

CP/0055/21 [...]

MVG

INFORME Y PROPUESTA

CP/0055/21[...]

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 16 de febrero de 2021 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) escrito de [...], a través de su representante legal, según lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y en el artículo 59 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, con objeto de realizar una Consulta Previa.
- (2) La finalidad de esta Consulta sería obtener una respuesta formal respecto a:
 - (i) si la Operación Propuesta constituye una «concentración económica» de las previstas en el artículo 7.1, letra b), de la LDC y, si la respuesta a esta pregunta fuera afirmativa,
 - (ii) si la Operación Propuesta superaría el umbral de notificación previsto en el artículo 8.1, letra a), de la LDC.

II. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN

- (3) [...].
- (4) [...].
- (5) [...].

III. EMPRESAS PARTÍCIPES

III.1 ADQUIRENTE: [...]

- (6) [...].
- (7) [...].
- (8) [...]

III.2 ADQUIRIDA: [...]

- (9) [...].
- (10) [...].
- (11) [...]

IV. MERCADOS AFECTADOS POR LA OPERACIÓN

IV.1 Mercado de producto

- (12) [...].
- (13) [...].

1.1 [...]

- (14) [...].
- (15) [...].

1.2 [...]

- (16) [...].
- (17) [...].
- (18) [...].
- (19) [...]
- (20) [...]

i. [...]

- (21) [...].
- (22) [...].

ii. [...]

(23) [...].

(24) [...].

(25) [...].

(26) [...].

(27) [...].

(28) [...].

(29) [...].

IV.2 Mercado geográfico

(30) [...].

V. CUOTAS DE MERCADO

(31) [...].

(32) [...]:

- [...]

- [...].

(33) [...].

- [...].

- [...].

(34) [...]:

- [...].

- [...].

VI. VALORACIÓN

VI.1 Sobre si se considera una operación de concentración en el sentido del art. 7 LDC.

(35) En primer lugar, se trata de determinar si la Operación se puede considerar una concentración económica en el sentido de artículo 7.1 b) de la LDC. [...], la Operación Propuesta no incluye ninguna planta de producción ni empleados [...].

(36) [...].

(37) El párrafo (24) de la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, (en adelante la Comunicación) establece, en referencia a la adquisición de activos, que:

“La adquisición del control sobre los activos también puede considerarse una concentración si dichos activos constituyen la totalidad o una parte de la empresa,

es decir, una actividad con presencia en el mercado, a la que puede asignarse claramente un volumen de negocios de mercado.”

- (38) En el presente caso, los activos adquiridos incluyen tanto bienes tangibles [...] como intangibles [...].
- (39) Tal y como se ha considerado en precedentes nacionales¹, el elemento clave para que una transferencia de activos tenga carácter concentrativo es que el comprador pueda, efectivamente, apropiarse del volumen de negocios (y de la cuota de mercado) que correspondía al vendedor.
- (40) Pues bien, a pesar de que la adquisición no abarca una planta de producción entera sí incluye una parte de ella dedicada a una actividad económica muy concreta de la vendedora [...] y destinada a una lista de clientes (fondo de comercio) que también se adquiere, teniendo dichos activos un volumen de negocios asociado y, por tanto, una cuota de mercado concreta².
- (41) Por estas razones, entiende la Dirección de Competencia que la presente Operación puede considerarse una concentración económica en el sentido del artículo 7.1 b) de la LDC [...].

VI.2 Sobre si la operación de concentración es notificable a efectos de los umbrales del art.8 de la LDC.

- (42) La operación no alcanza el umbral de volumen de negocios recogido en el art. 8.1 b) ya que, la adquirida, [...], no realizó individualmente un volumen de negocios en España superior a 60 millones de euros en el último ejercicio.
- (43) No obstante, la notificante plantea, que en caso de que la operación se considerase una operación de concentración según lo previsto en el art. 7 de la LDC, si la misma sería notificable por el umbral de cuota de mercado considerado en el art.8.1 a) de la LDC.
- (44) En este sentido, señala la notificante que, según datos del último año disponible (previo a la formalización de la operación) 2020, la cuota conjunta de las partes para cualquier definición de mercado posible, incluida las definiciones más estrechas según industria [...], es inferior al 50% [...].
- (45) No obstante, si se consideran datos de 2019, la cuota conjunta de las partes superaría el 50%, únicamente considerando el hipotético mercado más estrecho, no considerado hasta ahora en ningún precedente comunitario ni nacional, [...].
- (46) En este sentido, la normativa nacional, concretamente el RDC, establece explícitamente en su art. 5 que el periodo temporal de referencia a tomar en consideración para el cálculo del volumen de negocios a efectos del cumplimiento

