

DEL TEST DE POSICIÓN DOMINANTE AL TEST OSCE (HISTORIA Y EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS DE PROHIBICIÓN Y AUTORIZACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS EN EL DERECHO EUROPEO, 1989-2004)

*Luis Ortiz Blanco/Alfonso Lamadrid de Pablo**

ABSTRACT: *The central concern and the cornerstone of the antitrust and merger control rules is the creation or strengthening of market power. What is the relevant market power in EU merger control? This article tries to reply to this question by examining the old dominance test under now repealed Regulation 4064/89, the intermediate drafts and proposals of the European Commission in the early 2000s and the new 'substantial impediment to effective competition' (SIEC) test under Regulation 139/2004. The alleged difference between the dominant position test and the SIEC test was said to be that the former contained a 'blind spot' or gap that made it impossible to prohibit concentrations capable of producing unilateral price rises in oligopolistic markets that are not 'tacitly collusive', in the most commonly used economic jargon, or 'tacitly coordinated' in the legal terminology employed by the European Commission. This article posits that no such gap existed, and – further – that the old and the new substantive tests, if correctly interpreted, should not lead to different results.*

SUMARIO: 1. Introducción: Criterios sustantivos en el control de concentraciones europeo. 2. El criterio del Reglamento 4064/89. 3. Las cuestiones sustantivas en la reforma del Reglamento 4064/89. 4. La adopción de un nuevo *test* sustantivo para cubrir determinados “efectos unilaterales” de las concentraciones. “Efectos coordinados” y “efectos unilaterales” en el control de concentraciones europeo. 4.1. “Efectos coordinados” y “efectos unilaterales”. 4.2. La teórica insuficiencia del *test* de dominio para prevenir los “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos. 4.3. La reforma del *test* sustantivo para alcanzar los “efectos unilaterales” en los oligopolios: el *test* de “obstaculización significativa de la competencia efectiva”(OSCE). 5. Conclusiones.

* Abogados, Garrigues (Bruselas, Madrid). Este trabajo se basa en el libro de Luis Ortiz Blanco, *Market Power in EU Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing, Oxford, 2012.

1. INTRODUCCIÓN: CRITERIOS SUSTANTIVOS EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EUROPEO

En Derecho de la competencia, el poder de mercado de las empresas permite discernir lo económica y – en consecuencia – jurídicamente relevante de lo irrelevante; lo perjudicial de lo inocuo y lo inocuo de lo beneficioso. Por eso la preocupación central y la piedra angular de las normas *antitrust* y del control de concentraciones es la creación o el aumento del poder de mercado¹.

Según la Comisión Europea², la competencia efectiva presenta diversas ventajas para los consumidores, y por ello la Comisión la protege entre otras cosas mediante el control de las concentraciones, impidiendo “las concentraciones que podrían privar a los consumidores de estas ventajas al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas. Por ‘poder de mercado incrementado’ se entiende la capacidad de una o varias empresas para, en función de sus intereses, aumentar los precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia”.

Con carácter general, se asume: por un lado, que el poder de mercado es una cuestión de grado (variable en función de las circunstancias); y, por otro, que un pequeño grado de poder de mercado es muy común (solo estaría ausente en los mercados con competencia perfecta) y no hace necesaria la intervención de las autoridades de competencia.

¿Cuál es, entonces, el poder de mercado relevante en el control de concentraciones europeo?

En el contexto del control europeo de las operaciones de concentración, el control de los cambios estructurales en la oferta o – con menor frecuencia – en la demanda de un producto o servicio tiene principalmente por objeto evitar la disminución de la competencia en el mercado y el aumento de poder de las empresas que se concentran. De ahí que el artículo 2 del ya derogado Reglamento 4064/89, de control de concentraciones, considerase incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que creasen o reforzasen una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva fuese obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, y que el artículo 2 del Reglamento 139/2004,

1 DOJ y FTC, 2006 y Vickers, 2006. Así lo atestigua el número de referencias al poder de mercado hechas por los Tribunales europeos, las decisiones de la Comisión y la *soft law*, que ha aumentado muchísimo en los últimos años y ha pasado de 0 en 1983 a 150 en 2006. Lianos, 2009: 60.

2 Directrices de la Comisión Europea sobre las concentraciones horizontales de 2004 (§ 8).

que ha reemplazado al Reglamento 4064/89, considere incompatibles con el mercado común las concentraciones susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante.

Tanto el criterio o *test* de control antiguo como el nuevo giran en torno a la noción de posición dominante, si bien con un énfasis distinto. Mientras que el Reglamento 4064/89 obligaba a la Comisión a establecer una posición dominante en todos los casos en los que pretendiese prohibir una concentración, el Reglamento 139/2004 le ha ahorrado esta tarea, pues en apariencia le permite actuar incluso si no es previsible tal situación. El Reglamento 139/2004 podría, pues, haber aumentado (y sin duda ha clarificado) los poderes de la Comisión, al permitirle prohibir operaciones de concentración de las que podría resultar un poder de mercado inferior al históricamente necesario para establecer una posición dominante.

Pero no es este el único *test* sustantivo de poder de mercado que utiliza el Reglamento 139/2004. Con el fin de evitar que la creación de una empresa en participación con plenas funciones “tenga como consecuencia directa una restricción [sensible] de la competencia entre empresas que sigan siendo independientes”, el Reglamento 1310/97 añadió un nuevo apartado 4 al artículo 2 del Reglamento 4064/89, por el que se incorporó el análisis del artículo 101.3 TFUE a este tipo de operaciones de concentración³. De acuerdo con el artículo 2.4 de los Reglamentos 4064/89 y 139/2004:

“En la medida en que la creación de una empresa en participación que constituye una concentración con arreglo al artículo 3 [una empresa en participación “con plenas funciones”] tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado [actualmente, artículo 101 TFUE], con objeto de determinar si la operación es compatible con el mercado común.”

³ Ver el considerando 5 del Reglamento 1310/97, por el que se modificó el Reglamento 4064/89 para incluir esta disposición que reproduce el art. 2.4 del propio Reglamento 139/2004. Hemos traducido el adjetivo “considerable”, empleado en el original, por “sensible”, más conforme con la terminología habitual del Derecho de la competencia europea.

La utilización de esta disposición ha sido, pese al interés que despertó durante el proceso de reforma de 1998, relativamente escasa y muy poco polémica⁴.

La importación de los criterios sustantivos del artículo 101.3 TFUE en los procedimientos de control de concentraciones plantea curiosos problemas relacionados principalmente con la evaluación de las tres primeras condiciones de esa norma⁵. Por lo que respecta a la cuarta, reproducida expresamente en el último guión del artículo 2.4, parece obvio que debe utilizarse el mismo umbral de poder de mercado del artículo 101.3.b) TFUE. En cuanto a las relaciones entre los artículos 2.3 y 2.4 de los Reglamentos 4064/89 (antes) y 139/2004 (ahora), aun siendo teóricamente posible aplicar el *test* de eliminación de la competencia en un sentido distinto al *test* de obstaculización significativa de la competencia efectiva (considerándolo más o menos riguroso), desde un punto de vista sistemático lo más lógico parece utilizar los mismos umbrales de poder de mercado en ambas normas⁶.

2. EL CRITERIO DEL REGLAMENTO 4064/89

Centrándonos ahora de nuevo en el más importante *test* sustantivo del control de concentraciones europeo, empezando por el contenido en el artículo 2.3 del Reglamento 4064/89, esta disposición evocaba automáticamente nociones ya conocidas en el ámbito del artículo 102 TFUE. Sin embargo, se dijo que el antiguo reglamento de control de concentraciones podría no haber prohibido la creación o el refuerzo de una posición de dominio en todos los casos, sino solo cuando dicha posición “supusiese un obstáculo significativo para una competencia efectiva” (dando un significado autónomo a esta expresión) e incluso que el hecho de que el Reglamento 4064/89 tuviese como base jurídica el artículo 235 del Tratado CEE (actualmente, artículo 352 TFUE), y no solo el artículo 87 del Tratado CEE (actualmente, artículo 103 TFUE), permitía utilizar una noción de dominio (*dominance*) distinta de la desarrollada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE),

4 Según Cook & Kerse, 2009: 269, hasta 2008 la Comisión nunca había aplicado el art. 101.3 TFUE en este contexto, y había considerado los efectos secundarios (*spill-over effects*) de una empresa en participación en apenas 50 ocasiones, sin consecuencias en la gran mayoría de los casos.

5 En la práctica el *test* del art. 2.4 se ha circunscrito a comprobar la no eliminación de la competencia en el mercado relacionado donde se producen las restricciones. Ver Maíllo González-Orus, 2007: Capítulo 3.

6 Para esta cuestión, ver Ortiz Blanco, 2012: Epílogo.

en el ámbito del artículo 86 del Tratado CEE (actualmente, artículo 102 TFUE). El artículo 2.3 del derogado Reglamento de concentraciones habría así permitido a la Comisión desarrollar un concepto totalmente nuevo de la posición dominante, basado en un examen estructural y predictivo⁷. Frente al concepto clásico de posición de dominio, que se centra en la capacidad de las empresas dominantes para “sustraerse de la competencia efectiva de los demás operadores e influir decisivamente sobre las condiciones de competencia del mercado”, el criterio de compatibilidad del Reglamento 4064/89 podría haber introducido matizaciones que impedirían considerarlo “un mero *test* de dominio de las empresas afectadas”⁸.

Así parecía desprenderse de los antecedentes legislativos del artículo 2 del Reglamento⁹ y de las manifestaciones de Sir Leon (hoy día Lord) Brittan, Comisario encargado de los asuntos de competencia en los primeros años de aplicación del Reglamento 4064/89¹⁰. Diversos autores se pronunciaron también a favor de esta teoría¹¹ – otros en contra –¹² e incluso se observaron pruebas indirectas en su apoyo en algunos asuntos anteriores a la adopción del Reglamento 4064/89 en que la Comisión decidió no aplicar el artículo 102 TFUE a determinadas concentraciones económicas¹³.

7 Winckler & Hansen, 1993: 803.

8 Ver Briones, Font, Folguera & Navarro, 1999: 155-157 y Moussis, 1995: 401.

9 Ver Briones, Font, Folguera & Navarro, 1999: 155-157, citando el DOCE 1988 C 130/4, art. 2.4, y el DOCE 1989 C 22/14, art. 2.3, donde se pondría de manifiesto que “el criterio de compatibilidad finalmente establecido es una fórmula negociada entre los partidarios del criterio de ‘la competencia efectiva’ y los partidarios del criterio de ‘la posición de dominio’”.

10 “In my view, we are at the beginning of a new legal development and the Council did not wish to create a pure dominant position test”. Leon Brittan, “The law and policy of merger control in the EEC”, *European Law Review*, 1990, p. 354. Citado por Navarro, Font, Folguera & Briones, 2005: 147, nota 14.

11 Ver, entre otros, Langeheine, 1990, Venit, 1990, Dechery, 1990, y Bellamy & Child (2001), pp. 405-431 y ss. citados por Temple Lang, 2002: 312-313, nota 95; Helmuth Schröter en Von Der Groeben-Thiesing-Ehlermann, “Kommentar Zum EWG-Vertrag, Artículo 87, 4.ª Edición, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1999, Rdnr 269, citado por Venit, 1999: 1665, nota 35; y Ritter, Braun & Rawlinson, 2000: 459.

12 Ver González Díaz, 2004: 186, quien al plantear la cuestión de si el antiguo *test* tenía una o dos partes, resalta la falta de clarificación por parte del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI), hoy Tribunal General (TG), del contenido de la segunda parte, y parece partidario de la tesis del automatismo de la segunda respecto de la primera parte. Weitbrecht, 2005: 68, también es partidario de la idea de que la segunda parte del *test* antiguo en realidad nunca disfrutó de significado propio y, como mucho, se tuvo en consideración para requerir que la creación o el reforzamiento de una posición dominante tuviese carácter duradero.

