

II

(Comunicaciones)

COMUNICACIONES PROCEDENTES DE INSTITUCIONES Y ÓRGANOS DE LA
UNIÓN EUROPEA

COMISIÓN

**Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE)
nº 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión**

(Texto pertinente a efectos del EEE)

(2008/C 267/01)

I. INTRODUCCIÓN

1. El Reglamento (CEE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ⁽¹⁾ (en lo sucesivo denominado «el Reglamento de concentraciones») dispone expresamente en sus artículos 6, apartado 2, y 8, apartado 2, que la Comisión podrá decidir declarar una concentración compatible con el mercado común una vez modificada por las partes ⁽²⁾, tanto antes como después de la incoación del procedimiento. A tal efecto, la Comisión podrá vincular a su decisión condiciones y obligaciones destinadas a asegurar que las empresas afectadas cumplan los compromisos que han contraído con la Comisión para hacer la concentración compatible con el mercado común ⁽³⁾.
2. La finalidad de la presente Comunicación es orientar sobre las modificaciones de las concentraciones, en particular los compromisos de las empresas afectadas para modificar una concentración. Dichas modificaciones se describen por lo general como «soluciones», ya que su objetivo es eliminar los problemas de competencia ⁽⁴⁾ detectados por la Comisión. La orientación establecida en la presente Comunicación refleja la experiencia desarrollada por la Comisión con la evaluación, aceptación y aplicación de las soluciones conforme al Reglamento de concentraciones desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1990. La revisión de la Comunicación de 2001 de la Comisión sobre soluciones ⁽⁵⁾ es consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 139/2004 de concentraciones refundido ⁽⁶⁾ y del Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión ⁽⁷⁾ (el «Reglamento de aplicación») el 1 de mayo de 2004, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, de las conclusiones extraídas del estudio sistemático *ex post* de la Comisión de casos anteriores de

⁽¹⁾ DO L 24 de 29.1.2004, pp. 1-22.

⁽²⁾ Las referencias a «partes» y «partes objeto de concentración» también abarcan las situaciones con una parte notificante.

⁽³⁾ Artículo 6, apartado 2, y artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, respectivamente. Véase también el considerando 30 del Reglamento de concentraciones, que afirma que «cuando las empresas afectadas modifiquen una concentración notificada, en particular, proponiendo compromisos para compatibilizar la concentración con el mercado común, la Comisión debe poder declarar tal concentración modificada compatible con el mercado común. Los compromisos deben ser proporcionales al problema de competencia de que se trate y eliminarlo por completo». El considerando 30 añade que «cuando el problema de competencia se pueda determinar con rapidez y resulte fácil subsanarlo, también es conveniente aceptar los compromisos antes de incoar el procedimiento».

⁽⁴⁾ Salvo que se indique lo contrario, en adelante, el término «problemas de competencia» corresponderá, según la etapa del procedimiento, a serias dudas o a conclusiones preliminares de que es probable que la concentración obstaculice considerablemente la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de él, particularmente como consecuencia de la creación o consolidación de una posición dominante.

⁽⁵⁾ Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) nº 447/98 de la Comisión (DO C 68 de 2.3.2001, p. 3).

⁽⁶⁾ Sustituye al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (DO L 395 de 30.12.1989) (versión corregida en DO L 257 de 21.9.1990, p. 13).

⁽⁷⁾ Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 133 de 30.4.2004, p. 1). Este Reglamento sustituye al Reglamento (CE) nº 447/98 de la Comisión, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 4064/98 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 61 de 2.3.1998, p. 1).

soluciones ⁽¹⁾, y de la práctica decisoria de la Comisión en los casos relacionados con soluciones en los últimos años. Los principios establecidos en la Comunicación serán aplicados y desarrollados más a fondo por la Comisión en casos concretos. Las orientaciones de la presente Comunicación han de entenderse sin perjuicio de la interpretación que puedan dar el Tribunal de Justicia o el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

3. La presente Comunicación establece los principios generales aplicables a las soluciones aceptables para la Comisión, los principales tipos de compromisos que pueden ser aceptados por la Comisión en los casos contemplados por el Reglamento de concentraciones, los requisitos concretos que las propuestas de compromisos deben cumplir en ambas fases del procedimiento, y los principales requisitos para la aplicación de los compromisos. En cualquier caso, la Comisión tendrá debidamente en cuenta las circunstancias particulares de cada caso individual.

II. PRINCIPIOS GENERALES

4. Con arreglo al Reglamento de concentraciones, la Comisión evaluará la compatibilidad de una concentración notificada con el mercado común sobre la base de su efecto en la estructura de competencia en la Comunidad ⁽²⁾. La evaluación de la compatibilidad con arreglo al artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento de concentraciones, tiene por fin determinar si una concentración obstaculizaría significativamente la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de él como consecuencia, en particular, de la creación o el fortalecimiento de una posición dominante. Una concentración que impida considerablemente la competencia efectiva tal como se ha descrito anteriormente es incompatible con el mercado común y la Comisión debe prohibirla. Para la creación de una empresa en participación, la Comisión también examinará la concentración de conformidad con el artículo 2, apartado 4, del Reglamento de concentraciones. Los principios establecidos en la presente Comunicación también se aplicarán por lo general a las soluciones presentadas para eliminar los problemas de competencia detectados con arreglo al artículo 2, apartado 4.
5. En caso de que una concentración plantee problemas de competencia por cuanto podría obstaculizar considerablemente la competencia efectiva, en particular a consecuencia de la creación o consolidación de una posición dominante, las partes podrán intentar modificar la concentración para resolver los problemas de competencia y lograr así la autorización para su concentración. Dichas modificaciones podrán ejecutarse plenamente antes de una decisión de autorización. Sin embargo, es más frecuente que las partes presenten compromisos con objeto de hacer la concentración compatible con el mercado común y que dichos compromisos se ejecuten tras la autorización.
6. Con arreglo a la estructura del Reglamento de concentraciones, es responsabilidad de la Comisión demostrar que una concentración obstaculizaría considerablemente la competencia ⁽³⁾. La Comisión comunicará los problemas de competencia a las partes para que puedan formular propuestas de soluciones apropiadas y pertinentes ⁽⁴⁾. Corresponderá entonces a las partes en la concentración presentar compromisos; la Comisión no está en condiciones de imponer unilateralmente ninguna condición a una decisión de autorización, sino únicamente sobre la base de los compromisos de las partes ⁽⁵⁾. La

⁽¹⁾ DG COMP, Estudio sobre la política de soluciones en casos de concentraciones, octubre de 2005.

⁽²⁾ Véase el considerando 6 del Reglamento de concentraciones.

⁽³⁾ En la fase I y antes del envío de un pliego de cargos, esto corresponde a *serias dudas* por lo que respecta al considerable obstáculo a la competencia efectiva.

⁽⁴⁾ El Reglamento de concentraciones dispone medidas formales cuando las partes están informadas de los problemas de competencia detectados por la Comisión (decisión 6, apartado 1, letra c), pliego de cargos). Además, las buenas prácticas de la DG Competencia en los procedimientos de control de operaciones de concentración de la CE prevén que las reuniones de «estado de la cuestión» se ofrecerán en principio en etapas clave del procedimiento, en las que la Comisión explicará sus preocupaciones a las partes para permitir que respondan con propuestas de soluciones.

⁽⁵⁾ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI) en el asunto T-210/01, General Electric/Comisión, Rec. 2005 II-5575, apartado 52; véase la sentencia del TPI en el asunto T-87/05, EDP/Comisión, Rec. 2005 II-3745, apartado 105.

Comisión informará a las partes sobre su evaluación preliminar de las propuestas de soluciones. Si, con todo, las partes no proponen válidamente soluciones adecuadas para eliminar los problemas de competencia, la única opción de la Comisión será adoptar una decisión de prohibición ⁽¹⁾.

7. La Comisión deberá evaluar si las soluciones propuestas, una vez se hayan ejecutado, eliminarían los problemas de competencia detectados. Sólo las partes disponen de toda la información pertinente necesaria para dicha evaluación, en particular por lo que se refiere a la factibilidad de los compromisos propuestos y a la viabilidad y competitividad de los activos que se proponen ceder. Es, pues, responsabilidad de las partes proporcionar toda la información disponible que sea necesaria para la evaluación por la Comisión de la propuesta de soluciones. Con este fin, el Reglamento de aplicación obliga a las partes notificantes a suministrar, junto con los compromisos, información detallada sobre el contenido de los compromisos ofrecidos y las condiciones para su aplicación, y a demostrar que son adecuados para suprimir cualquier obstáculo significativo que impida la competencia efectiva, tal como se establece en el anexo del Reglamento de aplicación (el «formulario RM»). En cuanto a los compromisos que consisten en la cesión de una actividad empresarial, las partes deberán describir pormenorizadamente, en particular, cómo funciona actualmente la actividad empresarial que vaya a ser cedida. Esta información permitirá a la Comisión evaluar la viabilidad, competitividad y comerciabilidad de la actividad empresarial, comparando su funcionamiento actual con el alcance propuesto con arreglo a los compromisos. La Comisión podrá adaptar los requisitos exactos a la información necesaria en el caso individual de que se trate y estará disponible para discutir con las partes el alcance de la información requerida antes de la presentación del formulario RM.
8. Considerando que las partes deben proponer compromisos suficientes para suprimir los problemas de competencia y presentar la información necesaria para evaluarlos, corresponderá a la Comisión determinar si una concentración, modificada por los compromisos válidamente presentados, debe declararse efectivamente incompatible con el mercado común debido a que suponga, pese a los compromisos, un importante obstáculo para la competencia efectiva. La carga de la prueba para la prohibición o autorización de una concentración modificada por los compromisos está, pues, sujeta a los mismos criterios que una concentración sin modificar ⁽²⁾.

Condiciones básicas de los compromisos aceptables

9. Con arreglo al Reglamento de concentraciones, la Comisión sólo podrá aceptar los compromisos que se consideren adecuados para compatibilizar la concentración con el mercado común de modo que supriman un importante obstáculo para la competencia efectiva. Los compromisos deberán eliminar enteramente los problemas de competencia ⁽³⁾ y deberán ser completos y efectivos desde todos los puntos de vista ⁽⁴⁾. Por otra parte, los compromisos deberán poder ser ejecutados de manera efectiva en un breve plazo, ya que las condiciones de competencia del mercado no se mantendrán hasta que se hayan cumplido los compromisos.
10. Los compromisos estructurales, en particular las cesiones, propuestos por las partes, sólo cumplirán estas condiciones en la medida en que la Comisión pueda concluir con el grado suficiente de certeza que será posible ejecutarlos y que será probable que las nuevas estructuras comerciales que resulten de ellos sean lo suficientemente realizables y sostenibles para garantizar que el importante obstáculo a la competencia efectiva no se materialice ⁽⁵⁾.
11. El grado necesario de certeza relativo a la ejecución de los compromisos propuestos puede en particular verse afectado por los riesgos relativos a la transferencia de una actividad empresarial que vaya a cederse, como por ejemplo las condiciones impuestas por las partes en la cesión, los derechos de

⁽¹⁾ Véase el asunto COMP/M.2220 — GE/Honeywell, de 3 de julio de 2001, confirmado por sentencia del TPI en el asunto T-210/01, General Electric/Comisión, Rec. 2005 II-5575, apartado 555 y ss., 612 y ss.; el asunto COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP, de 9 de diciembre de 2004, confirmado por sentencia del TPI en el asunto T-87/05, EDP/Comisión, Rec. 2005 II-3745, apartados 63 y ss., 75 y ss.; el asunto IV/M.469 — MSG Media Service, de 9 de noviembre de 1994; el asunto IV/M.490 — Nordic Satellite Distribution, de 19 de julio de 1995; el asunto IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol, de 20 de septiembre de 1995; el asunto IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Prèmiere, de 27 de mayo de 1998; el asunto IV/M.1027 — Deutsche Telekom BetaResearch, de 27 de mayo de 1998; el asunto IV/M.774 — St Gobain/Wacker Chemie, de 4 de diciembre de 1996; el asunto IV/M.53 — Aerospaziale/Alenia/De Havilland, de 2 de octubre de 1991; el asunto IV/M.619 — Gencor/Lonrho, de 24 de abril de 1996, confirmado por la sentencia del TPI en el asunto T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. 1999 II-753.

⁽²⁾ Sentencia del TPI en el asunto T-87/05, EDP/Comisión, Rec. 2005 II-3745, apartados 62 y ss.

⁽³⁾ Véase el considerando 30 del Reglamento de concentraciones y la sentencia del TPI en el asunto T-282/02, Cementbouw/Comisión, Rec. 2006 II-319, apartado 307.

⁽⁴⁾ Sentencia del TPI en el asunto T-210/01, General Electric/Comisión, Rec. 2004 II-5575, apartado 52; asunto T-87/05, EDP/Comisión, Rec. 2000 II-3745, apartado 105.

⁽⁵⁾ Sentencia del TPI en el asunto T-210/01, General Electric/Comisión, Rec. 1995 II-5575, apartados 555 y 612.

terceros respecto de la actividad empresarial o los riesgos de encontrar un comprador adecuado, así como los riesgos relativos a la degradación de los activos hasta que la cesión haya tenido lugar. Incumbe a las partes suprimir dichas incertidumbres por lo que respecta a la ejecución de la solución al presentarla a la Comisión ⁽¹⁾.

12. Para evaluar la segunda condición, si es probable que el compromiso propuesto elimine los problemas de competencia detectados, la Comisión considerará todos los factores pertinentes relativos a la solución propuesta, incluidos, entre otras cosas, el tipo, la escala y el alcance de la solución propuesta, juzgados por referencia a la estructura y a las características particulares del mercado en el que surjan los problemas de competencia, incluida la posición de las partes y de otros protagonistas del mercado.
13. Para que los compromisos se atengan a estos principios, tiene que haber una ejecución efectiva y una capacidad para supervisar los compromisos ⁽²⁾. Si bien las cesiones, una vez ejecutadas, no requieren ninguna otra medida de supervisión, otros tipos de compromisos requieren mecanismos efectivos de supervisión para asegurarse de que su efecto no se reduzca o incluso sea eliminado por las partes. En caso contrario, dichos compromisos tendrían que ser considerados como simples declaraciones de intenciones de las partes y no equivaldrían a obligaciones vinculantes, ya que, debido a la falta de mecanismos efectivos de supervisión, ninguna infracción de los mismos podría dar lugar a la revocación de la decisión con arreglo a las disposiciones del Reglamento de concentraciones ⁽³⁾.
14. No obstante, en los casos en que las partes presenten propuestas de soluciones que sean tan extensas y complejas que no le sea posible a la Comisión determinar con el grado suficiente de certeza, en el momento de su decisión, si se ejecutarán plenamente y si es probable que mantengan la competencia efectiva en el mercado, no podrá adoptarse una decisión de autorización ⁽⁴⁾. La Comisión podrá rechazar dichas soluciones, particularmente si su ejecución no puede supervisarse de manera efectiva y que la falta de supervisión efectiva disminuye, o incluso elimina, el efecto de los compromisos propuestos.

Conveniencia de los diferentes tipos de soluciones

15. Según la jurisprudencia del Tribunal, el objetivo básico de los compromisos es garantizar unas estructuras de mercado competitivas ⁽⁵⁾. Por consiguiente, los compromisos que son de naturaleza estructural, tales como el de vender una actividad empresarial, son, por regla general, preferibles desde el punto de vista del objetivo del Reglamento de concentraciones, ya que dichos compromisos previenen, de manera sostenible, los problemas de competencia que serían provocados por la concentración notificada, y, por otra parte, no requieren medidas de supervisión a medio o largo plazo. Sin embargo, no puede excluirse automáticamente la posibilidad de que otros tipos de compromisos puedan también prevenir un importante obstáculo a la competencia efectiva ⁽⁶⁾.
16. La Comisión recalca que debe examinarse caso por caso si existe una solución y, más específicamente, qué tipo de solución es adecuada para eliminar los problemas de competencia detectados.
17. Sin embargo, cabe hacer una distinción general entre las cesiones, otras soluciones estructurales, tales como la concesión de acceso a infraestructura clave o a insumos con carácter no discriminatorio, y los compromisos relativos al comportamiento futuro de la entidad procedente de la concentración. Los compromisos de cesión son la mejor manera de eliminar los problemas de competencia que resultan de solapamientos horizontales, y pueden también ser el mejor medio para resolver los problemas de

⁽¹⁾ Dependiendo de la naturaleza de los riesgos, ciertas salvaguardias específicas pueden tener por objeto compensarlos. Por ejemplo, el riesgo derivado de derechos de terceros en relación con los activos que vayan a cederse puede ser compensado mediante la propuesta de una cesión alternativa. Dichas salvaguardias se discutirán en profundidad más adelante.

