluita contra els monopolis (siguin de fet o de dret).

Sense oblidar les normes aplicables a les ajudes d'estat o ajudes públiques, podríem dir que el dret de la competència està bàsicament compost pels tres blocs de normes següents:

- 1) Normes que prohibeixen les **pràctiques col·lusòries**; és a dir, aquells pactes, decisions conjuntes o pràctiques concertades efectuades per dues o més empreses amb l'objecte de restringir o impedir la competència.
- 2) Normes que prohibeixen els **abusos de posició dominant**.
- 3) Normes sobre el control de les **concentracions econòmiques**.

Tant el dret de la Unió com el dret espanyol contenen aquests tres blocs de normes.

Des de la **perspectiva de la Unió**, les disposicions fonamentals són els articles 101 (pràctiques col·lusòries) i 102 (abusos de posició dominant) del TFUE i el Reglament número 139/2004, de 20 de gener, (que substitueix el Reglament 4064/89), sobre control de les operacions de concentració d'empreses.

Des de la **perspectiva espanyola**, les disposicions fonamentals són els articles 1 (pràctiques col·lusòries), 2 (abús de posició dominant) i 7 (operacions de concentració) de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (LDC), que substitueix l'anterior Llei de l'any 1989 i unifica la regulació sobre la matèria que fins aleshores es trobava dispersa.

No obstant això, la LDC de 2007 va deixar vigent el Reial decret 1443/2001, de 21 de desembre, pel que fa al desenvolupament de la regulació del control de les operacions de concentració; i en part el Reial decret 378/2003, de 28 de març, pel que fa a la regulació de les exempcions per categories. Tots dos van ser derogats pel Decret 261/2008, de 22 de febrer, que aprova el Reglament de defensa de la competència, el qual, en desenvolupament de la Llei 15/2007, conté disposicions relatives als procediments en matèria de defensa de la competència.

2. Concurrencia del dret de la Unió i espanyol de la competència

La coexistència dels dos conjunts de normes sobre dret de la competència, el comunitari i el nacional, planteja el problema de delimitar **quan s'aplica l'un i quan s'aplica l'altre**. Doncs bé, s'aplicaran unes normes o d'altres depenent del mercat que resulti afectat.

En el cas de pràctiques col·lusòries i abusos de posició dominant, **l'afectació al comerç intracomunitari** és la línia divisòria que defineix quin dret s'ha d'aplicar, si el de la Unió o el nacional. Que afecti el comerç entre els diferents estats membres significa que s'alteren els fluxos de comerç entre ells. Per això, si una pràctica restrictiva de la competència limita el seu abast al mercat nacional, llavors s'aplicarà la normativa nacional. En canvi, si una pràctica restrictiva té efectes que van més enllà del mercat nacional, llavors s'aplicarà el dret comunitari de la competència.

En el cas de **concentracions econòmiques**, el criteri que delimita quan s'aplica la normativa comunitària o la normativa espanyola és purament quantitatiu i basat en el volum de vendes de les empreses que es concentren. Com s'explicarà més endavant, únicament s'aplicarà la legislació comunitària quan la concentració tingui dimensió comunitària.

Exemple

Un acord entre fabricants que fixa els preus als quals vendran els seus productes és un exemple típic de pràctica restrictiva.

3. Òrgans encarregats d'aplicar el dret de la competència

A escala comunitària, és la Comissió Europea l'òrgan encarregat de desenvolupar la política de competència, de vetllar pel seu compliment i de sancionar, si s'escau, les pràctiques anticompetitives.

A escala espanyola, l'òrgan encarregat d'instruir i resoldre els afers relacionats amb la defensa de la competència és la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència.

La Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència és un òrgan de dret públic regulat per la Llei 3/2013, de 4 de juny. Té competències d'instrucció, resolució i arbitratge en matèria de defensa de la competència, que aplica tant la normativa espanyola com els articles 101 i 102 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea. Igualment, la Comissió actua com a òrgan consultiu sobre qüestions relatives a la defensa de la competència.

El Tribunal Constitucional, en la sentència amb data 11 de novembre de 1999, va declarar determinats articles de la LDC de 1989 contraris a la Constitució espanyola perquè concedien a les autoritats centrals de defensa de la competència potestat exclusiva en execució del dret de la competència per a tot el territori nacional, i va reconèixer a determinades comunitats autònomes la competència d'execució (no de legislació) en matèria de dret de la competència en els territoris de les comunitats autònomes respectives, en aplicació dels articles 149 a 151 de la Constitució.

Arran d'aquesta sentència, el 21 de febrer de 2002 es va aprovar la Llei 1/2002 de coordinació de les competències de l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de defensa de la competència, que estableix els principis i procediments que cal seguir per a determinar, davant una determinada conducta anticompetitiva, quines autoritats seran les competents, si les autoritats centrals o les autoritats autonòmiques¹ de defensa de la competència.

La competència que s'ha reconegut a les comunitats autònomes no és legislativa sinó d'execució o de vigilància del compliment de la normativa sobre dret de la competència pel que fa a **pràctiques col·lusòries i als abusos de posició dominant** que tinguin efectes exclusivament en el territori de la respectiva comunitat autònoma. Quan els efectes d'un acord col·lusori o d'un abús de posició dominant vagin més enllà del territori d'una comunitat autònoma, llavors seran les **autoritats centrals** de defensa de la competència les competents per a valorar, i sancionar si escau, aquesta pràctica anticompetitiva.

⁽¹⁾En l'actualitat, a Catalunya la Llei 1/2009, de 12 de febrer, crea l'Autoritat Catalana de la Competència com a organisme independent del Govern de la Generalitat, que té per missió vetllar pel correcte funcionament competitiu dels mercats a Catalunya, en tots els sectors productius de l'economia. Aquesta Llei dóna compliment al nou marc competencial que estableix el nou Estatut d'autonomia de Catalunya.

4. Les pràctiques col·lusòries: articles 101.1 del TFUE i 1 de la LDC

Tant l'article 101.1. del TFUE com l'article 1 de la LDC prohibeixen els acords entre dues o més empreses que puguin restringir, limitar o falsejar la lliure competència.

4.1. Concepte i exemples

El TFUE estableix el següent:

Article 101.1

“Seran incompatibles amb el mercat comú i quedaran prohibits tots els acords entre empreses, les decisions d'associacions d'empreses i les pràctiques concertades que puguin afectar el comerç entre els estats membres i que tinguin per objecte o efecte impedir, restringir o falsejar el joc de la competència dins el mercat interior [...].”

Seguint l'article 101.1 del TFUE, la LDC estableix:

Article 1

“Es prohibeix tot acord, decisió o recomanació col·lectiva, o pràctica concertada o conscientment paral·lela, que tingui per objecte, produeixi o pugui produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència, en tot el mercat nacional o en part.”

Com a comentari preliminar, cal indicar que quan la pràctica prohibida resulti d'un acord entre empreses del mateix grup, es considera que no hi ha ni independència ni autonomia de voluntats i que, per tant, l'acord no existeix com a tal, per la qual cosa les empreses no podran ser perseguides sobre la base dels articles 101.1 del TFUE o de l'article 1 de la LDC. El mateix ocurriria amb un contracte d'agència mercantil, atès que generalment s'entén que l'agent comercial no és més que una extensió del principal i que per això, no hi ha acord entre empreses en el sentit dels articles 101.1 del TFUE o 1 de la LDC.

Dos tipus d'acords

Els acords entre empreses del mateix grup poden ser entre matriu i filial o entre filials.