13 Temple Lang, 2002: loc. ult. cit.

Con todo, la formulación más clara de la teoría relativa a las dos partes del antiguo *test* de control de concentraciones se encuentra en la STPI *Air France* (1994), según la cual:

“De [los apartados 2 y 3 del artículo 2 del Reglamento 4064/89] se desprende que la Comisión debe declarar una operación de concentración compatible con el mercado común cuando se cumplen dos requisitos, a saber, que la operación de que se trate no cree ni refuerce una posición dominante, y que la competencia en el mercado común no sea obstaculizada de forma efectiva por crear o reforzar una posición de este tipo. Por lo tanto, cuando no se cree ni refuerce una posición dominante, deberá autorizarse la operación, sin que resulte necesario examinar los efectos de la operación sobre la competencia efectiva.”¹⁴

Más tarde el entonces TPI se pronunció del mismo modo en el asunto *EDP* (2005), subrayando que el *test* contenido en el Reglamento 4064/89 “[contemplaba], en efecto, dos requisitos acumulativos relativos, el primero, a la creación o al reforzamiento de una posición dominante y, el segundo, al hecho de que la competencia efectiva en el mercado común sea obstaculizada de forma significativa por la creación o el reforzamiento de una posición de este tipo”.

El Tribunal señaló el origen de la confusión en torno a la aplicación de los dos elementos del *test* apuntando al hecho de que, en algunos casos, la creación o el reforzamiento de una posición dominante puede constituir en sí misma un obstáculo significativo a la competencia efectiva. Según el Tribunal, “[e]sta afirmación no significa en absoluto que el segundo requisito se confunda jurídicamente con el primero, sino solo que un mismo análisis fáctico de un mercado dado puede mostrar que se cumplen ambos requisitos.”¹⁵

Los ejemplos prácticos de aplicación de la teoría en los precedentes de la Comisión son, sin embargo, escasísimos. (De hecho, después de unos primeros coqueteos y tras haberla descartado en la práctica¹⁶, la Comisión podría haber sido la primera sorprendida por la resurrección de esta teoría en

14 STPI *Air France* (1994), § 79, confirmada y citada en las SSTPI *Kaysersberg* (1997), § 184, *Airtours* (2002), § 58, y *Tetra Laval* (2002), § 120 y 146. En igual sentido, STPI *Schneider* (2002), §§ 321 y 380 y STPI *ARD* (2003), § 130.

15 STPI *EDP* (2005), § 45 y ss.

16 Bergman, Jakobson y Razo, 2005: 720; Hinds, 2006: 1700.

1994 a manos del TPI¹⁷, que no tuvo ocasión de obtener el respaldo del TJCE, que quizá podría haber visto una sola condición donde el TPI vio dos¹⁸).

El primer asunto en el que la Comisión se desvió del *test* estricto de posición de dominio fue *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* (1991). Según la Comisión:

“En el asunto *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*, la Comisión afirmó que una concentración que implica la creación de una posición dominante puede ser compatible con el mercado común si hay pruebas claras de que esta situación es temporal y es muy probable que se produzca la entrada en el mercado de otros competidores que debiliten rápidamente tal posición dominante. Si existe tal probabilidad, la Comisión opina que la existencia en el mercado de una posición dominante no constituye un impedimento esencial para la competencia, en el sentido a que alude el apartado 3 del artículo 2 del reglamento de concentraciones. Por lo tanto, se debe entender que el criterio de evaluación de una posición dominante consiste en la libertad de acción, con respecto al entorno competitivo presente o futuro, de una empresa en el mercado.”¹⁹

Otras decisiones donde la Comisión habría aplicado un *test* específico serían, por un lado, la Decisión *Kali + Salz/Mdk/Treuhand* (1993), anulada por la STJCE en el asunto *Francia contra Comisión* (1998), o Sentencia *Kali + Salz II*, que aceptando por primera vez en control de concentraciones europeo la conocida en los EE UU como *failing company defence* (o excepción basada en la precaria situación de alguna de las empresas que se concentra, abocada a desaparecer, con o sin concentración²⁰), habría confirmado que en ausencia de un vínculo de causalidad entre la concentración y la obstaculización significativa de la competencia efectiva la Comisión no debería prohibir aquélla, pues el deterioro de la competencia (la absorción de la empresa en crisis) no tendría su origen en la concentración sino en la inevitable

17 Pappalardo, 2004: 166.

18 La Comisión nunca aceptó formalmente que el *test* fuera el que proponía el TPI. Resulta, por ejemplo, muy significativo que en su proyecto de Comunicación sobre las concentraciones horizontales, Comisión Europea, 2002: §§ 5 y 8, la Institución evitase cuidadosamente escindir en dos el *test* sustantivo del control de concentraciones europeo.

19 XXI Informe anual sobre la política de competencia en 1991, Anexo III, p. 394, a propósito de la Decisión *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*, (1991).

20 Para una descripción de los primeros criterios y la evolución de esta defensa, ver Levy, 2008: § 15.03; Ritter & Braun, 2004: 594 y ss. y Jörgens, 2003. Ver también las Decisiones *BASF/Eurodiol/Pantochim* (2001) y *Newscorp/Telepiù* (2003).

desaparición de la empresa adquirida²¹; y, por otro lado, diversas decisiones en las que la Comisión ha reconocido la compatibilidad de concentraciones en las que las partes ostentaban una posición de dominio con carácter previo a la concentración, por considerar que esta no reforzaría aquella²².

El TPI parecía compartir las tesis de la Comisión en estas últimas Decisiones, y en sus Sentencias *Air France* (1994), *Gencor* (1999) y *Airtours* (2002) afirmó que si la operación de concentración no añade nada sustancial a la estructura de mercado, ni cambia significativamente el nivel de competencia preexistente, la concentración debe ser aprobada “porque no restringe la competencia”²³.

En realidad, de los precedentes se desprende que el *test* del artículo 2.3 del Reglamento 4064/89 permitía autorizar concentraciones que implicasen la creación o el refuerzo de una posición dominante²⁴:

- *Si existían pruebas palpables de que la posición dominante en cuestión iba a desaparecer en un plazo breve* (esto era atípico y criticable). A la inversa, la Comisión podía también prohibir una transacción que no crease o reforzase inmediatamente una posición dominante si concluía que, con toda probabilidad, en un futuro relativamente próximo (por ejemplo, hasta cuatro años) esto iba a suceder²⁵ (lógicamente, esto era todavía más criticable, si cabe).
- *Si la concentración en cuestión reforzaba solo mínimamente, o no reforzaba de forma sensible, una posición dominante preexistente*²⁶ (esto no parecía plantear problemas desde el punto de vista del *test* de dominio tradicional,

21 Ver, entre otros, Navarro, Font, Folguera & Briones, 2005: 337. Para un ejemplo de falta de causalidad que se aleja matizadamente del argumento de la *failing firm*, ver las Decisiones *Deloitte & Touche/Andersen (UK)*, *Ernst & Young/Andersen (Germany)* y *Ernst & Young/Andersen (France)*, todas de 2002, estudiadas por Jörgens, 2003.

22 Así, por ejemplo, la Decisión *Coca-Cola/Amalgamated Beverages* (1997), §§ 108 y 109; la Decisión *AT&T/NCR* (1991), § 15; la Decisión *Seita/Tabacalera* (1999), y la Decisión *Callahan Invest/Kabel Nordrhein-Westfalen* (2000), citadas, entre otras, por Navarro, Font, Folguera y Briones, 2005: 147, nota 13.

23 SSTPI *Air France* (1994), §§ 79 y 80; *Gencor* (1999), §§ 170, 180 y 193; *Airtours* (2002), §§ 58 y 82.

24 En el mismo sentido, Levy (2008), § 10.06 [2]

25 Ver la STPI *Tetra Laval* (2002), § 153 en relación con el § 148 y con la Decisión *Tetra Laval/Sidel* (2001), §§ 314 y 321.

26 Para una aplicación de esta teoría en la práctica, ver, por ejemplo, la Decisión *De Beers/LVMH* (2001), §144, y la Decisión *Wallenius Lines/Wilhelmsen/Hyundai Merchant Marine* (2002), §§ 51-53 y 58-60, que se refiere al insignificante refuerzo de la posición dominante de la conferencia FEFC como consecuencia de esta operación.

- pues era lógico que las consecuencias de una concentración fuesen “sensibles” para la competencia, como pide el TJUE que sean las restricciones de la competencia para que estén incursas en la prohibición del artículo 101.1 TFUE); y
- *Si no existía nexo causal entre la concentración y el deterioro de la competencia, es decir, si la creación o el refuerzo de la posición dominante se producía en todo caso, con concentración o sin ella*²⁷ (lo cual tampoco planteaba problemas, pues era lógico y natural que si no se daba el supuesto de hecho básico para prohibir una concentración -que ella misma, y no otra cosa, crease o reforzase una posición dominante- las autoridades se abstuviesen de intervenir).

En consecuencia, en la práctica, la teoría o los dos elementos del supuesto test del control de concentraciones europeo se resumían en que solo se prohibían las concentraciones que tuviesen algún efecto negativo mínimamente importante y duradero sobre la competencia²⁸. En estos términos, la teoría, aunque criticable, no parecía apartarse significativamente del test de dominio.

Sea como fuere, los ejemplos de tolerancia hacia las concentraciones que creaban o reforzaban una posición dominante, en aplicación de estas supuestas excepciones, son muy escasos, y en el 99,9% de los casos en que la Comisión concluyó que se creaba o reforzaba una posición dominante, prohibió la operación de concentración. Esta interpretación temprana de la Comisión y del entonces Comisario de competencia, recogida por el TPI, no tuvo, por lo tanto, gran trascendencia práctica, y en los casi quince años de aplicación del Reglamento 4064/89 nunca fue utilizada para desviarse significativamente del *test* de dominio clásico.

En efecto, partiendo de que la posición dominante se define como la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva, y que el objetivo económico del Derecho de la competencia europeo es la protección y la promoción de la competencia efectiva²⁹, parecía ir contra toda la lógica del sistema reconocer que una determinada operación de concentración creaba o reforzaba una posición dominante, y sin embargo no prohibirla porque aunque eliminaba la competencia efectiva no lo hacía “de forma significativa”.

²⁷ Ver a propósito de la *failing firm defence* las decisiones citadas más atrás.

²⁸ Levy, 2000: 8-132 a 8-136, citado por Temple Lang, 2002: 313, nota 96.

²⁹ Bishop & Walker, 2002: 16, § 2.10.

Salvo que se defendiera que la expresión “posición dominante” tenía un significado diferente en el Reglamento 4064/89 y en el artículo 102 TFUE, parecía claro que el mero hecho de crear – y, todavía más, reforzar – una posición dominante suponía, en sí mismo, un obstáculo significativo para la competencia³⁰, de modo que la adición de la frase “que supongan etc.” carecía en la práctica de sentido³¹. La Comisión, en sus decisiones, seguía este parecer, y cuando enunciaba el criterio del artículo 2.3. del Reglamento 4064/89 solía referirse al “obstáculo significativo para una competencia efectiva” como una consecuencia automática de la creación o el refuerzo de una posición dominante³².

En la misma línea interpretativa estricta, y a pesar de la referencia a “la evolución del progreso técnico y económico” en el artículo 2.1.b) del Reglamento 4064/89, la Comisión consideraba que el *test* sustantivo del control de concentraciones europeo no contemplaba la llamada *efficiency defence* promovida por parte de la doctrina estadounidense y aceptada por algunos tribunales federales estadounidenses. En su versión más extrema, esta “defensa” permitiría autorizar una concentración aunque crease o reforzase una posición dominante, por motivos de eficiencia económica³³. Una versión más razonable de la *efficiency defence* permitía valorar las “eficiencias” de una operación *antes* (como parte del *test* sustantivo), pero *nunca después*, de concluir que se crea o se refuerza una posición dominante, y así era efectivamente como se interpretaba esta “defensa” en los EE UU y en la UE³⁴.