⁽²⁾ Sentencia del TPI en el asunto T-177/04, easyJet/Comisión, Rec. 2006 II-1931, apartado 188.

⁽³⁾ Sentencia del TPI en el asunto T-177/04, easyJet/Comisión, Rec. 2006 II-1931, apartado 186 y ss.; TPI, sentencia en el asunto C-87/05, EDP/Comisión, Rec. 2005 II-3745; apartado 72.

⁽⁴⁾ Véase, como ejemplo de dicha compleja e inapropiada solución, el asunto COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, de 9 de diciembre de 2004; confirmado por el TPI, sentencia en el asunto T-87/05, EDP/Comisión, Rec. 2005 II-3745, apartado 102; asunto COMP/M.1672 — Volvo/Scania, de 15 de marzo de 2000.

⁽⁵⁾ Véase el considerando 8 del Reglamento de concentraciones; sentencia del TPI en el asunto T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. 1999 II-753, apartado 316; sentencia del TJ en el asunto C-12/03-P, Comisión/Tetra Laval, Rec. 2005 I-987, apartado 86; sentencia del TPI en el asunto T-158/00, ARD/Comisión, Rec. 2003 II-3825, apartado 192 y ss.

⁽⁶⁾ Sentencia del TJ en el asunto C-12/03-P, Comisión/Tetra Laval, Rec. 2005 I-987, apartado 86; sentencia del TPI de 25 de marzo de 1999 en el asunto T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. 2003 II-753, apartado 319 y ss.; sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003 en el asunto T-158/00, ARD/Comisión, Rec. 2003 II-3825, apartado 193; sentencia del TPI en el asunto T-177/04, easyJet/Comisión, Rec. 2006 II-1931, apartado 182; sentencia del TPI en el asunto T-87/05, EDP/Comisión, Rec. 2005 II-3745, apartado 101.

orden vertical o derivados de un conglomerado ⁽¹⁾. Otros compromisos estructurales pueden ser adecuados para resolver todo tipos de problemas si dichas soluciones son equivalentes a cesiones en sus efectos, tal como se explica más pormenorizadamente en el apartado 61 y ss. Los compromisos relativos al comportamiento futuro de la entidad procedente de la concentración pueden ser aceptables sólo excepcionalmente en circunstancias muy concretas ⁽²⁾. En particular, los compromisos que consisten en no subir los precios, no reducir las gamas de productos o suprimir marcas, etc., no eliminarán por lo general los problemas de competencia derivados de solapamientos horizontales. En cualquier caso, esos tipos de soluciones sólo podrán aceptarse excepcionalmente si se garantiza plenamente su factibilidad mediante una aplicación y una supervisión efectivas con arreglo a las consideraciones establecidas en los apartados 13-14, 66 y 69, y si no existe el riesgo de que produzcan efectos distorsionadores en la competencia ⁽³⁾.

Procedimiento

18. La Comisión puede aceptar compromisos en cualquier fase del procedimiento ⁽⁴⁾. Sin embargo, dado que sólo se lleva a cabo una investigación en profundidad del mercado en la fase II, los compromisos presentados a la Comisión en la fase I deberán ser suficientes para excluir claramente «serias dudas» a efectos del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento de concentraciones ⁽⁵⁾. De conformidad con el artículo 10, apartado 2, del Reglamento de concentraciones, la Comisión tiene que adoptar una decisión de autorización tan pronto como las serias dudas mencionadas en el artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento de concentraciones hayan sido disipadas como consecuencia de los compromisos presentados por las partes. Esta regla se aplicará a los compromisos propuestos en los procedimientos de la fase II antes de que la Comisión envíe un pliego de cargos ⁽⁶⁾. Si la Comisión llega a la conclusión preliminar de que la concentración supondrá un importante obstáculo para la competencia efectiva y envía un pliego de cargos, los compromisos deben ser suficientes para eliminar dicho importante obstáculo a la competencia efectiva.
19. Si bien los compromisos deberán ser ofrecidos por las partes, la Comisión garantizará su aplicación vinculando la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos. Debe distinguirse entre condiciones y obligaciones. Las medidas destinadas a modificar la estructura del mercado deberán estar sujetas a condiciones; por ejemplo, que se efectúe la cesión de una actividad empresarial. Las medidas de ejecución necesarias para lograr este resultado son por lo general obligaciones impuestas a las partes; por ejemplo, el nombramiento de un administrador con un mandato irrevocable para vender la actividad empresarial.
20. En caso de que las empresas afectadas infrinjan una obligación, la Comisión podrá revocar las decisiones de autorización enviadas de conformidad con el artículo 6, apartado 2, o el artículo 8, apartado 2, del Reglamento de concentraciones, actuando de conformidad con el artículo 6, apartado 3, o el artículo 8, apartado 6, respectivamente. En caso de infracción de una obligación, las partes podrán también estar sujetas a multas y a pagos periódicos de penalización como está previsto en el artículo 14, apartado 2, letra d), y el artículo 15, apartado 1, letra c), respectivamente, del Reglamento de concentraciones. No obstante, en caso de que se infrinja una condición; por ejemplo, que una actividad empresarial no sea cedida en el plazo previsto en los compromisos o sea readquirida más adelante, la decisión de compatibilidad ya no será aplicable. En dichas circunstancias, la Comisión podrá, en primer lugar, tomar las medidas provisionales apropiadas para mantener unas condiciones de competencia efectiva de conformidad con el artículo 8, apartado 5, letra b), del Reglamento de concentraciones. En segundo lugar, podrá, si se cumplen las condiciones del artículo 8, apartado 4, letra b), solicitar cualquier medida apropiada para garantizar que las empresas afectadas disuelvan la concentración o tomen otras medidas encaminadas a restablecer la situación previa o, con arreglo al artículo 8, apartado 7, adopten una decisión de conformidad con el artículo 8, apartados 1 a 3. Además, las partes podrán también estar sujetas a multas como está previsto en el artículo 14, apartado 2, letra d).

⁽¹⁾ Véase la cesión de instalaciones de almacenamiento en el asunto COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, de 14 de marzo de 2006, apartado 170 y ss.; asunto COMP/M.3696 — E.ON/MOL, de 21 de diciembre de 2005, apartado 735 y ss., para un ejemplo de «separación de la propiedad» a fin de eliminar los vínculos estructurales entre las partes en el sector del almacenamiento de gas; también en el asunto COMP/M.4314 — Johnson&Johnson/Pfizer, de 11 de diciembre de 2006, y en el asunto COMP/M.4494 — Evraz/Highveld, de 20 de febrero de 2007.

⁽²⁾ Véase, en relación con los efectos de conglomerado de una concentración, Sentencia del TJ de 15 de febrero de 2005 en el asunto C-12/03-P, Comisión/Tetra Laval, Rec. 2005 I-987, apartados 85 y 89.

⁽³⁾ Por ejemplo, compromisos relativos a cierta política de precios, como la fijación de precios máximos, que conlleva el riesgo de llevar a una alineación anticompetitiva de los precios entre los competidores.

⁽⁴⁾ Con arreglo a lo previsto en el considerando 30 del Reglamento de concentraciones, la Comisión garantizará la transparencia y la consulta efectiva de los Estados miembros en ambas fases del procedimiento.

⁽⁵⁾ Los compromisos en la fase I sólo pueden aceptarse en ciertos tipos de situaciones; véase el apartado 81.

⁽⁶⁾ Véanse, entre otros, el asunto COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, de 23 de julio de 2003; el asunto COMP/M.2861 — Siemens/Drägerwerk/JV, de 30 de abril de 2003; el asunto IV/JV.15 — BT/AT & T, de 30 de marzo de 1999; el asunto IV/M.1532 — BP Amoco/Arco, de 29 de septiembre de 1999.

Textos modelo para los compromisos de cesión

21. Los servicios de la Comisión han publicado las Directrices de buenas prácticas para los compromisos de cesión, que se componen de un modelo para los compromisos de cesión y un modelo para los mandatos del administrador ⁽¹⁾. Estos modelos no tienen como finalidad cubrir exhaustivamente todas las cuestiones que puedan llegar a ser pertinentes en todos los casos, ni son jurídicamente vinculantes para las partes en un procedimiento de concentración. Dichos modelos complementan la presente Comunicación al resumir las disposiciones normales de los compromisos de cesión en un formato que pueda ser utilizado por las partes. Al mismo tiempo, los modelos ofrecen un margen de adaptación a los requisitos de cada caso concreto.

III. DIVERSOS TIPOS DE SOLUCIONES**1. Cesión de una actividad empresarial a un comprador adecuado**

22. En caso de que una concentración propuesta amenace con obstaculizar considerablemente la competencia efectiva, la manera más eficaz de mantener esta última, aparte de la prohibición, consiste en crear las condiciones necesarias para la aparición de una nueva entidad competitiva o para la consolidación de los competidores existentes mediante la cesión por las partes participantes en la concentración.

1.1. Cesión de una actividad empresarial viable y competitiva

23. Las actividades cedidas deberán consistir en una actividad empresarial viable que, al ser dirigida por un comprador adecuado, pueda competir eficazmente con la entidad procedente de la concentración de manera sostenible y sea cedida como una empresa en actividad ⁽²⁾. Para que la actividad empresarial sea viable, puede también ser necesario incluir las actividades relacionadas con los mercados en los que la Comisión no haya detectado problemas de competencia, si así se requiere para crear un competidor efectivo en los mercados afectados ⁽³⁾.
24. Al proponer una actividad empresarial viable para la cesión, es necesario tener en cuenta las incertidumbres y los riesgos relacionados con la transferencia de una actividad empresarial a un nuevo propietario. Estos riesgos pueden limitar el impacto competitivo de la actividad empresarial cedida, y, por consiguiente, llevar a una situación de mercado en la que no se eliminarán necesariamente los problemas de competencia.

Alcance de la actividad empresarial objeto de cesión

25. La actividad empresarial debe incluir todos los activos que contribuyan a su funcionamiento actual o que sean necesarios para garantizar su viabilidad y competitividad, y todo el personal que esté actualmente empleado o que sea necesario para garantizar su viabilidad y competitividad ⁽⁴⁾.
26. El personal y los activos que actualmente son compartidos por la actividad empresarial que vaya a cederse y otras actividades empresariales de las partes, pero que contribuyan al funcionamiento de la actividad empresarial o que sean necesarios para asegurar su viabilidad y competitividad, también deberán incluirse. En caso contrario, se pondrían en peligro la viabilidad y competitividad de la actividad empresarial que vaya a cederse. Por lo tanto, la actividad empresarial cedida deberá incluir al personal que realice funciones esenciales para la actividad empresarial, como, por ejemplo, personal de I+D y de tecnología de la información, incluso cuando dicho personal sea empleado actualmente por otra actividad empresarial de las partes, por lo menos en una proporción suficiente para cubrir las necesidades en curso de la actividad cedida. Del mismo modo, habrá que incluir los activos compartidos, incluso cuando sean propiedad de otra actividad empresarial o hayan sido asignados a ésta.

⁽¹⁾ Véase el sitio Internet de la DG COMP, abierto en mayo de 2003, disponible en: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/legislation.html>. Los modelos podrán actualizarse continuamente y, en caso necesario, podrán publicarse nuevas directrices de buenas prácticas en el ámbito de las soluciones.

⁽²⁾ Esto incluye, con arreglo a ciertas condiciones, la actividad que hay que disociar de la actividad empresarial o de los activos individuales de una parte; véase el apartado 35 y ss.

⁽³⁾ Asunto IV/M.913 — Siemens/Elektrowatt, de 18 de noviembre de 1997; asunto IV/M.1578 — Sanitec/Sphinx, de 1 de diciembre de 1999, apartado 255; asunto COMP/M.1802 — Unilever/Amora-Maille, de 8 de marzo de 2000; asunto COMP/M.1990 — Unilever/Bestfoods, de 28 de septiembre de 2000.

⁽⁴⁾ Las partes notificantes deberán comprometerse a que la actividad empresarial que vaya a cederse incluya todos esos activos y miembros del personal. En caso de que la descripción detallada de la actividad empresarial, que deberá ser suministrada por las partes, tal como se establece en el apartado 27, parezca posteriormente ser incompleta a ese respecto y las partes no complementen la actividad empresarial con los activos o los miembros de personal adicionales necesarios, la Comisión podrá considerar la revocación de la decisión de autorización condicional.

27. Para que la Comisión pueda determinar el alcance de la actividad empresarial que vaya a cederse, las partes deberán incluir una definición exacta del alcance de la actividad empresarial cedida en los compromisos (la «descripción de la actividad empresarial»). Hay que adaptar la descripción de la actividad empresarial al caso concreto de que se trate, y deberá contener todos los elementos que forman parte de la actividad empresarial que vaya a cederse: inmovilizados materiales (por ejemplo, I+D, producción, distribución, ventas y actividades de comercialización) e inmateriales (tales como derechos de propiedad intelectual, conocimientos técnicos y fondo de comercio); licencias, permisos y autorizaciones de organizaciones gubernamentales concedidas a la actividad empresarial; contratos, arrendamientos financieros y compromisos (por ejemplo, acuerdos con proveedores y clientes) en beneficio de la actividad empresarial que vaya a cederse; y registros de clientes, créditos y otros. En la descripción de la actividad empresarial, las partes deberán incluir de modo general al personal que vaya a transferirse, incluido el personal en comisión de servicios y los contratados temporales, e insertar una lista del personal clave, es decir, el personal esencial para la viabilidad y competitividad de la actividad empresarial. La transferencia de esos empleados se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las Directivas del Consejo sobre despidos colectivos ⁽¹⁾, sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas ⁽²⁾ y sobre el procedimiento de información y consulta a los trabajadores ⁽³⁾, así como de las disposiciones nacionales que aplican dichas Directivas y otras normativas nacionales. La solución deberá incluir un compromiso de no captación por las partes por lo que se refiere al personal clave.
28. En la descripción de la actividad empresarial, las partes también deberán incluir las disposiciones para el suministro de productos y servicios que efectúen para la actividad empresarial cedida o que ésta efectúe para ellos. Las relaciones en curso de la actividad empresarial cedida pueden ser necesarias para mantener la viabilidad y la competitividad económicas de la actividad empresarial cedida con carácter transitorio. La Comisión sólo aceptará dichas disposiciones si no afectan a la independencia de la actividad empresarial cedida por lo que respecta a las partes.
29. Para evitar cualquier malentendido sobre la actividad empresarial que vaya a cederse, los activos o el personal que se utilicen o se empleen en ella, pero que no deban, según las partes, transferirse con la cesión, deberán ser excluidos expresamente por las partes en el texto de los compromisos. La Comisión sólo podrá aceptar dicha disociación de activos o de personal si las partes pueden demostrar claramente que ello no afecta a la viabilidad y competitividad de la actividad empresarial.
30. La actividad empresarial que vaya a cederse deberá ser viable como tal. Por lo tanto, los recursos de un posible o incluso supuesto futuro comprador no serán tenidos en cuenta por la Comisión al evaluar la solución. La situación será diferente si ya durante el procedimiento se celebra un acuerdo de venta y de compra con un comprador concreto cuyos recursos pueden tenerse en cuenta en el momento de la evaluación del compromiso. Esta situación se tratará más pormenorizadamente en el apartado 56 y ss.
31. Una vez que se identifique a un comprador tras la adopción de una decisión de autorización, parte de los activos o del personal incluidos en la actividad empresarial cedida podrán no ser necesitados por el comprador propuesto. En el proceso de aprobación del comprador, la Comisión, a petición por las partes, podrá aprobar la cesión de la actividad empresarial al comprador propuesto sin uno o más activos o miembros del personal si ello no afecta a la viabilidad y competitividad de la actividad empresarial que vaya a cederse después de la venta, teniendo en cuenta los recursos del comprador propuesto.

