

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2017)33

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

04-Apr-2017

Spanish - Or. English

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE

DAF/COMP/LACF(2017)33
Unclassified

LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)
FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión II: Control de fusiones en América Latina y el Caribe - Evolución y tendencias recientes

-- Contribución de Portugal --

4-5 de abril 2017, Managua, Nicaragua

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Portugal PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 4-5 de abril 2017 en Nicaragua.

Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE
[Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: lynn.robertson@oecd.org]

JT03411992

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

Spanish - Or. English

ORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



15º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia
4-5 DE ABRIL DE 2017, Managua, Nicaragua

Sesión II: Control de fusiones en América Latina y el Caribe - Evolución y tendencias recientes

-- CONTRIBUCIÓN DE PORTUGAL --

1. Análisis de fusiones con arreglo a la Ley de competencia de Portugal

1. La Ley de competencia de Portugal (Ley n.º 19/2012, de 8 de mayo) establece un sistema de análisis de fusiones mediante notificación preceptiva previa. Dicha Ley impone asimismo a las partes de la fusión una obligación de espera hasta que la Autoridad de Competencia de Portugal (AdC) adopte una decisión.

2. La AdC ha publicado asimismo una serie de directrices relativas al control de fusiones con vistas a incrementar la seguridad jurídica y la transparencia, en particular en el análisis económico de fusiones horizontales, el procedimiento de notificación previo y la utilización de medidas correctivas en casos de fusión.

1.1 Umbrales de notificación

3. Las fusiones de empresas están sujetas a notificación previa cuando cumplan uno de los criterios siguientes:

- La adquisición, creación o ampliación de una cuota de mercado igual o superior al 50% del mercado nacional de un determinado producto o servicio, o de una parte sustancial del mismo;
- La adquisición, creación o ampliación de una cuota de mercado igual o superior al 30% pero inferior al 50% del mercado nacional de un determinado producto o servicio, o de una parte sustancial del mismo, siempre que el volumen de negocio individual en Portugal en el ejercicio económico anterior, correspondiente al menos a dos de las empresas participantes en la fusión, sea superior a 5 millones de euros, sin incluir los impuestos directamente relacionados con ese volumen de negocio; y

- Un umbral de volumen de negocio, según el cual las empresas de que se trate han de haber alcanzado un volumen de negocio total en Portugal, en el ejercicio económico precedente, superior a 100 millones de euros, sin incluir los impuestos relacionados directamente con ese volumen de negocio, siempre que al menos dos de esas empresas alcancen un volumen de negocio en Portugal de más de 5 millones de euros.

4. En 2012, se revisaron y flexibilizaron los umbrales de notificación, de modo que la AdC pueda centrarse en los casos más relevantes, en particular aquellos que implican altas cuotas de mercado y que podrían perjudicar la economía abierta de un pequeño país.¹

1.2 Criterio sustantivo

5. De conformidad con la Ley de competencia de Portugal, las fusiones son analizadas a fin de determinar sus efectos en la estructura del mercado, tomando en consideración la exigencia de proteger y promover la competencia efectiva en el mercado, en beneficio de los consumidores intermedios y finales (artículo 41 de la Ley de competencia de Portugal).

6. La AdC evalúa las fusiones aplicando el criterio del obstáculo significativo a la competencia efectiva (en lo sucesivo, el criterio OSCE), que es similar al criterio aplicado por la Comisión Europea y otros Estados miembros de la Unión Europea.

7. Este criterio sustantivo se establece en el artículo 41 de la Ley de competencia de Portugal: “Las concentraciones que puedan crear obstáculos significativos a la competencia efectiva en el mercado nacional o en una parte sustancial del mismo, en particular si tales obstáculos se derivan de la creación o el fortalecimiento de una posición dominante, no serán autorizadas”.

8. El criterio sustantivo del obstáculo significativo a la competencia efectiva (OSCE) fue introducido en la Ley de competencia de Portugal en 2012, en sustitución del criterio de la posición dominante previsto en la Ley de competencia de Portugal de 2003, en virtud del cual la AdC debía prohibir las fusiones que crearan o reforzaran una posición dominante que pudiera generar barreras significativas a la competencia efectiva en el mercado portugués o en una parte sustancial del mismo.²

9. Al analizar una fusión, la AdC no puede tener en cuenta consideraciones no relacionadas con la competencia, conforme a los criterios previstos en la Ley de competencia de Portugal³.