¹ Expediente C/0274/10 LIPSA/CARGILL

² En línea con el precedente C-0274/10 LIPSA/CARGILL, en el que se transmitía el negocio de comercialización de aceite de girasol refinado a granel que CARGILL S.L.U. poseía en su planta de Sevilla, sin que, sin embargo, se transmitieran instalaciones productivas ni de embotellamiento de la vendedora, sino tan solo : (i) la cartera de clientes a los que CARGILL suministraba aceite a granel desde su planta de Sevilla, (ii) el "know-how" de la actividad de comercialización y (iii) los trabajadores afectos a dicho negocio.

del umbral de volumen de negocio recogido en el art. 8.1b) de la LDC, será el último ejercicio contable³.

- (47) En la misma línea, se pronuncia el art.5.1 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante Reglamento CE) que establece que el periodo de referencia para el cálculo del volumen de negocios es el obtenido “*durante el último ejercicio*”. Y la anteriormente citada Comunicación explica en su párrafo 169 que “*se referirá a la contabilidad correspondiente al ejercicio más próximo a la fecha en que se haya realizado la transacción, auditada según la norma aplicable a la empresa en cuestión y obligatoria para el ejercicio correspondiente*”.
- (48) Para el caso del cálculo de la cuota de mercado a efectos del cumplimiento del umbral recogido en el art. 8.1 a), el art. 4 del RDC no establece de manera explícita el periodo de referencia que debe considerarse. No obstante, la práctica habitual de la Dirección de Competencia ha sido tomar en consideración la cuota de mercado del último año completo disponible. Esta práctica es consistente con el espíritu recogido por la Comunicación en relación al periodo de referencia a efectos del cálculo del volumen de negocios, que busca considerar la contabilidad del ejercicio más próximo a la fecha en la que se haya realizado la transacción, si bien en el caso del volumen de negocios, el requisito de considerar las cuentas auditadas, para mayor seguridad jurídica, puede hacer que en ocasiones, cuando la operación tiene lugar en los primeros meses del año, deba considerarse las cuentas del ejercicio anterior⁴.
- (49) En este sentido, se considera que el dato que mejor refleja la posición relativa de las partes de una operación en el mercado en el momento de formalizar una operación de concentración, y por tanto, el relevante a efectos de determinar si la operación cumple el umbral de cuota de mercado del art. 8.1 a) de la LDC a efectos de determinar si está sujeta a la obligación de notificar la misma ante la CNMC, es el ejercicio más próximo a la fecha en que se haya realizado la transacción.
- (50) Por todo lo anterior, y dado que la operación no da lugar a la adquisición o incremento de cuota de mercado del 50% en ningún mercado o segmentación posible del mismo a nivel nacional o territorio definido dentro del mismo, según datos del último año disponible (2020), esta Dirección de Competencia considera que la operación planteada, si bien constituye una operación de concentración según lo establecido en el art. 7.1 b) de la LDC, no es notificable, al no cumplir ninguno de los umbrales de notificación recogidos en el art. 8.1 de la citada LDC, con independencia de la definición de mercado considerada.

³ «A los efectos previstos en el artículo 8.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el volumen de negocios global en España comprenderá la cifra resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios que correspondan a las actividades ordinarias de las empresas partícipes en la operación de concentración en el último ejercicio contable, previa deducción del importe de las bonificaciones y de demás reducciones sobre las ventas, del Impuesto sobre el Valor Añadido y de los demás impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios.»

⁴ Si bien el párrafo 170 contempla la posibilidad de recurrir a las cuentas provisionales en ciertos casos, o la realización de ajustes al cálculo del volumen de negocio para recoger cambios permanentes en la realidad económica de las empresas afectadas posteriores a la fecha de las últimas cuentas auditadas (párrafos 172-175).

VII. PROPUESTA

En atención a todo lo anterior, se propone resolver, en aplicación del artículo 55.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que no existe obligación de notificación de la operación de concentración económica consistente en la adquisición del control exclusivo de [...] por parte de [...], por no superar los umbrales previstos en el artículo 8 de la LDC.