

ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE LA EMPRESA EN  
CRISIS EN EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES  
DE LA UNIÓN EUROPEA

*ANALYSIS OF THE FAILING FIRM DEFENCE IN THE  
EUROPEAN UNION MERGER CONTROL*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 288-313*



Michael  
STEDMAN  
BERNAL

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 4 de noviembre de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 10 de diciembre de 2019

**RESUMEN:** La excepción de la empresa en crisis es una práctica controvertida porque, aunque proporciona grandes beneficios económico-sociales, conlleva un alto riesgo de creación de monopolios y situaciones de abuso de la posición de dominio. Las críticas se centran en los estrictos requisitos de aplicación y la excesiva carga de prueba porque incrementan el riesgo de que las empresas tomen alternativas más peligrosas para permanecer en el mercado y, como se señala, han llegado a provocar en algunos casos que las autoridades se desvíen de la estricta aplicación de la excepción. La solución planteada por la doctrina es el análisis comparativo, pero las consecuencias de su aplicación para la competencia a largo plazo son inciertas, por lo que es necesario un ulterior estudio de estas consecuencias o el desarrollo de la Excepción para hacerla más accesible.

**PALABRAS CLAVE:** Excepción de la empresa en crisis; competencia; control; concentraciones.

**ABSTRACT:** *The failing firm defence is a controversial practice because, although it provides economic and social benefits, it carries a high risk of creating monopolies and situations where the dominant position is abused. Critics focus on the stringent requirements and the heavy burden of proof because they increase the risk of companies taking more dangerous alternatives to remain in the market and, as they point out, in some cases, the result has been that the authorities have deviated from the strict application of the failing firm defence. The solution proposed by academic commentators is the counterfactual analysis, but the long-term consequences of its application for competition are uncertain, so a further study of these consequences or a development of the failing firm defence, in order to make it more accessible, is necessary.*

**KEY WORDS:** *Failing firm defence; competition; control; mergers.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN.- I. Estados Unidos: International Shoe Co. v. FTC (1930).- 2. La Excepción en la Unión Europea.- 3. Aerospaziale-Alenia/de Havilland (1991).- 4. Kali-Salz/MdK/Treuhand (1993).- 5. BASF/Eurodiol/Pantochim (2001).- III. REGULACIÓN, APLICACIÓN Y FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN EN LA UE.- I. Reglamento 139/2004.- 2. Las Directrices sobre las Concentraciones Horizontales.- 3. Nynas/Shell/Harburg Refinery (2013).- 4. Aegean/Olympic II (2013).- 5. Fundamento de la Excepción.- IV. PROBLEMÁTICA SUBYACENTE DE LA EXCEPCIÓN: REQUISITOS Y CARGA DE LA PRUEBA.- 1. La empresa en crisis y su inminente salida del mercado.- 2. La inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia.- 3. La inevitable salida del mercado de los activos.- 4. Las consecuencias y alternativas a la Excepción.- V. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

La “excepción de la empresa en crisis” (la Excepción) o “*failing firm defence*” es un mecanismo jurídico de creación jurisprudencial estadounidense que permite que una concentración *-a priori* anticompetitiva- se autorice con fines económico-sociales cuando una de las partes sufre problemas económicos y está condenada a salir del mercado. Para aplicar la excepción es esencial demostrar que el deterioro de la competencia causado no se debe a la concentración y que esta tiene por objeto conservar la estabilidad económica, protegiendo a los inversores, acreedores, y la comunidad donde las empresas operan, manteniendo los empleos que generan y contribuyendo a la distribución de riqueza.

No obstante, la Excepción es una práctica controvertida y obtener el permiso de las autoridades no es tarea fácil, pues existe un alto riesgo de creación de monopolios y situaciones de abuso de la posición de dominio. Las partes implicadas deben demostrar que: i) la empresa presuntamente en crisis esta condenada, a causa de problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa; ii) no existe ninguna alternativa de compra menos perjudicial para la competencia; y iii) de no mediar la concentración, la desaparición del mercado de los activos de la empresa en dificultades es inevitable.

### • Michael Stedman Bernal

Abogado con experiencia internacional en España, Inglaterra e Italia. Graduado en derecho en la Universitat Jaume I. Erasmus en la Universidad de Salford. Master Universitario de Abogacía en la Universitat Oberta de Catalunya. LLM en Derecho de la Propiedad Intelectual en la Universidad de Manchester. Trabajo de investigación en derecho penal publicado en el Repositori Universitat Jaume I. Artículos publicados en la ELSA Spain Law Review en derecho penal inglés y en derecho de marcas de la Unión Europea. Trabajo de investigación en copyright en la Universidad de Manchester. Coautor de un libro sobre el corporate compliance en Italia. m.stedmanbernal@gmail.com.