El debate sobre el tratamiento de las “eficiencias” en el control de concentraciones europeo tiene su origen en el intento “industrialista” de introducir la posibilidad de autorizar concentraciones que creasen una posición dominante. Desde este punto de vista tenía lógica inspirarse en el

30 Contra, de la Mano, 2002, propuso antes de la modificación del *test* sustantivo en 2004 que la Comisión pudiese autorizar concentraciones que creasen o reforzasen una posición dominante, si no obstaculizaban de forma significativa una competencia efectiva, a condición de que la concentración en cuestión generase ganancias de eficiencia. Para la *efficiency defence*, ver a continuación.

31 Ver Waelbroeck & Frignani, 1998: 308, § 237, quienes citan a Venit “The ‘merger’ control regulation: Europe comes of age...or Caliban’s dinner”, *Common Market Law Review*, 1990, pp. 7 y ss. en las pp. 20-22; y a Pendibene “Is the concept of dominant position different under the merger regulation”, *EBLR*, 1994, p. 42, como ejemplos de autores partidarios de que la “posición dominante” tenía un significado diferente en el Reglamento 4064/89 que en el art. 102 TFUE.

32 Ver, por ejemplo, la Decisión *PEO/Royal Nedlloyd* (1996), § 53.

33 Ver Luescher, 2004.

34 Ver Kolasky & Dick, 2002: 13 y 24-25.

test ideado para autorizar prácticas restrictivas (las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 101 del Tratado). En efecto, para distinguir aún más el *test* de control de concentraciones de un mero *test* de dominio, pero sin llegar a configurar un sistema de exención propiamente dicho, al estilo del artículo 101.3 TFUE, los criterios de compatibilidad contenidos en los artículos 2.1 *a)* y *b)* del Reglamento de control de concentraciones habrían introducido una especie de “teoría del equilibrio” que permitiría contrapesar la creación de una posición dominante con el análisis de otros factores económicos diversos como las características del mercado, los intereses de los consumidores, el progreso técnico y económico, etc., al estilo de la jurisdicción administrativa francesa³⁵. No obstante, la insistencia en la condición de que no se elimine la competencia resulta problemática para este propósito, ya que vuelve a cerrar la puerta a este tipo de autorización una vez franqueada la barrera de la creación o el refuerzo de una posición dominante. En la literalidad interpretada correctamente, y también en la práctica, ni el Reglamento de control de concentraciones ni la sección 5.7 de la Clayton Act permiten que las eficiencias rediman a una obstaculización significativa de la competencia efectiva o a un *substantial lessening of competition*, de forma que en las dos jurisdicciones solo pueden aceptarse eficiencias procompetitivas³⁶.

En consecuencia, en Derecho europeo las “eficiencias” derivadas de una concentración entre empresas tampoco permitirían traspasar el umbral sagrado de la creación o el refuerzo de una posición dominante, o la obstaculización significativa de la competencia efectiva³⁷, ni salvar a una operación de estas características de la prohibición³⁸. En este sentido, el artículo: 2.1 b) del Reglamento de control de concentraciones podría generar falsas esperanzas³⁹.

Al propio tiempo, en algunos aspectos el *test* de posición dominante del control de concentraciones europeo se mostró bastante más elástico que el

35 Winkler & Gerondeau, 1990: 545 y ss. califican al sistema del antiguo Reglamento de “híbrido” al reintroducir los criterios del art. 101.3 TFUE en el análisis de la propia posición dominante y de su compatibilidad, si bien opinan que la literalidad del Reglamento parece indicar que la protección de la competencia debe prevalecer sobre otras consideraciones de política industrial.

36 Hofer & Williams, 2005: 8, conceptúan las eficiencias como un efecto pro-competitivo de una concentración (‘efficiencies are a pro-competitive effect of mergers’).

37 Para un punto de vista similar, ver Herrero Suárez, 2001: 1961.

38 La posición de la Comisión no cambió con el nuevo Reglamento 139/2004 y se resume en las Directrices sobre las concentraciones horizontales, Comisión Europea, 2004: §§ 76-88.

39 En el original, “false hopes”. Cook & Kerse, 2009: 273.

concepto de posición dominante a efectos del artículo 102 TFUE, al menos en la interpretación que de él hizo la Comisión. Así, por ejemplo, la posición dominante cuya creación o refuerzo permitía prohibir una operación de concentración no era necesariamente la individual de la entidad resultante de la operación en cuestión, sino que podía tratarse de la posición dominante, individual o colectiva, de uno o varios terceros⁴⁰. Ahora bien, el Tribunal de Justicia no tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta utilización del *test* sustantivo (la llamada *third party dominance theory*⁴¹). Esta y otras peculiares extensiones del concepto de posición dominante⁴², más allá incluso del concepto de posición dominante colectiva oligopolística aceptado por las jurisdicciones europeas⁴³, hicieron a algunos apuntar el riesgo de que la ampliación del concepto de posición dominante en el control de concentraciones llevase al mismo tiempo a la ampliación del número de empresas sometidas a las obligaciones especiales derivadas del artículo 102 TFUE, limitándoles de esta manera la posibilidad de realizar determinadas prácticas comerciales susceptibles de ser consideradas abusivas cuando quien las realiza se encuentra en posición dominante. Esta preocupación se refería en particular, pero no exclusivamente, a las posiciones dominantes colectivas. Por ello llegaron a propugnar que se escindiera el concepto de dominio (*dominance*) a efectos del control de concentraciones del concepto de dominio a efectos del artículo 102 TFUE⁴⁴.

3. LAS CUESTIONES SUSTANTIVAS EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO 4064/89

Tal era la situación cuando en diciembre de 2001 la Comisión Europea dio el pistoletazo de salida de la reforma del primer Reglamento de control de concentraciones con la publicación de su Libro Verde sobre la revisión del

40 La primera formulación de esta teoría se encuentra en la Decisión *Exxon/Mobil* (1999); y la más sorprendente, en la Decisión *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico* (2001) y en la Decisión *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico* (2002).

41 Ver Levy, 2010: 236.

42 Las mayores críticas fueron motivadas por la Decisión *Airtours/First Choice* (1999), anulada por la STPI *Airtours* (2002).

43 En concreto, y por todas, la STPI *Gencor* (1998) y la STJCE *CEWAL* (2000).

44 Ver Monti, 2002^a: 5. Este mismo punto de vista fue expresado por Richard Whish en la conferencia en que el Comisario Monti resumió así uno de los comentarios recibidos por la Comisión a propósito de la reforma del control de concentraciones europeo.

Reglamento 4064/89⁴⁵. La prevista revisión, que en principio no contemplaba la modificación del *test* sustantivo, lo habría de alcanzar de lleno.

Más allá de las críticas al *test* europeo por su rigidez e insuficiencia, y de las alabanzas al *test* estadounidense (*substantial lessening of competition*, SLC) por su mejor cobertura tanto de los “efectos coordinados” como de los “efectos unilaterales” de las concentraciones entre empresas, el origen de este cambio de planes hay que situarlo en la anulación por el TPI en 2002 de las Decisiones *Airtours /First Choice* (1999), *Schneider/Legrand* (2001) y *Tetra Laval/Sidel* (2001), tres decisiones prohibitivas de la Comisión en materia de concentraciones, y sobre todo en la STPI *Airtours* (2002).

Para algunos esta sentencia dejaba claro que la utilización del concepto de posición dominante colectiva no permitía alcanzar y prevenir los llamados “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos, puesto que concluía que para establecer la existencia de una posición dominante colectiva no bastaba con demostrar que una concentración hacía que para los oligopolistas, individualmente, fuera racional reducir la producción o aumentar los precios⁴⁶. Una definición tan amplia de la posición dominante colectiva, se decía, implicaría que casi todas las concentraciones en mercados oligopolísticos podrían ser bloqueadas por la Comisión⁴⁷. Así pues, para alcanzar los “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos la Comisión parecía necesitar nuevas bases jurídicas.

En consecuencia, a partir de 2002 la Comisión se mostró favorable a ampliar el *test* del artículo 2, apartados 2 y 3 del Reglamento 4064/89, y a diferenciarlo matizadamente del de posición dominante del artículo 102 TFUE, evitando así que se ampliase aún más (tras los relativamente numerosos asuntos relacionados con posiciones dominantes colectivas) el ámbito de aplicación de esta última disposición. Según el Comisario encargado de los asuntos de competencia por aquel entonces, la modificación legislativa tendría la – para quienes esto escriben dudosa – virtud de no vincular la definición de posición

45 Comisión Europea, 2001. Acerca del Libro Verde, ver Berenguer Fuster, 2004.

46 Ver, entre otros, Kokkoris, 2005: 41, quien apunta a la Sentencia *Airtours* como origen de un supuesto *gap* o laguna en el control de concentraciones europeo.

47 Ver, por todos, Stroux, 2002: 744.

dominante del Reglamento de control de concentraciones con el mismo concepto en aplicación del art. 102 TFUE⁴⁸.

El artículo 2.2 del inicial Proyecto de Reglamento intentaba efectivamente “clarificar” el concepto de posición dominante a efectos del control de concentraciones incluyendo una definición en dos partes. La primera entroncaba con la definición ya avalada por los Tribunales europeos (incluida la posición dominante colectiva oligopolística). La segunda se añadía al objeto de poder alcanzar los llamados “efectos unilaterales” de las concentraciones en mercados donde existieran oligopolios en los que no se produjese “coordinación tácita”⁴⁹. En concreto, la disposición propuesta decía así:

“2. A efectos del presente Reglamento se considerará que una o varias empresas ocupan una posición dominante si utilizan su posición económica, ya sea de forma coordinada o no, para ejercer una influencia apreciable y prolongada sobre los parámetros de la competencia y, en particular, sobre los precios, la producción, la calidad de la producción, la distribución o la innovación, o para restringir la competencia de manera apreciable.

A la postre, y tras sufrir duras críticas, el Proyecto de Reglamento fue sustancialmente modificado para introducir un *test* sustantivo con menos apariencia de parche, más en línea con el *test* SLC y que con solo cambiar el orden de los elementos del *test* preexistente perseguía ampliar de forma notable la cobertura material del nuevo *test*⁵⁰. En efecto, de acuerdo con el artículo 2.3 del nuevo Reglamento 139/2004:

Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común.

48 Ver Monti, 2002b: 3-4, y Berenguer Fuster, 2004. Ver también el Memorándum Explicativo que acompaña al Proyecto de Reglamento de control de concentraciones, Comisión Europea, 2002: §§ 53-58.

49 Un ejemplo, quizás el último, de este tipo de casos autorizado sobre la base del antiguo Reglamento fue *Oracle/PeopleSoft* (2004).

50 Pappalardo, 2004: 166 afirma que, en contravención de las reglas aritméticas, la inversión del orden de los factores puede alterar significativamente el producto (“au mépris des lois de l’arithmétique, l’inversion de l’ordre des facteurs -la position dominante et l’entrave significative à la concurrence effective- peut changer sensiblement le produit”). En realidad, esta alteración no debería producirse si la Comisión se atuviera a sus manifestaciones acerca del carácter meramente aclaratorio del nuevo *test*.

El nuevo *test* pretendidamente conjuraba los supuestos riesgos de contaminación entre el control de concentraciones y el artículo 102 TFUE y permitía prevenir eficazmente los “efectos unilaterales” de las concentraciones por la vía segura de conceptualizarlos como una subespecie de la “obstaculización de la competencia”, sin necesidad de “forzar” todavía más el concepto de posición dominante colectiva.

4. LA ADOPCIÓN DE UN NUEVO *TEST* SUSTANTIVO PARA CUBRIR DETERMINADOS “EFECTOS UNILATERALES” DE LAS CONCENTRACIONES. “EFECTOS COORDINADOS” Y “EFECTOS UNILATERALES” EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EUROPEO

Dentro del análisis económico de las concentraciones entre empresas, y utilizando categorías más propias del control de concentraciones estadounidense que del europeo, la doctrina jurídica y -sobre todo- económica europea venía desde años antes del Reglamento 139/2004, por una parte, distinguiendo entre los “efectos coordinados” y los “efectos unilaterales” de las concentraciones, especialmente en mercados oligopolísticos; y, por otra parte, criticando la insuficiencia del *test* de dominio para prevenir los “efectos unilaterales” en este tipo de mercados.