¹ En Portugal, a efectos de la notificación de fusiones se han establecido un umbral de volumen de negocios y un umbral de cuota de mercado. En 2012, se modificaron por ley ambos umbrales de notificación a fin de asegurar que la AdC ejerza un control más selectivo de las fusiones en términos de impacto en la competencia, aligerando las cargas administrativas innecesarias que soportan las empresas. Al mismo tiempo, se pretendió asegurar que las fusiones que pueden suscitar problemas de competencia sigan siendo objeto del control de la AdC. Durante los trabajos preparatorios de la reforma legislativa de 2012, se llevó a cabo un análisis exhaustivo del historial de casos relativos al control de fusiones, y se llegó a la conclusión de que debía mantenerse el umbral de cuota de mercado.

² El criterio de la posición dominante se recogía en el artículo 12 de la anterior Ley de competencia de Portugal, la Ley n.º 18/2003, de 11 de junio.

³ El artículo 41, apartado 2, de la Ley de competencia de Portugal dispone que, al examinar una fusión, la AdC tendrá en cuenta: “a) La estructura de los mercados relevantes y la existencia o inexistencia de competencia por parte de las empresas establecidas en esos mercados o en mercados distintos; b) La posición de las empresas en cuestión en los mercados relevantes y su poder económico y financiero, en comparación con sus principales competidores; c) El poder de mercado del comprador y su capacidad de impedir, frente a la empresa resultante de la fusión, el fortalecimiento de situaciones de dependencia

1.3 *Fusiones y compromisos*

10. En el marco del análisis de una fusión, la AdC puede adoptar cuatro tipos de decisiones: no aplicación (la operación no está comprendida en el ámbito del control de fusiones), no oposición, no oposición con compromisos y prohibición. La decisión de prohibición sólo podrá adoptarse en la fase II del procedimiento.

11. Las partes podrán presentar, en cualquier momento del procedimiento (fases I o II), compromisos en relación con la fusión.

12. Únicamente las partes pueden ofrecer compromisos para subsanar los problemas de competencia que suscita la fusión. Cuando las partes presentan compromisos, la AdC se basa en los principios de (i) eficacia (dichas medidas son aceptadas cuando eliminan los problemas de competencia detectados, cuando puedan ejecutarse y controlarse); (ii) eficiencia (tales medidas son la solución menos gravosa para hacer frente a los problemas de competencia). Los costes que se toman en consideración se refieren a la distorsión del mercado (especialmente en compromisos de comportamiento) y la reducción de los efectos positivos resultantes de la fusión y trasladados a los clientes); y (iii) proporcionalidad a efectos de evaluar si existe equilibrio entre el coste de los compromisos y la eliminación de los problemas de competencia.

13. Los compromisos estructurales dan lugar a riesgos distintos de los asociados a los compromisos de comportamiento, que se describen con detalle en las Directrices de la AdC. Los compromisos estructurales requieren evaluar cuidadosamente si el paquete de desinversión atraerá a un comprador idóneo (riesgos de composición), si existe un comprador idóneo (riesgos de comprador), y los riesgos asociados al potencial deterioro de los activos objeto de la desinversión propuesta (riesgos de activos). En los compromisos de comportamiento, los principales problemas se refieren a los riesgos de especificación, elusión y distorsión, así como a los riesgos de vigilancia y ejecución.

14. Este enfoque estructurado adoptado por la AdC en materia de compromisos se consolidó en las Directrices sobre compromisos publicadas en 2011. Dichas Directrices se basan en la experiencia de la AdC, así como en las buenas prácticas internacionales, con una fuerte influencia de las Directrices sobre compromisos del Reino Unido.

15. La publicación de estas Directrices no se limitó a estructurar la forma en que la AdC lleva a cabo el análisis de los compromisos, sino que también contribuyó a mejorar la configuración de los compromisos y a tener en cuenta esos riesgos.

1.3.1 *Autorización de la fusión con sujeción a compromisos – Caso EDP Renewables/Activos ENEOP*

16. Tal como se indica en las Directrices sobre compromisos en fusiones, la AdC prefiere los compromisos estructurales y ha aceptado este tipo de compromisos en la mayoría de los casos. Esta opción se deriva tanto del tipo de problemas de competencia detectados como de la forma idónea de abordarlos.

económica, de conformidad con el artículo 12 de esta ley; d) La competencia potencial y la existencia, de hecho o de Derecho, de barreras de entrada en el mercado; e) La posibilidad de elección de los proveedores, clientes y usuarios; f) El acceso de las diferentes empresas a fuentes de suministro y mercados para sus bienes; g) La estructura de las redes de distribución existentes; h) La evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trata; i) La existencia de derechos especiales o exclusivos conferidos por ley o resultantes de la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados; j) El control de infraestructuras esenciales por parte de las empresas de que se trata y las posibilidades de acceder a dichas infraestructuras que ofrecen empresas competidoras; k) Cualquier avance técnico o económico que no constituya un obstáculo a la competencia, siempre que la concentración produzca directamente ganancias de eficiencia que beneficien a los consumidores”.