La crítica de la Excepción se centra en que los requisitos de aplicación son muy estrictos y la carga de la prueba que deben soportar las partes es excesiva. Por estos motivos la Excepción solo se ha conseguido aplicar en unas pocas ocasiones, lo que podría llevar a que las empresas en crisis opten por alternativas más peligrosas para el mercado si así consiguen permanecer en él. En algunos casos, los estrictos requisitos y la excesiva carga de la prueba han llevado a las autoridades a desviarse de la estricta aplicación de la Excepción para autorizar concentraciones. La doctrina explora esta alternativa y propone, en lugar de la Excepción, el análisis comparativo o *counterfactual* para cuando una de las partes está en crisis. No obstante, como las consecuencias de su aplicación para la competencia a largo plazo son inciertas, quizá sea más apropiado desarrollar la Excepción y hacerla más accesible.

## II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN

### I. Estados Unidos: *International Shoe Co. v. FTC* (1930).

Algunos autores sitúan el origen de la Excepción en los años 1910-1920, en una serie de casos en los que en la evaluación de la legalidad de la concentración se tuvo en cuenta la mala situación económica de una de las empresas<sup>1</sup>.

No obstante, la primera vez que la Corte Suprema de los Estados Unidos aplica la Excepción como tal se remonta a 1930, en el caso *International Shoe Co. v. FTC*<sup>2</sup>. En este caso, la Federal Trade Commission (FTC) se opuso a la concentración de dos empresas fabricantes de zapatos porque limitaba la competencia y vulneraba la prohibición de concentraciones anticompetitivas regulada en la sección 7ª del Clayton Antitrust Act 1914. Sin embargo, la Corte Suprema permitió la concentración porque una de las empresas sufría una crisis económica que le obligaba a salir del mercado, configurando así la Excepción como una medida de protección a la libre competencia para salvaguardar empresas en crisis. La Corte Suprema analizó la situación económica de la empresa y consideró que, teniendo en cuenta la inexistencia de recursos, la remota posibilidad de rehabilitación y el alto grado de probabilidad de quiebra, con la consecuente pérdida de accionistas y daño a la comunidad donde operan las instalaciones, su compra por un competidor (el único comprador), sin la intención de lesionar la competencia, sino de facilitar el desarrollo de la empresa y mitigar los eventuales graves daños, no sería perjudicial para el público ni lesionaría sustancialmente la competencia.

---

1 ÁLVAREZ, M.: "Confluencia y conflicto entre el derecho de la competencia y el derecho concursal", en *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* (Ortiz L. y Entrena J.), Editorial Dykinson. Madrid, 2007, pp. 464-466.

2 *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 [1930].

Posteriormente se sistematizó la Excepción en las Directrices del Departamento de Justicia (Horizontal Merger Guidelines 1968), que establecen la evaluación de los siguientes requisitos para su aplicación: i) la inminente quiebra de la empresa objeto de adquisición; ii) la imposibilidad de reestructuración de la empresa de acuerdo con el capítulo II del Bankruptcy Act; iii) el esfuerzo infructuoso de la empresa para obtener ofertas alternativas de compra menos perjudiciales para la competencia; y iv) la inevitable salida del mercado de la empresa de no ser por la concentración. Estas directrices han sido objeto de numerosas actualizaciones, pero la Excepción queda intacta en la sección II de las Directrices del Departamento de Justicia.

La carga de la prueba de estos requisitos reside en las partes y no en el órgano que evalúa la concentración, cuya sola responsabilidad es verificar que no existen alternativas, pues no se trata de aplicar una regla general sino de una excepción. Además, dado que las directrices que recogen los requisitos de aplicación de la excepción se establecieron en un país bajo el sistema *Common Law*, estos quedan supeditados a la decisión de los tribunales en cada caso<sup>3</sup>.

En el año 1969, en el caso *Citizen Publishing Co v. United States*, la Corte Suprema permitió la concentración de dos periódicos aplicando la Excepción, pues uno de los dos periódicos se encontraba en graves dificultades económicas<sup>4</sup>. En este caso, el fin de salvaguardar las empresas en crisis no fue el único motivo que justificó la aplicación de la Excepción; se tuvo también en cuenta la protección de los acreedores y sus créditos, que, de no ser por la concentración, hubieran sido insatisfechos en un proceso de insolvencia<sup>5</sup>.