4.1. “Efectos coordinados” y “efectos unilaterales”

Con carácter general, y sin circunscribirla al ámbito de los oligopolios, el Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission de los EE UU, en sus Merger Guidelines de 1992⁵¹, establecían la diferencia entre los “efectos coordinados” (que se producen exclusivamente en los mercados oligopolísticos) y los “efectos unilaterales” de las concentraciones entre empresas (que se producen como resultado de la creación o el refuerzo de una posición dominante individual y también como consecuencia de los cambios de estructura acaecidos dentro de un oligopolio tras una concentración)⁵². No parece, pues, acertado afirmar que estos dos conceptos son ambas formas de conducta oligopolística.⁵³

51 Ver las Merger Guidelines 1992, Department of Justice/Federal Trade Commission, 1992: §§ 2.1 y 2.2, que han sido sustituidas por las Merger Guidelines 2010, Department of Justice/Federal Trade Commission, 2010: §§ 6 y 7.

52 Whish, 2000: 592, sin embargo, parece asignar “efectos unilaterales” exclusivamente a las posiciones dominantes individuales. Para esta equiparación, ver más adelante en este epígrafe.

53 Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright & Tirole, 2003: 4.

Según las autoridades estadounidenses, las empresas que se concentran pueden ver provechoso cambiar su conducta unilateralmente como consecuencia de la transacción y subir los precios o bajar la producción (“efectos unilaterales”), o pueden con más probabilidad, más éxito, y más completamente coordinar su conducta competitiva como consecuencia de la concentración (“efectos coordinados”).

La interacción competitiva coordinada se refiere a las acciones de un grupo de empresas que son rentables para cada una de ellas solo como consecuencia de la reacción acomodadiza de las otras empresas del grupo (un oligopolio). Los “efectos coordinados”, o su exacerbación, tendrían por lo tanto una relación directa y necesaria con la creación o el refuerzo, e incluso el abuso, de una posición dominante colectiva oligopolística, en el sentido de la jurisprudencia y los precedentes europeos.

Los “efectos unilaterales” hacen referencia al riesgo de que las partes que se concentran aumenten los precios o reduzcan la producción debido a la desaparición de una fuerza competitiva. Una concentración entre empresas puede producir tales efectos al aumentar el poder de mercado de la entidad resultante, llevando a esta a cambiar su conducta y perjudicar el bienestar económico general. La caracterización como unilaterales se debe a que la entidad resultante de la concentración no precisa de la conducta de sus competidores para maximizar sus beneficios. Su conducta óptima previa a la concentración ha cambiado con el aumento de su poder de mercado (fundamentalmente por su mayor cuota de mercado tras la concentración), de modo que puede permitirse subir los precios o limitar la producción unilateralmente. Aunque otros quizá la seguirán, haciendo sus propios ajustes, la entidad fusionada tiene incentivos para iniciar una subida de precios o una reducción de la producción con independencia de que crea que los otros la van a seguir o no. No debe, sin embargo, confundirse las posibles respuestas de empresas rivales a un aumento unilateral de los precios posterior a una concentración con los “efectos coordinados”⁵⁴, pues los “efectos unilaterales” incluyen no solo el impacto de una concentración en la conducta de la entidad resultante de la concentración, sino también el “efecto de reequilibrio” que resulta de la adaptación de las otras empresas a las nuevas decisiones de la entidad concentrada⁵⁵.

54 Bishop & Walker, 2002: 287, § 7.58. Ver igualmente Kühn, 2002: 41, y a continuación.

55 Ver Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright & Tirole, 2003: 7 (nota 5), 22 y 38-39.

En definitiva, “unilateral” aplicado a los efectos de una concentración designa, pues, las iniciativas empresariales cuyo éxito depende sola y exclusivamente de la propia empresa. El adjetivo “coordinado”, por su parte, se refiere a iniciativas cuyo éxito depende del seguimiento acomodaticio de las demás empresas miembros de un oligopolio⁵⁶.

Sin embargo, en la práctica no siempre es fácil distinguir entre “efectos coordinados” y “efectos unilaterales” dentro de los oligopolios. Por ejemplo, si en una situación hipotética la nueva estructura de mercado nacida de la concentración fuera tal que permitiese a *todas* y cada una de las empresas miembros del oligopolio subir los precios o limitar la producción sin pensar en los demás, esta situación sería difícil de distinguir, en la práctica, de la “coordinación tácita” propia de la posición dominante colectiva oligopolística. Por otra parte, si la nueva estructura permitiese a *una* de las empresas miembros del hipotético oligopolio subir los precios o limitar la producción sin pensar en los demás, los otros oligopolistas podrían seguir a la empresa que hubiese actuado primero unilateralmente, por sus propias razones unilaterales, con lo que se produciría una situación también difícil de distinguir de los “efectos coordinados” típicos de una posición dominante colectiva oligopolística⁵⁷.

La desaparición de una empresa “díscola” o *maverick* puede también dar lugar a efectos tanto coordinados⁵⁸ como unilaterales⁵⁹. En *T-Mobile Austria/Tele.ring* (2006), y pese a que la Comisión investigó desde el principio los efectos coordinados en paralelo, el énfasis de la decisión final recayó sobre los

56 Recuérdese que si la nueva estructura surgida de la concentración permite a una de las empresas miembros del teórico oligopolio subir los precios o limitar la producción sin pensar en los demás, las demás empresas del teórico oligopolio podrían seguir a la empresa que hubiese actuado primero unilateralmente, también por sus propias razones unilaterales, y que esto no debe confundirse con los “efectos coordinados”.

57 Un ejemplo interesante de “efectos raros” de difícil encaje en una de estas categorías puede encontrarse en la Decisión *Maersk/PONL* (2005), relativa a una situación en la que una empresa se hacía con el control de un cártel autorizado (una conferencia marítima) que a su vez controlaba un mercado.

58 Ver Directrices sobre las concentraciones horizontales, Comisión Europea, 2004: §§ 20(d) y 42.

59 Ver Directrices sobre las concentraciones horizontales, Comisión Europea, 2004: § 37. Según la Comisión, si una concentración “elimina una fuerza competitiva importante”, podrían producirse efectos unilaterales o no coordinados. Según ella, “[a]lgunas empresas tienen una mayor influencia en el proceso competitivo de la que se desprende de sus cuotas de mercado o de otros indicadores similares”, lo cual apunta a algo similar, aunque no idéntico, a lo que la propia Comisión dice acerca de los *mavericks* o “díscolos” en los §§ 20(d) y 42 de las Directrices. Como en los últimos casos, el problema es que la calidad de “díscolo” y la importancia de un competidor es una cuestión de gusto, y cualquier competidor podría ser “díscolo” o “importante” para una autoridad de competencia particularmente celosa, con lo que los efectos unilaterales o no coordinados podrían producirse en todas y cada una de las operaciones de concentración, en las que siempre, por definición, desaparece un competidor que podría considerarse díscolo o importante.

efectos unilaterales debido a la desaparición de Tele.ring, al que la Comisión consideraba como el *maverick*⁶⁰.

En cualquier caso, lo que parece muy claro es que tanto los “efectos unilaterales” como los “efectos coordinados” provienen de un aumento del poder de mercado de determinadas empresas,⁶¹ el cual deriva a su vez de un cambio en la estructura del mercado relevante motivado por una concentración entre empresas, siguiendo este esquema:

Concentración —————→ *Cambio en la estructura del mercado relevante* —————→
Aumento del poder de mercado de determinadas empresas —————→ *Efectos*
negativos sobre los parámetros de competencia (precios, producción, calidad,
variedad, etc.)

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que lo que distingue a los “efectos coordinados” de los “efectos unilaterales” es, respectivamente, la dependencia o la independencia de otras empresas para conseguir subir los precios o limitar la capacidad, etc., cabría preguntarse si unos y otros son compatibles; o lo que es lo mismo, si en un mercado dado, y como consecuencia de un mismo hecho (una concentración entre empresas) pueden producirse tanto “efectos unilaterales” (al principio, y dentro de un equilibrio estático estándar) como “efectos coordinados” (dentro de un equilibrio dinámico de interacción posterior de índole no competitiva). La teoría económica suele considerar que en presencia de la “coordinación tácita” típica de la posición dominante colectiva oligopolística (es decir, en presencia de “efectos coordinados”) es difícil imaginar que se produzcan “efectos unilaterales”, pero las Merger Guidelines 1992 y 2010 de las autoridades de los EE UU no excluyen que una concentración produzca ambos tipos de efectos⁶².

60 El empleo del término *maverick* en el contexto de los efectos unilaterales plantea problemas, puesto que normalmente se usa al referirse a los efectos coordinados: los *mavericks* son competidores que no desean formar parte del grupo coordinado, debido a su cultura empresarial o a otras razones, y cuya existencia determina la imposibilidad de que otras empresas se coordinen. Pese a esta precisión semántica, es habitual encontrar referencias a esta terminología en el contexto de los efectos unilaterales.

61 Ver, entre otros, Kühn, 2002: 40.

62 Ver Katz, 2003 e Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright & Tirole, 2003: 63, nota 58, quienes implícitamente parecen apoyar la compatibilidad de ambos tipos de efectos al no descartar que a un equilibrio estático inicial siga un equilibrio dinámico posterior. Ver también Coppi & Walker, 2004: 147.

4.2. La teórica insuficiencia del *test* de dominio para prevenir los “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos

Es comúnmente aceptado que las circunstancias en las que una concentración puede producir “efectos unilaterales” en mercados caracterizados como oligopolios “no [tácitamente] colusorios” son dos⁶³⁻⁶⁴.

En primer lugar, cuando dos o más competidores cercanos se concentran en un mercado de productos diferenciados, a condición de que: (i) los productos de las empresas que se concentran sean los sustitutos más cercanos; (ii) los productos de los rivales más próximos no sean sustitutos cercanos; (iii) los rivales no puedan o quieran reposicionar sus productos para competir con la entidad fusionada después de la concentración; y (iv) la concentración no produzca eficiencias importantes que incentiven que la entidad fusionada aumente la producción (y rebaje los precios, en consecuencia).

En segundo lugar, cuando las empresas que se concentran, pese a su cuota de mercado moderada, tienen capacidad de producción excedentaria, pero sus rivales no, siempre que haya barreras de entrada o a la expansión. La concentración eliminaría la principal fuente de competencia y produciría aumentos en los precios.

Como ya se ha visto, la caracterización más común de los “efectos unilaterales”, y desde luego la de las autoridades estadounidenses⁶⁵, apunta a que incluso dentro de un mercado oligopolístico estos efectos se producen tras una concentración como consecuencia de la nueva posición individual de una empresa, la cual, gracias a sus productos diferenciados⁶⁶ o a las limitaciones de los competidores para expandir su capacidad productiva, es capaz de actuar con la independencia típica de un operador dominante⁶⁷. Dicho esto, en la práctica para la Comisión el umbral de poder de mercado necesario para

63 Resumen aquí a Lindsay, Fullerton & Matthews, 2003.

64 Una tercera situación en la que se ha dicho que podrían producirse efectos unilaterales es la desaparición de un *maverick* (ver las manifestaciones de Ilene Knable Gotts en Hawk, 2003: 323), aunque como se acaba de explicar más comúnmente esta circunstancia se considera un factor favorecedor de la coordinación tácita, es decir, como un posible detonante de “efectos coordinados”.

65 Ver las Merger Guidelines 1992 y 2010, Department of Justice/Federal Trade Commission, 1992: § 2.2.; y 2010: § 6.

66 Como indican Röller & de la Mano, 2002: 9, cada vendedor de un producto diferenciado tendrá un cierto poder de mercado. (En el original: “Every seller of a differentiated product almost certainly has some market power”).

67 Según Motta, 2004: 233, los efectos unilaterales no son equivalentes a la existencia de una posición dominante individual. Sin embargo, a mi juicio esto es cuestionable: si se define adecuadamente la posición

que se identifiquen efectos unilaterales podría ser inferior al umbral para determinar la existencia de una posición dominante. La noción de efectos unilaterales le permitiría intervenir en ausencia de una posición dominante individual⁶⁸.