1.2. *Actividad empresarial independiente y condiciones para la aceptabilidad de alternativas*

32. En principio, una actividad empresarial viable es una actividad empresarial que puede funcionar de manera independiente, es decir, independientemente de las partes en la concentración por lo que se refiere al suministro de insumos u otras formas de cooperación, salvo durante un período transitorio.

⁽¹⁾ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO L 225 de 12.8.1998, p. 16).

⁽²⁾ Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DO L 82 de 22.3.2001, p. 16).

⁽³⁾ Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (DO L 254 de 30.9.1994, p. 64). Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DO L 80 de 23.3.2002, p. 29).

33. La Comisión tiene una clara preferencia por una actividad empresarial independiente ya existente. Ésta podrá adoptar la forma de una empresa o de un grupo de empresas preexistente, o de una actividad empresarial que hasta entonces no se haya constituido jurídicamente como tal.
34. En caso de que los problemas de competencia resulten de un solapamiento horizontal, las partes podrán elegir entre dos actividades empresariales. En los casos que impliquen una oferta pública de adquisición hostil, un compromiso de ceder actividades de la empresa destinataria, en dichas circunstancias de información limitada disponible para las partes notificantes sobre la actividad empresarial que vaya a cederse, podría aumentar el riesgo de que dicha actividad, después de la cesión, no corresponda a un competidor viable que compita eficazmente en el mercado y con la intención de permanecer en el mismo. Por lo tanto, puede ser más adecuado que las partes propongan ceder actividades de la empresa adquirente en dichas situaciones.

Disociaciones

35. Aunque en principio se requiere la cesión de una actividad empresarial independiente y viable ya existente, la Comisión, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, podrá también considerar la cesión de actividades empresariales que tengan sólidas relaciones o que estén parcialmente integradas con las actividades empresariales conservadas por las partes, por lo que resulte necesario efectuar «disociaciones» a este respecto. Para reducir al mínimo los riesgos para la viabilidad y competitividad en dichas circunstancias, las partes podrán optar por presentar compromisos que propongan disociar los elementos de una actividad empresarial existente que no haya que ceder necesariamente. En effecto, una actividad empresarial independiente existente puede ser cedida en dichas circunstancias aunque, mediante una «disociación inversa», las partes puedan disociar los elementos limitados que les sea posible conservar.
36. En cualquier caso, la Comisión sólo podrá aceptar los compromisos que requieran la disociación de una actividad empresarial en caso de que le conste que, por lo menos en el momento en que la actividad empresarial se transfiera al comprador, dicha actividad cedida constituirá una actividad empresarial viable independiente, reduciéndose así al mínimo los riesgos para la viabilidad y la competitividad causadas por la disociación. Por lo tanto, las partes deberán garantizar, tal como se expone pormenorizadamente en el apartado 113, que la disociación dé comienzo en el período provisional, es decir, el período que media entre la adopción de la decisión de la Comisión y la realización de la cesión (es decir, la transferencia jurídica y efectiva de la actividad empresarial al comprador). Por lo tanto, al final de este período, se cederá una actividad empresarial viable e independiente. Si ello no fuera posible o si la disociación fuera particularmente difícil, las partes podrán proporcionar a la Comisión el grado necesario de certeza proponiendo aportar directamente un comprador, tal como se establece pormenorizadamente en el apartado 55.

Cesión de activos, en particular de marcas y licencias

37. Una cesión que consista en una combinación de ciertos activos que no formaban una actividad empresarial uniforme y viable en el pasado crea riesgos en cuanto a la viabilidad y competitividad de la actividad empresarial resultante. Éste es particularmente el caso cuando los activos pertenecen a más de una parte. Dicho planteamiento sólo puede ser aceptado por la Comisión si se garantiza la viabilidad de la actividad empresarial pese al hecho de que los activos no formaban actividades empresariales uniformes en el pasado. Éste puede ser el caso si los activos individuales ya pueden considerarse como una actividad empresarial viable y competitiva ⁽¹⁾. Del mismo modo, un paquete de cesión que sólo incluya marcas y los activos correspondientes de producción y/o distribución sólo en casos excepcionales podrá ser suficiente para crear las condiciones para una competencia efectiva ⁽²⁾. En dichas circunstancias, el paquete que consista en marcas y activos deberá ser suficiente para permitir a la Comisión concluir que la actividad empresarial resultante será inmediatamente viable en manos de un comprador adecuado.
38. Las cesiones de una actividad empresarial parecen por lo general preferibles a la concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual, ya que la concesión de una licencia implica una mayor incertidumbre, no permite al licenciataria competir inmediatamente en el mercado, implica el mantenimiento de una relación entre las partes que puede permitir al licenciante influenciar al licenciataria en su

⁽¹⁾ Asunto COMP/M.1806 — AstraZeneca/Novartis, de 26 de julio de 2000; COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, de 9 de febrero de 2000; asunto IV/M.603 — Crown Cork & Seal/CarnaudMetalbox, de 14 de noviembre de 1995.

⁽²⁾ Asunto COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin, de 15 de febrero de 2002; asunto COMP/M.2337 — Nestle/Ralston Purina, de 27 de julio de 2001; asunto IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, de 16 de enero de 1996; asunto COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq, de 24 de junio de 2005.

comportamiento competitivo y dar lugar a conflictos entre ambos en relación con el alcance y las condiciones de la licencia. Por lo tanto, la concesión de una licencia no se considerará por lo general apropiada cuando parezca posible la cesión de una actividad empresarial. En caso de que surjan problemas de competencia como consecuencia de la posición de mercado mantenida por dicha tecnología o dichos derechos de propiedad intelectual, una cesión de la tecnología o de los derechos de propiedad intelectual es la solución preferible, ya que elimina una relación duradera entre la entidad procedente de la concentración y sus competidores ⁽¹⁾. Sin embargo, la Comisión podrá aceptar acuerdos de concesión de licencias como alternativa a la cesión, cuando, por ejemplo, una cesión obstaculizaría una investigación eficaz y en curso, o cuando una cesión sería imposible debido a la naturaleza de la actividad empresarial ⁽²⁾. Dichas licencias tendrán que permitir al licenciario competir eficazmente con las partes de manera similar a como habría sucedido si hubiera tenido lugar una cesión. Serán en principio licencias exclusivas y no deberán imponer restricciones de uso ni restricciones geográficas al licenciario. Cuando pueda producirse incertidumbre por lo que se refiere al alcance de la licencia o a sus condiciones, las partes tendrán que ceder el derecho de propiedad intelectual subyacente, pero podrán obtener una licencia a cambio. Si no es seguro que la licencia se vaya a conceder realmente a un licenciario adecuado, las partes podrán proponer un licenciario inicial o una «solución de arreglo previo» con arreglo a las consideraciones propuestas en el apartado 56, para permitir a la Comisión concluir con el grado adecuado de certeza que se aplicará la solución ⁽³⁾.

Cambio de marca

39. En casos excepcionales, la Comisión ha aceptado compromisos para conceder una licencia exclusiva y limitada en el tiempo para una marca con objeto de permitir al licenciario cambiar la marca del producto en el plazo previsto. Después de la primera fase de concesión de licencias de estos denominados compromisos de cambio de marca, las partes se comprometerán en una segunda fase a abstenerse de cualquier uso de la marca (fase de bloqueo). El objetivo de dichos compromisos es permitir al licenciario transferir los clientes de la marca autorizada a su propia marca para crear un competidor viable, sin que la marca autorizada sea cedida permanentemente.
40. Un solución de cambio de marca conlleva riesgos considerablemente mayores para restablecer la competencia efectiva que una cesión, incluida la cesión de una marca, ya que existe una considerable incertidumbre sobre si el licenciario logrará establecerse como competidor activo en el mercado con el producto objeto del cambio de marca. Un solución de cambio de marca puede ser aceptable cuando se utilice ampliamente la marca en cuestión y una elevada proporción de su volumen de negocios se genere en mercados fuera de aquéllos en los que se hayan detectado problemas de competencia ⁽⁴⁾. En esas circunstancias, hay que definir la solución de cambio de marca de manera que se garantice que la concesión de la licencia mantendrá efectivamente la competencia en el mercado de manera sostenible y que el licenciario será un competidor efectivo después de cambiar la marca de los productos.
41. Dado que el éxito de los compromisos de cambio de marca está considerablemente vinculado a la viabilidad de la marca autorizada, dichos compromisos deben cumplir varias condiciones previas. En primer lugar, la marca que vaya a transferirse deberá ser muy conocida y hallarse lo suficientemente implantada en el mercado para garantizar tanto la viabilidad inmediata de la marca autorizada como su supervivencia económica en el período de cambio de marca. En segundo lugar, parte de los activos relacionados con la producción o la distribución de los productos comercializados con la marca autorizada o la transferencia de conocimientos técnicos puede ser necesaria para garantizar la viabilidad de la solución ⁽⁵⁾. En tercer lugar, la licencia tiene que ser exclusiva y, en principio, exhaustiva, es decir, no limitada a cierta gama de productos de un mercado específico, y tiene que incluir los derechos de

⁽¹⁾ Asunto COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, de 23 de julio de 2003; asunto IV/M.1378 — Hoechst/Rhône-Poulenc, de 9 de agosto de 1999; asunto COMP/M.1601 — Allied Signal/Honeywell, de 1 de diciembre de 1999; asunto COMP/M.1671 — Dow/UCC, de 3 de mayo de 2000.

⁽²⁾ Asunto COMP/M.2949 — Finmeccanica/Alenia Telespazio, de 30 de octubre de 2002; asunto COMP/M.3593 — Apollo/Bakelite, de 11 de abril de 2005, compromiso sobre la licencia relativa a materiales refractarios con ligante de carbono; para los casos de la industria farmacéutica véase el asunto COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, de 23 de julio de 2003; asunto IV/M.555 — Glaxo/Wellcome, de 28 de febrero de 1995.

⁽³⁾ Asunto COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, de 23 de julio de 2003.

⁽⁴⁾ Sin embargo, incluso en estas condiciones una cesión de la marca puede ser más apropiada, especialmente si la cesión resultante en la propiedad de la marca corresponde a la práctica común en la industria; véase para la industria farmacéutica el asunto COMP/M.3544 — Bayer Healthcare/Roche (OTC), de 19 de noviembre de 2004, apartado 59 referente a la cesión de la marca Desenex.

⁽⁵⁾ Asunto COMP/M.3149 — Procter&Gamble/Wella, apartado 60; IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, de 16 de enero de 1996, apartado 236, letra i). Esto es particularmente importante durante la fase de concesión de licencias, en la que el licenciario tiene que prepararse para el lanzamiento de una nueva marca competidora, que no sería posible si el comprador tuviera que gastar considerables recursos en el proceso de producción y en la comercialización y distribución de la marca autorizada; asunto COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, de 27 de julio de 2001, apartado 67 y ss.; asunto COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, de 8 de enero de 2002, apartado 140.

propiedad intelectual para garantizar que los clientes reconozcan la familiaridad del producto cambiado de marca. No se permitirá que las partes empleen palabras o signos similares, ya que ello podría neutralizar el efecto del cambio de marca ⁽¹⁾. En cuarto lugar, tanto la licencia como el período de bloqueo tienen que ser lo suficientemente largos, dadas las particularidades del caso, de modo que la solución de cambio de marca tenga efectos similares a los de una cesión ⁽²⁾.

42. La identidad del licenciatario potencial será un factor clave para el éxito del compromiso. En caso de incertidumbre sobre si se dispone de varios licenciatarios adecuados, que puedan estar y estén fuertemente motivados para realizar el cambio de marca, las partes podrán considerar la posibilidad de proponer una solución inicial o una solución de arreglo previo, de conformidad con las consideraciones expuestas en el apartado 53.

1.3. Cláusula de no readquisición

43. Para mantener el efecto estructural de un solución, los compromisos deberán prever que la entidad procedente de la concentración no pueda adquirir posteriormente influencia ⁽³⁾ sobre el conjunto o parte de la actividad empresarial cedida. Los compromisos deberán prever que en principio no será posible ninguna readquisición de influencia considerable durante un período significativo, por lo general de 10 años. Sin embargo, los compromisos podrán también prever una exención que permita a la Comisión eximir a las partes de esta obligación si comprueba posteriormente que la estructura del mercado ha cambiado hasta tal punto que la ausencia de influencia sobre la actividad empresarial cedida ya no es necesaria para hacer la concentración compatible con el mercado común. Incluso en ausencia de una cláusula explícita, la readquisición de la actividad empresarial infringiría una obligación implícita de las partes con arreglo a los compromisos, ya que ello afectaría a la eficacia de las soluciones.

1.4. Compromisos alternativos de cesión: las «joyas de la corona»

44. En ciertos casos, la aplicación de la opción de cesión preferida por las partes (de una actividad empresarial viable que solucione los problemas de competencia) puede ser insegura, por ejemplo, en caso de derechos preferenciales de terceros o de incertidumbre sobre la transferibilidad de contratos clave, derechos de propiedad intelectual, o de incertidumbre para encontrar a un comprador adecuado. Sin embargo, las partes pueden considerar que podrían ceder esta actividad empresarial a un comprador adecuado en un plazo muy breve.
45. En dichas circunstancias, la Comisión no puede correr el riesgo de que, en definitiva, no se mantenga una competencia efectiva. Por consiguiente, la Comisión sólo aceptará dichos compromisos de cesión con las siguientes condiciones: a) ausencia de incertidumbre: la primera cesión propuesta en los compromisos deberá consistir en una actividad empresarial viable; b) las partes tendrán que proponer una segunda cesión alternativa que estarán obligadas a ejecutar si no son capaces de ejecutar el primer compromiso en el plazo fijado para la primera cesión ⁽⁴⁾. Dicho compromiso alternativo deberá ser en principio una «joya de la corona» ⁽⁵⁾, es decir, una vez sea ejecutado deberá ser como mínimo tan adecuado como la primera cesión propuesta en términos de crear un competidor viable; no deberá implicar ninguna incertidumbre en cuanto a su aplicación, y deberá poder ejecutarse rápidamente para evitar que el plazo total de ejecución exceda lo que se consideraría en principio como aceptable con arreglo a las condiciones del mercado en cuestión. Para limitar los riesgos durante el período provisional, es imprescindible que se apliquen medidas cautelares provisionales separadas a todos los activos incluidos en ambas alternativas de cesión. Por otra parte, el compromiso tendrá que establecer criterios claros y un calendario estricto por lo que respecta a cómo y cuándo se hará efectiva la obligación alternativa de cesión, y la Comisión solicitará plazos más breves para su ejecución.

⁽¹⁾ Asunto COMP/M.3149 — Procter&Gamble/Wella, de 30 de julio de 2003, apartado 61; asunto COMP/M.2337 — Nestlé/Ralstone Purina, de 27 de julio de 2001, apartado 68; asunto COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, de 8 de enero de 2002, apartado 141; IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, de 16 de enero de 1996, apartado 236, letra ii).

⁽²⁾ Por ejemplo, teniendo en cuenta el ciclo de vida de los productos: véase el asunto COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, de 8 de enero de 2002, apartado 141, donde la duración de los compromisos abarcó efectivamente un período igual a unos tres ciclos de vida del producto; confirmado por la sentencia de TPI en el asunto T-119/02, Royal Philips Electronics NV/Comisión, Rec. 2003 II-1433, apartado 112 y ss.

⁽³⁾ Influencia del propietario anterior de la actividad empresarial en el comportamiento competitivo de la actividad empresarial cedida susceptible de frustrar el objetivo de la solución.