Otro ejemplo relevante es el caso *United States v. General Dynamics Corp.* (1974)<sup>6</sup>. General Dynamics adquirió Material Service Corporation que a su vez había adquirido United Electric Coal Company, lo cual les posicionaba en una situación de control en el mercado del carbón. El Estado demandó a General Dynamics pero la Corte Suprema permitió la concentración en aplicación de la Excepción porque en el momento de la concentración United Electric Coal Company se encontraba en una situación de crisis económica que, de no ser por la concentración, hubiera provocado su salida del mercado.

Con el desarrollo de la doctrina de la Excepción surge una variante para aquellos casos que, en lugar de adquirir la empresa en su totalidad, se adquiere la división de la empresa que sufre problemas económicos (*failing division defence*),

3 HERNÁNDEZ, D.: "Excepción de la empresa en crisis: Ideas Generales sobre la Regulación de la Figura en el Derecho Comparado y su Aplicación en Colombia", *Revista E-Mercatoria*, núm. 13, 2014, p. 79.

4 *Citizen Publishing Co v. United States*, 394 U.S. 131 [1969].

5 HERNÁNDEZ, D.: "Excepción", cit., p. 78.

6 *United States v. General Dynamics Corp.*, 481 U.S. 239 [1987].

pero la aplicación jurisprudencial no es unánime. Encontramos casos que aceptan su aplicación (United States v. Reed Roller Bit Co. y United States v. Lever Bros. Co.) y casos que la rechazan (United States v. Philips Petroleum Co. y United States v. Blue Bell Inc.).<sup>7</sup>

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado con el tiempo la Excepción y su variante de la división de la empresa en crisis a través de sus sentencias, las cuales constituyen la base de la doctrina europea y su aplicación, que se analiza en los siguientes apartados.

## 2. La Excepción en la Unión Europea.

En el marco de la Unión Europea (UE), la prohibición de determinadas concentraciones entre empresas sin autorización de la Comisión Europea (en adelante, la Comisión) estaba regulada en los arts. 65 y siguientes del Tratado de París<sup>8</sup>. Posteriormente, en el año 1989, se aprobó el Reglamento 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentraciones entre empresas<sup>9</sup>. El control de las concentraciones persigue los fines de la UE de promoción entre los Estados miembros del desarrollo, el empleo, la solidaridad y la cohesión social. De acuerdo con la normativa, la Comisión debe considerar las ventajas de las concentraciones para el progreso técnico y económico<sup>10</sup>.

La Excepción no venía regulada en la normativa, pero las autoridades que controlan las concentraciones ya tenían en cuenta la situación económica de las empresas para autorizar su concentración. Por ejemplo, la Comisión autorizó en 1989 que Mammesmannröhrenwerke AG, Klöckner Stahl GmbH, Krupp Stahl AG, Lech-Stahlwerke GmbH, Thyssen Stahl AG, Thyssen Edelstahlwerke AG y the Land of Bavaria se fusionaran para crear una nueva empresa llamada Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH y adquirir una empresa llamada Eisenwerk-Gesellschaft Maximilianshütte MbH declarada en bancarota el 16 de abril de 1987. La repartición de acciones permitió que se llevase a cabo un plan de reestructuración, lo que a su vez permitió que la empresa en crisis continuase en el mercado contribuyendo al desarrollo de la industria del acero<sup>11</sup>.

7 United States v. Reed Roller Bit Co., 274 F. Supp 573 (W.D. Okla. 1967); United States v. Lever Bros. Co., 216 F. Supp. 887 (S.D.N.Y. 1963); United States v. Philips Petroleum Co., 367 F. Supp. 1226 (C.D. Cal. 1973); y United States v. Blue Bell Inc., 395 F. Supp. 538 (M.D. Tenn. 1975).

8 Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, 1951.

9 Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

10 PÉREZ, M.: "La excepción de la empresa en crisis (failing firm defence): La evaluación de las concentraciones de recuperación o saneamiento económico en la Unión Europea", *Proyecto de Investigación del MICINN*, 2016, p. 102.

11 [HTTP://EUROPA.EU/RAPID/PRESS-RELEASE \\_ IP-89-512 \\_ EN.HTM](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-89-512_en.htm).