De cualquier modo, ya se trate de un mercado oligopolístico o no, los “efectos unilaterales” parecen producirse como consecuencia del aumento de poder de mercado individual de una empresa, mientras que los “efectos coordinados” nacen de un cambio en las relaciones entre los miembros de un oligopolio, lo que les lleva a actuar como si fuesen una “entidad colectiva”. En este último caso, las empresas miembros del oligopolio carecen cada una de poder de mercado individual, aunque la estructura del mercado las induce o las conduce a ejercer un poder de mercado colectivo. A diferencia de la situación en la que se producen “efectos unilaterales” dentro de un oligopolio, las empresas no pueden individualmente subir los precios o limitar la producción, sino que dependen de las otras para hacerlo. Parece, pues, que examinando de cerca el tipo de situaciones en las que se producen tales efectos nos encontramos más bien ante una posición dominante individual, y no ante una posición dominante colectiva.⁶⁹

Una vez descartado que los “efectos unilaterales” en los oligopolios puedan derivar de una posición dominante colectiva,⁷⁰ es preciso indagar, primero, si estos efectos son en realidad manifestaciones típicas de una posición dominante individual; o, en caso contrario, en segundo lugar, si tratándose de algo distinto e inalcanzable por el *test* de posición de dominio, era necesario en la UE ampliar el *test* de dominio o adoptar uno nuevo y distinto, del estilo del *test* SLC, en apariencia más flexible y de mayor cobertura que aquél.

dominante como la capacidad de incrementar los precios entre 5-10% por encima del nivel competitivo, ambas cosas serían lo mismo, incluso en presencia de un operador líder del mercado. Ver a continuación.

68 Ver Baxter & Dethmers, 2005: 383-384, quienes aseguran que la Comisión ha obtenido “significant and almost unlimited scope for intervention below the level of single dominance”, citando como ejemplos los asuntos *Siemens/Drägerwerke/JV* (2003), *Syngenta CP/Advanta* (2004) y *Oracle/PeopleSoft* (2004).

69 Ver Nicholson, 2002: 7-8. Contra, Fingleton, 2003: 191 y ss.

70 Nótese, sin embargo, que aunque en presencia de la “coordinación tácita” típica de la posición dominante colectiva oligopolística es difícil imaginar que se produzcan “efectos unilaterales”, las Merger Guidelines 1992 y 2010 de las autoridades de los EE UU no excluyen que una concentración produzca ambos tipos de efectos, como se acaba de explicar.

4.3. La reforma del *test* sustantivo para alcanzar los “efectos unilaterales” en los oligopolios: el *test* de “obstaculización significativa de la competencia efectiva”(OSCE).

Como hemos visto, los “efectos unilaterales” eran para algunos los más difíciles de afrontar dentro del control de concentraciones de la UE. Dado que el sistema europeo pretendía básicamente impedir que se crease o se reforzase una posición dominante individual o colectiva, y que estos efectos no podían considerarse derivados de una posición dominante individual ni colectiva, numerosos autores mantenían que había un “ángulo muerto” (*blind spot*) en el control de concentraciones europeo⁷¹.

En apoyo de esta teoría se citaba la STPI *Airtours* (2002), que según algunos habría descartado que los puros “efectos unilaterales” dentro de un oligopolio “no cooperativo” o “no [‘tácitamente’] colusorio” pudiesen ser evitados con las herramientas del artículo 2 del Reglamento 4064/89. La Decisión *Airtours* (1999), en efecto, había utilizado un lenguaje novedoso, y en vez de definir la “posición colectiva” de las empresas en función de la adopción de una política común en el mercado (el *test* de otras veces), parecía usar un *test* distinto, basado en la adaptación racional e individual de dicha política a las circunstancias del mercado⁷². De ahí que se dijera que la Comisión podía haber intentado ampliar la noción de posición dominante colectiva “mirando a la conducta unilateral y racional de las entidades individuales, más que a su coordinación tácita”⁷³.

Aunque no está claro si la Comisión pretendió ampliar la noción de posición dominante colectiva, o si su forma de expresarse dio lugar a un equívoco,⁷⁴ la STPI *Airtours* (2002) parecía cerrar el paso a que los “efectos unilaterales” en los oligopolios pudiesen atacarse con el *test* de dominio en la mano. Sea como fuere, y pese a la notabilísima evolución del concepto de posición dominante en los años previos a *Airtours* (2002), principalmente

71 Ver, entre otros, Fingleton, 2003: 191 y ss.; Motta, 2000, citado por Christensen & Rabassa 2001: 229; Frontier Economics, 2002: 4; Röller & de la Mano, 2006: 1; y Werden, 2008: 96. En contra, también entre otros, González Díaz, 2004; Ehlermann, Völcker & Gutermuth, 2005; y Verouden, Bengtsson & Albaek, 2004: 257.

72 Decisión *Airtours* (1999), § 54. En este pasaje, la Comisión afirmaba que para establecer una posición dominante colectiva oligopolística era suficiente con que los oligopolistas tuvieran incentivos para actuar individualmente en formas que reducirían sustancialmente la competencia entre ellos. En el original inglés: “act – individually – in ways which substantially reduce competition between them”.

73 Whish, 2000: 604-605.

74 Ver Whish, 2000: loc. ult. cit. y Whish, 2008: 852-853.

para cubrir las necesidades del control de concentraciones en materia de “oligopolios [tácitamente] colusorios”, a partir de entonces cabían todavía más dudas sobre si el *test* de dominio podía, sin demasiados malabarismos, alcanzar a todos los “efectos unilaterales”.

Para colmar esta laguna, algunas autoridades de defensa de la competencia europeas, así como parte de la doctrina, propusieron que en la UE se adoptase el *test* sustantivo preferido en el mundo anglosajón, donde se prohíben las concentraciones entre empresas que reducen sustancialmente la competencia (*substantially lessen competition*, SLC).

Desde el punto de vista de la política de competencia, cambiar al *test* SLC implicaba reconocer que existían situaciones de oligopolio en las que tras una concentración las empresas competirían bastante menos vigorosamente, sin necesidad de coordinarse tácitamente. Esto podía suceder, por ejemplo, cuando en un mercado el número de operadores se redujese de cuatro a tres o en aquellos casos en que la operación implicase la desaparición de un operador importante (o *díscolo*, o *maverick*)⁷⁵. En estas circunstancias, el *test* de dominio podría no alcanzar las concentraciones que redujesen sustancialmente la competencia pero no hiciesen probable la “coordinación tácita”, o no creasen una posición dominante individual⁷⁶.

Como ya se ha anticipado⁷⁷, la Comisión no hizo oídos sordos a esta polémica. Todo lo contrario.

Aun negando que en su Decisión *Airtours/First Choice* (2000) hubiese intentado ampliar la noción de posición dominante colectiva a los supuestos de “efectos unilaterales” dentro de los oligopolios “no coordinados”⁷⁸, y que la citada interpretación de la STPI *Airtours* (2002) fuese correcta,⁷⁹ la Comisión y tras ella el Consejo, parecieron sucumbir en el definitivo artículo 2 del Reglamento 139/2004 a los encantos del *test* SLC. El cambio se produjo utilizando palabras tomadas de la segunda parte del antiguo *test* (que hablaba

75 Ver más atrás, apartado 4.1.

76 Vickers, 2003: 102.

77 Ver apartado 3.

78 Ver Christensen & Rabassa, 2001: 227 y ss.

79 Según la Propuesta de Reglamento sobre las concentraciones horizontales, Comisión Europea, 2003: § 54, “el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado de forma expresa sobre la posibilidad -y, por tanto, no la ha excluido explícitamente- de examinar las repercusiones de las concentraciones en los casos de oligopolios (no colusorios) en los que ninguna de las empresas participantes tiene un tamaño significativamente mayor que las demás con arreglo al actual criterio de posición dominante”.

de “obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva”, OSCE, o de “significant impediment to effective competition”, SIEC, además de crear o reforzar una posición dominante) y tratando a la creación o el refuerzo de una posición dominante como un caso particular de “obstáculo significativo para la competencia efectiva”, lo que probablemente abre la posibilidad de interpretarlo a partir de cero cuando el obstáculo no provenga de la creación o el refuerzo de una posición dominante individual o colectiva, o de los “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos, que son los dos únicos ejemplos de obstáculo que da el Reglamento.

La utilización del término “obstáculo” (*impediment*) en vez de “reducción” (*lessening*), como el *test* estadounidense, tiene la ventaja de no alterar esencialmente el *punto de vista absoluto* del control de concentraciones europeo, que se funda en la existencia de umbrales de poder de mercado preestablecidos cuyo alcance o superación permite prohibir una concentración. Aunque en la práctica llegue a resultados muy semejantes, el *test* SLC adopta en principio un *punto de vista relativo* y tiene en cuenta la intensidad del previsible cambio a peor de las condiciones competitivas en un mercado, con independencia del nivel de poder de mercado al que llegue la entidad fusionada⁸⁰.

El nuevo *test* permitiría en apariencia situar el “obstáculo significativo para la competencia efectiva” por debajo del nivel de la posición dominante clásica, de modo que la Comisión podría prohibir más concentraciones que con el *test* antiguo⁸¹. Con todo, el nuevo *test* y el antiguo emplean el término “obstaculizar” con un sentido muy diferente. Como se recordará, la interpretación del artículo 2 del Reglamento 4064/89 llevada a cabo por el TPI situaba el nivel de “obstaculización significativa de la competencia efectiva” justo por encima del nivel de la posición dominante (aunque no mucho más) y permitía a la Comisión autorizar más operaciones de concentración que un *test* de posición de dominio puro.⁸² La “obstaculización significativa” en el Reglamento 139/2004 se presenta como una categoría general, una de cuyas manifestaciones o ejemplos sería la creación o el refuerzo de una posición dominante, y su sentido es el opuesto al del Reglamento 4064/89, pues

80 Ver Temple Lang, 2002: 309-310.

81 En este sentido, Nicholson & Cardell, 2002: 286; Bergman, Jakobson & Razo, 2005: 719; Kokkoris, 2005: 42; Ehlermann & Atanasu, 2007: xxviii, y Walker, 2004: 4-5. Contra, Faull & Nikpay, 2007: § 5.202.

82 Ver supra, apartado 4.1.

permitiría a la Comisión prohibir más operaciones de concentración que el *test* de posición de dominio puro.

El nuevo *test* acaba además de un plumazo con la polémica sobre si el *test* de dominio del control de concentraciones europeo permitía o no prevenir los “efectos unilaterales” en los oligopolios “no [tácitamente] colusorios”, a los que sin duda alcanza (y potencialmente a mucho más), y de paso quizá convalida, con la vaguedad del término obstáculo como válvula de escape, algunos más que probables excesos interpretativos del *test* de dominio⁸³, todo ello gracias a una considerable e inicialmente no buscada ampliación de los poderes discrecionales de la Comisión,⁸⁴ sin duda para prohibir, pero quizá también para autorizar concentraciones⁸⁵, con merma de la seguridad jurídica⁸⁶.

Para prohibir, porque los “efectos unilaterales” dentro de un oligopolio, en su caracterización más habitual, se asocian a un aumento del poder de mercado individual insuficiente para establecer la existencia de una posición dominante individual⁸⁷. Así, los imprecisos perfiles de este nuevo concepto posibilitarían la ampliación de los poderes de la Comisión por la vía de una interpretación extensiva, riesgo que se vería confirmado por las Directrices sobre concentraciones horizontales⁸⁸. En realidad, este riesgo debería haber sido conjurado por el considerando 25 del Reglamento 139/2004, en el que haciendo gala de un muy meritorio e inusitado autocontrol la Comisión se comprometía utilizar el *test* OSCE/SIEC, “más allá del concepto de posición de dominio”, exclusivamente contra los “efectos no coordinados” o “unilaterales” en los oligopolios. No obstante, la redacción de la parte final

83 Según Brunet & Gingerson, 2004: 3 y ss., en Airtours el Tribunal de Justicia habría dado un “coup d’arrêt à l’imagination créatrice de la Commission, en privilégiant une interprétation stricte du critère de position dominante”.