Algunes pràctiques prohibides

Entre les pràctiques prohibides trobem, per exemple:

- Fixar directament o indirectament els preus de compra o de venda.
- Limitar o controlar la producció, el mercat, el desenvolupament tècnic o les inversions.
- Repartir-se mercats o les fonts de proveïment.
- Concedir un tracte discriminatori als proveïdors o clients en transaccions equivalents que els ocasionin un desavantatge competitiu.
- Subordinar la subscripció de contractes a l'acceptació, pels altres contractants, de prestacions suplementàries que, per la seva naturalesa o segons els usos mercantils, no guardin cap relació amb l'objecte d'aquests contractes.

A continuació analitzem algunes de les pràctiques col·lusòries més típiques:

1) Fixació directa o indirecta dels preus de compra o de venda.

La fixació de preus de compra o de venda està prohibida especialment pel dret de la competència. Els acords de fixació de preus són realment perniciosos per als consumidors, ja que s'elimina tot tipus de competència en relació amb els preus, element importantíssim en el moment de triar un producte o un altre. Aquesta fixació de preus es pot donar tant entre empreses competidores com no competidores.

Acords de fixació de preus

Un exemple d'acord de fixació de preus entre empreses competidores seria aquell concertat entre diversos fabricants d'un mateix producte que es posen d'acord a vendre el seu producte a un mateix preu. En l'àmbit de la Unió Europea, hi ha hagut molts casos de càrtels de preus subscrits entre fabricants d'un mateix producte que han estat descoberts i sancionats severament per la Comissió.

La fixació de preus també podria tenir lloc entre empreses no competidores; per exemple, entre un fabricant i el seu distribuïdor, en virtut del qual el fabricant imposa al distribuïdor el preu al qual haurà de vendre els productes. El principi general és que el distribuïdor ha de tenir la llibertat absoluta per a decidir a quin preu vendrà els productes. El que sí que permet el dret de la competència és la **recomanació de preus** al distribuïdor. Tanmateix, aquesta recomanació de preus no podrà anar acompanyada d'amenaçes o un altre tipus de mecanismes perquè el distribuïdor els respecti, perquè sinó equivaldria a una fixació de preus.

2) Limitar o controlar la producció, el mercat, el desenvolupament tècnic o les inversions.

Aquest tipus d'acords també està prohibit pel dret de la competència perquè amb aquests s'aconsegueix de restringir el desenvolupament industrial, comercial o tècnic.

Formaria part d'aquesta categoria d'acords prohibits aquell acord en virtut del qual una de les empreses part en l'acord es compromet a no fabricar o vendre un producte que ha fabricat o desenvolupat fins avui i, per tant, es compromet a deixar de portar a terme una activitat econòmica que ha desenvolupat fins avui.

3) Repartir-se mercats o les fonts de proveïment.

Un exemple típic d'aquesta pràctica prohibida serien aquells acords entre diferents fabricants d'un mateix producte en virtut del qual es reparteixen el mercat. Aquesta repartició de mercat podria fer referència al mercat comunitari o únicament al mercat espanyol.

a) Repartició del mercat interior de la UE

Diverses empreses de la Unió Europea fabricants d'un mateix producte –i cada una situada en un estat membre de la Unió– arriben a un acord en virtut del qual es comprometen a vendre el seu producte únicament en el seu propi estat membre i no en els mercats de les altres empreses. Aquest tipus d'acord aconseguiria compartimentar el mercat comú.

b) Repartició del mercat espanyol

Diverses empreses espanyoles fabricants d'un mateix producte acorden repartir-se el mercat.

Acords per a repartir-se el mercat espanyol

Per exemple, l'empresa A es compromet a vendre els seus productes únicament en les comunitats autònomes de Catalunya, València i Balears i l'empresa B es compromet a fer-ho únicament en les comunitats autònomes de Galícia i el País Basc.

c) Contractes de distribució en exclusiva i compartimentació del mercat interior

Un altre exemple de repartició de mercats geogràficament es podria donar quan un fabricant espanyol nomena un distribuïdor exclusiu dels seus productes en cada un d'un conjunt d'estats membres (és a dir, per exemple, un distribuïdor exclusiu a França, un altre a Itàlia i un tercer a Alemanya) i prohibeix a cada un que vengui els productes fora del territori assignat (és a dir, el distribuïdor francès, l'italià i l'alemany no podran vendre els productes fora de França, Itàlia i Alemanya, respectivament).

Aquesta prohibició absoluta de vendre els productes fora del territori assignat en principi no és permesa pel dret de la competència. Tanmateix, la pràctica comunitària ha posat de relleu que, encara que amb caràcter general un distribuïdor exclusiu hauria d'estar autoritzat a vendre els productes fora del territori assignat hi ha un límit a aquesta llibertat que estaria justificat per la necessitat que el distribuïdor centri els seus esforços en el territori que se li ha assignat. Per això, la Comissió ha donat un tracte diferent a la prohibició de vendes actives i a la prohibició de vendes passives.

Per **vendes actives** s'entenen les següents:

- les fetes com a conseqüència de l'aproximació activa del distribuïdor a clients situats dins el territori assignat a un altre distribuïdor exclusiu (correu directe o visites),
- les fetes com a conseqüència de fer publicitat en mitjans de comunicació i altres activitats destinades específicament a clients en aquest territori, o
- les fetes com a conseqüència de l'establiment d'un magatzem o centre de distribució en aquest territori.

En canvi, les **vendes passives** seran totes les altres; és a dir, les no sol·licitades i que s'han aconseguit sense haver-se aproximat als clients de l'altre territori.

Doncs bé, la Comissió ha pres la postura que la prohibició imposada a un distribuïdor de no fer vendes actives a clients d'altres territoris assignats en exclusiva a altres distribuïdors estaria justificada i, per tant, no la perseguiria ni la sancionaria (perquè hi ha una justificació: que el distribuïdor se centri primordialment en el territori assignat). Tanmateix, la prohibició de no portar a terme vendes passives mai no estaria justificada des d'un punt de vista del dret de la competència, per la qual cosa la Comissió la perseguiria i sancionaria, si escau. Aquesta postura adoptada per la Comissió es reflecteix en el reglament per categories aplicable als acords verticals que més endavant comentarem.

Per això, una prohibició de vendes passives seria un acord prohibit, mentre que una prohibició de vendes actives en un territori assignat en exclusiva a un altre distribuïdor estaria justificat.

Tornant a l'exemple plantejat, el fabricant espanyol, en prohibir als seus distribuïdors francès, italià i alemany les vendes fora dels territoris assignats a cada un d'ells, hauria de diferenciar entre les vendes actives i les vendes passives. En definitiva, els podria prohibir les vendes actives, però no les passives.

d) Contractes de distribució en exclusiva i compartimentació del mercat espanyol

La mateixa situació descrita anteriorment podria tenir lloc a Espanya. Un fabricant espanyol podria nomenar diversos distribuïdors per a tot el territori d'Espanya i assignar a cada un d'ells una zona en exclusiva. Atès que les autoritats de defensa de la competència espanyoles segueixen els mateixos criteris que la Comissió, els principis damunt exposats serien extrapolables a aquesta situació. És a dir, el fabricant espanyol podria prohibir a cada un dels seus distribuïdors que fes vendes actives fora de la zona assignada, però no els podria prohibir les vendes passives.