Como se analiza en los siguientes apartados, la Excepción en la Unión Europea se origina y desarrolla substancialmente por medio de las Decisiones de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que en el año 2009 pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

### 3. Aerospatale-Alenia/de Havilland (1991).

La aplicación de la Excepción –en su vertiente *failing division defence*– se considera por primera vez, aunque sin éxito, en el caso Aerospatale-Alenia/De Havilland (1991).<sup>12</sup> Las empresas Aerospatale y Alenia querían adquirir la empresa De Havilland, una división regional del negocio de aviones de Boeing. Todas estas empresas operaban en el mercado de aviones de turbohélice de tamaño medio. De autorizarse la operación, la nueva empresa alcanzaría una cuota de mercado de 64% a nivel mundial. Se argumentó que, de no ser por la concentración, en vista de la crisis económica que sufría la división de De Havilland, la producción de Boeing en esta división se reduciría gradualmente, viéndose obligada a salir del mercado a medio o largo plazo, eliminando por completo la competencia<sup>13</sup>.

La Comisión sopesó la aplicación de la *failing division defence* con la prohibición del Reglamento 4064/89 y decidió no autorizar la operación porque la salida del mercado de De Havilland era evitable aunque no se produjese la concentración y porque Alenia y Aerospatale no eran los únicos potenciales compradores<sup>14</sup>. La Comisión entendió que la salida del mercado era evitable porque los productos de De Havilland eran de gran calidad y prestigio, y porque se apreció un aumento de ventas y una disminución de costes de producción, lo que permitía que la división incrementase la productividad<sup>15</sup>. Como no se cumplían los requisitos básicos para aplicar la Excepción, no fue necesario analizar más pruebas<sup>16</sup>.

En este caso, la Comisión no lo mencionó, pero en Decisiones posteriores estableció que la carga de la prueba en el caso de invocar la *failing division defence* en lugar de la Excepción es mucho más pesada (Bertelsmann/Kirch/Premiere y Rewe/Meinl)<sup>17</sup>. Asimismo, la Comisión dejó abierta la cuestión de si la Excepción

12 Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1991 en el Asunto IV.M.053 Aerospatale-Alenia/de Havilland.

13 CLARK, E. and FOSS, C., "When the Failing Firm Defence Fails", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, núm. 4, 2012, p. 318.

14 FERNÁNDEZ C.: "La supervivencia de las compañías en crisis (Failing Firm Defence)", en *El derecho de la competencia en tiempos de crisis* (Lage S. y Petitbo J.), Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 129.

15 KOKKORIS, I.: "Failing firm defence in the European Union. A panacea for mergers?", *European Competition Law Review*, 27(9), 2006, p. 499.

16 OECD, Policy Roundtables Failing Firm Defence, 1995.

17 Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 en el Asunto IV/M.993 Bertelsmann/Kirch/Premiere; y Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en el Asunto IV/M.1221 Rewe/Meinl.

era compatible o no con la prohibición de concentraciones que provocan un deterioro en la competencia del Reglamento 4064/89<sup>18</sup>.

#### 4. Kali-Salz/MdK/Treuhand (1993).

La primera aplicación de la Excepción en Europa se sitúa en año 1993, en el caso Kali-Salz/MdK/Treuhand.<sup>19</sup> Se trataba de una concentración entre una subsidiaria de BASF Chemical Group (Kali und Salz AG) y Mitteldeutsche Kali AG (MdK), una empresa íntegramente participada por Treuhandanstalt, una institución pública alemana. MdK operaba en el sector de la potasa y la sal gema para productos agrícolas en la antigua República Democrática Alemana, donde sus ventas cayeron substancialmente. Se encontraba al borde de la quiebra por el colapso de los mercados en Europa del Este y no contaban con un sistema de distribución eficiente para continuar operando en el mercado. La concentración de Kali-Salz y MdK creaba un monopolio en Alemania (98% del mercado) y un oligopolio en el mercado comunitario con SCPA (Société Commerciale des Potasses et de l'Azote), una compañía francesa productora de potasa, subsidiaria de Minière et Chimique (EMC)<sup>20</sup>.

Las partes alegaron que MdK saldría del mercado en un futuro próximo si no se producía la concentración, acreciendo de todas formas con su salida la cuota de mercado de Kali-Salz<sup>21</sup>. La Comisión examinó la posibilidad de aplicar la Excepción teniendo en cuenta la prohibición del Reglamento 4064/89. En su Decisión, estableció que se puede excluir la relación causal entre la concentración y el deterioro de la competencia si: i) la empresa en crisis se vería forzada en un futuro próximo a salir del mercado de no ser por la concentración; ii) no existen otras alternativas de compra menos perjudiciales para la competencia; iii) la parte compradora ganaría la cuota de mercado de la empresa en crisis si esta saliera el mercado.