84 Paradojas de la vida política europea, si la Comisión hubiese propuesto inicialmente que se ampliasen sus poderes de esta forma, el Consejo quizá se habría opuesto.

85 En este sentido, ver Röller & de la Mano, 2006: 9.

86 Voigt & Schmidt, 2004b: 1593-1594, se muestran críticos con la inseguridad jurídica a la que podría dar lugar la ampliación de los poderes de la Comisión Europea y la mayor flexibilidad de que esta disfruta dentro del Reglamento 139/2004. En un sentido similar, ver Bishop & Lofaro, 2004: 205.

87 Contra, Fountoukakos & Ryan, 2005: 291.

88 Brunet & Gingersen, 2004: 23.

de la sección de las Directrices dedicada a los efectos no coordinados no ha contribuido a despejar todas estas dudas⁸⁹.

Para autorizar, porque el nuevo *test* permite a la Comisión superar ampliamente el “techo adicional de autorizabilidad” reconocido por el TPI en caso de creación o refuerzo comprobado de una posición de dominio, a partir del juego de la segunda parte del *test* sustantivo del artículo 2 del Reglamento 4064/89. En efecto, el considerando 26 del nuevo Reglamento, deja claro que solo “generalmente” (luego no siempre)⁹⁰ la creación o el refuerzo de una posición dominante significará un “obstáculo significativo para la competencia efectiva”. Aunque este adverbio parece referirse, hoy por hoy, a los supuestos casos detectados por el TPI de creación o refuerzo de una posición dominante sin obstaculización significativa de la competencia efectiva, una vez transcurrido un razonable periodo de cuarentena, nada impediría a la Comisión volver por sus fueros creativos sobre la base de este “generalmente”, sobre todo cuando han sido el Consejo y el TPI quienes le han dado pie para ello.

La Decisión *T-Mobile Austria/Tele.ring* (2006) puede considerarse una ilustración del aumento del margen de discreción de la Comisión con relación a la posibilidad de prohibir una concentración. En este asunto se planteó una situación parecida a la del asunto de la comida para bebés (*Baby foods*) en EE UU⁹¹ y, además, la operación implicaba la desaparición de un “díscolo” (*maverick*).

A la inversa, un ejemplo del mayor margen de discreción de la Comisión para autorizar operaciones de control de concentraciones podría encontrarse en el asunto *Amer/Salomon* (2005), en el que, con grandes cuotas resultantes en algunos mercados nacionales de esquís se autorizó la concentración en circunstancias que podría pensarse no habrían permitido hacerlo usando el *test* antiguo.

En realidad, *Salomon* podía autorizarse con el antiguo *test* con una definición correcta del mercado relevante, y *T-Mobile Austria/Tele.ring* podría prohibirse con una interpretación de la posición dominante que-

89 Para una interpretación contemporánea y desde dentro de la DGCOMP de la Comisión Europea del sentido de esta frase del considerando 25 del Reglamento 139/2004, ver Drauz & Jones, 2006: §§ 4.41-4.46.

90 La primera versión española del considerando 26 omitía el crucial adverbio “generalmente”, aunque este error fue posteriormente corregido en el DO [2004] L 375/35.

91 *FTC v. H.J. Heinz&Co.*, D.C.Circuit Docket No. 00-5362 (*decidido* el 27 de abril de 2002).

como creemos es correcto- la equiparara a “poder de mercado importante”, es decir, que permite subir los precios de forma significativa, con independencia de que se sea líder del mercado (el mayor en cuota) o no. Ahora bien, para algunos esto último iría contra la propia esencia de la noción de posición dominante⁹². Sin embargo, todo depende del significado que se atribuya a esa “posición dominante”, que viene muy influido por la noción de abuso. Si posición dominante es igual a poder de mercado importante o significativo, es decir, el poder de subir los precios 5-10% y seguir obteniendo un beneficio, entonces puede darse una posición dominante en situaciones en las que quien la disfruta no es el líder del mercado, o el operador con más cuota. De este modo, la posición dominante individual se equipararía a los efectos unilaterales y la posición dominante colectiva sería equivalente a los efectos coordinados. Desde esta perspectiva serían aceptables también las “posiciones dominantes instantáneas”, puesto que tales serían los efectos unilaterales *one-shot* o no duraderos en el control de concentraciones. La cuestión está en que dichas posiciones dominantes instantáneas no son susceptibles de abuso, pues este poder de mercado se agota con la subida de precios derivada del nuevo equilibrio del mercado. En cualquier caso, quizá en este tipo de situaciones tampoco deberían realmente intervenir las autoridades, pues el impacto en los precios de concentraciones tipo *Babyfoods* y/o *maverick* podría no ser tan evidente como se suele pensar.

A la postre, lo más novedoso del Reglamento 139/2004 es el pretendido aumento (que, en realidad, debería ser solo aclaración) de los poderes de prohibición de la Comisión. En efecto, si como se acaba de explicar el poder de mercado necesario para producir “efectos unilaterales” fuera inferior al necesario para crear o, en su caso, reforzar significativamente una posición dominante (aunque esta última hipótesis era ya fácil de combatir dentro del antiguo marco interpretativo), y el control de concentraciones europeo pudiera ahora ocuparse de ellos, el umbral de poder de mercado inadmisibles dentro del control de concentraciones europeo simplemente se habría situado por debajo de lo habitual hasta ahora.⁹³

Este mismo efecto podría haberse conseguido sin alterar los estándares del Reglamento 4064/89, simplemente reconociendo que la posición dominante no es otra cosa que un poder de mercado importante, lo que habría permitido

92 Por todos, ver Ehlerman, Völcker & Gutermuth, 2005: 195-196.

93 En este sentido parecen pronunciarse Kühn, 2002: 49; o Voigt & Schmidt, 2004: 1583 y ss., entre otros.

alcanzar no solo los “efectos unilaterales” en un oligopolio, sino todas las hipótesis en que las empresas pueden conseguir, de cualquier manera, un aumento de los precios o una limitación de la producción significativos y perdurables. ¿Era esto posible sin alterar la esencia del *test* de dominio, de haberse mantenido? Sin duda, sí, pero si no lo hubiese sido debería haberse aceptado con toda naturalidad que en la Unión Europea algunos “efectos unilaterales” escapaban al control de concentraciones.

Finalmente, y antes que inventar un tipo de posición dominante *ad hoc* (como proponía el Proyecto de nuevo Reglamento) o interpretar que una posición dominante se produce cuando una o varias empresas disponen de un poder de mercado importante (que hubiera sido lo más sencillo y lo más correcto desde el punto de vista sistemático), el Consejo prefirió aplicar un estándar que se ha calificado como “híbrido”⁹⁴, distinto y en apariencia más estricto que el anterior (aunque use los mismos términos), de modo que la Comisión pueda prohibir más fácilmente aquellas concentraciones entre empresas que produzcan “efectos no coordinados”, como llama el considerando 25 del Reglamento 139/2004 a los “efectos unilaterales”.

5. CONCLUSIONES

A nuestro parecer, con el nuevo *test* la Comisión y el Consejo podrían haber matado moscas a cañonazos, pues para alcanzar más claramente y como máximo los teóricos y quizá poco importantes “efectos unilaterales” en mercados oligopolísticos con limitaciones de capacidad antes descritos (los otros “efectos unilaterales” podían ser cubiertos simplemente con una definición del mercado adecuada), habrían generado más inconvenientes en forma de inseguridad jurídica que beneficios en forma de mayor y mejor control de las operaciones de concentración perjudiciales para la competencia. En el lado positivo, el nuevo *test*, como el SLC, permite evitar el “contorsionismo mental” en ocasiones necesario para encajar situaciones como las descritas dentro del antiguo *test* de dominio,⁹⁵ pero a cambio de realizar no muy distintas contorsiones dentro del nuevo y sembrar la semilla de la inseguridad jurídica en el control de concentraciones, tanto a corto

94 “EU adopts hybrid test”, *Global Competition Review*, Vol. 6, n.º 11, diciembre de 2003/enero de 2004, p. 2.

95 Levy, 2003: 160, citando a William Bishop en “The review of the EC Merger Regulation, Minutes of Evidence”, 32nd Report of the House of Lords Select Committee on the European Union, HL Paper 165, Session 2001-02, p. 26. En el original, “avoid the Commission’s having to ‘go through the mental contortions’ of fitting its assessment into the dominance prism”.

plazo (por la desconfianza inicial que ha generado el nuevo abracadabra, incluso si la Comisión ejerce un autocontrol estricto sobre su creatividad interpretativa) como a largo plazo (porque es dudoso que de cara al futuro y ante una concentración que quiera prohibir o autorizar sin poder echar mano de buenos argumentos tradicionales – como la creación o el refuerzo de una posición dominante individual o colectiva, o los “efectos coordinados” – la Comisión vaya a renunciar a utilizar las cómodas vías de escape que, por su vaguedad, le ofrece no tanto el nuevo *test* del Reglamento 139/2004 como, sobre todo, las Directrices sobre las concentraciones horizontales (2004) y su laxa interpretación de los “efectos no coordinados” o “unilaterales”⁹⁶.

Aún es pronto para valorar los efectos del cambio de *test*. A día de hoy puede afirmarse que todavía no ha comportado un cambio radical en la práctica de la Comisión⁹⁷, que con carácter previo a la entrada en vigor del Reglamento 139/2004 venía evidenciando un cambio en su análisis de las operaciones de concentración. Si acaso, algunos perciben más flexibilidad y menos intervencionismo⁹⁸. Sea como fuere, el impacto de esta nueva política, consagrada con la introducción del *test* OSCE/SIEC, se hará notar de manera progresiva⁹⁹. Actualmente, y aunque la Comisión haya analizado los posibles efectos anticompetitivos de algunas operaciones a pesar de la ausencia de una posición dominante anterior o posterior¹⁰⁰ el *test* de dominio permanece como eje en la práctica de la Comisión, que únicamente se ha desviado de él en contadas ocasiones y normalmente en el marco de la segunda fase de la investigación¹⁰¹.

Se suele decir que el *test* SLC y su hermano gemelo, el *test* OSCE/SIEC, son superiores al *test* clásico de posición de dominio, pues se centrarían en los efectos de una concentración en el mercado y en la reducción de la competencia entre empresas más que en cuestiones estructurales como las

96 Comisión Europea, 2004: §§ 24-38.

97 Para una valoración hasta noviembre de 2009, ver Levy, 2010: 244 y ss.

98 Levy, 2010: 244.

99 En este sentido, ver también Röller & de la Mano, 2006: 10.

100 Ver Levy, 2010: 246-249, citando, entre otras, las decisiones *Oracle/Peoplesoft* (2004), *Siemens/VA Tech* (2005), *T-Mobile Austria/Tele.ring* (2006).

101 Ver Levy, 2010: loc. ult. cit., y Röller & de la Mano, 2006: 13. Estos últimos autores señalan que la Decisión de la Comisión en el asunto *Total/Gaz de France* (2004) es posiblemente la primera que no hace referencia a la creación de una posición dominante.

cuotas de mercado de las empresas concentradas y los umbrales de posición dominante. Se dice también que estos se preocupan fundamentalmente de si los precios van a subir, como si no fuera eso precisamente lo que hace el *test* de posición de dominio. Pero en realidad el problema es, siempre, sobrepasar un determinado umbral de poder de mercado (o de eliminación de la competencia, que en términos prácticos viene a ser lo mismo) pues solo así se podrán producir efectos negativos sobre los precios. De forma que, por mucho que se quiera distinguir un *test* u otro, al final siempre estaremos hablando de lo mismo; desde luego en la práctica, pero también jurídica y económicamente.

La supuesta diferencia entre el *test* de posición de dominio y el *test* OSCE/SIEC residiría en que el primero adolecería de un “ángulo muerto”, *gap*, o laguna que haría imposible prohibir las concentraciones susceptibles de producir subidas de precios “unilaterales” en mercados oligopolísticos “no tácitamente colusorios”, en la terminología económica más al uso, o no “tácitamente coordinados”, en la terminología más jurídica de la Comisión Europea. Pero esta laguna no es tal.