⁽⁴⁾ Véase la sentencia del TPI en el asunto T-210/01, General Electric/Comisión, Rec. 2005 II-5575, apartado 617; asunto COMP/M.1453 — AXA/GRE, de 8 de abril de 1999.

⁽⁵⁾ La alternativa puede consistir en una actividad empresarial completamente diferente o, en caso de incertidumbre de cara a encontrar a un comprador adecuado, en una actividad empresarial y unos activos adicionales que se añadan al paquete inicial.

46. Si hay incertidumbre en cuanto a la ejecución de la cesión debido a derechos de terceros o a la posibilidad de encontrar un comprador adecuado, la presentación de compromisos del tipo «joyas de la corona» y la solución del comprador inicial, tal como figura en el apartado 54, permiten responder a las mismas preocupaciones, por lo que las partes pueden elegir entre ambas opciones.

1.5. *Transferencia a un comprador adecuado*

47. Sólo se logrará el efecto previsto de la cesión cuando se transfiera la actividad empresarial a un comprador adecuado en cuyas manos se convierta en una fuerza competitiva activa en el mercado. El potencial de la actividad empresarial para atraer a un comprador adecuado es uno de los elementos importantes de la evaluación de la Comisión sobre la conveniencia del compromiso propuesto ⁽¹⁾. Para garantizar que la actividad empresarial se ceda a un comprador adecuado, los compromisos deberán incluir criterios para definir su conveniencia que permitan a la Comisión concluir que la cesión de la actividad empresarial a dicho comprador eliminará probablemente los problemas de competencia detectados.

(a) *Conveniencia del comprador*

48. Los requisitos básicos relativos al comprador son los siguientes:

- el comprador deberá ser independiente de las partes y no tener vínculos con ellas,
- el comprador deberá poseer recursos financieros y experiencia pertinente probada, y tener motivación y capacidad para mantener y desarrollar la actividad empresarial cedida como una fuerza competitiva viable y activa en competencia con las partes y otros competidores, y
- la adquisición de la actividad empresarial por el comprador propuesto no deberá conllevar el riesgo de crear nuevos problemas de competencia ni de retrasar la ejecución de los compromisos. Por lo tanto, se debe esperar razonablemente que el comprador propuesto obtenga todas las aprobaciones necesarias de las autoridades reglamentarias pertinentes para la adquisición de la actividad empresarial que vaya a ser cedida.

49. Los requisitos básicos relativos al comprador podrán tener que complementarse caso por caso. Un ejemplo es el requisito, cuando proceda, de que el comprador sea un industrial, en vez de un financiero ⁽²⁾. Los compromisos contendrán en principio dicha cláusula cuando, debido a las circunstancias específicas del caso, un comprador financiero pueda no ser capaz o pueda carecer de la motivación necesaria para desarrollar la actividad empresarial como una fuerza viable y competitiva en el mercado, incluso considerando que podría obtener la experiencia necesaria de gestión (por ejemplo, contratando a administradores con experiencia en el sector), por lo que la adquisición por un comprador financiero no eliminaría los problemas de competencia con la suficiente certeza.

(b) *Identificación del comprador adecuado*

50. Por lo general hay tres maneras de asegurarse de que la actividad empresarial se transfiera a un comprador adecuado. En primer lugar, la actividad empresarial se transfiere en un plazo fijo tras la adopción de la decisión a un comprador aprobado por la Comisión sobre la base de los requisitos relativos al comprador. En segundo lugar, además de las condiciones establecidas para la primera categoría, los compromisos prevén que las partes no podrán poner fin a la operación notificada antes de firmar un acuerdo vinculante con un comprador para la actividad empresarial, aprobado por la Comisión (el denominado «comprador inicial»). En tercer lugar, las partes seleccionarán a un comprador para la actividad empresarial y firmarán un acuerdo vinculante ya durante el procedimiento de la Comisión ⁽³⁾ (la denominada «solución de arreglo previo» ⁽⁴⁾). La principal diferencia entre las dos últimas opciones es que, en el caso de un comprador inicial, la identidad del comprador no es conocida por la Comisión antes de la decisión de autorización.

51. La elección de la categoría depende de los riesgos particulares del caso y, por lo tanto, de las medidas que permitan a la Comisión concluir con un grado suficiente de certeza que el compromiso será ejecutado. Ello dependerá de la naturaleza y del alcance de la actividad empresarial que vaya a cederse, de los riesgos de degradación de la actividad empresarial en el período provisional hasta la cesión y de cualquier incertidumbre inherente a la transferencia y ejecución, en particular los riesgos de encontrar un comprador adecuado.

⁽¹⁾ Asunto IV/M.913 — Siemens/Elektrowatt, de 18 de noviembre de 1997.

⁽²⁾ Véanse los compromisos en el asunto COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, de 8 de enero de 2002, que prevén que el licenciatario deberá hacer utilizar su propia marca registrada en el sector afectado. Ciertos mercados pueden requerir un grado suficiente de reconocimiento por los clientes para que un comprador pueda convertir la actividad empresarial que vaya a cederse en una fuerza competitiva en el mercado.

⁽³⁾ La transferencia de la actividad empresarial puede ejecutarse después de la decisión de la Comisión.

⁽⁴⁾ Esta terminología podría utilizarse de manera diferente en otras jurisdicciones.

1. Venta de la actividad empresarial cedida en un plazo fijo tras la decisión

52. En la primera categoría, las partes pueden proceder a la venta de la actividad empresarial cedida sobre la base de los requisitos relativos al comprador en un plazo fijo tras la adopción de la decisión. Es probable que este procedimiento sea apropiado en la mayoría de casos, a condición de que pueda contarse con varios compradores para una actividad empresarial viable y de que ningún problema concreto complique u obstaculice la cesión. En caso de que el comprador deba poseer cualificaciones especiales, este procedimiento puede ser apropiado si existen suficientes compradores potenciales interesados que cumplan los requisitos concretos relativos al comprador que deben incluirse en los compromisos. En estas circunstancias, la Comisión puede concluir que se llevará a cabo la cesión y que no hay razones para que la ejecución de la concentración notificada se suspenda después de la decisión de la Comisión.

2. Comprador inicial

53. Hay casos en que sólo la propuesta de un comprador inicial permitirá a la Comisión concluir con el grado suficiente de certeza que la actividad empresarial se cederá efectivamente a un comprador adecuado. Por lo tanto, las partes deberán comprometerse a no dar fin a la operación notificada antes de firmar un acuerdo vinculante con un comprador para la actividad empresarial cedida, aprobado por la Comisión ⁽¹⁾.
54. En primer lugar ello se refiere a los casos en que existen considerables obstáculos para una cesión, tal como derechos de terceros o incertidumbre para encontrar a un comprador adecuado ⁽²⁾. En estos casos, un comprador inicial permitirá a la Comisión concluir con el grado suficiente de certeza que se ejecutarán los compromisos, dado que dicho compromiso crea mayores incentivos para que las partes concluyan la cesión a fin de poder completar su propia concentración. En estas circunstancias, las partes pueden elegir entre proponer un comprador inicial y un compromiso alternativo de cesión, tal como se establece en el apartado 46.
55. En segundo lugar, un comprador inicial puede ser necesario en los casos que implican considerables riesgos para preservar la competitividad y comerciabilidad de la actividad empresarial cedida durante el período provisional hasta la cesión. Esta categoría comprende los casos en los que los riesgos de una degradación de la actividad empresarial cedida parecen ser elevados, en particular debido a un riesgo de perder empleados clave para la actividad empresarial, o cuando aumentan los riesgos provisionales al no poder las partes emprender el proceso de disociación en el período provisional, siendo así que el proceso de disociación sólo puede tener lugar una vez que se haya celebrado un acuerdo de venta y de compra con un comprador. La disposición del comprador inicial puede acelerar la transferencia de la actividad empresarial que vaya a cederse, dado el incremento de motivación para que las partes concluyan la cesión a fin de poder completar su propia concentración, de manera que los compromisos pueden permitir a la Comisión concluir con el grado suficiente de certeza que esos riesgos son limitados y que la cesión se llevará efectivamente a cabo ⁽³⁾.

3. Soluciones de arreglo previo

56. La tercera categoría incluye aquellos casos en que las partes celebran con un comprador un acuerdo jurídicamente vinculante que recoge lo esencial de la compra durante el procedimiento de la Comisión ⁽⁴⁾. La Comisión podrá decidir en la decisión final si la transferencia de la actividad empresarial cedida al comprador identificado eliminará los problemas de competencia. Si la Comisión autoriza la concentración notificada, no se necesitará ninguna decisión adicional de la Comisión para la aprobación del comprador, y podrá procederse poco después al cierre de la venta de la actividad empresarial cedida.
57. La Comisión acoge favorablemente las soluciones de arreglo previo, particularmente en caso de que la identidad del comprador sea crucial para la eficacia de la solución propuesta. Se trata de casos en los que, dadas las circunstancias, tan sólo unos pocos compradores potenciales pueden ser considerados adecuados, particularmente si la actividad empresarial cedida no es una actividad empresarial viable en

⁽¹⁾ Asunto COMP/M.3796 — Omya/Huber PC, de 19 de julio de 2006; asunto COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, de 23 de julio de 2003; asunto COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, de 13 de diciembre de 2000; asunto COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, de 27 de julio de 2001; asunto COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin, de 15 de febrero de 2002; asunto COMP/M.2947 — Verbund/Energie Allianz, de 11 de junio de 2003.

⁽²⁾ Véase el asunto COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, de 13 de diciembre de 2000, apartado 92.

⁽³⁾ Véase el asunto COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, de 13 de diciembre de 2000, apartado 95.

⁽⁴⁾ Tales acuerdos están en principio condicionados a la decisión final de la Comisión por la que se acepta la solución.

sí misma, sino que su viabilidad sólo está garantizada por los activos concretos del comprador, o cuando el comprador necesite poseer características específicas para que la solución resuelva los problemas de competencia ⁽¹⁾. Si las partes eligen firmar un acuerdo vinculante con un comprador adecuado durante el procedimiento mediante una solución de arreglo previo, la Comisión puede en esas circunstancias concluir con el grado suficiente de certeza que los compromisos se ejecutarán con la venta a un comprador adecuado. En estas situaciones, una solución de «comprador inicial» que incluya requisitos concretos en cuanto a la conveniencia de un comprador se considerará por lo general equivalente y aceptable.

2. Supresión de vínculos con los competidores

58. Los compromisos de cesión pueden también utilizarse para suprimir los vínculos entre las partes y los competidores en caso de que dichos vínculos contribuyan a los problemas de competencia planteados por la concentración. Para cortar una relación estructural con un competidor importante, puede ser necesaria la cesión de una participación minoritaria en una empresa en participación ⁽²⁾ o la cesión de una participación minoritaria en un competidor ⁽³⁾.
59. Aunque la cesión de dichas participaciones sea la solución preferible, la Comisión podrá aceptar excepcionalmente renunciar a los derechos vinculados a participaciones minoritarias en un competidor cuando pueda excluirse, dadas las circunstancias concretas del caso, que los beneficios financieros derivados de una participación minoritaria en un competidor plantearían por sí mismos problemas de competencia ⁽⁴⁾. En tales circunstancias, las partes deberán renunciar a todos los derechos vinculados a dicha participación que influyan en el comportamiento en términos de competencia, tales como la representación en el consejo de administración, los derechos de veto y los derechos de información ⁽⁵⁾. La Comisión sólo podrá aceptar que se corte dicho vínculo con un competidor cuando se renuncie a esos derechos en su totalidad y de manera permanente ⁽⁶⁾.
60. En caso de que los problemas de competencia se deriven de acuerdos con empresas que suministran los mismos productos o que proporcionan los mismos servicios, una solución adecuada puede ser la terminación del acuerdo respectivo, por ejemplo, un acuerdo de distribución con competidores ⁽⁷⁾ o un acuerdo que dé lugar a la coordinación de ciertos comportamientos comerciales ⁽⁸⁾. Sin embargo, la terminación de un acuerdo de distribución por sí solo únicamente eliminará los problemas de competencia si se garantiza que también en el futuro se distribuya el producto de un competidor y ejerza una presión competitiva efectiva en las partes.

3. Otras soluciones

61. Aunque sean la solución preferida, las cesiones o la supresión de vínculos con los competidores no son la única solución posible para eliminar ciertos problemas de competencia. Sin embargo, las cesiones son la referencia para otras soluciones en términos de eficacia y eficiencia. Por lo tanto, la Comisión puede aceptar otros tipos de compromisos, pero sólo en circunstancias en que la otra solución propuesta sea por lo menos equivalente en sus efectos a una cesión ⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ Véase el asunto COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring, de abril de 2006. Al no constituir una actividad empresarial viable la cesión de ciertas instalaciones y frecuencias de telefonía móvil, sólo podía cederse a un competidor que fuera probablemente a desempeñar en el mercado un papel similar al de tele.ring; asunto COMP/M.4000 — Inco/Falconbridge, de 4 de julio de 2006, una actividad empresarial de tratamiento de níquel sólo podía cederse a un competidor integrado verticalmente en el suministro de níquel; asunto COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner, de 12 de diciembre de 2006, sólo un comprador era adecuado para adquirir la actividad empresarial que iba a cederse, al ser el único con los conocimientos técnicos necesarios y con la presencia necesaria en los mercados vecinos; asunto COMP/M.3436 — Continental/Phoenix, de 26 de octubre de 2004, sólo el socio en la empresa en participación de distribución podía hacer viable la actividad empresarial; asunto COMP/M.3136 — GE/Agfa, de 5 de diciembre de 2003.

⁽²⁾ Asunto IV/M.942 — VEBA/Degussa, de 3 de diciembre de 1997.

⁽³⁾ Asunto COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech, de 13 de julio de 2005, apartados 491, 493 y ss.

⁽⁴⁾ Véase el asunto COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech, de 13 de julio de 2005, apartado 327 y ss., en que los efectos de la participación minoritaria en el ámbito financiero pudieron excluirse al haber tenido ya lugar una opción para la venta de esta participación.

⁽⁵⁾ Asunto COMP/M.4153 — Toshiba/Westinghouse, de 19 de septiembre de 2006.

⁽⁶⁾ Véase el asunto COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, de 9 de diciembre de 2004, apartados 648 y ss. y 672.

⁽⁷⁾ Véase para la terminación de los acuerdos de distribución el asunto COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq, de 24 de junio de 2005; asunto COMP/M.3658 — Orkla/Chips, de 3 de marzo de 2005.

⁽⁸⁾ Véase particularmente el sector del transporte marítimo, asunto COMP/M.3829 — Maersk/PONL, de 29 de julio de 2005 y asunto COMP/M.3863 — TUI/CP Ships, de 12 de octubre de 2005. En esos asuntos, las partes se comprometieron a retirarse de ciertas conferencias y consorcios marítimos.

⁽⁹⁾ Asunto COMP/M.3680 — Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio, de 28 de abril de 2005, donde una cesión era imposible.