La Comisión autorizó la concentración porque los requisitos se cumplían: de no ser por la concentración, MdK hubiera salido del mercado en un futuro próximo; se descartó la posibilidad de que existiera otro comprador que no fuera Kali-Salz que pudiera comprar todo o una parte substancial de MdK; y, si MdK saliese del mercado, Kali-Salz ganaría su cuota de mercado. Además, también se tuvo en cuenta factores regionales y sociales. De no ser por la concentración, hubiera empeorado la crisis existente en las regiones de Alemania que ya se encontraban

18 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 103.

19 Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 en el Asunto IV/M.308 Kali-Salz/MdK/Treuhand.

20 BACCARO, V.: "Failing firm defence and lack of causality: doctrine and practice in Europe of two closely related concepts", *European Competition Law Review*, 25(1), 2004, p. 14; y KOKKORIS, I.: "Failing firm", cit., p. 495.

21 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 129.



debilitadas estructuralmente<sup>22</sup>. Por último, la Comisión matizó que esta operación es excepcional y que la carga de la prueba para evidenciar los extremos necesarios para aprobarla recae en las partes<sup>23</sup>.

El gobierno francés y SCPA recurrieron la Decisión y alegaron que no se ajustaba a la doctrina estadounidense de la Excepción (en cuanto al criterio de salida de activos del mercado) y que arbitrariamente se introdujo el criterio de la absorción de la cuota de mercado. El TJCE reconoció que la Decisión de la Comisión no se ajustaba a la doctrina estadounidense, pero estableció que esto no afectaba a su legalidad y no era suficiente para invalidarla<sup>24</sup>. En cuanto al criterio de absorción de la cuota de mercado, el TJCE entendió que contribuía a asegurar la neutralidad de la concentración con respecto al deterioro de la competencia y confirmó su consistencia con el Reglamento 4064/89.<sup>25</sup> Así, el TJCE aprobó los argumentos y conclusiones de la Decisión, apreciando que la Comisión había aplicado la Excepción correctamente.

Además, el TJCE fue más allá y señaló que no era necesario demostrar que la empresa adquirente asumiría la cuota de mercado de la empresa en crisis, sino que se puede excluir la relación causal entre la concentración y el deterioro de la competencia si el deterioro fuese cuanto menos equivalente aunque la concentración no se produjese, es decir, se prohibiese<sup>26</sup>.

Este elemento constituye un análisis comparativo (llamado “*counterfactual analysis*” en la doctrina anglosajona), que será de especial relevancia más adelante. A juicio del Tribunal, se reducen los requisitos a dos: i) que la empresa en crisis esté condenada a salir del mercado en un futuro próximo; y ii) que no exista una alternativa menos perjudicial para la competencia. Si se cumplen estos requisitos, queda demostrado que la concentración no es la causa del detrimento de la competencia, por lo que no se infringe el Reglamento 4064/89 y cabe la Excepción para autorizar la concentración<sup>27</sup>.

22 FERNÁNDEZ, C.: “La supervivencia”, cit., p. 130.

23 Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 en el Asunto IV/M.308 Kali-Salz/MdK/Treuhand.

24 Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c. Comisión [1998] ECR I-1375, 90 y ss.

25 FERNÁNDEZ, C.: “La supervivencia”, cit., p. 130; y Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c. Comisión [1998] ECR I-1375, 116.

26 MALINAUSKAITE, J.: “The Failing firm defence in EU merger control: the story of Sisyphus?”, *International Company and Commercial Law Review*, 2012, 23(9), p. 309; y Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c. Comisión [1998] ECR I-1375, 116.

27 PÉREZ, M.: “La excepción”, cit., p. 105; y Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c. Comisión [1998] ECR I-1375, para. 114, 116 y 124.

No obstante, los requisitos para probar la falta de relación causal son muy estrictos y evidenciar su concurrencia no era tarea fácil<sup>28</sup>. Por ejemplo, la Comisión consideró la Excepción en los casos Saint-Gobain/Wacker-Chemie y Blokker/Toys "R" Us en el año 1997 y Rewe/Meinl en el año 1999, pero las partes no consiguieron probar la concurrencia de los requisitos para probar que la concentración sería menos perjudicial para la competencia que su prohibición<sup>29</sup>.