El oligopolio “no colusorio” o “no coordinado” produce resultados competitivos, en principio. El efecto de una concentración en este tipo de mercados - como en cualquier mercado- es alterar el equilibrio preexistente y, por definición (salvo, quizá, casos muy especiales), reducir -poco o mucho- la competencia. Si esto es así, ¿dónde se sitúa el umbral de intervención relevante? ¿Entre el 5 y el 10% de subida en los precios, como para definir el mercado mediante el *test* del monopolista hipotético? ¿Con una subida inferior?

Si el umbral de prohibición se establece en el nivel de poder de mercado que permite a las empresas subir los precios entre un 5 y un 10%, entonces estamos hablando de una posición dominante individual e instantánea de todos y cada uno de los miembros del oligopolio (su salto a un nuevo equilibrio a un precio bastante superior habría que entenderlo así).

Si estamos hablando de un aumento menor, ¿cuál es éste? ¿Cuál es el criterio de referencia? ¿Más 1%? ¿Más 2%? ¿Qué porcentaje por debajo del 5%? Este es el problema: no lo sabemos; de ahí que sea mejor fijarlo en el nivel del “monopolista hipotético” y equiparar el umbral de intervención al de la posición dominante (de nuevo: aunque se trate de posiciones dominantes individuales momentáneas). En efecto, si se define posición dominante como poder de mercado importante (*substantial market power*), suficiente como para

hacer subir los precios entre un 5 y un 10%, entonces no existe *gap* y el *test* de posición dominante alcanza a todos los “efectos unilaterales” sin problemas.

Ahora bien, si los “efectos unilaterales” que desencadenan la prohibición de una concentración se producen, pretendidamente, por debajo de estos umbrales (por debajo de una posible subida de precios del 5-10%), y el nuevo y “más flexible” *test* OSCE/SIEC lo permite, entonces habremos sacrificado la libertad de empresa en aras de unos muy limitados efectos anticompetitivos en el mercado cuya evitación no compensará el daño que se infligirá a las empresas.

Las Autoridades de competencia pueden querer intervenir, en beneficio del consumidor y la fluidez del mercado, por debajo del razonable umbral de “poder de mercado importante” o de la “posición dominante” (que nosotros equiparamos a la OSCE/SIEC), pero no deben hacerlo: no vale “estirar” la tolerancia del *test* o intentar nuevas “teorías del daño” para protegernos de la concentración empresarial. Se nos protege más, mucho más, con la seguridad jurídica. De modo que, una vez más, el *test* OSCE/SIEC no puede ni debe llevar a resultados diferentes, y solo si se prevé una OSCE/SIEC; o un “substantial [significant] market power”; o una posición dominante individual o colectiva (o efectos unilaterales o no coordinados, o efectos coordinados) en forma de aumento de los precios de entre el 5 y el 10%, será lícito para la Comisión Europea intervenir.

Se trata, en efecto, del antiguo debate entre la libertad de empresa y el control del poder económico. La ponderación de ambos, sí, pero la seguridad jurídica también, abogan por una interpretación contenida del *test* de control de concentraciones, cualquiera que sea. En este sentido, el antiguo *test* de posición dominante planteaba menos interrogantes, aunque el nuevo correctamente interpretado no debería llevar a resultados muy distintos de los de aquel.

BIBLIOGRAFÍA

- BAXTER, S. & DETHMERS, F.
2005 “Unilateral Effects under the European Merger Regulation: How Big is the Gap?” 26(7) *European Competition Law Review*, pp. 380-89.
- BELLAMY, C. & CHILD, G. D.
2001 *European Community Law of Competition*, 5th ed by P. M. Roth, London: Sweet & Maxwell.
- BERENGUER FUSTER, L.
2004 “La reforma del reglamento de concentraciones: del libro verde a la propuesta de la Comisión” in L. Ortiz Blanco & R. Guirado Galiana (eds.), *Derecho de la Competencia europeo y español – Curso de iniciación*, vol. V, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos and Dickinson.
- BERGMAN, M., JAKOBSSON, M & RAZO, C.
2005 “An Econometric Analysis of the European Commission’s Merger Decisions” 23(9/10) *International Journal of Industrial Organization*, pp. 717-737.
- BRIONES, J. F., FOLGUERA, J., FONT, A. & NAVARRO, E.
1999 *El control de las concentraciones en la Unión Europea. La práctica de la Comisión europea y las novedades introducidas en el Reglamento EEC 4064/89 por el Reglamento CE 1310/97*, Madrid: Marcial Pons.
- BISHOP, S. & WALKER, M.
2002 *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell.
- BISHOP, S & LOFARO, A.
2004 “Assessing Unilateral Effects in Practice: Lessons from GE/Instrumentarium” 26(4) *European Competition Law Review*, pp. 203-207.
- BRITTAN, L.
1990 “The Law and Policy of Merger Control in the EEC” 15(5) *European Law Review*, pp. 351-375.
- BRUNET, F. & GIRGENSON, I.
2004 «La double réforme du contrôle communautaire des concentrations», 40(1) *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, pp. 1-32.
- CHRISTENSEN, P. & RABASSA, V.
2001 “The *Airtours* Decision: Is there a New Commission Approach to Collective Dominance?” 22(6) *European Competition Law Review*, pp. 227-237.
- COOK, C.J. & KERSE, C. S.
2009 *EC Merger Control*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell.

COPPI, L. & WALKER, M.

2004 “Antitrust in the US and the EU: Converging or Diverging Paths? Substantial Convergence or Parallel Paths? Similarities and Differences in the Economic Analysis of Horizontal Mergers in US and EU Competition Law” 49(1/2) *Antitrust Bulletin*, pp. 101-152.

DE LA MANO, M.

2002 *For the Customer's Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control*, Enterprise Papers No 11, Enterprise DG, European Commission, available at <http://www.uni-mannheim.de/edz/pdf/entpap/ep-11-2002.pdf>.

DECHERY, J. L.

1990 “Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations” 26(2) *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 307ff.

DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION

1992 *Horizontal Merger Guidelines*, Issued: 2 April 1992; revised 8 April 1997, available at <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>.

2006 *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>.

2010 *Horizontal Merger Guidelines*. Issued: August 19, 2010, available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>.

DRAUZ, G. & JONES, C. W. (eds.)

2006 *EU Competition Law – Volume II: Mergers and Acquisitions*, Brussels: Clays & Casteels.

EHLERMANN, C. D., VÖLCKER, S. B. & GUTERMUTH, G. A.

2005 “Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation” 28(2) *World Competition*, pp. 193-203.

EHLERMANN, C. D. & ATANASIU, I. (eds.)

2007 *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford: Hart Publishing.

FAULL, J. & NIKPAY, A. (eds.)

2007 *The EC Law of Competition*, 2nd ed., Oxford: University Press.

FINGLETON, J.

2003 “Does Collective Dominance Provide Suitable Housing for All Anti-Competitive Mergers?”, in B. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute – Juris Publishing, Inc., pp. 181-200.

- FOUNTOUKAKOS, K. & RYAN, S.
 2005 “A New Substantive Test for EU Merger Control” 26(5) *European Competition Law Review*, pp. 277-296.
- FRONTIER ECONOMICS
 2002 “Competing Tests: The Choice of Regime for European Mergers”, *Bulletin (Competition Policy)*, available at www.frontier-economics.com.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F. E.
 2004 “The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?” 27(2) *World Competition Law and Economics Review*, pp. 177-201.
- HAWK, B. (ed.)
 2003 *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute–Juris Publishing, Inc.
- HERRERO SUÁREZ, C.
 2001 “La excepción de eficiencia económica “efficiency defense” en el control de la concentración empresarial” 242 *Revista de Derecho Mercantil*, pp. 1943-1968.
- HINDS, A.
 2006 “The New EC Merger Regulation: The More Things Change the More They Stay the Same?” 17(6) *European Business Law Review*, pp. 1693-1714.
- HOFER, P. & WILLIAMS, M.
 2005 “Horizontal Merger Assessment in Europe”, *European Antitrust Review 2005: Global Competition Review*, pp. 5-7, 5-9.
- IVALDI, M., JULLIEN, B., REY, P., SEABRIGHT, P. & TIROLE, J.
 2003 *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for European Commission DG Competition.
- JÖRGENS, K.
 2003 “Andersen and the Failing Firm: The Application of the Failing Firm Defence in Merger Proceedings involving Firms Providing Professional Services” 26(3) *World Competition*, pp. 363-380.
- KATZ, M. L.
 2003 “The Role of Efficiency Considerations in Merger Control: What We Do in the US” in G. Drauz & M. Reynolds (eds.), *EC Merger Control: A Major Reform in Progress*, London: IBA/Richmond Law & Tax.
- KOKKORIS, I.
 2005 “The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the *Airtours* Case: The Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test” 26(1) *European Competition Law Review*, pp. 37-47.

KOLASKY, W. J. & DICK, A. R.

2002 *The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers*, speech delivered at the Conference Reform of European Merger Control, British Chamber of Commerce, Brussels, available at <http://www.ftc.gov/bc/mergerenforce/presentations/040219kolasky03.pdf>.

KÜHN

2002 “Closing Pandora’s Box? Joint Dominance after the *Airtours* Judgment”, University of Michigan, Department of Economics, Paper No 02-13, pp. 39-60.

LANGEHEINE, B.

1990 “Substantive Review under the EEC Merger Regulation” in B. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute – Juris Publishing, Inc.) ch. 22.

LEVY, N.

2000 “The Control of Concentrations between Undertakings” in V. Korah (ed.), *Competition Law of the European Community*, New York: Lexis Publishing – Matthew Bender, ch. 8.

2003 “Dominance versus SLC: A Subtle Distinction?” in G. Drauz & M. Reynolds (eds.), *EC Merger Control: A Major Reform in Progress*, London: IBA/Richmond Law & Tax.

2008 *European Merger Control Law: A Guide to the Merger Regulation* New York: Matthew Bender.

2010 “The EU’s SIEC Test Five Years On: Has it Made a Difference?” 6(1) *European Competition Journal*, pp. 211-253.

LIANOS, A.

2009 “Judging’ Economists: Economic Expertise in Competition Law Litigation – A European View”, UCL Centre for Law & Economics, L&E Working Paper 01-09, available at http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1468502&.

LINDSAY, A., FULLERTON, L. & MATTHEWS, A.

2003 *Unilateral Effects*, ICN Merger Working Group: Analytical Framework Subgroup, Project on Merger Guidelines, Report for the third ICN Annual Conference in Seoul.

LUESCHER, C.

2004 “Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle Ground for the European Commission, Economics and Competition Lawyers?” 25(2) *European Competition Law Review*, pp. 72-86.

MONTI, M.

2002a *Review of the EC Merger Regulation: Roadmap for the Reform Project*, speech delivered at the Conference on Reform of European Merger Control, British Chamber of Commerce, Brussels, 4 June, available at <http://www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/02/252&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

2002b *Merger Control in the European Union: A Radical Reform*, speech delivered at the EC Merger Control Conference EC Merger Control: A Major Reform in Progress, Brussels, 7 November, European Commission DG Competition and International Bar Association, available at <http://www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/02/545&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.

2007 *Empresas en participación (Joint Ventures) y Derecho Comunitario de la Competencia*, Barcelona: Bosch.

MOTTA, M.

2004 *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge: University Press.

MOUSSIS, V. C.

1995 «L'influence française et allemande dans la conception du règlement communautaire sur les concentrations » 389 *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, pp. 396-404.

NAVARRO, E., FONT, A., FOLGUERA, J. & BRIONES, J.

2005 *Merger Control in the EU*, 2nd ed. Oxford: University Press.

NICHOLSON, M.

2002 Panel Discussion: *Collective Dominance under the European Merger Control Regulation: The Implications of the Airtours Case*. Moderator: Andre Fiebig; Participants: Malcolm Nicholson, Alan Overd, Götz Drauz, Paul Malric-Smith, and F Enrique González Díaz, available at <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/02/11/airtours.pdf>.