Soluciones de acceso

62. En varios casos, la Comisión ha aceptado soluciones que preveían la concesión de acceso a infraestructura clave; redes; tecnología clave, incluidas patentes; conocimientos técnicos u otros derechos de propiedad intelectual; e insumos esenciales. En principio, las partes conceden dicho acceso a terceros de forma no discriminatoria y transparente.
63. Pueden presentarse compromisos que concedan acceso a la infraestructura y a las redes para facilitar la entrada de los competidores en el mercado. Dichos compromisos podrán ser aceptables para la Comisión cuando esté suficientemente claro que se producirá una entrada real de nuevos competidores que eliminará cualquier obstáculo importante a la competencia efectiva ⁽¹⁾. Otros ejemplos de compromisos de acceso son los que conceden acceso a plataformas de televisión de pago ⁽²⁾ y a la energía mediante programas de cesión de gas ⁽³⁾. A menudo, no se logra una reducción suficiente de barreras de entrada con medidas individuales, sino con un paquete que incluye una combinación de soluciones de cesión y de compromisos de acceso, o un paquete de compromisos dirigido a facilitar de manera global la entrada de competidores mediante una gama completa de medidas. En caso de que dichos compromisos produzcan realmente una entrada oportuna y probable de suficientes nuevos competidores, se puede considerar que tienen un efecto en la competencia del mercado similar al de la cesión. Si no puede concluirse que la reducción de las barreras de entrada por los compromisos propuestos llevará probablemente a la entrada de nuevos competidores en el mercado, la Comisión rechazará dicho paquete de soluciones ⁽⁴⁾.
64. También pueden presentarse compromisos que concedan un acceso no discriminatorio a la infraestructura o a las redes de las partes participantes en la concentración para garantizar que no se obstaculice considerablemente la competencia como consecuencia del cierre del mercado. En las pasadas decisiones de la Comisión, los compromisos establecieron la concesión del acceso a canalizaciones ⁽⁵⁾ y a redes de telecomunicaciones o similares ⁽⁶⁾. La Comisión sólo aceptará dichos compromisos si puede concluirse que serán efectivos y que los competidores los utilizarán probablemente de modo que se eliminen los problemas de cierre del mercado. En casos concretos, puede ser necesario vincular dicho compromiso a una disposición inicial o de arreglo previo para permitir a la Comisión concluir con el grado suficiente de certeza que el compromiso será ejecutado ⁽⁷⁾.
65. Del mismo modo, el control de tecnología clave o de derechos de propiedad intelectual puede llevar a problemas de cierre del mercado para competidores que dependen de la tecnología o de los derechos de propiedad intelectual como insumo esencial para las actividades en un mercado descendente. Este es el caso, por ejemplo, cuando surgen problemas de competencia al retener las partes la información necesaria para la interoperatividad de equipos diferentes. En tales circunstancias, los compromisos para conceder a los competidores acceso a la información necesaria pueden eliminar los problemas de competencia ⁽⁸⁾. Del mismo modo, en los sectores en que los protagonistas tienen por lo general que cooperar concediéndose patentes entre sí, el problema de que la entidad procedente de la concentración ya no esté motivada para suministrar licencias en la misma medida y con las mismas condiciones

⁽¹⁾ Véase la sentencia del TPI en el asunto T-177/04, *easyJet/Comisión*, Rec. 2006 II 1931, apartado 197 y ss.

⁽²⁾ Véase el asunto COMP/M.2876 — *Newscorp/Telepiu*, de 2 de abril de 2003, apartado 225 y ss., en que el paquete de compromisos incluyó el acceso de los competidores a todos los elementos esenciales de una red de televisión de pago, como: 1) acceso al contenido necesario; 2) acceso a la plataforma técnica; y 3) acceso a los servicios técnicos necesarios. Del mismo modo, en el asunto COMP/JV.37 — *BskyB/Kirch Pay TV*, de 21 de marzo de 2000, confirmado por la sentencia de TPI en el asunto T-158/00, *ARD/Comisión*, Rec. 2003 II-3825, la Comisión aceptó un paquete de compromisos que permitió a otros operadores el pleno acceso al mercado de la televisión de pago.

⁽³⁾ Véase el asunto COMP/M.3696 — *E.ON/MOL*, de 21 de diciembre de 2005; asunto COMP/M.3868 — *DONG/Elsam/Energi E2*, de 14 de marzo de 2006.

⁽⁴⁾ En las concentraciones en el sector del transporte aéreo, una simple reducción de barreras de entrada mediante un compromiso de las partes de ofrecer franjas horarias en aeropuertos concretos puede no siempre ser suficiente para garantizar la entrada de nuevos competidores en las rutas en las que surgen problemas de competencia y para que la solución sea equivalente en sus efectos a una cesión.

⁽⁵⁾ Asunto COMP/M.2533 — *BP/E.ON*, de 20 de diciembre de 2001, acceso a canalizaciones además de cesión de acciones en una empresa de canalizaciones; asunto COMP/M.2389 — *Shell/DEA*, de 20 de diciembre de 2001, acceso a una terminal de importación de etileno.

⁽⁶⁾ Para el acceso a redes de telecomunicaciones, véase el asunto COMP/M.2803 — *Telia/Sonera*, de 10 de julio de 2002; asunto IV/M.1439 — *Telia/Telenor*, de 13 de octubre de 1999; asunto COMP/M.1795 — *Vodafone/Mannesmann*, de 12 de abril de 2000. Véase también el asunto COMP/M.2903 — *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*, de 30 de abril de 2003, en que la Comisión aceptó un paquete de compromisos para conceder a terceros el acceso a una red de telemática y para reducir las barreras de entrada, permitiéndoles utilizar partes de un dispositivo telemático de cobro de peajes, suministrado por las partes.

⁽⁷⁾ Véase la «moratoria cualitativa» en el asunto COMP/M.2903 — *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*, de 30 de abril de 2003, apartado 76.

⁽⁸⁾ Asunto COMP/M.3083 — *GE/Instrumentarium*, de 2 de septiembre de 2003; asunto COMP/M.2861 — *Siemens/Draegerwerk*, de 30 de abril de 2003.

que antes puede eliminarse mediante compromisos de conceder licencias sobre la misma base también en el futuro ⁽¹⁾. En esos casos, los compromisos deberán prever licencias no excluyentes o la divulgación de información de forma no excluyente a todos los terceros que dependan de los derechos de propiedad intelectual o de la información para sus actividades. Además, hay que garantizar que las condiciones conforme a las cuales se conceden las licencias no impidan la aplicación efectiva de dicha solución de licencia. Si en el mercado en cuestión no existe ninguna condición claramente determinada para la concesión de licencias, las condiciones, incluida la fijación de precios, deberán ser claramente deducibles de los compromisos (por ejemplo, mediante fórmulas de fijación de precios). Una solución alternativa puede consistir en basarse en licencias exentas de derechos. Además, dependiendo del caso, la concesión de licencias puede también transmitir información sensible al licenciante sobre el comportamiento competitivo de los licenciarios que actúan como competidores en el mercado descendente; por ejemplo, transmitiendo el número de licencias utilizadas en el mercado descendente. En estos casos, para que la solución sea adecuada, tendrán que excluirse de los compromisos dichos problemas de confidencialidad. Por lo general, tal como se establece en el apartado anterior, la Comisión sólo aceptará dichos compromisos si puede concluirse que serán efectivos y que los competidores los utilizarán probablemente.

66. Los compromisos de acceso son a menudo de naturaleza compleja e incluyen necesariamente términos generales para determinar las condiciones de acceso. Para que sean efectivos, dichos compromisos deben incluir los requisitos procedimentales necesarios para su supervisión, tales como el requisito de cuentas separadas para la infraestructura con objeto de hacer posible un estudio de los costes implicados ⁽²⁾, y dispositivos adecuados de supervisión. En principio, dicha supervisión deberá ser hecha por los propios participantes en el mercado; por ejemplo, por las empresas que desean beneficiarse de los compromisos. Entre las medidas que permiten a terceros hacer cumplir por sí mismos los compromisos están el acceso a un mecanismo rápido de solución de diferencias mediante procedimientos de arbitraje (conjuntamente con los administradores) ⁽³⁾ o mediante procedimientos de arbitraje que impliquen a las autoridades reglamentarias nacionales, en caso de que existan para los mercados afectados ⁽⁴⁾. Si la Comisión puede concluir que los mecanismos previstos en los compromisos permitirán a los participantes en el mercado hacerlos cumplir efectiva y oportunamente por sí mismos, no se requerirá ninguna supervisión permanente de los compromisos por la Comisión. En esos casos, una intervención de la Comisión sólo sería necesaria cuando las partes no se atuvieran a las soluciones halladas por dichos mecanismos de solución de diferencias ⁽⁵⁾. Sin embargo, la Comisión sólo podrá aceptar tales compromisos cuando su complejidad no ponga en peligro su eficacia desde el primer momento y cuando los dispositivos de supervisión propuestos garanticen que dichos compromisos se ejecuten de manera efectiva y el mecanismo de ejecución produzca resultados oportunos ⁽⁶⁾.

Cambio de contratos exclusivos a largo plazo

67. El cambio de la estructura de mercado resultante de una concentración propuesta puede hacer que los acuerdos contractuales existentes se opongan a la competencia efectiva. Esto ocurre especialmente en el caso de los acuerdos exclusivos de suministro a largo plazo, cuando dichos acuerdos excluyen el acceso de los competidores a los insumos, en una fase inicial, o a los clientes, en una fase posterior. En caso de que la entidad procedente de la concentración disponga de capacidad y de incentivos para excluir a los competidores de esta manera, los efectos de cierre de mercado que resulten de acuerdos exclusivos existentes podrán contribuir considerablemente a obstaculizar la competencia efectiva ⁽⁷⁾.
68. En tales circunstancias, la terminación o el cambio de los acuerdos exclusivos existentes pueden considerarse apropiados para eliminar los problemas de competencia ⁽⁸⁾. Sin embargo, las pruebas

⁽¹⁾ Véase el asunto COMP/M.3998 — Axalto/Gemplus, de 19 de mayo de 2006.

⁽²⁾ Véase, por ejemplo, el asunto COMP/M.2803 — Telia/Sonera, de 10 de julio de 2002; asunto COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, de 30 de abril de 2003.

⁽³⁾ En cuanto a los efectos de las cláusulas de arbitraje, véase la sentencia del TPI en el asunto T-158/00, ARD/Comisión, Rec. 2003 II-3825, apartados 212, 295 y 352; sentencia del TPI de 19 de septiembre de 2002 en el asunto C-177/04, easyJet/Comisión, Rec. 2006 2002 I-1931, apartado 186.

⁽⁴⁾ Véase el asunto COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù, asunto COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring.

⁽⁵⁾ Sentencia del TPI en el asunto T-158/00, ARD/Comisión, Rec. 2003 II-3825, apartados 212, 295 y 352.

⁽⁶⁾ Véanse las sentencias del TPI en el asunto T-87/05, EDP/Comisión, Rec. 2005 II-3745, apartado 102 y ss.; y el asunto T-177/04, easyJet/Comisión, Rec. 2006 II-1931, apartado 188.

⁽⁷⁾ Véase la Comunicación de la Comisión sobre concentraciones no horizontales [...]; asunto IV/M.986 — AGFA Gevaert/DuPont, de 11 de febrero de 1998.

⁽⁸⁾ Asunto COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù, de 2 de abril de 2003, apartado 225 y ss., en el que se conceden derechos unilaterales de terminación a los proveedores de contenido televisivo, limitando el alcance de las cláusulas de exclusividad y limitando la duración de los futuros acuerdos exclusivos relativos al suministro de contenido; asunto COMP/M.2822 — ENI/EnBW/GVS, de 17 de diciembre de 2002, relativo a la concesión de derechos anticipados de terminación a todos los distribuidores locales de gas por lo que se refiere a los acuerdos de suministro de gas a largo plazo; asunto IV/M.1571 — New Holland, de 28 de octubre de 1999; asunto IV/M.1467 — Rohm and Haas/Morton, de 19 de abril de 1999.

disponibles deberán permitir a la Comisión determinar claramente que no se mantendrá ninguna exclusividad *de facto*. Además, dicho cambio de acuerdos a largo plazo sólo será suficiente si forma parte de un paquete de soluciones para eliminar los problemas de competencia detectados.

Otras soluciones distintas de la cesión

69. Según se indica en el apartado 17, los tipos no estructurales de soluciones, tales como la promesa de las partes de abstenerse de ciertos comportamientos comerciales (por ejemplo, agrupamiento de productos), no eliminarán por lo general los problemas de competencia que resulten de solapamientos horizontales. En cualquier caso, puede ser difícil lograr el grado requerido de eficacia de dicha solución debido a la ausencia de supervisión efectiva de su aplicación, tal como ya se estableció en el apartado 13 y ss. ⁽¹⁾. En efecto, puede ser imposible que la Comisión verifique si se cumple efectivamente el compromiso, y puede incluso ocurrir que a otros participantes en el mercado, como los competidores, les sea imposible comprobar de manera absoluta o con el grado suficiente de certeza si las partes cumplen las condiciones del compromiso en la práctica. Además, es también posible que los competidores carezcan de una motivación para alertar a la Comisión, al no beneficiarse directamente de los compromisos. Por lo tanto, la Comisión puede examinar otros tipos de soluciones no relacionadas con la cesión, tales como promesas de comportamiento, sólo excepcionalmente y en circunstancias concretas, como por ejemplo por lo que se refiere a los problemas de competencia que surjan en las estructuras de conglomerados ⁽²⁾.

Plazo para las soluciones distintas de la cesión

70. La Comisión puede aceptar que las soluciones distintas de la cesión tengan una duración limitada. La aceptabilidad del plazo y la duración dependerá de las circunstancias individuales de cada caso y no puede predefinirse de manera general en la presente Comunicación.

4. Cláusula de revisión

71. Con independencia del tipo de solución, los compromisos incluirán por lo general una cláusula de revisión ⁽³⁾. Ello puede permitir a la Comisión, previa petición de las partes debidamente motivada, conceder una prórroga de los plazos o, en circunstancias excepcionales, suprimir, modificar o sustituir los compromisos.
72. La modificación de compromisos mediante una prórroga de los plazos es particularmente pertinente en el caso de los compromisos de cesión. Las partes deberán presentar una solicitud de prórroga dentro de un plazo. En caso de que las partes soliciten una prórroga durante el primer período de cesión, la Comisión sólo la aceptará si las partes no han podido respetar el plazo por razones ajenas a su voluntad y si cabe esperar que las partes lograrán ceder posteriormente la actividad empresarial en un breve plazo. En caso contrario, el administrador encargado de la cesión estaría en mejor disposición para ejecutar la cesión y cumplir los compromisos por cuenta de las partes.
73. La Comisión sólo podrá conceder exenciones o aceptar modificaciones o sustituciones de los compromisos en circunstancias excepcionales. Ello será muy rara vez pertinente por lo que respecta a los compromisos de cesión. Dado que los compromisos de cesión deben ejecutarse en un breve plazo después de la decisión, es muy poco probable que se hayan producido cambios de circunstancias de mercado en tan breve plazo, y la Comisión no aceptará en principio ninguna modificación con arreglo a la cláusula general de revisión. Para situaciones concretas, los compromisos prevén en principio unas cláusulas de revisión más específicas ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Véase, como ejemplo de dichas soluciones, el asunto COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, de 9 de diciembre de 2004, apartados 663 y 719.

⁽²⁾ Véase, en relación con los efectos de conglomerado de una concentración, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJ) de 15 de febrero de 2005 en el asunto C-12/03-P, Comisión/Tetra Laval, Rec. 2005 I-987, apartados 85 y 89.

⁽³⁾ Sin embargo, la cláusula de revisión es de particular importancia para las soluciones de acceso, que deberán incluir sistemáticamente dicha cláusula; véase el apartado 74.

⁽⁴⁾ Tal como se menciona en el apartado 30, la Comisión podrá aprobar a un comprador que carezca de parte de los activos o de los miembros de personal previstos si ello no afecta a la competitividad y viabilidad de la actividad empresarial que vaya a cederse. Del mismo modo, la cláusula de no readquisición, tal como se explica en el apartado 43, prohíbe la readquisición del control sobre los activos cedidos únicamente en caso de que la Comisión no haya concluido previamente que la estructura de mercado ha cambiado hasta tal punto que la cesión ya no es necesaria.