4.2. Acords de menys importància i exempcions

El principi general és que qualsevol acord que pertanyi a la categoria dels descrits en els articles 101.1 del TFUE o 1 de la LDC està prohibit. Tanmateix, quan les empreses de l'acord, en principi prohibit, no tinguin grans quotes de mercat, es podrà entendre que els efectes restrictius d'aquest acord són mínims i que, per tant, no infringeix la prohibició de l'article 101.1 del TFUE o de l'article 1 de la LDC (acords de menys importància).

També hi ha la possibilitat que la Comissió Europea o la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència, segons sigui el cas, eximeixi determinats acords de la prohibició quan contribueixin a millorar la producció o la distribució dels productes, o a fomentar el progrés tècnic o econòmic, i comptin per al consumidor una participació en el benefici resultant.

Les exempcions als acords prohibits tant per l'article 101.1 del TFUE com per l'article 1 de la LDC poden ser **generals** (per categories, sense necessitat de notificar l'acord) o **individuals** (notificació de l'acord a la Comissió Europea o la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència, segons sigui el cas, i concessió de l'exempció a la prohibició per part de l'autoritat rellevant).

Les exempcions generals o per categories s'han fixat per mitjà de reglaments que recullen exempcions generals per a determinats sectors (per exemple, automòbils) i per a certs tipus d'acords (acords verticals, acords horitzontals).

Els **acords verticals**² són acords entre empreses que es troben en diferents nivells de la cadena de producció.

Els **acords horitzontals**³ són acords entre empreses que operen en el mateix nivell de la cadena de producció.

⁽²⁾Un acord vertical pot ser el que es dona entre un subministrador i el distribuïdor. Alguns exemples d'acords verticals són els de distribució en exclusiva, els de compra exclusiva o els de franquícia.

⁽³⁾Un exemple típic d'acord horitzontal és el que es dona entre fabricants.

En l'actualitat, disposem dels següents reglaments comunitaris d'exempció en bloc:

- 1) Reglament número 330/2010, aplicable als acords verticals i pràctiques concertades.
- 2) Reglament número 461/2010, aplicable a acords verticals i determinades pràctiques concertades en el sector de vehicles a motor.
- 3) Reglament número 316/2014, aplicable a determinats acords de transferència de tecnologia.
- 4) Reglament número 1217/2010, aplicable a determinades categories d'acords de recerca i desenvolupament.
- 5) Reglament número 1218/2010, aplicable a determinades categories d'acords d'especialització.
- 6) Reglament número 267/2010, aplicable a determinats acords, decisions i pràctiques concertades del sector de l'assegurança.

Exemple

Alguns exemples d'especialització són els acords de fabricació en comú o també determinats acords de subcontractació o *outsourcing*.

Aquests reglaments de la UE troben el seu contrapunt en el Reglament de defensa de la competència de 22 de febrer de 2008 (RD 261/2008), que regula la retirada de l'exempció per categories en els articles 44 i 45.

En conseqüència, quan els acords subscrits entre dues o més empreses compleixin amb els requisits establerts en algun dels reglaments abans mencionats, es consideraran automàticament eximits de la prohibició i no serà necessari notificar-los a l'autoritat competent (la Comissió Europea o la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència, segons sigui el cas).

La majoria dels reglaments d'exempció en bloc tenen la mateixa estructura. Contenen una llista de les clàusules que mai no es podran incloure en el contracte en qüestió perquè són restrictives de la competència (denominades *clàusules negres*). En el cas del Reglament número 330/2010 aplicable als acords verticals que s'ha mencionat anteriorment, per exemple, inclou com a clàusules negres la fixació de preus al distribuïdor o la prohibició de fer vendes passives fora del territori assignat que ja hem comentat anteriorment.

4.3. Sancions de les pràctiques col·lusòries prohibides

El principi és que tot acord que infringeixi l'article 101.1 del TFUE o l'article 1 de la LDC s'ha de considerar **automàticament nul**, llevat del següent:

- que es pugui considerar com un acord de menys importància, o
- que s'hagi obtingut una exempció individual, o
- que l'acord compleixi amb els requisits d'algun dels reglaments d'exempció en bloc.

Si no es dóna cap dels tres casos mencionats anteriorment (és a dir, que sigui considerat un acord de menys importància o que l'acord es beneficiï d'una exempció, individual o en bloc), la Comissió Europea o la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència –segons sigui el cas– podrà ordenar el cessament de la pràctica anticompetitiva i imposar greus sancions pecuniàries, després d'obrir un expedient sancionador.

1) Sancions per part de la Comissió Europea

En el cas d'un acord prohibit per l'article 101.1 del TFUE, la Comissió podrà sancionar les empreses que hagin comès la pràctica o conducta anticompetitiva amb una multa que pot anar d'un mínim de 1.000 euros a un màxim d'1.000.000 d'euros, depenent de la gravetat de la infracció i la seva duració. D'altra banda, pot elevar aquest límit màxim fins a un 10% del volum de negocis assolit durant l'exercici precedent per cada empresa que hagi participat en la infracció.

2) Sancions que aplica la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència

En el cas d'acord prohibit per l'article 1 de la LDC, l'article 63 preveu la imposició de sancions d'entre un u per cent i un deu per cent del volum de negocis total de l'empresa infractora en l'exercici immediatament anterior al de la imposició de la multa, segons si la gravetat de la infracció és lleu, greu o molt greu.

Si no es pot determinar el volum de negocis, la sanció que s'imposarà consistirà en una multa d'entre cent mil i deu milions d'euros, atesa la gravetat de la infracció.

Així mateix, cal indicar que, en el cas de persones jurídiques infractores, l'article 63 també preveu la possibilitat de sancionar els directius o les persones que formen part del seu òrgan d'administració i que hagin intervingut en la pràctica anticompetitiva amb multes de fins a seixanta mil euros.

El procediment sancionador

El procediment sancionador en aquestes matèries està regulat en el Reglament de defensa de la competència, de 22 de febrer de 2008, aprovat pel Reial decret 261/2008.

5. L'abús de posició dominant: article 102 del TFUE i article 2 de la LDC

Tant l'article 102 del TFUE com l'article 2 de la LDC prohibeixen els abusos de posició dominant. No es castiga que una empresa tingui una posició de domini, sinó que n'abusi.

5.1. Concepte i exemples d'abús de posició de domini

El dret de la competència també prohibeix determinades conductes unilaterals amb l'article 102 del TFUE i l'article 2 de la LDC. El TFUE estableix el que segueix:

Article 102

“Serà incompatible amb el mercat interior i quedarà prohibida, en la mesura que pugui afectar el comerç entre els estats membres, l'explotació abusiva, per part d'una o més empreses, d'una posició dominant en el mercat interior o en una part substancial d'aquest.”

Seguint el que disposa l'article 102 del TFUE, la LDC estableix el següent:

Article 2

“Queda prohibida l'explotació abusiva per una o diverses empreses de la seva posició de domini en tot el mercat nacional o en part.”

Com es podrà comprovar per la redacció de tots dos preceptes, el que es reprimeix no és la posició de domini, sinó explotar-la abusivament.

L'objectiu de tots dos preceptes és reprimir els comportaments anticompetitius unilaterals i la seva aplicabilitat comporta un cert poder de mercat d'una o diverses empreses. La diferència bàsica amb els articles 101.1 del TFUE i l'1 de la LDC és la inexistència en aquest cas d'un acord de voluntats entre dues o més empreses, requisit fonamental per a aplicar-los. Així mateix, en el cas dels articles 102 del TFUE i 2 de la LDC no hi ha la possibilitat de beneficiar-se de cap exempció.