## 5. BASF/Eurodiol/Pantochim (2001).

En este caso la Comisión autorizó por segunda vez la aplicación de la Excepción<sup>30</sup>. La concentración consistía en la compra de Eurodiol SA y Pantochim SA, empresas belgas subsidiarias de la empresa italiana SISAS Spa, por BASF Antwerpen N.V. (una subsidiaria de BASF). Esta concentración creaba una posición dominante en el mercado de productos químicos a nivel de la UE del 70%. Se verificó que Eurodiol y Pantochim estaban en procesos concursales y que no existía otro comprador, por lo que se cumplían los dos primeros requisitos establecidos en el caso Kali-Salz. Aun así, no se cumplía el último, el requisito de la absorción de la cuota del mercado, es decir, no se pudo probar que BASF adquiriría las cuotas de mercado de Eurodiol y Pantochim en el caso de que estas saliesen del mercado.

Aún así, la Comisión estimó que la concentración era menos perjudicial para la competencia que prohibirla, por lo que modificó su criterio y justificó la Excepción de acuerdo con los siguientes requisitos: i) la empresa en crisis se vería forzada a salir del mercado en un futuro próximo si no fuera adquirida por la empresa compradora; ii) no existen alternativas de compra menos anticompetitivas; y iii) los activos a comprar inevitablemente saldrían del mercado si no fueran adquiridos por la compradora<sup>31</sup>.

El último requisito es la novedad de este caso porque reemplaza el criterio de absorción de la cuota de mercado establecido en Kali-Salz: en este caso no supuso un problema porque solo existían en el mercado relevante la empresa en crisis y su compradora, por lo que la cuota de mercado de la empresa en crisis hubiera pasado en todo caso a la compradora. En cambio, en el caso BASF existían varios competidores y las cuotas de mercado de Eurodiol y Pantochim podían verse repartidas entre ellos<sup>32</sup>. Parece que el requisito de absorción de la cuota de mercado solo tiene aplicabilidad si existe un duopolio y carece de funcionalidad

28 KOKKORIS, I.: "Failing firm", cit., p. 501.

29 Decisión de la Comisión de 10 de septiembre de 1997, Asunto IV/M.774 Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM; Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1997 en el Asunto IV/M.8900 Blokker/Toys "R" Us; y Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en el Asunto IV/M.1221 Rewe/Meinl.

30 Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001 en el Asunto COMP/M.2314 BASF/Eurodiol/Pantochim.

31 KOKKORIS, I.: "Failing firm", cit., p. 501; y BACCARO, V.: "Failing firm", cit., pp. 494-509.

32 BACCARO, V.: "Failing firm", cit., p. 16.

si en el mercado relevante existen varios competidores y la cuota de mercado puede verse repartida<sup>33</sup>.

No obstante, en este caso la Comisión valoró que era poco factible que inversores privados comprasen los activos de Eurodiol y Pantochim por separado después de su salida del mercado por los elevados costes de producción, la necesidad de mano de obra cualificada y la producción altamente integrada de sus activos (las plantas químicas). El problema principal era que, de no ser por la concentración, los activos de Eurodiol y Pantochim saldrían del mercado quedando económicamente inoperables. Esta situación hubiera deteriorado la competencia y las condiciones del mercado (por la escasez de producción, la demanda inelástica, el aumento de precios) en perjuicio de los consumidores, por lo que la Comisión reconoció que esta circunstancia es importante y debe considerarse para aplicar la Excepción<sup>34</sup>. No solo se estimó que la concentración produciría menores efectos negativos, sino que además la nueva empresa resultante de la concentración sería capaz de disminuir sus costes, lo que se traduciría en precios más bajos en beneficio de los consumidores. Por todo ello, la Comisión determinó que la concentración era el escenario más favorable y la autorizó en aplicación de la Excepción<sup>35</sup>.

A partir de este momento se deja de aplicar el requisito de absorción de la cuota de mercado (Kali-Salz) y será suficiente probar que, de no ser por la concentración, los activos de la empresa en crisis saldrán del mercado<sup>36</sup>. Este criterio parece *prima facie* más económico que jurídico, pues atiende al resultado económico de aprobar o prohibir la concentración en lugar de centrarse en el requisito jurídico consistente en la falta de relación causal entre la concentración y el deterioro de la competencia<sup>37</sup>. No obstante, en esencia el criterio sigue siendo jurídico y por ello sirvió para justificar la sistematización de la Excepción en la regulación de la UE<sup>38</sup>.