NICHOLSON, M. & CARDELL, S.

2002 “*Airtours v Commission: Collective Dominance Contained?*” in Rowley, J.W. (ed.), *International Merger Control: Prescriptions for Convergence*, London: International Bar Association.

ORTIZ BLANCO, L.

2012 *Market Power in EU Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing.

PAPPALARDO, A.

2004 «Le nouveau règlement sur le contrôle des concentrations» 3 *Revue du Droit de l'Union Européenne*, pp. 155-184.

RITTER, L., BRAUN, D. W. & RAWLINSON, F.

2000 *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 2nd ed., The Hague: Kluwer.

RITTER, L. & BRAUN, D. W.

2004 *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 3rd ed., The Hague: Kluwer.

RÖLLER, L. & DE LA MANO, M.

2006 “The Impact of the New Substantive Test on European Merger Control” 2(1) *European Competition Journal*, pp. 9-28

STROUX

2002 “Collective Dominance under the Merger Regulation: A Serious Evidentiary Reprimand for the Commission” 27(6) *European Law Review*, pp. 736-746.

TEMPLE LANG, J.

2002 “Oligopolies and Joint Dominance in Community Antitrust Law”, in B. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute – Juris Publishing, Inc., pp. 199-207.

VENIT, J. S.

1990 “The Evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The Nature of the Beast” in B. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute – Juris Publishing, Inc. 519ff.

1999 “The Treatment of Joint Ventures under the EC Merger Regulation: Almost through the Thicket” in B. Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law & Policy*, New York: Fordham Corporate Law Institute – Juris Publishing, Inc., ch. 21.

VEROUDEN, V., BENGTSOON, C. & ALBAEK, S.

2004 “Antitrust in the US and the EU: Converging or Diverging Paths? The Draft EU Notice on Horizontal Mergers: A Further Step Toward Convergence” 49(1/2) *Antitrust Bulletin*, pp. 243-286.

VICKERS, J.

2003 “Competition Economics and Policy” 24(3) *European Competition Law Review*, pp. 95-102.

2006 “Market Power in Competition Cases” 2 (Special Supplement) *European Competition Journal*, pp. 3-14.

VOIGT, S. & SCHMIDT, A.

2004 “The Commission’s Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration?” 41(6) *Common Market Law Review*, pp. 1583-1594.

WÄELBROECK, M. & FRIGNANI, A.

1998 *Derecho europeo de la competencia*, 2 vols., Barcelona: Bosch.

WALKER, M.

2004 “Substantive Assessment: The New Test – Will it Make any Difference?” speech delivered at the IBC UK Conference The Reform of EU Merger Control, Brussels, 10 February.

WEITBRECHT, A.

2005 “EU Merger Control in 2004: An Overview” 26(2) *European Competition Law Review*, pp. 67-74.

WERDEN

2008 “Unilateral Competitive Effects and the Text for Merger Control” 4(1) *European Competition Law Journal*, pp. 95-101.

WHISH, R.

2000 “Collective Dominance”, in D. O’Keefe & A. Bavasso (eds.), *Judicial Review in the European Union (Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn*, vol. 2, The Hague: Kluwer, pp. 581-609.

2008 *Competition Law*, 6th ed., Oxford: University Press.

WINCKLER, A. & GERONDEAU, S.

1990 «Étude critique du Règlement CEE sur le contrôle des concentrations d’entreprises» 339 *Revue du Marché Commun*, 545 ff.

WINCKLER, A. & HANSEN, M.

1993 «Collective Dominance under the EC Merger Regulation» 30(4) *Common Market Law Review*, pp. 787-828.

COMISIÓN EUROPEA

COMISIÓN EUROPEA (2001): Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo. COM(2001) 745 final, disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0745en01.pdf.

COMISIÓN EUROPEA (2002): Proyecto de la Comunicación de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas DO [2002] C331/18.

COMISIÓN EUROPEA (2003): Propuesta de Reglamento del Consejo relativo al control de las operaciones de concentración entre empresas DO [2003] C 20/4.

COMISIÓN EUROPEA (2004): Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas DO [2004] C31/5.

REGLAMENTOS

Reglamento 4064/89: Reglamento del Consejo (CEE) n.º 4064/89 de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de concentraciones entre empresas DO [1989] L395/1, texto completo publicado en DO [1990] L257/13, modificado por el Reglamento del Consejo (CE) n.º 1310/97 de 30 de junio de 1997 enmendando el Reglamento (CEE) n.º 4064/89 sobre el control de concentraciones entre empresas [1997] DO L180/1.

Reglamento 1310/97: Reglamento del Consejo (CE) n.º 1310/97 de 30 de junio de 1997 enmendando el Reglamento (CEE) n.º 4064/89 sobre el control de concentraciones entre empresas DO [1997] L180/1.

Reglamento 139/2004: Reglamento del Consejo (CE) n.º 139/2004 de 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas (the EC Merger Regulation) DO [2004] L024/1.

SENTENCIAS TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

TJ *Kali + Salz* (1998): Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998 en los asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 Francia y SCPA c Comisión Europea, Rec. p. I-1375.

TJ *CEWAL* (2000): Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2000 en los asuntos acumulados C-395/1996 P y C-396/1996 P, *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge and Dafra-Lines A/S c Comisión Europea*, Rec. p. I-1365.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- TG *Air France (TAT)* (1994): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de mayo de 1994 en el asunto T-2/93, *Société Anonyme à participation ouvrière compagnie nationale Air France c Comisión Europea*, Rec. p. II-323.
- TG *Kaysersberg* (1997): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 1997 en el asunto T-290/94, *Kaysersberg SA c Comisión Europea*, Rec. p. II-2137.
- TG *Gencor* (1999): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999 en el asunto T-102/1996, *Gencor Ltd c Comisión Europea*, Rec. p. II-753.
- TG *Airtours* (2002): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002 en el asunto T-342/99, *Airtours plc c Comisión Europea*, Rec. p. II-2585.
- TG *Tetra Laval* (2002): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2002 en el asunto T-5/02, *Tetra Laval BV c Comisión Europea*, Rec. p. II-4381.
- TG *Schneider* (2002): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 2002 en el asunto T-310/01, *Schneider Electric SA c Comisión Europea*, Rec. p. II-4071.
- TG *ARD* (2003): Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003 en el asunto T-158/00, *ARD c Comisión Europea*, Rec. p. II-3825.
- TG *EDP SA* (2005): Sentencia del Tribunal de Primer Instancia de 21 de septiembre de 2005 en el asunto T-87/05, *Energias de Portugal SA c Comisión Europea*, Rec. p. II-3745.

DECISIONES

- Decisión de la Comisión *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* (1991): decisión de 25 de febrero de 1991 en el asunto *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* DO [1991] C59/1.
- Decisión de la Comisión *BASF/Eurodiol/Pantochim* (2002): decisión 2002/365/EC de 11 de julio de 2001 en el asunto *BASF/Eurodiol/Pantochim* DO [2002] L132/45.
- Decisión de la Comisión *Newscorp/Telepiù* (2003): decisión 2004/311/EC de 2 de abril de 2003 en el asunto *Newscorp/Telepiù* DO [2004] L110/73.
- Decisión de la Comisión *Deloitte & Touche/Andersen (UK)* (2002): decisión de 1 de julio de 2002 en el asunto *Deloitte & Touche/Andersen (UK)*, (COMP/M.2810) DO [2002] C200/8.
- Decisión de la Comisión *Ernst & Young/Andersen France* (2002): decisión de 5 de septiembre de 2002 en el asunto *Ernst & Young/Andersen France* (COMP/M.2816) DO [2002] C232/6.

- Decisión de la Comisión *Ernst & Young/Andersen Germany* (2002): decisión de 27 de agosto de 2002 en el asunto *Ernst & Young/Andersen Germany* (COMP/M.2824) DO [2002] C246/21.
- Decisión de la Comisión *Coca-Cola/Amalgamated Beverages* (1997): decisión 97/540/CE de 22 de enero de 1997 en el asunto *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB* DO [1997] L218/15.
- Decisión de la Comisión *AT&T/NCR* (1991): decisión de 18 de enero de 1991 en el asunto *AT&T/NCR* (IV/M.0050) DO [1991] C16/1.
- Decisión de la Comisión *P&O/Royal Nedlloyd* (1996): decisión de 19 de diciembre de 1996 en el asunto *P&O/Royal Nedlloyd* (IV/M.831) DO [1997] C110/7.
- Decisión de la Comisión *Seita/Tabacalera* (1999): decisión de 3 de diciembre de 1999 en el asunto *Seita/Tabacalera* (IV/M.1735) DO [2000] C32/4.
- Decisión de la Comisión *Exxon/Mobil* (1999): decisión 2004/84/EC de 29 de septiembre de 1999 en el asunto *Exxon/Mobil* DO [2004] L101/1/136.
- Decisión de la Comisión *Airtours/First Choice* (1999): decisión 2000/276/CE de 22 de septiembre de 1999 en el asunto *Airtours/First Choice* DO [2000] L93/1.
- Decisión de la Comisión *Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein-Westfalen* (2000): decisión de 19 de junio de 2000 en el asunto *Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein-Westfalen* (IV/M.0046) DO [2000] C262/5.
- Decisión de la Comisión *Tetra Laval/Sidel* (2001): decisión 2004/124/EC de 30 de octubre de 2001 en el asunto *Tetra Laval/Sidel* DO [2004] L43/1.
- Decisión de la Comisión *De Beers/LVMH* (2001): decisión 2003/79/EC de 25 de julio de 2001 en el asunto *De Beers/LVMH* (COMP/M.2333) DO [2003] L29/40.
- Decisión de la Comisión *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico* (2001): decisión 2004/135/EC de 26 de septiembre de 2001 en el asunto *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico* DO [2001] L48/86.
- Decisión de la Comisión *Wallenius Lines AB/Wilhelmsen ASA/Hyundai Merchant Marine* (2002): decisión de 29 de noviembre de 2002 en el asunto *Wallenius Lines AB/Wilhelmsen ASA/Hyundai Merchant Marine* (COMP/M.2879) DO [2003] C30/31.
- Decisión de la Comisión *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico* (2002): decisión de 19 de marzo de 2002 en el asunto *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico* (COMP/M.2684) DO [2002] C114/23.
- Decisión de la Comisión *Siemens/Drägerwerk/JV* (2003): decisión 2003/777/CE de 30 de abril de 2003 en el asunto *Siemens/Drägerwerk/JV* DO [2003] L291/1.

- Decisión de la Comisión *Oracle/PeopleSoft* (2004): decision 2005/621/EC de 26 de octubre de 2004 en el asunto *Oracle/PeopleSoft* (COMP/M.3216) DO [2005] L218/6.
- Decisión de la Comisión *Syngenta/Advanta* (2004): decisión de 17 de agosto de 2004 en el asunto *Syngenta/Advanta* (COMP/M.3465) DO [2004] C263/7.
- Decisión de la Comisión *Maersk/PONL* (2005): decisión de 29 de julio de 2005 en el Asunto *Maersk/PONL* (COMP/M.3829), DO C 207/8, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3829_20050729_20212_en.pdf.
- Decisión de la Comisión *Amer/Salomon* (2005): decisión de 12 de octubre de 2005 en el asunto *AMER/SALOMON* (COMP/M.3765) DO [2005] C318/6, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3765_20051012_20212_en.pdf.
- Decisión de la Comisión *T-Mobile Austria/tele.ring* (2006): decision 2007/193/EC de 26 de abril de 2006 en el asunto *Austria/tele.ring* DO [2007] L88/44.
- Decisión de la Comisión *Total/Gaz de France* (2004): decisión de 8 de octubre de 2004 en el asunto *Total/Gaz de France* (COMP/M.3410) DO [2005] C0/3.
- Decisión de la Comisión *Blackstone / CDPQ/ Kabel Nordrhein – Westfalen* (2000): decisión de 16 de junio de 2000 en el asunto Callahan Invest/Kabel Nordrhein-Westfalen (COMP/JV.46) (2000/C 142/12).