Què és una posició de domini?

El concepte de posició de domini ha estat definit pel TJCE com la “fortalesa econòmica d’una empresa que li permet d’evitar que en el mercat en qüestió es mantingui una competència real perquè li confereix el poder d’actuar en gran manera independentment dels seus competidors, clients, i en últim extrem, dels consumidors” (STJCE de 14 de febrer de 1978 en l’assumpte 27/76, *United Brands BV contra Comissió*, rec. pàg. 207).

Quins criteris haurem de tenir en compte per a valorar si una empresa té una posició de domini?

Com a primer pas per a valorar si una empresa té posició de domini, haurem d'**identificar el mercat** (mercat geogràfic i de producte) en què suposadament la té. Una vegada identificat el mercat potencialment afectat (per exemple, el mercat espanyol de fabricació d’ordinadors), farem una anàlisi global tenint en compte diversos factors, dels quals el més important és la **quota de mercat** que aquesta empresa té en el mercat rellevant. Tanmateix, aquest no és l’únic factor, sinó que s’haurà d’analitzar conjuntament amb d’altres com les barreres d’entrada al mercat, l’estructura dels mercats afectats, la competència existent en aquest mercat, la posició que ocupa aquesta empresa en aquest mercat, la possibilitat d’elecció per a tercers.

Alguns abusos de posició dominant

Com a exemples d’abús de posició dominant, es podrien esmentar els següents:

- 1) Imposar directament o indirectament preus o altres condicions de transacció no equitatives.
- 2) Limitar la producció, la comercialització o el desenvolupament tècnic en perjudici del consumidor.
- 3) Aplicar, en relació amb els seus proveïdors o clients, condicions desiguals per a prestacions equivalents, cosa que els produeix un desavantatge competitiu.
- 4) Subordinar contractes a l’acceptació per l’altra part de prestacions suplementàries sense cap relació amb l’objecte d’aquests.

A continuació els analitzarem:

1) Imposició directa o indirecta de preus o altres condicions no equitatives

La majoria d’aquest tipus de pràctiques es refereix al preu, encara que també s’aplicaria a altres condicions transaccionals, com per exemple el termini de pagament. En aquesta categoria s’inclouen els **preus excessius** i els **preus depredatoris o eliminatoris**.

Els **preus excessius** són aquells que generalment tenen lloc perquè no hi ha competència; és a dir, perquè hi ha una situació de caràcter monopolístic. Es tracta de preus manifestament elevats sense que n'hi hagi cap justificació.

En no haver-hi competència, l'empresa en posició de domini fixa els preus a un nivell elevat per maximitzar el benefici en perjudici de tercers. Per a valorar si s'està davant una pràctica de preus excessius, generalment es comparen els preus que hi hauria si el mercat fos competitiu amb els preus practicats per l'empresa en suposada posició de domini.

Els **preus depredatoris** són aquells preus excessivament baixos que tenen per objectiu eliminar o expulsar la competència del mercat.

L'empresa en posició dominant aplica uns preus excessivament baixos durant un període de temps limitat, que no poden ser seguits pels competidors, els quals es poden veure obligats a abandonar el mercat. Una vegada l'han abandonat, l'empresa que va aplicar els preus anormalment baixos els incrementa per recuperar les pèrdues que ha experimentat durant el període de depredació. Com que ja no hi haurà en el mercat altres competidors, els preus anormalment alts es podran mantenir.

2) Limitar la producció, la comercialització o el desenvolupament tècnic en perjudici del consumidor.

Els **descomptes de fidelitat** són aquells tipus de descomptes que premien el client perquè és fidel i, d'aquesta manera, s'evita que aquell es forneixi de fabricants i/o subministradors competidors.

Per què són dolents per a la competència els descomptes de fidelitat? Perquè impedeixen que nous fabricants o subministradors entrin al mercat perquè tots els detallistes es troben lligats a altres fabricants i/o subministradors. És a dir, es tanca el mercat a tercers. Aquest sistema pot limitar les vendes en perjudici dels consumidors, ja que impedeix o restringeix les possibilitats d'altres productors d'entrar en concurrència amb el producte venut per l'empresa amb posició de domini.

No es pot confondre un descompte de fidelitat amb els descomptes que es practiquen pel volum de productes comprats que en un principi són lícits.

La **negativa a subministrar o a contractar** pot ser considerada un abús de posició de domini si es compleix el següent:

a) la fa una empresa en posició de domini,

Exemple

Exemples d'aquest abús podrien ser els descomptes de fidelitat o la negativa a contractar.

Exemple

Com a exemple de descomptes de fidelitat podem posar el fabricant que concedeix un descompte al seu client sempre que aquestes comprometi a fornir-se únicament per ell o a comprar-li la major part de les seves necessitats.

- b) té un efecte anticompetitiu, i
- c) no hi ha cap raó que justifiqui la negativa.

Cal indicar que un dels principis fonamentals és la llibertat de contractar; és a dir, que una empresa ha de ser lliure de decidir si contracta amb una altra empresa o no. Tanmateix, quan una empresa gaudeix d'una posició de domini, aquesta llibertat no és absoluta i el principi és que generalment estarà obligada a contractar o a subministrar llevat que es tingui una raó que justifiqui aquesta negativa de contractar o de subministrar. Raons legítimes perquè una empresa en posició de domini es negui a contractar serien, per exemple, la falta de mercaderies, la decisió de retirar-se del mercat, la insolvència manifesta de l'empresa que sol·licita el subministrament, la falta de coneixements tècnics o professionals quan la naturalesa del producte ho requereixi.

3) Discriminació

La discriminació⁴ pot ser tant de preus com d'altres condicions i té lloc quan s'apliquen condicions desiguals a situacions equivalents.

⁽⁴⁾Un exemple de discriminació podria ser l'aplicació de preus diferents a clients segons el seu origen geogràfic.

- 4) Subordinar contractes a l'acceptació per l'altra part de prestacions suplementàries sense cap relació amb l'objecte d'aquests.

Contractes vinculats

No es prohibeix la venda conjunta de dos objectes o serveis, si l'acceptació d'un no és condició perquè es pugui disposar de l'altre. El que està prohibit és vincular la prestació suplementària, que per la seva naturalesa o pels usos mercantils, no guarda cap relació amb l'objecte de la prestació principal. Mitjançant aquest tipus de pràctiques, les empreses que tenen una posició de domini en un mercat rellevant pretenen estendre el seu poder a un segon mercat que encara no dominen. Gràcies al domini que tenen en el primer mercat, poden imposar als seus clients que comprin el producte del segon mercat.

L'exemple típic d'aquesta pràctica és el que es denomina *contractes vinculats* o *tying*, que consisteixen a unir una prestació principal a l'acceptació pel contractant d'altres prestacions suplementàries que no tenen res a veure amb el contracte principal.

Com a exemple, podríem posar el d'una empresa que fabrica màquines per fer gelats i que també fabrica els cucurutxos per als gelats. Suposem que aquesta empresa té una posició de domini en el mercat espanyol de la fabricació de les màquines per a fer gelats. Tanmateix, no és forta en el mercat de fabricació de cucurutxos. Si condicionés la venda d'una de les seves màquines per a fer gelats a la compra dels seus cucurutxos durant un període de temps, cometria un abús de posició dominant.