74. Una exención, modificación o sustitución de compromisos puede ser más pertinente en el caso de los compromisos no relacionados con la cesión, tales como los compromisos de acceso, que pueden llevar en curso varios años y para los que no cabe prever ciertas circunstancias en el momento de la adopción de la decisión de la Comisión. En primer lugar, las circunstancias excepcionales que justifican una exención, modificación o sustitución pueden aceptarse para dichos compromisos si las partes demuestran que las circunstancias del mercado han cambiado considerablemente y de forma permanente. Para esta demostración se requiere que medie un lapso de tiempo suficientemente largo, en principio de por lo menos varios años, entre la decisión de la Comisión y la petición de las partes. En segundo lugar, las circunstancias excepcionales pueden también estar presentes si las partes pueden demostrar que la experiencia adquirida en la aplicación de la solución indica que el objetivo perseguido por la solución se logrará mejor si se cambian las modalidades del compromiso. Para cualquier exención, modificación o sustitución de los compromisos, la Comisión también tendrá en cuenta la opinión de terceros y el impacto que una modificación puede tener en la posición de terceros y por ello en la eficacia global de la solución. A este respecto, la Comisión también considerará si las modificaciones afectan al derecho adquirido ya por terceros después de la aplicación de la solución ⁽¹⁾.
75. Si en el momento de la adopción de la decisión, la Comisión, por razones particulares, no puede prever todas las circunstancias en relación con la ejecución de dichos compromisos, puede también ser preciso que las partes incluyan una cláusula en los compromisos que permita a la Comisión efectuar una modificación limitada de los mismos. Dichas modificaciones pueden ser necesarias si los compromisos originales no logran los resultados previstos establecidos en los mismos y, por lo tanto, no eliminan de manera efectiva los problemas de competencia. Desde un punto de vista procedimental, las partes podrán verse obligadas en estos casos a proponer un cambio en los compromisos para lograr el resultado definido en los mismos, o la misma Comisión, después de oír a las partes, podrá modificar las condiciones y obligaciones con este fin. Este tipo de cláusula se limitará normalmente a los casos en los que las modalidades concretas corran el riesgo de comprometer la aplicación efectiva de los compromisos. Dichas cláusulas se han utilizado, por ejemplo, en relación con las modalidades de programas de cesión de gas ⁽²⁾.
76. La Comisión, previa petición, podrá adoptar una decisión formal para cualquier exención, modificación o sustitución de compromisos, o tomar simplemente nota de que las partes han modificado satisfactoriamente la solución, cuando dicha modificación mejore la eficacia de la solución y dé lugar a obligaciones jurídicamente vinculantes de las partes, por ejemplo, mediante arreglos contractuales. Un cambio de los compromisos, en principio, sólo será efectivo *ex nunc*. Por lo tanto, una modificación de los compromisos no pondrá término retroactivamente a ninguna infracción de compromisos que se haya cometido antes de la modificación. En consecuencia, la Comisión, en su caso, podrá seguir persiguiendo una infracción de conformidad con los artículos 14 y 15 del Reglamento de concentraciones.

IV. ASPECTOS PROCEDIMENTALES PARA LA PRESENTACIÓN DE COMPROMISOS

1. Fase I

77. De conformidad con el artículo 6, apartado 2, del Reglamento de concentraciones, la Comisión podrá declarar una concentración compatible con el mercado común también antes de la incoación del procedimiento, cuando confíe en que, tras la modificación, una concentración notificada ya no planteará serias dudas a efectos del apartado 1, letra c).
78. Las partes podrán presentar propuestas de compromisos a la Comisión con carácter informal, incluso antes de la notificación. Las partes deberán presentar los compromisos en un plazo no superior a 20 días hábiles a partir de la fecha de recepción de la notificación ⁽³⁾. La Comisión informará a las partes de sus serias dudas a su debido tiempo y antes de que expire ese plazo ⁽⁴⁾. En caso de que las partes presenten compromisos, el plazo para la decisión de la Comisión, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, del Reglamento de concentraciones, se ampliará de 25 a 35 días hábiles ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Véanse ejemplos en la sentencia de TPI en el asunto T-119/02, Royal Philips Electronics NV/Comisión, Rec. 2003 II-1433, apartado 184.

⁽²⁾ Véase el asunto COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, de 14 de marzo de 2006, apartado 24 del anexo.

⁽³⁾ Véase el artículo 19, apartado 1, del Reglamento de aplicación.

⁽⁴⁾ Se ofrecerá en principio a las partes notificantes la oportunidad de asistir a una reunión informativa en dichas circunstancias; véase el punto 33 de las Buenas prácticas de la DG Competencia sobre el desarrollo del procedimiento de control de las operaciones de concentración de la CE.

⁽⁵⁾ Artículo 10, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones.

79. Para formar la base de una decisión de conformidad con el artículo 6, apartado 2, las propuestas de compromisos deberán cumplir los siguientes requisitos:
- a) especificarán pormenorizadamente los compromisos de fondo y de ejecución contraídos por las partes;
 - b) serán firmadas por una persona debidamente autorizada;
 - c) irán acompañadas por información sobre los compromisos ofrecidos con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de aplicación (tal como se explica en el apartado 7); e
 - d) irán acompañadas de una versión no confidencial de los compromisos ⁽¹⁾ a efectos de prueba de mercado con terceros. La versión no confidencial de los compromisos deberá permitir a los terceros evaluar plenamente la viabilidad y la eficacia de las soluciones propuestas para eliminar los problemas de competencia.
80. Las propuestas presentadas por las partes de conformidad con estos requisitos serán evaluadas por la Comisión. La Comisión consultará a las autoridades de los Estados miembros acerca de los compromisos propuestos y, cuando lo considere apropiado, también a terceros en forma de prueba de mercado, incluyendo a dichos terceros y a los representantes reconocidos ⁽²⁾ de los empleados cuyas posiciones se vean afectadas directamente por las soluciones propuestas. En los mercados con autoridades reglamentarias nacionales la Comisión, si procede, también podrá consultar a las autoridades reglamentarias nacionales competentes ⁽³⁾. Además, en los casos que afecten a un mercado geográfico más extenso que el Espacio Económico Europeo («EEE»), o cuando, por razones relacionadas con la viabilidad de la actividad empresarial, el alcance de la actividad empresarial que vaya a cederse sea más amplio que el territorio del EEE, la versión no confidencial de las soluciones propuestas podrá también discutirse con las autoridades de competencia no pertenecientes al EEE en el marco de los acuerdos bilaterales de cooperación de la Comunidad con estos países.
81. Los compromisos en la fase I sólo podrán aceptarse cuando el problema de competencia sea fácilmente detectable y pueda solucionarse sin dificultad ⁽⁴⁾, sin que sea necesario proceder a una investigación en profundidad, y los compromisos deberán ser suficientes para excluir claramente las «serias dudas» a efectos del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento de concentraciones ⁽⁵⁾. En caso de que la evaluación confirme que los compromisos propuestos eliminan las serias dudas a este respecto, la Comisión autorizará la concentración en la fase I.
82. Debido a las restricciones de tiempo en la fase I, es particularmente importante que las partes presenten dentro de plazo a la Comisión la información requerida en el Reglamento de aplicación para evaluar adecuadamente el contenido y la viabilidad de los compromisos y su conveniencia para mantener unas condiciones de competencia efectiva en el mercado común de forma permanente. Si las partes no cumplen con la obligación del Reglamento de aplicación, la Comisión podrá concluir que los compromisos propuestos eliminarán las serias dudas.
83. En caso de que la evaluación ponga de manifiesto que los compromisos ofrecidos no son suficientes para eliminar los problemas de competencia planteados por la concentración, se informará en consecuencia a las partes. Dado que las soluciones de la fase I están concebidas para proporcionar una respuesta inequívoca a un problema de competencia fácilmente identificable, sólo podrán aceptarse modificaciones limitadas a los compromisos propuestos. Dichas modificaciones, presentadas como respuesta inmediata al resultado de las consultas, podrán incluir aclaraciones, precisiones u otras mejoras destinadas a garantizar que los compromisos sean realizables y efectivos. Sin embargo, dichas modificaciones sólo podrán aceptarse cuando se garantice que la Comisión puede llevar a cabo una evaluación apropiada de dichos compromisos ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Artículo 20, apartado 2 del Reglamento de aplicación.

⁽²⁾ Véase el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DO L 82 de 22.3.2001, p. 16). Véase también el artículo 2, apartado 1, letra g), de la Directiva 94/45/CE del Consejo, del 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (DO L 254 de 30.9.1994, p. 64).

⁽³⁾ Para el papel de las autoridades reglamentarias nacionales en un mecanismo de solución de diferencias, véase el apartado 66.

⁽⁴⁾ Véase el considerando 30 del Reglamento de concentraciones.

⁽⁵⁾ Véase la sentencia de TPI en el asunto T-119/02, Royal Philips Electronics NV/Comisión, Rec. 2003 II-1433, apartado 79 y ss.

⁽⁶⁾ Véase el considerando 17 del Reglamento de aplicación y la sentencia del TPI, asunto T-119/02, Royal Philips Electronics NV/Comisión, Rec. 2003 II-1433, apartado 237 y ss.

84. Si la evaluación final de un caso por la Comisión indica que no hay problemas de competencia en uno o más mercados, se informará en consecuencia a las partes y éstas podrán retirar los compromisos innecesarios para tales mercados. Si las partes no los retiran, la Comisión, en principio, no los tendrá en cuenta en la decisión. En cualquier caso, dichas propuestas de compromiso no constituirán una condición para la autorización.
85. En caso de que se comunique a las partes que la Comisión se propone mantener en su decisión final que la transacción plantea problemas de competencia para un mercado específico, deberán proponer compromisos. La Comisión no está en situación de imponer unilateralmente ninguna condición a una decisión de autorización, excepto únicamente sobre la base de los compromisos de las partes ⁽¹⁾. Sin embargo, la Comisión examinará si los compromisos presentados por las partes son proporcionados al problema de competencia en el momento de examinar si procede vincularlos como condiciones u obligaciones a su decisión final ⁽²⁾. No obstante, hay que recalcar que una propuesta de compromisos deberá incluir todos los elementos que se requieren para cumplir las condiciones básicas para unos compromisos aceptables establecidas en el apartado 9 y ss. El presente apartado, así como el anterior, también se aplicará a los compromisos de la fase II.
86. Si la Comisión concluye que los compromisos ofrecidos por las partes no eliminan las serias dudas, incoará el procedimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra c).

2. Fase II

87. De conformidad con el artículo 8, apartado 2, del Reglamento de concentraciones, la Comisión deberá declarar una concentración compatible con el mercado común cuando, tras una modificación, una concentración notificada ya no obstaculice considerablemente la competencia efectiva a efectos del artículo 2, apartado 3, del Reglamento de concentraciones.
88. Los compromisos propuestos a la Comisión de conformidad con el artículo 8, apartado 2, deberán presentarse en un plazo máximo de 65 días hábiles a partir del día en el que se incoó el procedimiento. En caso de que los plazos para la decisión final se hayan prorrogado con arreglo al artículo 10, apartado 3, del Reglamento de concentraciones, también el plazo para las soluciones se prorrogará automáticamente en el mismo número de días ⁽³⁾. La Comisión sólo podrá aceptar en circunstancias excepcionales que los compromisos se presenten por primera vez después del vencimiento de este plazo. La solicitud por las partes de una prórroga del plazo deberá recibirse en el plazo fijado y deberá exponer las circunstancias excepcionales que, según las partes, la justifiquen. Además de la existencia de circunstancias excepcionales, una prórroga sólo será posible cuando se disponga de tiempo suficiente para efectuar una evaluación apropiada de la propuesta de la Comisión y para consultar adecuadamente a los Estados miembros y a terceros ⁽⁴⁾.
89. La cuestión de si el hecho de presentar soluciones ampliará o no el plazo para que la Comisión adopte una decisión final, depende de la fase del procedimiento en que se presenten los compromisos. En caso de que las partes presenten compromisos en un plazo inferior a 55 días hábiles después de la incoación del procedimiento, la Comisión deberá adoptar una decisión final en un plazo no superior a 90 días hábiles después la fecha de incoación del procedimiento ⁽⁵⁾. En caso de que las partes presenten compromisos después de transcurridos 55 o más días hábiles (incluso después de 65 días hábiles, si dichos compromisos son aceptables debido a las circunstancias excepcionales descritas en el apartado 88), el plazo para que la Comisión adopte una decisión final se incrementará a 105 días hábiles con arreglo al artículo 10, apartado 3, párrafo segundo. En caso de que las partes presenten compromisos en un plazo inferior a 55 días hábiles, pero presenten una versión modificada el 55º día o después, el plazo para adoptar una decisión final también se prorrogará a 105 días hábiles.

⁽¹⁾ Véase el apartado 6.

⁽²⁾ Véase la sentencia del TPI de 18 de diciembre de 2007 en el asunto C-202/06, *Cementbouw/Comisión*, Rec. 2007, apartado 54.

⁽³⁾ Artículo 19, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento de aplicación.

⁽⁴⁾ Artículo 19, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento de aplicación. Véase el asunto COMP/M.1439 — *Telia/Telenor*, de 13 de octubre de 1999; asunto IV/M.754 — *Anglo American Corporation/Lonrho*, de 23 de abril de 1997.

⁽⁵⁾ En caso de que los plazos para la decisión final se hayan prorrogado con arreglo al artículo 10, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones antes de transcurridos 55 días hábiles, este plazo también se ampliará.

90. La Comisión está dispuesta a discutir compromisos adecuados mucho antes del final del plazo de 65 días hábiles. Se invita a las partes a presentar proyectos de propuestas que traten tanto de los aspectos de fondo como de aplicación que son necesarios para garantizar que los compromisos sean plenamente realizables. Si las partes opinan que es necesario más tiempo para investigar los problemas de competencia y para establecer compromisos apropiados, podrán también sugerir a la Comisión que prorrogue el plazo final de conformidad con el artículo 10, apartado 3, párrafo primero. Dicha solicitud deberá efectuarse antes de que finalice el plazo de 65 días hábiles. La Comisión, en principio, no prorrogará el plazo para adoptar una decisión final con arreglo al artículo 10, apartado 3, párrafo primero, cuando la solicitud de prórroga se presente después del plazo para presentar las soluciones previstas en el Reglamento de aplicación, es decir, después de transcurridos 65 días hábiles ⁽¹⁾.
91. Para cumplir las condiciones de una decisión con arreglo al artículo 8, apartado 2, los compromisos deberán cumplir las siguientes condiciones:
- abordarán todos los problemas de competencia planteados por la concentración y especificarán plenamente los compromisos de fondo y de ejecución firmados por las partes;
 - serán firmados por una persona debidamente autorizada;
 - irán acompañadas por la información sobre los compromisos ofrecidos con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de aplicación (tal como se explica en el apartado 7); e
 - irán acompañadas de una versión no confidencial de los compromisos ⁽²⁾ a efectos de prueba de mercado con terceros, con arreglo a los requisitos establecidos en el apartado 79.
92. Las propuestas presentadas por las partes de conformidad con dichos requisitos serán evaluadas por la Comisión. Si la evaluación confirma que los compromisos propuestos eliminan las serias dudas (en caso de que ningún pliego de cargos haya sido enviado todavía por la Comisión) o los problemas de competencia planteados en el pliego de cargos, tras las consultas establecidas en el apartado 80, la Comisión adoptará una decisión condicional de autorización.
93. Por el contrario, cuando la evaluación lleve a la conclusión de que los compromisos propuestos no parecen suficientes para solventar los problemas de competencia planteados por la concentración, se informará en consecuencia a las partes ⁽³⁾.
94. El Reglamento de concentraciones no impone ninguna obligación a la Comisión de aceptar compromisos después del plazo legal para la presentación de soluciones, a menos que la Comisión decida voluntariamente evaluar compromisos en circunstancias específicas ⁽⁴⁾. Teniendo en cuenta esto, cuando las partes modifiquen los compromisos propuestos después del plazo de 65 días hábiles, la Comisión sólo aceptará estos compromisos modificados cuando pueda determinar claramente, sobre la base de su evaluación de la información ya recibida en el curso de la investigación, incluidos los resultados de la prueba previa de mercado, y sin necesidad de ninguna otra prueba de mercado, que dichos compromisos, una vez ejecutados, solventan plenamente y sin ambigüedad los problemas de competencia detectados, y cuando se disponga de suficiente tiempo para permitir una evaluación adecuada de la Comisión y para una consulta apropiada a los Estados miembros ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾. La Comisión, en principio, rechazará los compromisos modificados que no cumplan dichas condiciones ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ El TPI confirmó que el Reglamento de concentraciones y el Reglamento de aplicación no imponen ninguna obligación a la Comisión para que acepte los compromisos que se presenten después del plazo legal, tal como se establece en el apartado 94; véase el asunto T-87/05, EDP/Comisión, Rec. 2005 II-3745, apartado 161. Por lo tanto, la Comisión no tiene forzosamente que considerar ninguna solución presentada por las partes después de finalizado el plazo para las soluciones, incluso si las partes aceptaran prorrogar el plazo. Por otra parte, ello no correspondería al propósito, tal como se explica en el considerando 35 del Reglamento de concentraciones, de las prórrogas previstas en el artículo 10, apartado 3, párrafo primero, que tienen por objeto conceder el tiempo suficiente para investigar los problemas de competencia, mientras que el objeto de la prórroga establecida en el artículo 10, apartado 3, párrafo segundo, es conceder el tiempo suficiente para el análisis y la prueba de mercado de los compromisos.