Asimismo, la AdC puede aceptar compromisos de comportamiento si los estima adecuados. Con frecuencia se ha adoptado una combinación de ambas.

17. Por ejemplo, en una fusión en el mercado de generación eléctrica con energía eólica,⁴ en la que EDP Renewables adquirió el control único de una serie de parques eólicos pertenecientes a ENEOP, la AdC aceptó los compromisos de comportamiento y también los de carácter estructural. Esta operación de fusión suscitó dudas por el potencial impacto en el mercado de servicios complementarios como consecuencia de la fusión.

18. En efecto, un aumento del grado de intermitencia e imprevisibilidad de la generación de electricidad con energía eólica, en particular como consecuencia de los potenciales comportamientos estratégicos de EDP Renewables en la gestión de la capacidad eléctrica y la producción de electricidad efectiva por sus propios parques eólicos, habría producido un incremento de la necesidad de acudir a los mercados de servicios complementarios (regulación secundaria y terciaria) con objeto de ajustar en tiempo real la generación a las necesidades de consumo.

19. Como principal beneficiario del mencionado incremento en la utilización de los servicios complementarios de reserva –por su posición abrumadora en el mercado de servicios complementarios–, el Grupo EDP tendría incentivos para adoptar comportamientos estratégicos en la gestión de sus propios parques eólicos, con efectos negativos para los consumidores.

20. EDP Renewables ofreció asumir compromisos de comportamiento que fueron considerados adecuados y suficientes para eliminar los problemas de competencia. No obstante, si persistieran los problemas de competencia tras el cese de dichos compromisos de comportamiento, se aplicará una medida correctora de desinversión.

*1.3.2 Decisión de prohibición de fusión – Caso Controlinveste*ZON*PT / Sport TV*PPTV*Sportinveste*

21. En los últimos cinco años, la AdC sólo ha adoptado una decisión de prohibición.⁵ Esta fusión se refería al sector de telecomunicaciones. En virtud de la operación propuesta, PT⁶ entrará en una Joint Venture ya existente (Sport TV) establecida entre ZON Optimus y Controlinveste. Sport TV había sido el único proveedor de los canales premium de televisión de pago y suscripción de Sports hasta que Benfica TV (premium) inició sus actividades de radiodifusión en julio de 2013. Antes de la fusión, Sport TV era una joint venture 50/50 entre ZON Optimus y Controlinveste. A raíz de la fusión, ZON Optimus y PT poseían cada una un 25% del capital social de Sport TV y Controlinveste era titular del 50% restante.

22. A raíz de la evaluación de la AdC, se detectaron problemas importantes en materia de efectos verticales. En lo que respecta al bloqueo de clientes: (i) el porcentaje de abonados a TV de pago correspondiente a operadores de telecomunicaciones no integrados (con Sport TV) disminuiría desde aproximadamente un 50% a un 10%; (ii) con toda probabilidad se produciría una reducción de los incentivos de PT para promover la entrada/expansión de canales premium de deportes; (iii) aumentarían los incentivos de ZON Optimus para el bloqueo de clientes.

⁴ Véase Ccent. 9/2015 – EDP Renewables/Ativos ENEOP. Decisión de autorización con compromisos, de 14 de agosto de 2015.

⁵ Véase Ccent. 4/2013 - Controlinveste*ZON Optimus*PT /Sport TV*Sportinveste*PPTV, decisión de prohibición de 31 de julio de 2014.

⁶ En ese momento, PT era la mayor sociedad holding de telecomunicaciones de Portugal.

23. Asimismo, se apreciaron importantes problemas en relación con el bloqueo de insumos: (i) en qué modo la concentración aumentaría el poder de mercado de Sport TV; y (ii) en qué modo se incrementarían los incentivos para el cierre del mercado como consecuencia de la concentración propuesta.

24. También se detectaron problemas de competencia en cuanto a los efectos coordinados en TV de pago y servicios triple-play, ya que la fusión (i) crearía vínculos estructurales entre operadores rivales de telecomunicaciones, (ii) aumentaría la simetría en términos de integración vertical, (iii) reduciría el margen y los incentivos para la diferenciación a través de contenidos premium de deportes, (iv) armonizaría el nivel de información sobre los competidores accesible por ZON Optimus y PT, (v) armonizaría las estructuras de costes, (vi) incrementaría la transparencia, creando foros de intercambio de información y (vii) reforzaría las barreras de entrada como consecuencia de los efectos de bloqueo de insumos y de clientes.