5.2. Sancions pels abusos de posició de domini

Tant la Comissió Europea com la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència poden ordenar el cessament de la pràctica anticompetitiva, després d'obrir l'expedient sancionador rellevant. Addicionalment, l'òrgan competent –segons sigui el cas– podrà imposar elevades sancions pecuniàries. Els imports de les sancions són els mateixos que per als casos de pràctiques col·lusòries (vegeu l'apartat “Sancions de les pràctiques col·lusòries prohibides” en aquest mòdul).

6. El control de les concentracions d'empreses

El tercer bloc que integra el dret de la competència inclou les normes destinades a controlar els processos de concentració d'empreses, que trobem tant en el dret de la Unió com en el dret espanyol.

6.1. Introducció

Les operacions de concentracions econòmiques són freqüents en l'evolució del mercat, fenomen que en part s'explica per la internacionalització de l'economia i dels mercats, i per la necessitat de les empreses d'adaptar-se a una realitat canviant.

Les concentracions d'empreses comporten avantatges, però també inconvenients. Com a **avantatges**, podríem destacar les economies d'escala que les empreses guanyen en concentrar-se, cosa que fa que aquestes siguin més competitives.

Com a **inconvenients**, podríem destacar la reducció o desaparició de participants en el mercat i el reforçament de l'empresa resultant de la concentració en guanyar aquesta més poder de mercat. És justament per aquest últim motiu que el dret de la competència, tant comunitari com nacional, ha prestat una especial atenció a aquest fenomen i ha establert procediments que permeten a les autoritats públiques de controlar els processos de concentració econòmica.

Per a garantir una competència efectiva en el mercat, no basta que es vigili que no tinguin lloc pràctiques col·lusòries o abusos de posició dominant per empreses amb un fort poder de mercat, ja explicades en l'apartat "L'abús de posició dominant: article 102 del TFUE i 2 de la LDC", sinó que també és necessari portar a terme un control *a priori* o preventiu, l'objectiu del qual és impedir que com a conseqüència de les concentracions econòmiques es produeixin efectes lesius per a la competència i el seu bon funcionament.

Per això, tant en l'àmbit comunitari com en l'espanyol, s'ha instaurat un règim de control administratiu consistent en el següent:

- 1) en la necessitat de notificar l'operació de concentració a les autoritats de defensa de competència (bé comunitàries o nacionals), i
- 2) en la necessitat d'obtenir una autorització per part de les autoritats de defensa de la competència (bé comunitàries o nacionals) abans de poder portar a terme l'operació de concentració entre empreses.

6.2. Concepte de concentració econòmica

La normativa de què parlem s'aplica a les concentracions econòmiques, per la qual cosa resulta necessari aclarir què s'entén per *concentració econòmica*.

Podríem definir aquest terme com aquelles formes d'integració o relació entre empreses que permeten que alguna controli, directament o indirectament, les altres o que pugui exercir una influència decisiva en les activitats d'aquestes últimes.

Una concentració econòmica pot revestir qualsevol de les formes següents:

- 1) Una fusió entre empreses.
- 2) L'adquisició de control sobre un altra empresa o empreses.
- 3) La creació d'una empresa en comú (*joint venture*) que exerceixi amb caràcter permanent les funcions d'una entitat econòmica independent.

Tota concentració econòmica comporta una modificació permanent de l'estructura del mercat.

Per **fusió** s'entén la unió de dues o més empreses independents que deixen d'existir com a entitats jurídiques diferents o quan una empresa és absorbida per una altra i aquesta última desapareix.

Hi haurà **adquisició de control sobre una altra empresa** quan una o més empreses adquireixin, directament o indirectament, el control sobre la totalitat o part d'una o diverses empreses.

Adquirir control significa tenir la possibilitat d'exercir una influència decisiva sobre les activitats d'aquesta empresa. Com es pot adquirir aquest control? Es pot adquirir mitjançant la compra d'accions o participacions de l'empresa, mitjançant la compra d'elements de l'actiu de l'empresa o fins i tot mitjançant la subscripció de determinats contractes; per exemple, un contracte de cessió de la gestió de l'empresa.

Per **empresa en comú o *joint venture*** s'entén la creació d'una filial en comú per dues empreses independents.

La *joint venture* és una forma per a posar en comú mitjans pertanyents a diferents empreses. Aquest tipus d'empreses en comú únicament estarà subjecta al règim de control de concentracions si l'empresa en comú exerceix amb ca-

ràcter permanent les funcions d'una entitat econòmica independent; és a dir, que aquesta ha de ser capaç d'exercir les funcions que normalment desenvolupen les empreses presents en aquest mercat. Per això, si l'empresa en comú únicament porta a terme funcions auxiliars de les seves empreses matriu (per exemple, la distribució dels seus productes), llavors no podrà ser qualificada d'empresa en comú amb plenes funcions.

6.3. La concurrència del dret comunitari i nacional de control de concentracions. Normativa nacional o de la Unió Europea?

Com hem comentat a l'inici d'aquest mòdul, tenim dues normatives de control de concentracions: la de la Unió Europea i l'espanyola. Totes dues normatives coexisteixen, per la qual cosa davant una concentració econòmica, ens haurem de plantejar quina normativa hem d'aplicar: la comunitària o la nacional?

Per a distingir i decidir quan una operació de concentració queda subjecta al dret comunitari o al dret nacional de control de concentracions, s'ha adoptat un criteri purament quantitatiu basat en el volum de negocis de les empreses afectades per l'operació (volum de negocis mundial, comunitari i nacional).

Si se superen determinats llindars de volums de negoci, l'operació tindrà **dimensió comunitària**. En aquest cas, pertanyerà a la jurisdicció de la UE i s'aplicarà la normativa comunitària sobre el control de les concentracions. Per tant, s'haurà de fer una única notificació a la Comissió Europea i hi haurà una única decisió amb efectes en tota la Unió.

Si l'operació no té dimensió comunitària, no s'aplicarà el dret comunitari i l'operació podrà ser controlada per les autoritats nacionals de la competència sobre la base del dret nacional. Atès que hi pot haver concentracions econòmiques amb efectes en diferents països, es podrà donar la situació en què l'operació de concentració hagi de ser notificada a les autoritats de defensa de la competència dels diferents països, amb el risc que aquestes dictin decisions contradictòries.

Per a pal·liar aquests riscos de decisions contradictòries, les autoritats de defensa de la competència dels diferents estats membres han arribat a acords de col·laboració entre elles.

La LDC estableix en el títol II els òrgans encarregats d'aplicar aquesta Llei:

- la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència (exerceix funcions en l'àmbit de tot el territori espanyol), d'acord amb el que estableix la Llei 3/2013, per la qual es crea aquesta Comissió (deroga l'article 12 de la LDC),
- els òrgans competents de les comunitats autònomes (exerceixen en el seu territori les competències executives corresponents als procediments que

tinguin per objecte les conductes previstes en els articles 1, 2 i 3 de la Llei 15/2007)

- i el Consell de Ministres (que pot intervenir en el procediment de control de concentracions econòmiques).

6.4. El control comunitari de les concentracions econòmiques

El control comunitari de les concentracions econòmiques està regulat principalment pel Reglament (CE) 139/2004, que refon el Reglament (CEE) 4064/89, sobre el control de les operacions de concentració d'empreses, modificat pel Reglament (CEE) 1310/97.

És el mateix Reglament sobre concentracions el que estableix els llindars que haurem de tenir en compte per valorar si una concentració econòmica empresa té dimensió comunitària o no.