⁽²⁾ Véase el artículo 20, apartado 2, del Reglamento de aplicación.

⁽³⁾ Véase el apartados 30 y ss. de las Buenas prácticas de la DG Competencia sobre la dirección de los procedimientos comunitarios de concentración que disponen la celebración de varias reuniones informativas entre la Comisión y las partes en el procedimiento.

⁽⁴⁾ Véase la sentencia del TPI en el asunto T-87/05, EDP/Comisión, Rec. 2005 II-3745, apartado 161 y ss. Véase también la sentencia del TPI en el asunto T-290/94, Kaysersberg SA/Comisión, Rec. 1997 II-2137.

⁽⁵⁾ Asunto COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, de 9 de diciembre de 2004, apartado 855 y ss.; confirmado por la sentencia de TPI en el asunto T-87/05, EDP/Comisión, Rec. 2005 II-3745, apartado 162 y ss.; asunto COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, de 9 de marzo de 2000, apartado 345.

⁽⁶⁾ Esta consulta requiere en principio que la Comisión pueda enviar un proyecto de decisión final, incluida una evaluación de los compromisos modificados, a los Estados miembros no menos de 10 días hábiles antes de la reunión del Comité consultivo con los Estados miembros. Este plazo sólo podrá acortarse en circunstancias excepcionales (artículo 19, apartado 5, del Reglamento de concentraciones).

⁽⁷⁾ Véase el asunto COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, de 9 de diciembre de 2004, apartado 913.

V. REQUISITOS PARA LA EJECUCIÓN DE LOS COMPROMISOS

95. Los compromisos se ofrecen como un medio de obtener una autorización y su ejecución se produce en principio después de la decisión. Por lo tanto, los compromisos requieren salvaguardias para garantizar su efectiva y oportuna ejecución. Estas disposiciones de aplicación, en principio, formarán parte de los compromisos contraídos por las partes con la Comisión.
96. A continuación se da una orientación pormenorizada sobre la ejecución de los compromisos de cesión, que son los compromisos más frecuentes. Posteriormente se discuten algunos aspectos de la ejecución de otros tipos de compromisos.

1. Proceso de cesión

97. La cesión deberá llevarse a cabo en un plazo fijo acordado por las partes y la Comisión. En la práctica de la Comisión, el plazo total se divide en un plazo para celebrar un acuerdo definitivo y otro para la conclusión de la transacción y la transferencia de la titularidad jurídica. El plazo para celebrar un acuerdo vinculante consta a su vez, en principio, de una primera fase en la que las partes pueden buscar un comprador adecuado («primera fase de cesión») y, si las partes no consiguen ceder la actividad empresarial, de una segunda fase en la que un administrador encargado de la cesión obtiene el mandato para ceder la actividad empresarial sin que se fije un precio mínimo («fase de cesión con intervención del administrador»).
98. La experiencia de la Comisión ha mostrado que unos plazos breves de cesión contribuyen en gran parte al éxito de la cesión, ya que en caso contrario la actividad empresarial que vaya a cederse se expondría a un incremento del período de incertidumbre. Por lo tanto, los plazos deberán ser los más breves posible. La Comisión fijará en principio un plazo de unos seis meses para la primera fase de cesión y un plazo adicional de tres meses para la fase de cesión con intervención del administrador, según proceda. En principio se prevé otro plazo de tres meses para concluir la transacción. Estos plazos podrán modificarse caso por caso. En particular, podrán tener que acortarse cuando exista un elevado riesgo de degradación de la viabilidad de la actividad empresarial durante el plazo provisional.
99. El plazo para la cesión empezará en principio el día de la adopción de la decisión de la Comisión. Podría justificarse una excepción para una transacción mediante una oferta pública cuando las partes se comprometan a ceder una actividad empresarial que pertenezca a la empresa destinataria. En caso de que en dichas circunstancias las partes no puedan prepararse para la cesión de la actividad empresarial de la empresa destinataria antes de la conclusión de la concentración notificada, la Comisión podría aceptar que los plazos para dicha cesión no den comienzo hasta la fecha de conclusión de la transacción notificada. Del mismo modo, podría aceptarse dicha solución cuando la fecha de conclusión de la concentración no dependa de las partes, si, por ejemplo, requiere aprobación estatal ⁽¹⁾. Por el contrario, podría ser aconsejable acortar los plazos para reducir el tiempo de incertidumbre para la actividad empresarial que vaya a ser cedida.
100. Considerando que, para las soluciones de «comprador inicial», se aplica el procedimiento descrito anteriormente, el procedimiento será diferente para las soluciones de «arreglo previo». Por lo general, ya durante el procedimiento se celebrará un acuerdo vinculante con un comprador, de modo que después de la decisión sólo habrá que prever un nuevo plazo para la conclusión de la transacción. Si antes de la decisión sólo se ha celebrado un acuerdo marco con el comprador, habrá que decidir caso por caso los plazos necesarios para celebrar un acuerdo completo y para su conclusión posterior ⁽²⁾.

2. Aprobación del comprador y del acuerdo de venta y compra

101. Para garantizar la eficacia del compromiso, la venta a un comprador propuesto estará sujeta a la aprobación previa de la Comisión. Cuando las partes (o el administrador encargado de la cesión) hayan alcanzado un acuerdo definitivo con un comprador, deberán presentar una propuesta razonada y documentada a la Comisión. Se requerirá que las partes o el administrador encargado de la cesión, según proceda, demuestren a satisfacción de la Comisión que el comprador propuesto cumple los criterios de selección de un comprador, y que la actividad empresarial se cede de una manera que se atenga a la decisión de la Comisión y a los compromisos. En caso de que los compromisos permitan proponer diversos compradores para diversas partes del paquete total, la Comisión examinará si cada comprador individual propuesto es aceptable y si el paquete total solventa el problema de competencia.

⁽¹⁾ Sin embargo, también en esas circunstancias, otras disposiciones de los compromisos, en particular las que establecen las salvaguardias en el plazo provisional, deberán empezar a aplicarse en la fecha de la adopción de la decisión.

⁽²⁾ Véase el asunto COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring, de 20 de abril de 2006.

102. Para evaluar a un comprador propuesto, la Comisión interpretará los criterios de selección de un comprador habida cuenta de la finalidad de los compromisos, para mantener inmediatamente la competencia efectiva en el mercado cuando se detecten problemas de competencia, y habida cuenta de las circunstancias del mercado descritas en la decisión ⁽¹⁾. Por lo general, la base para la evaluación por la Comisión de los criterios de selección de un comprador será el suministro de información por las partes, la evaluación del administrador encargado de la supervisión y, en particular, las discusiones con el comprador propuesto y su plan empresarial. La Comisión analizará también si las suposiciones subyacentes del comprador parecen plausibles con arreglo a las circunstancias del mercado.
103. El requisito de que el comprador deberá poseer los recursos financieros necesarios se ampliará en particular a la manera en que la adquisición sea financiada por el comprador propuesto. La Comisión no aceptará en principio que el vendedor financie la cesión, particularmente si ello implica tener que conceder en el futuro al vendedor una participación en los beneficios de la actividad empresarial cedida.
104. Para evaluar si hay un riesgo de que el comprador propuesto plantee problemas de competencia, la Comisión emprenderá una evaluación a primera vista a la luz de la información de que dispone en el proceso de aprobación del comprador. En caso de que la compra dé lugar a una concentración con una dimensión comunitaria, esta nueva operación deberá ser notificada con arreglo al Reglamento de concentraciones y ser autorizada con arreglo a los procedimientos normales ⁽²⁾. De no ser éste el caso, la aprobación por la Comisión de un comprador propuesto se entenderá sin perjuicio de la jurisdicción de las autoridades nacionales en lo tocante al control de las concentraciones. Por otra parte, cabe esperar que el comprador propuesto obtendrá todas las aprobaciones necesarias de las autoridades reglamentarias pertinentes. En caso de que pueda preverse, a la luz de la información de que dispone la Comisión, que las dificultades para la obtención de la autorización de control de las concentraciones u otras aprobaciones podrían retrasar indebidamente la oportuna ejecución del compromiso, se considerará que el comprador propuesto no cumple los criterios de selección de un comprador. De no ser así, los problemas de competencia detectados por la Comisión no se eliminarían en el plazo apropiado.
105. El requisito de aprobación por la Comisión, por lo general, no sólo se amplía a la identidad del comprador, sino también al acuerdo de venta y compra y a cualquier otro acuerdo celebrado entre las partes y el comprador propuesto, incluidos los acuerdos provisionales. La Comisión verificará si la cesión con arreglo a los acuerdos se atiene a los compromisos ⁽³⁾.
106. La Comisión comunicará a las partes su opinión sobre la conveniencia del comprador propuesto. Si la Comisión concluye que el comprador propuesto no cumple los criterios de selección de un comprador, adoptará una decisión en el sentido de que aquél no se atiene a lo dispuesto en los compromisos ⁽⁴⁾. Si la Comisión concluye que el acuerdo de venta y compra (o cualquier otro acuerdo accesorio) no prevé una cesión con arreglo a los compromisos, la Comisión así lo comunicará a las partes, sin por ello rechazar necesariamente al comprador como tal. Si la Comisión concluye que el comprador se atiene a lo dispuesto en los compromisos y que los contratos permiten una cesión con arreglo a los compromisos, la Comisión autorizará la cesión al comprador propuesto ⁽⁵⁾. La Comisión enviará las aprobaciones necesarias lo antes posible.

3. Obligaciones de las partes en el período provisional

107. Las partes deberán cumplir ciertas obligaciones en el período provisional (tal como se define en el apartado 36). Lo que sigue deberá incluirse en principio en los compromisos a este respecto: i) salvaguardias para la preservación provisional de la viabilidad de la actividad empresarial; ii) medidas necesarias para un proceso de disociación, si procede; iii) medidas necesarias para preparar la cesión de la actividad empresarial.

⁽¹⁾ Véase la sentencia del TPI en el asunto T-342/00, *Petrolescence/Comisión*, Rec. 2003 II-1161.

⁽²⁾ Asunto IV/M.1383 — *Exxon/Mobil*, de 29 de septiembre de 1999 y asuntos de seguimiento COMP/M.1820 — *BP/JV Dissolution*, de 2 de febrero de 2000 y COMP/M.1822 — *Mobil/JV Dissolution*, de 2 de febrero de 2000.

⁽³⁾ Tal como se explicó anteriormente, las partes pueden solicitar a la Comisión que apruebe la cesión de la actividad empresarial al comprador propuesto sin uno o más de los activos o de los miembros del personal, en caso de que ello no afecte a la viabilidad y competitividad de la actividad empresarial cedida después de la venta, teniendo en cuenta los recursos del comprador propuesto.

⁽⁴⁾ Asunto COMP/M.1628 — *TotalFina/Elf*, de 9 de febrero de 2000, gasolineras de autopista; confirmado por la sentencia del TPI en el asunto T-342/00, *Petrolescence/Comisión*, Rec. 2003 II-1161.

⁽⁵⁾ Dependiendo de las circunstancias de la cesión, las partes podrán también tener que garantizar, por ejemplo mediante disposiciones apropiadas del acuerdo de compra, que el comprador mantendrá la actividad empresarial cedida como una fuerza competitiva en el mercado y que no la venderá a corto plazo.

Preservación provisional de la actividad empresarial cedida

108. Es responsabilidad de las partes reducir al mínimo cualquier posible riesgo de pérdida de potencial competitivo de la actividad empresarial que vaya a cederse, derivado de las incertidumbres inherentes a la transferencia de una actividad empresarial. Hasta el momento de la transferencia al comprador, la Comisión exigirá a las partes que ofrezcan compromisos para mantener la independencia, la viabilidad económica, la comerciabilidad y la competitividad de la actividad empresarial. Sólo dichos compromisos permitirán a la Comisión concluir con el grado suficiente de certeza que la cesión se llevará a cabo de la manera propuesta por las partes en los compromisos.
109. Por lo general, estos compromisos deberán mantener la actividad empresarial separada de la actividad empresarial conservada por las partes, y garantizar que se gestione como una actividad empresarial distinta y vendible en su mejor interés, con objeto de garantizar el mantenimiento de su viabilidad económica, su comerciabilidad, su competitividad y su independencia de la actividad empresarial conservada por las partes.
110. Se requerirá que las partes se aseguren de que se mantengan todos los activos de la actividad empresarial, de conformidad con la buena práctica comercial y en el curso normal de su actividad, y de que no se realice ningún acto que pueda tener un impacto adverso significativo en la actividad empresarial. Esto se refiere en particular al mantenimiento del activo fijo, los conocimientos técnicos y la información comercial de naturaleza confidencial o sujeta a derechos de propiedad, la clientela y la competencia técnica y comercial de los empleados. Además, las partes deberán mantener la actividad empresarial en las mismas condiciones que antes de la concentración y, en particular, proporcionar suficientes recursos, tales como capital o una línea de crédito, basándose en los planes de actividad existentes y continuándolos, manteniendo las mismas funciones administrativas y de gestión, u otros factores pertinentes para mantener la competencia en el sector de que se trate. Los compromisos también deberán establecer que las partes adoptarán todas las medidas razonables, incluidos sistemas apropiados de incentivo, para alentar a todo el personal clave a permanecer en la actividad empresarial, y que no atraigan ni desplacen a los miembros del personal a sus otras actividades empresariales.
111. Las partes deberán también mantener la actividad empresarial separada de las actividades empresariales que hayan conservado, y asegurarse de que el personal clave de la actividad empresarial que vaya a cederse no participe en la actividad empresarial retenida, y viceversa. Si la actividad empresarial que vaya a cederse está constituida en forma de empresa, y parece necesaria una estricta separación de la estructura de la empresa, los derechos de las partes en calidad de accionistas, en particular los derechos de voto, deberán ser ejercidos por el administrador encargado de la supervisión, que también deberá tener la capacidad de reemplazar a los miembros del Consejo de Administración designados en nombre de las partes. En relación con la información, las partes deberán delimitar la actividad empresarial que vaya a cederse y tomar todas las medidas necesarias para asegurarse de que las partes no tengan acceso a ningún secreto comercial u otra información confidencial. Cualquier documento o información confidencial relativos a la actividad empresarial obtenidos por las partes antes de la adopción de la decisión deberán devolverse a la actividad empresarial o destruirse.
112. Se requiere también, por lo general, que las partes designen a un gestor encargado de la separación que posea la experiencia necesaria, y que será responsable de la gestión de la actividad empresarial y de la ejecución de las obligaciones de separación y delimitación. El gestor deberá ser supervisado por el administrador encargado de la supervisión, que podrá transmitirle instrucciones. Los compromisos deberán disponer que la designación deberá tener lugar inmediatamente después de la adopción de la decisión e incluso antes de que las partes puedan concluir la concentración notificada. Considerando que las partes pueden designar por sí mismas al gestor, los compromisos deberán prever que el administrador encargado de la supervisión podrá destituir al gestor en caso de que no actúe con arreglo a los compromisos o ponga en peligro su oportuna y apropiada ejecución. El nombramiento posterior de un nuevo gestor estará sujeto a la aprobación del administrador encargado de la supervisión.