### III. REGULACIÓN, APLICACIÓN Y FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN EN LA UE.

#### I. Reglamento 139/2004.

El Reglamento 4064/89 regulaba el control de las concentraciones entre empresas en la UE aplicando el test “*dominance*”, por el cual se tenía en cuenta la cuota de participación en el mercado para analizar el grado de la concentración. Esta

33 PÉREZ, M.: “La excepción”, cit., p. 110.

34 Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001 en el Asunto COMP/M.2314 BASF/Eurodiol/Pantochim, 151.

35 PÉREZ, M.: “La excepción”, cit., p. 107.

36 FERNÁNDEZ, C.: “La supervivencia”, cit., p. 132.

37 BACCARO, V.: “Failing firm”, cit., p. 16; y KOKKORIS, I.: “Failing firm”, cit., pp. 494-509.

38 J MALINAUSKAITE, J.: “The Failing”, cit., p. 310; CLARK, E. and FOSS, C.: “When the”, cit., p. 319.

regulación sobre el control de concentraciones sufre modificaciones sustanciales y se procede con su refundición en el Reglamento 139/2004, que a su vez es objeto de revisión en diversas ocasiones hasta la fecha<sup>39</sup>. El Reglamento 139/2004 introduce el test SIEC ("*significant impediment to effective competition*") para la evaluación de las operaciones de concentración, solucionando las deficiencias del test anterior y equiparando la normativa europea con la estadounidense, que aplica el test SLC ("*significant lessening of competition*").

Para evaluar el impacto de una concentración en la competencia se tienen en cuenta los siguientes factores recogidos en el art. 2b del Reglamento 139/2004: la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que este sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

La Comisión desarrolla el criterio de la evaluación de las concentraciones y sus requisitos en la Directrices sobre las Concentraciones Horizontales (las Directrices)<sup>40</sup>. A pesar de que el contenido de las Directrices no es vinculante, nos proporciona información necesaria para poder aplicar el Reglamento 139/2004.

## 2. Las Directrices sobre las Concentraciones Horizontales.

Las Directrices exploran los posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones y establecen como una concentración podría limitar la competencia. Además, introducen por primera vez la doctrina de la Excepción, pues la autorización de una concentración cuando una de las partes esta en crisis puede tener beneficios económico-sociales para el bien común. Los requisitos para aplicar la Excepción se ven finalmente sistematizados en la UE en los arts. 89 y 90 de las Directrices, pero su origen y desarrollo se sitúa en los casos Kali-Salz y BASF<sup>41</sup>.

39 Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas; revisado por el Reglamento (CE) 1033/2008 de la comisión de 20 de octubre de 2008 que modifica el Reglamento (CE) 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas; Reglamento de ejecución (UE) 1269/2013 de la comisión de 5 de diciembre de 2013 por el que se modifica el Reglamento (CE) 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n o 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas; y Libro Blanco. Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE, COM (2014) 449 final, 9 de julio de 2014.

40 Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03)

41 Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC)

El art. 89 de las Directrices establece el requisito esencial para aplicar la Excepción: la falta de relación causal y de perjuicio para la competencia. Si una de las partes de la concentración es una empresa en crisis la Comisión puede establecer que la concentración es compatible con el mercado común, aunque plantee problemas competitivos, siempre que el deterioro de la competencia tras la concentración no se deba a esta. Este será el caso cuando la competencia también se deteriore cuanto menos de manera equivalente de no producirse la concentración.

El art. 90 de las Directrices establece los tres requisitos especialmente importantes para aplicar la Excepción, pues la concurrencia de estos demuestra la falta de relación causal y de perjuicio para la competencia. Los requisitos son los siguientes: i) la empresa en crisis debe estar condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa; ii) no existe una alternativa de compra menos perjudicial para la competencia que la concentración; y iii) de no mediar la concentración, la salida del mercado de los activos de la empresa sería inevitable.

La Comisión precisó que los criterios fijados en las Directrices no son exclusivos ni exhaustivos y que el análisis de otras circunstancias como la crisis económica y los mercados decrecientes es pertinente<sup>42</sup>. El objetivo de la regulación de la UE es un efectivo funcionamiento del mercado interno, asegurando que las concentraciones no tengan efectos anticompetitivos en el mercado que puedan eliminar la competencia existente entre las partes de la concentración y reducir el número de competidores en el mercado. Como se demuestra en los casos anteriores, la Excepción es compatible con este objetivo y, por consiguiente, entendemos que su sistematización fue procedente<sup>43</sup>.