6.4.1. Llindars

Segons el Reglament, una operació de concentració tindrà dimensió comunitària quan compleixi el següent primer bloc de requisits:

- Que la suma dels volums de negoci de totes les empreses afectades mundialment superi els 5.000 milions d'euros.
- Que el volum de negoci individual en la Unió Europea d'almenys dues de les empreses afectades superi els 250 milions d'euros (cada una), llevat que cada una de les empreses afectades faci més de les dues tercers parts del seu volum de negoci total en la Unió en un mateix estat membre. Aquesta condició pretén que si les empreses afectades desenvolupen les seves activitats de manera clarament predominant en un únic estat membre (més de dos terços del seu volum de negoci), l'operació quedi controlada per les autoritats nacionals d'aquest estat sobre la base del dret nacional d'aquest estat, ja que la major part dels seus efectes es produiran en aquest estat.

Una operació de concentració tindrà també dimensió comunitària si compleix aquest segon bloc de requisits:

- Que la suma del volum de negoci total, mundialment, de totes les empreses afectades superi els 2.500 milions d'euros.
- Que el volum de negoci total del conjunt de les empreses afectades en cada un de, almenys, tres estats membres superi els 100 milions d'euros.
- Que, almenys en aquests tres estats membres, el volum de negoci individualitzat de, almenys, dues de les empreses afectades superi els 25 milions

d'euros i el volum total de negoci individualitzat en la Unió de, almenys, dues de les empreses afectades superi els 100 milions d'euros.

- Llevat que cada una de les empreses afectades faci en un mateix estat membre més de les dues terceres parts del seu volum de negoci total en la Unió.

Cal subratllar que la Comissió va publicar una comunicació (2013/C366/04) sobre el procediment simplificat per a tramitar determinades operacions de concentració d'acord amb el Reglament (CE) 139/2004, del Consell, on s'estableix una extensió del procediment simplificat per a examinar concentracions que no acostumen a plantejar problemes i que s'acostuma a relacionar amb casos d'encauclament horitzontal i mercats relacionats verticalment.

Pautes de càlcul

Les pautes per a calcular el volum de negoci estan recollides a l'article 5 del Reglament CE 139/2004 del Consell, de 20 de gener.

6.4.2. Procediment

Una concentració que tingui dimensió comunitària haurà de ser notificada a la Comissió Europea abans de portar-la a terme o executar-la. Com s'indicarà posteriorment, portar a terme una concentració econòmica sense haver obtingut el consentiment previ de la Comissió pot ocasionar greus sancions, tant pecuniàries com no.

Sancions

La concentració econòmica pot ser castigada amb diverses sancions. La Comissió Europea fins i tot pot ordenar la desconcentració.

La notificació l'ha de fer l'empresa que adquireixi el control de la totalitat o part d'una o diverses empreses. En cas de fusió o d'adquisició de control conjunt, la concentració haurà de ser notificada per les parts que es fusionen o que adquireixen el control conjunt.

Les normes relatives a la notificació estan recollides en l'article 4 del Reglament 139/2004 sobre operacions de concentració. Entre altres qüestions, el Reglament preveu la suspensió de l'operació de concentració en l'article 6, de manera que aquesta no es podrà dur a terme fins que no hagi estat declarada compatible amb el mercat comú en virtut d'una decisió emesa per la Comissió. I d'acord amb l'article 8, la Comissió podrà remetre l'assumpte a les autoritats competents d'un estat membre, quan consideri que la concentració no revesteix dimensió comunitària sinó que afecta únicament el mercat d'un estat membre.

La Comissió Europea analitzarà l'estructura dels mercats afectats i si l'operació plantejada pot presentar problemes de competència que puguin afectar el desenvolupament de les estructures competitives del mercat. Per a això, primer analitzarà quin és el mercat afectat, per passar a valorar els efectes que l'operació tindrà en aquest mercat.

En particular, la Comissió declararà incompatibles amb el mercat interior les operacions de concentració que signifiquin un obstacle significatiu per a una competència efectiva en crear o reforçar una posició dominant en el mercat comú o en una part substancial.

La Comissió Europea, una vegada hagi fet la seva anàlisi, podrà:

- 1) Autoritzar l'operació.
- 2) No autoritzar-la perquè crea una posició de domini que podria afectar la competència.
- 3) Autoritzar-la subjecta a determinades condicions.

Des de la data en què es notifica una concentració fins que la Comissió es pronuncia sobre aquest punt pot transcórrer com a mínim un mes i com a màxim cinc mesos. Tot dependrà de la complexitat de l'operació, els seus possibles efectes en el mercat i de la seva compatibilitat amb el mercat comú.

Contra les decisions de la Comissió en els expedients de les concentracions d'empreses hi poden recórrer, davant el Tribunal de Primera Instància de la Unió Europea, les parts de la concentració o d'altres que es trobin directament afectades per la decisió. Així mateix, contra les resolucions del Tribunal de Primera Instància també s'hi podrà recórrer en cassació davant el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en determinats casos.

6.4.3. Sancions

L'incompliment de la normativa comunitària sobre control de concentracions econòmiques està penalitzat amb fortes sancions, tant pecuniàries com no. La més greu de totes és la possibilitat de la Comissió Europea d'ordenar la desconcentració d'aquelles operacions que, tenint dimensió comunitària, s'han portat a terme sense haver-les notificat a la Comissió Europea i que, per tant, no han rebut el beneplàcit de la Comissió Europea.

D'acord amb l'article 14 del Reglament 139/2004, la Comissió podrà imposar multes de fins a l'1% del volum de negocis total en casos en què les empreses hagin facilitat informació incorrecta o enganyosa, i de fins al 10% del volum de negocis total en casos en què l'empresa ometi la notificació d'una operació de concentració a la qual estigui obligada, executi una operació de concentració no autoritzada o incompleixi una condició imposada en l'autorització de la concentració.

Per acabar, cal indicar que la Comissió Europea també està facultada per a imposar multes coercitives; és a dir, multes pecuniàries que imposen a les empreses part de la concentració per cada dia de retard en complir alguna ordre o petició de la Comissió.

Multes per retard

La Comissió pot demanar informació addicional o pot demanar l'execució d'alguna càrrega imposada per la mateixa Comissió. En aquest cas, el retard en la petició pot significar la imposició d'una multa coercitiva.

6.5. El control espanyol de les concentracions econòmiques

La legislació espanyola sobre control de concentracions està recollida actualment en el capítol II, títol I, de la Llei de defensa de la competència (articles 7 a 10), i en el Reial decret 261/2008, de 22 de febrer, que recull el Reglament de defensa de la competència. Cal indicar que el legislador espanyol no va seguir des d'un principi el model comunitari de notificació obligatòria de les concentracions econòmiques que superessin uns determinats llindars.

6.5.1. Llindars

De conformitat amb l'article 8 de la LDC, una concentració s'haurà de notificar a la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència en els casos següents:

- Quan, com a conseqüència de l'operació, s'adquireixi o s'incrementi una quota igual o superior al 30% del mercat rellevant en l'àmbit nacional, o d'un mercat geogràfic definit dins d'aquest, d'un determinat producte o servei.
- Quan el volum de vendes global a Espanya del conjunt dels partícips superi en l'últim exercici comptable els 240 milions d'euros, sempre que almenys dos dels partícips facin individualment a Espanya un volum de vendes superior als 60 milions d'euros.