25. Las partes presentaron un conjunto de compromisos de comportamiento, que la AdC consideró insuficientes ya que no abordaban algunos de los problemas (p. ej., los efectos coordinados) o abordaban de forma ineficiente otros problemas de competencia detectados. Por tanto, la AdC dictó una decisión de prohibición.

2. Cooperación internacional en control de fusiones

26. Aparte de los mecanismos de cooperación formal en el seno de la Unión Europea,⁷ la mayor parte de la cooperación internacional de la AdC en el ámbito del control de fusiones tiene lugar con el Grupo de Trabajo de Fusiones de la Red Internacional de Competencia (RIC) y la Red Europea de Autoridades de Competencia (REC).

27. A nivel europeo, la necesidad de promover una mayor coherencia, convergencia y cooperación en materia de fusiones entre las jurisdicciones de la UE llevó a la elaboración de las Buenas prácticas de cooperación entre las autoridades nacionales de competencia en el análisis de fusiones, publicadas en 2011⁸.

28. A través de este sistema informal, cada autoridad europea de competencia informa a sus homólogos europeos de las fusiones que se le han notificado y que son también notificables en otras jurisdicciones europeas.

29. Se ha establecido un sistema informal que ofrece una lista de puntos de contacto y un modelo que recoge información pública básica sobre la operación, como las partes participantes, los sectores económicos y el área geográfica pertinentes, la fecha de notificación, los plazos aplicables al caso y el equipo que tramita el caso.

30. Este sistema prevé la creación, en la primera fase de procedimiento, de un canal de comunicación entre las autoridades que examinan un mismo caso y promueve el intercambio de la información pública pertinente. Cuando es necesario intercambiar o examinar información confidencial, la AdC solicita el consentimiento de las partes de la fusión con el fin de poder cooperar de forma más estrecha con otras autoridades.

⁷ Los mecanismos de cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros de la UE se establecen en el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (el Reglamento de fusiones de la UE).

⁸ <http://ec.europa.eu/competition/ecn/mergers.html>

31. La necesidad de una coordinación cronológica es igualmente importante para propiciar unos resultados coherentes. En efecto, la importancia de una alineación cronológica se reflejó en la reforma legislativa del Derecho de la competencia portugués, en virtud de la cual se suprimió un obstáculo a dicha alineación cronológica. Conforme a la legislación precedente, las partes tenían que notificar la fusión en los 7 días laborables siguientes a la firma del contrato. Ya no ocurre así, ya que las partes sólo deben notificar la fusión y obtener la autorización antes de poner en práctica la operación. Ello permite una mayor convergencia en los períodos de análisis y la cooperación.

32. Incluso si la fusión es multijurisdiccional, los problemas de competencia y los consiguientes compromisos no presentan necesariamente dimensión internacional. En algunos supuestos, las diferencias entre los mercados geográficos nacionales o infranacionales pueden requerir compromisos distintos y específicos.

33. Un caso interesante que refleja esta situación es la fusión de JCDecaux y Cemusa, que fue autorizada sin compromisos en España, pero suscitó serias dudas en Portugal por posibles obstáculos significativos a la competencia efectiva. Los problemas suscitados se referían al incremento de la concentración del mercado (que era diferente que en el caso español), la proximidad competitiva entre las empresas participantes en la operación y las barreras existentes de entrada y expansión, que podrían aumentar con la fusión. Aunque las partes ofrecieron asumir compromisos después de que la AdC iniciara una investigación exhaustiva, este organismo estimó que no eran suficientes para subsanar tales problemas. Finalmente, las partes decidieron retirar la notificación.

3. Observaciones finales

34. La evolución del régimen de control de fusiones en Portugal ha perseguido constantemente incrementar la seguridad jurídica y simplificar las normas de procedimiento, sobre la base de las buenas prácticas internacionales, la experiencia de la AdC y la interacción con las partes interesadas.

35. La experiencia general de la AdC con el procedimiento de compromisos ha sido positiva, puesto que le ha permitido abordar con rapidez los problemas de competencia, en beneficio de los consumidores y las empresas.

36. En las fusiones multijurisdiccionales, el grado de cooperación internacional dependerá de las características particulares del caso. El intercambio de información básica y el establecimiento de puntos de contacto para la cooperación internacional puede ser un primer paso hacia una mayor cooperación en el análisis de fusiones.