Medidas para un proceso de disociación

113. Tal como se expone en el apartado 35, la Comisión podrá aceptar en circunstancias apropiadas que la cesión de la actividad empresarial que deba ser disociada de la actividad empresarial restante de las partes, pueda considerarse una solución adecuada. Sin embargo, también en tales circunstancias sólo la transferencia de una actividad empresarial viable a un comprador que pueda mantener y desarrollar dicha actividad empresarial como una fuerza competitiva activa en el mercado, eliminará los

problemas de competencia de la Comisión. Por lo tanto, las partes deberán contraer la obligación de llevar a cabo en el período provisional una disociación de los activos que forman parte de la actividad empresarial cedida, y de obtener resultados concretos. El resultado deberá ser que la actividad empresarial viable y competitiva, independiente y separada de las demás actividades empresariales de las partes, pueda transferirse a un comprador adecuado al final del período provisional. Las partes tendrán que cargar con los costes y riesgos de dicha disociación en el período provisional.

114. La disociación deberá ser llevada a cabo por las partes bajo la supervisión del administrador y en cooperación con el gestor encargado de la separación. En primer lugar, los activos y los miembros del personal que se comparten entre la actividad empresarial que vaya a cederse y las demás actividades empresariales de las partes deberán asignarse a la actividad empresarial en la medida en que ello no esté excluido en los compromisos (¹). La asignación de los activos y del personal se supervisará y deberá ser aprobada por el administrador encargado de la supervisión. En segundo lugar, el proceso de disociación puede también requerir que se dupliquen para la actividad empresarial los activos poseídos o las funciones realizadas por las demás partes de la actividad empresarial de las partes, si ello es necesario para garantizar la viabilidad y competitividad de la actividad empresarial que vaya a cederse. Un ejemplo es la terminación de la participación de la actividad empresarial en una red central de tecnología de la información y la instalación de un sistema separado de TI para la actividad empresarial. Por lo general, las principales medidas de dicho proceso de disociación y las funciones que deban duplicarse deberán decidirse caso por caso y describirse en los compromisos.
115. Al mismo tiempo, hay que asegurarse de que la viabilidad de la actividad empresarial que vaya a cederse no se vea afectada por dichas medidas. En el período provisional, por lo tanto, las partes deberán mantener el uso de los activos compartidos y seguir suministrando servicios a la actividad empresarial en la misma medida que en el pasado, mientras la actividad empresarial no sea todavía viable de forma independiente.

Obligaciones específicas de las partes referentes al proceso de cesión

116. Por lo que respecta al proceso de cesión, los compromisos deberán prever que los compradores potenciales podrán llevar a cabo un examen previo para obtener, en función de la etapa del procedimiento, suficiente información sobre la actividad empresarial cedida para permitir al comprador evaluar plenamente el valor, alcance y potencial comercial de la actividad empresarial, y tener acceso directo a su personal. Las partes deberán presentar también informes periódicos sobre compradores potenciales y el avance de las negociaciones. La cesión sólo se llevará a cabo una vez que se haya concluido la transacción, es decir, cuando la titularidad jurídica haya pasado al comprador aprobado, y se hayan transferido realmente los activos. Al final del proceso, las partes tendrán que enviar un informe final, confirmando el cierre y la transferencia de los activos.

4. Administradores encargados de la supervisión y de la cesión

Papel del administrador encargado de la supervisión

117. Dado que la Comisión no puede participar directamente en la supervisión pormenorizada de la ejecución de los compromisos, las partes deberán proponer el nombramiento de un administrador para supervisar el cumplimiento por ellas de los compromisos, en particular de sus obligaciones durante el período provisional y el proceso de cesión (el denominado «administrador encargado de la supervisión»). De este modo, las partes garantizarán la eficacia de los compromisos presentados y permitirán a la Comisión asegurarse de que la modificación de la concentración notificada, propuesta por las partes, se llevará a cabo con un grado suficiente de certeza.
118. El administrador encargado de la supervisión llevará a cabo sus tareas bajo el control de la Comisión y deberá ser considerado como los «ojos y oídos» de la Comisión. Velará por que la actividad empresarial sea gestionada y mantenida adecuadamente de manera independiente durante el período provisional. La Comisión podrá, por lo tanto, dar cualesquiera ordenes e instrucciones al administrador para garantizar el cumplimiento de los compromisos, y el administrador podrá proponer a las partes cualquier medida que considere necesaria para llevar a cabo sus tareas. Las partes, sin embargo, no podrán dar instrucciones al administrador sin la aprobación de la Comisión.

(¹) Véase el apartado 26 para la cuestión del tratamiento que deberá darse en los compromisos a los activos compartidos.

119. Los compromisos establecerán por lo general las tareas del administrador encargado de la supervisión. Sus deberes y obligaciones se especificarán pormenorizadamente en el mandato que deberá celebrar con las partes, y sus tareas se detallarán en un plan de trabajo. Las tareas del administrador darán comienzo en principio inmediatamente después de la adopción de la decisión de la Comisión y durarán hasta la transferencia legal y efectiva de la actividad empresarial al comprador aprobado. Pueden distinguirse cinco tareas principales y no exhaustivas que el administrador deberá llevar a cabo bajo el control de la Comisión:
- en primer lugar, se encargará de supervisar durante el período provisional las salvaguardias de la actividad empresarial que vaya a ser cedida,
 - en segundo lugar, en los casos de disociación, deberá supervisar el fraccionamiento de activos y la asignación de personal entre la actividad empresarial cedida y la actividad empresarial conservada por las partes, así como la duplicación de activos y funciones que anteriormente correspondían a las partes,
 - en tercer lugar, será responsable de supervisar los esfuerzos de las partes para hallar un comprador potencial y para transferir la actividad empresarial. De manera general, examinará el avance del proceso de cesión y los compradores potenciales incluidos en el proceso. Verificará si los compradores potenciales reciben suficiente información sobre la actividad empresarial, en particular revisando el memorándum de información (si está disponible), la sala de datos o el proceso de examen previo. Una vez que haya sido propuesto un comprador, el administrador presentará a la Comisión un dictamen motivado sobre si el comprador propuesto cumple los criterios de selección de un comprador en los compromisos y si la actividad empresarial se vende de conformidad con los compromisos. Al final del proceso, el administrador deberá supervisar la transferencia legal y efectiva de la actividad empresarial al comprador y hacer un informe final, confirmando la transferencia,
 - en cuarto lugar, actuará como punto de contacto para cualquier solicitud de terceros, en particular compradores potenciales, en relación con los compromisos. Las partes informarán a los terceros interesados, incluidos cualesquiera compradores potenciales, sobre la identidad y las tareas del administrador. En caso de desacuerdo entre las partes y los terceros en relación con los asuntos tratados en los compromisos, el administrador discutirá dichos asuntos con ambas partes e informará a la Comisión. Para poder llevar a cabo su papel, el administrador mantendrá la confidencialidad de los posibles secretos comerciales de las partes y de terceros,
 - en quinto lugar, informará sobre estos problemas a la Comisión en informes periódicos relativos al cumplimiento de los compromisos, y también presentará informes adicionales a petición de la Comisión.
120. Los compromisos también especificarán exhaustivamente las necesidades del administrador encargado de la supervisión en lo tocante al apoyo y la cooperación de las partes; la Comisión también supervisará la relación entre las partes y el administrador a este respecto. Para cumplir sus tareas, el administrador tendrá acceso a los libros contables y documentos de las partes y de la actividad empresarial cedida y, en la medida en que proceda para la aplicación de los compromisos, podrá solicitar el apoyo de gestión y administrativo de las partes, será informado acerca de los compradores potenciales y de todos los avances en el proceso de cesión, y se le suministrará la información presentada a compradores potenciales. Además, las partes indemnizarán al administrador y le permitirán designar consejeros, si así procede, para el cumplimiento de sus tareas con arreglo a los compromisos. Los compromisos también permitirán a la Comisión compartir la información de las partes con el administrador para que éste pueda cumplir sus tareas. El administrador tendrá la obligación de mantener la confidencialidad de esta información.

Papel del administrador encargado de la cesión

121. Como en el caso del administrador encargado de la supervisión, las partes deberán proponer la designación de un administrador encargado de la cesión para garantizar la eficacia de los compromisos presentados por ellas y permitir a la Comisión asegurarse de que se lleva a cabo la modificación de la concentración notificada, propuesta por ellas. Si las partes no logran encontrar a un comprador adecuado en el plazo del primer período de cesión, el administrador encargado de la cesión, durante el período de su intervención, recibirá un mandato irrevocable y exclusivo para ceder la actividad empresarial, con la supervisión de la Comisión, en un plazo específico y sin la fijación de un precio mínimo, a un comprador adecuado. Los compromisos permitirán al administrador incluir en el acuerdo de venta y compra las condiciones que considere apropiadas para una venta rápida, en particular las declaraciones, garantías e indemnizaciones habituales. La venta de la actividad empresarial por el administrador estará sujeta a la aprobación previa de la Comisión, al igual que la venta por las partes.

122. Los compromisos establecerán que las partes apoyarán e informarán al administrador encargado de la cesión y cooperarán con él de la misma manera en que está previsto por lo que respecta al administrador encargado de la supervisión. Por lo que respecta a la cesión, las partes deberán conceder al administrador encargado de la cesión todos los poderes necesarios para todas las fases de la misma.

Aprobación y mandato del administrador

123. Dependiendo del compromiso, el administrador encargado de la supervisión podrá ser o no ser la misma persona o institución que el administrador encargado de la cesión. Las partes propondrán uno o varios posibles administradores a la Comisión, incluido el texto completo del mandato y un esquema de plan de trabajo. Es esencial que el administrador encargado de la supervisión entre en funciones inmediatamente después de la decisión de la Comisión. Por lo tanto, las partes deberán proponer un administrador adecuado inmediatamente después de la decisión de la Comisión ⁽¹⁾ y los compromisos deberán en principio prever que la concentración notificada sólo podrá ejecutarse una vez que se haya designado al administrador encargado de la supervisión, después de ser aprobado por la Comisión ⁽²⁾. La situación es diferente para el administrador encargado de la cesión, el cual deberá ser designado mucho antes del final del primer período de cesión ⁽³⁾, de modo que su mandato pueda surtir efecto al dar principio la fase en la que debe intervenir.
124. Ambos administradores serán designados por las partes sobre la base de un mandato celebrado por las partes y el administrador. La designación del administrador y el mandato estarán sujetos a la aprobación de la Comisión, que tendrá potestad discrecional para seleccionar al administrador y evaluará si el candidato propuesto es adecuado para las tareas del caso. El administrador será independiente de las partes, poseerá las cualificaciones necesarias para llevar a cabo su mandato y no será objeto de un conflicto de intereses ni podrá llegar a serlo.
125. La Comisión evaluará las cualificaciones necesarias habida cuenta de los requisitos del caso, incluidas la zona geográfica y el sector afectados. Según la experiencia de la Comisión, las empresas de auditoría y otras empresas de consultoría están capacitadas para cumplir las tareas de un administrador encargado de la supervisión. Los individuos que hayan trabajado en la industria en cuestión podrán también ser candidatos adecuados para llevar a cabo dicho papel si disponen de los recursos necesarios para atender a las tareas de que se trate. Los bancos de inversiones parecen particularmente adecuados para desempeñar el papel de administrador encargado de la cesión. La independencia del administrador es crucial para permitirle cumplir adecuadamente su papel de supervisor del cumplimiento de las partes por cuenta de la Comisión y para garantizar su credibilidad respecto de terceros. En particular, la Comisión no aceptará como administradores a personas ni a instituciones que sean al mismo tiempo auditores de las partes o sus asesores en materia de inversiones por lo que respecta a la cesión. Sin embargo, no surgirá ningún conflicto de intereses debido a las relaciones del administrador con las partes si dichas relaciones no afectan a la objetividad e independencia del administrador en la realización de sus tareas. Será responsabilidad de las partes suministrar a la Comisión información adecuada para que ésta pueda verificar que el administrador cumple los requisitos. El nombramiento del administrador tras su aprobación por las partes será irrevocable, a menos que sea sustituido con la aprobación de la Comisión o a instancia de ésta.
126. El mandato del administrador precisará las tareas especificadas en los compromisos e incluirá todas las disposiciones necesarias para permitir que cumpla sus tareas con arreglo a los compromisos aceptados por la Comisión. Las partes serán responsables de la remuneración del administrador con arreglo al mandato, y la estructura de remuneración no deberá obstaculizar la independencia y eficacia del administrador en el cumplimiento de su mandato. La Comisión sólo aprobará a un administrador cuando su mandato sea adecuado. Cuando así proceda, podrá publicar la identidad del administrador y un resumen de sus tareas.
127. Cuando se hayan ejecutado los compromisos concretos que se hayan encomendado al administrador —es decir, cuando se haya constituido la titularidad jurídica de la actividad empresarial que vaya a cederse, se hayan transferido efectivamente los activos al comprador y se hayan cumplido los acuerdos específicos que pueden seguir aplicándose tras la cesión—, el administrador, con arreglo al mandato, deberá solicitar a la Comisión que le exima de cualesquiera otras responsabilidades. Incluso después de haber sido concedida esta exención, podrá ser necesario que la Comisión exija que el administrador vuelva a ser nombrado sobre la base de los compromisos, en caso de que la Comisión considere posteriormente que los compromisos en cuestión no han sido ejecutados plena y adecuadamente.

⁽¹⁾ En principio, los compromisos deberán prever que se proponga a un administrador encargado de la supervisión en el plazo de dos semanas a partir de la fecha de la decisión.

⁽²⁾ Véase el asunto COMP/M.4180 — GdF/Suez, de 14 de noviembre de 2006; asunto COMP/M.4187 — Metso/Aker, de 12 de diciembre de 2006; asunto COMP/M.3916 — T-Mobile/tele.ring, de 20 de abril de 2006.

⁽³⁾ La Comisión requerirá en principio una designación como mínimo un mes antes del fin del primer período de cesión.

5. Obligaciones de las partes tras la ejecución de la cesión

128. Los compromisos también deberán prever que, durante un plazo de 10 años tras la adopción de la decisión por la que se aceptan los compromisos, la Comisión podrá pedir información a las partes. Ello permitirá a la Comisión supervisar la ejecución efectiva de la solución.

6. Ejecución de otros compromisos

129. Muchos de los principios anteriormente discutidos para la ejecución de los compromisos de cesión podrán aplicarse igualmente a otros tipos de compromisos cuando dichos compromisos deban ejecutarse con posterioridad a la decisión de la Comisión. Por ejemplo, si está previsto que el beneficiario de una licencia deba ser aprobado por la Comisión, podrán aplicarse las consideraciones relativas a la aprobación del comprador. Dada la amplia gama de compromisos que no son de cesión, no cabe establecer ningún requisito de tipo general y global para la ejecución de dichos compromisos.
130. Con todo, dado que los compromisos que no son de cesión tienen una larga duración y suelen ser complejos, suelen requerir un enorme esfuerzo de supervisión e instrumentos específicos de supervisión para que la Comisión pueda concluir que se ejecutarán efectivamente. Por ello, la Comisión exigirá a menudo la participación de un administrador que supervise la aplicación de dichos compromisos y el establecimiento de un procedimiento de arbitraje rápido para crear un mecanismo de solución de diferencias y hacer que sean los propios protagonistas del mercado quienes den fuerza ejecutiva a los compromisos. En el pasado, la Comisión exigió a menudo tanto el nombramiento de un administrador como una cláusula de arbitraje ⁽¹⁾. En esas circunstancias, el administrador supervisará la ejecución de los compromisos, pero también podrá participar en los procedimientos arbitrales a fin de que puedan concluirse lo más rápidamente posible.

⁽¹⁾ Dicho planteamiento de la supervisión combinada mediante arbitraje y un administrador encargado de la supervisión se utilizó, por ejemplo, en el asunto COMP/M.2803 — Telia/Sonera, de 10 de julio de 2002; en el asunto COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium, de 2 septiembre 2003; y en el asunto COMP/M.3225 — Alcan/Pechiney II, de 29 de septiembre de 2003.