Com es podrà comprovar, el model espanyol difereix del model comunitari en el sentit que, a més d'incloure el llindar consistent en el volum de vendes, també inclou un altre llindar referent a la quota de mercat. Tots dos llindars són alternatius, per la qual cosa encara que únicament se'n compleixi un (bé el referent a la quota de mercat o bé el referent al volum de vendes), hi haurà l'obligació de notificar la concentració a la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència.

Com es podrà haver comprovat, ni la Llei de defensa de la competència ni el Reial decret 261/2008 exigeixen que, perquè una concentració econòmica quedi subjecta al control previ, les empreses que es concentrin tinguin la seva residència a Espanya. Què significa això? Vegem un exemple.

Exemple

Imagem el cas d'una fusió entre una empresa alemanya i una altra d'anglesa que no tinguessin cap tipus de presència física a Espanya (per exemple, que cap de les dues empreses no tingués una filial o sucursal a Espanya). Sens perjudici de no tenir presència física en el territori espanyol, aquestes empreses venen els seus productes en el mercat espanyol (directament o per mitjà de distribuïdors o agents comercials) i la suma conjunta de la seva quota de mercat o del seu volum de negocis supera els llindars establerts en la legislació espanyola. En aquest cas, aquesta operació hauria de ser notificada a la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència espanyola i no es podria portar a terme fins que aquesta autoritat li hagués donat el beneplàcit.

6.5.2. Procediment

Igual que en el sistema comunitari, quan una concentració econòmica compleixi qualsevol dels dos llindars abans esmentats, hi haurà l'obligació de notificar l'operació a la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència i la prohibició de no portar-la a terme fins que l'hagi aprovat. Com posteriorment us explicarem, la legislació espanyola preveu greus sancions per a aquells casos en què una concentració econòmica que superi els llindars establerts en la legislació no s'hagi notificat a la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència i que, per tant, s'hagi portat a terme sense haver rebut l'aprovació prèvia.

La notificació l'haurà de fer l'empresa que adquireixi el control de la totalitat o part d'una o diverses empreses o, en cas de fusió o adquisició de control conjunt o de creació d'una empresa en participació, la concentració haurà de ser notificada per les parts que es fusionen o que adquireixen el control conjunt o que creen l'empresa en comú.

La notificació es fa a la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència emplenant un formulari que ve en els annexos II i III del RD 261/2008. La informació que s'haurà d'aportar amb l'emplenament d'aquest formulari fa referència als volums de venda de les empreses afectades, les seves quotes de mercat, els mercats afectats i, en general, informació sobre el mercat.

El procediment de control de concentracions empresarials a Espanya es compon de dues fases. En la primera fase, que dura aproximadament un mes, s'analitzen i s'aproven les operacions que no plantegin problemes de competència. En la segona fase es fa una anàlisi més detallada de la concentració amb la participació d'altres persones físiques i jurídiques que puguin resultar-ne afectades (incloent-hi el Consell Nacional de la Competència).

L'òrgan encarregat de la instrucció del procediment és la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència. Un cop feta la notificació de concentració d'empreses a la Comissió, la Direcció d'Investigació forma i informa l'expedient i fa una proposta de resolució. El Consell de la Comissió dicta **resolució en primera fase**, sia:

- a) Autoritzant la concentració;
- b) Subordinant la seva autorització al compliment de determinats compromisos;
- c) Acordant iniciar la segona fase del procediment, quan consideri que la concentració pot obstaculitzar el manteniment de la competència efectiva en tot o part del mercat nacional;
- d) Acordant la remissió de la concentració a la Comissió Europea d'acord amb l'article 22 del Reglament (CE) 139/2004, sobre el control de les concentracions entre empreses;

Articles 7 i 8 de la LDC

Aquests articles defineixen els supòsits de concentració econòmica subjectes a aquest procediment de control.

e) Acordant l'arxiu de les actuacions (en els casos legalment previstos).

En la **segona fase** del procediment, la Direcció d'Investigació de la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència dóna un termini de deu dies als tercers interessats perquè presentin al·legacions i, si la concentració afecta de manera significativa el territori d'una comunitat autònoma, aquesta emetrà també l'informe corresponent (aquest informe és preceptiu, però no vinculant). Tenint en compte tota aquesta documentació, les parts notificants poden presentar al·legacions i, si ho sol·liciten, es durà a terme una vista davant el Consell de la Comissió. El Consell de la Comissió resoldrà si:

- a) Autoritza la concentració;
- b) Subordina l'autorització al compliment de determinats compromisos i condicions;
- c) Prohibeix la concentració;
- d) Acorda l'arxiu de les actuacions (en els casos legalment previstos).

Les resolucions de la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència es notifiquen a les parts i al Ministeri d'Economia i Hisenda.

Quan la resolució de la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència prohibeix la concentració o l'autorització condicionada, el Ministeri d'Economia i Hisenda té quinze dies per a decidir si eleva la concentració al Consell de Ministres (Govern) per "raons d'interès general". En aquest cas, el Consell de Ministres pot:

- a) Confirmar la resolució de la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència;
- b) Autoritzar la concentració, amb condicions o sense –i en aquest cas, raonar degudament els motius de l'autorització.

Si el Ministeri d'Economia i Hisenda no eleva la concentració al Consell de Ministres en el termini de quinze dies, o si el Consell de Ministres no resol res en el termini d'un mes d'ençà de la notificació per part del Ministeri d'Economia i Hisenda, la resolució de la Comissió esdevé plenament executiva.

Un expedient de concentració pot durar des d'un mes fins a un màxim de quatre mesos des que es fa la notificació. Tanmateix, cal indicar que la majoria de les concentracions s'aproven en la primera fase, per la qual cosa els procediments se solen acabar en el termini d'un mes des que es notifica l'operació. Únicament les grans concentracions passen a la segona fase del procediment, en què és el Consell de Ministres el que pren l'última decisió. És el cas de la fusió entre Vía Digital i Canal Satélite Digital.

Cas "Antena 3 i La Sexta"

La fusió d'Antena 3 i La Sexta l'any 2012 va arribar fins al Consell de Ministres, que va aprovar la concentració, però subjecta a determinades condicions (EXP C/0432/12 - CNC).

6.5.3. Sancions

L'incompliment de la normativa espanyola sobre control de concentracions econòmiques està castigat amb fortes sancions pecuniàries que poden anar dels cent mil euros a més de deu milions d'euros. Les sancions es recullen en els articles 61 i seg. de la LDC.

6.6. Aspectes pràctics del règim de control de concentracions

Com s'haurà pogut comprovar, tant a escala comunitària com espanyola, una operació de concentració que superi bé els lliminars de la normativa comunitària o bé els de l'espanyola no pot ser portada a terme o executada fins que s'hagi rebut el beneplàcit de bé la Comissió Europea o de les autoritats de defensa de la competència espanyoles.

Les conseqüències pràctiques d'aquesta prohibició han estat que avui en dia, quan les empreses es concentren i firmen els respectius acords –siguin compravenda d'accions o actius o acords de fusió–, generalment els sotmeten a una condició suspensiva consistent en l'aprovació de l'operació per part de les autoritats de defensa de la competència rellevants. Què significa *sotmetre l'acord a una condició suspensiva*? Significa que l'acord no produeix cap efecte entre les parts fins que es compleixi la condició, que en aquest cas seria l'aprovació de l'operació per part de les autoritats de defensa de la competència pertinents.

Resum

El manteniment d'un nivell de competència efectiu en el mercat és un presupost necessari per a la salvaguarda del model d'organització econòmica instaurat tant per la Constitució espanyola com per la Unió Europea.

Aquest manteniment d'un nivell de competència efectiu en el mercat s'ha aconseguit amb un conjunt de normes, tant comunitàries com nacionals, que es coneixen com el *dret de la competència* o *dret antitrust*; això és, aquell conjunt de normes que garanteix el lliure accés al mercat, cosa que permet que qual-sevol operador econòmic que vulgui oferir els seus productes o serveis en un mercat ho pugui fer sense pràctiques o acords de les empreses més poderoses li ho impedeixin. Aquest conjunt està dividit en tres grans blocs de normes.

Primer, aquelles normes que prohibeixen les **pràctiques col·lusòries**; és a dir, aquells acords entre empreses, decisions d'associacions d'empreses o pràctiques concertades entre empreses que tenen per objecte o efecte impedir, restringir o falsejar el joc de la competència. L'important per a verificar l'existència d'una pràctica col·lusòria és que hi hagi un acord entre les empreses: sense acord, no hi haurà cap pràctica col·lusòria. Aquest tipus d'acords estan prohibits i, per tant, seran considerats nuls llevat que es puguin beneficiar d'una exempció (individual o en bloc) que dictin les autoritats competents.

Segon, aquelles normes destinades a prohibir els **abusos de posició de domini**. Cal subratllar que no prohibeixen la posició de domini, sinó els abusos comesos per una o diverses empreses que la detenen. Una posició de domini és aquella fortalesa econòmica d'una empresa que li permet d'evitar que en el mercat en qüestió es mantingui una competència real perquè li confereix el poder d'actuar en gran manera independentment dels seus competidors, clients, i en últim extrem, dels consumidors. A diferència de les normes que prohibeixen les pràctiques col·lusòries, en què és requisit imprescindible provar l'existència d'un acord entre empreses, les que prohibeixen els abusos de posició de domini s'apliquen a conductes unilaterals, per la qual cosa no serà necessari provar l'existència d'un acord. Així mateix, i a diferència de les normes que regulen les pràctiques col·lusòries, en els casos d'abús de posició de domini, no és possible obtenir cap exempció per part de les autoritats de defensa de la competència rellevants.

Bàsicament, podríem dir que a una empresa que deté una posició de domini en un mercat rellevant se li exigeix un comportament o diligència especial que no s'exigeix a la resta d'empreses que no gaudeixen d'aquesta posició de domini.

Tercer, el bloc de normes que vigilen el control de les concentracions econòmiques. Per a garantir una competència efectiva, no basta que les autoritats tant comunitàries com nacionals vigilin que no tinguin lloc pràctiques col·lusòries o abusos de posició de domini, sinó que també fa falta portar a terme un control *a priori* o preventiu, l'objectiu del qual és impedir que com a conseqüència de les concentracions econòmiques es produeixin efectes lesius per a la competència i el seu bon funcionament. Tant en l'àmbit comunitari com nacional s'ha instaurat un règim de control administratiu de les operacions de concentració econòmica consistent en el següent:

- 1) l'obligació de notificar a les autoritats rellevants de la competència (comunitàries o nacionals) les operacions de concentració que superin determinats llindars (quotes de mercat i/o volums de negoci) i
- 2) la necessitat d'obtenir una autorització per part de les autoritats de defensa de la competència (comunitàries o nacionals) abans de poder portar a terme l'operació.

Activitats

1. Sóc el gerent de l'empresa espanyola de fabricació de pneumàtics per a automòbils més gran. El gerent d'una empresa competidora francesa contacta amb mi i em proposa que ens reunim junt amb dos directius més d'altres empreses competidores per parlar sobre els preus als quals venem els nostres pneumàtics. Què hauria de fer?

En el cas que anés a aquesta reunió, podríem arribar a acordar entre tots els assistents a la reunió els preus de venda dels nostres pneumàtics? Motiva la resposta.

Si finalment arribéssim a un acord sobre el preu de venda dels nostres pneumàtics, seria vàlid aquest acord? Raoneu la resposta.

En el cas que aquest acord fos contrari a les normes de dret de la competència, quines normes de dret de la competència s'infringirien?

Quines serien les conseqüències que es derivarien d'aquest acord? Afectarien solament l'empresa a la qual represento o també em podria afectar a mi personalment?

2. Represento una empresa espanyola que fabrica màquines per fer caixes de cartró, i que també produeix cartró. D'altra banda, aquestes màquines es poden utilitzar amb qualsevol tipus de cartró. Així mateix, aquesta empresa té una quota de mercat del 90% en el mercat espanyol de fabricació de màquines per a fer caixes de cartró.

Una tercera empresa em sol·licita que li subministri una màquina per a fer caixes de cartró. M'agradaria vendre-li la màquina sempre que es comprometi a comprar-me el cartró durant un període de tres anys des de la data de venda de la màquina. Ho puc fer? Raoneu la resposta.

3. Hem notificat una operació de concentració a la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència perquè compleix amb el llistat de quota de mercat establert en la LDC. Podem portar a terme l'operació? Quins serien els riscos de portar-la a terme sense esperar l'autorització corresponent?

Exercicis d'autoavaluació

1. Un contracte de distribució exclusiva entre un fabricant de televisors i el seu distribuïdor inclou una clàusula en virtut de la qual el distribuïdor es compromet a vendre els televisors al mateix preu al qual els va comprar però incrementat en un 5%. Aquesta clàusula és...

- a) vàlida.
- b) invàlida.

2. Un contracte entre un majorista i un detallista és un acord...

- a) vertical.
- b) horitzontal.

3. Preparem un contracte de distribució en exclusiva que han de subscriure dues empreses. En virtut d'aquest acord, l'empresa A nomena l'empresa B com el seu distribuïdor exclusiu a Espanya. L'empresa A no transferirà cap tipus de tecnologia a l'empresa B. Per a valorar el compliment del contracte amb les normes del dret de la competència, sota quin reglament d'exempció en bloc o per categoria hauria de fer l'anàlisi?

- a) Sota el Reglament número 330/2010, aplicable als acords verticals i pràctiques concertades.
- b) Sota el Reglament número 316/2014, aplicable a determinats acords de transferència de tecnologia.

4. En el mateix contracte de distribució mencionat en el punt anterior, pot l'empresa A restringir les vendes de l'empresa B fora del territori espanyol?

- a) Sí.
- b) No.
- c) Únicament les vendes actives a altres territoris on hi hagi un altre distribuïdor exclusiu.
- d) Únicament les vendes passives.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. b

2. a

3. a

4. c

Glossari

CNMC *f* Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència.

LDC *f* Llei de defensa de la competència.

TFUE *m* Tractat de Funcionament de la Unió Europea.

TUE *m* Tractat de la Unió Europea.

Bibliografia

Beneyto Pérez, J. M. (2014). *Tratado de Derecho y Políticas de la UE. Vol. 6: Mercado Único Europeo y Unión económica y monetaria*. Cizur Menor: Aranzadi.

Bello Martín-Crespo, M. P.; Hernández Rodríguez, F. (coordinadores) (2009). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.

Escudero, A. (preparador) (2002). *Apuntes de Derecho de la Competencia Comunitario y español*. Madrid: Dickinson/Universidad ReyJuan Carlos, Servicio de Publicaciones.

Giner Parreño, C. A. (2014). *El derecho de la competencia, comercio electrónico y marcas*. València: Tirant lo Blanch.

Korah, V. (2007). *An introductory Guide to EC Competition Law and practice*. Oxford/Portland (Oregon): Hart Publishing.