Por lo tanto, siempre que se cumplan los requisitos mediante los cuales se demuestra la falta de relación causal entre la concentración y el deterioro de la competencia, la Comisión no tendría base legal para prohibir una concentración<sup>44</sup>. No obstante, conseguir esto no es tarea fácil pues, como la Comisión advierte, la autorización de una concentración en estas circunstancias es excepcional y la carga de la prueba siempre recae en las partes<sup>45</sup>. En los siguientes apartados se examina la aplicación de esta normativa en los casos más importantes tras su sistematización para más adelante considerar su problemática subyacente.

---

c. Comisión [1998] ECR I-1375, 110 y 114; y Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001 en el Asunto COMP/M.2314 BASF/Eurodiol/Pantochim, 157-160.

42 OECD, *Policy Roundtables Failing Firm Defence*, 2009, 183.

43 KOKKORIS, I.: "Failing firm", cit., p. 498.

44 KOKKORIS, I.: "Failing firm", cit., p. 498.

45 OECD, *Policy Roundtables Failing Firm Defence*, 2009, 183.

### 3. Nynas/Shell/Harburg Refinery (2013).

El 2 de septiembre de 2013, la Comisión evaluó y autorizó la concentración del operador económico sueco Nynas AB y Harburg Refinery, una refinería en Hamburgo propiedad de Shell<sup>46</sup>. En este caso se consideró la Excepción en su variante de *failing division defence* porque Harburg Refinery era una división en crisis propiedad de Shell. Los requisitos al aplicar esta variante son más rigurosos, pero Shell argumentó que la salida del mercado de Harburg Refinery no afectaba sustancialmente su situación financiera y que tenía intención de cerrar esta división de Hamburgo si no encontraba comprador porque por razones comerciales era económicamente insostenible. Es más, el proceso de demolición de la refinería ya había comenzado<sup>47</sup>. La Comisión tuvo en cuenta estas circunstancias a la hora de moderar los requisitos de la Excepción en su variante *failing division defence*.

En la primera fase del procedimiento, la Comisión estableció que la concentración crearía un monopolio en el mercado europeo de la producción de aceites de base nafténica (una serie de productos derivados del petróleo) dejando a Ergon, una empresa estadounidense, como único competidor sustancial. La nueva empresa formaría el 70% de producción y suministro en el mercado relevante.

Posteriormente, en la segunda fase, la Comisión verificó la inminente salida del mercado de Harburg Refinery y descartó la posibilidad de que Ergon fuese un comprador alternativo a Nynas. En la primera negociación entre Ergon y Shell en el año 2011, las partes no llegaron a un acuerdo y luego, cuando Nynas quiso absorber Harburg Refinery, Shell ofreció una renegociación a Ergon pero no aceptaron. Por lo tanto, resultaba evidente que los activos de Harburg Refinery estaban condenados a salir del mercado no solo porque no existía otro comprador sino porque, además, la refinería era económicamente insostenible y Shell ya había iniciado el proceso de demolición.

Por último, la Comisión expresó que, de prohibir la concentración, la producción de aceites de base nafténica en Europa disminuiría y los consumidores pagarían precios más altos debido a que tendrían que ser importados al mercado europeo, mientras que, si se autorizaba la concentración, se reducirían los costes variables y el consumidor resultaría beneficiado<sup>48</sup>.

---

46 Decisión de la Comisión de 2 de septiembre de 2013 en el Asunto COMP/M.6360 Nynas/Shell/Harburg Refinery.

47 BRETZ O., GORE, D. and SCHALLENGERG, K.: "A new approach to the failing firm defence? The Nynas/Shell Harburg merger", *European Competition Law Review*, 35(10), 2014, p. 484.

48 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., pp. 112-113; y CASTALDO, G. and BOGDANOV, A.: "The Nynas case: The Interplay Between the Failing Firm Defence and the Counterfactual Method", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, núm. 5, 2015, pp. 324-325.

Después de una década desde la publicación de las Directrices, este es el primer caso en que se autoriza la concentración aplicando la Excepción y el primer caso en su variante de *failing division defence* en la historia de la regulación de concentraciones en la UE<sup>49</sup>.

#### 4. Aegean/Olympic II (2013).

Ya en el año 2011 la Comisión consideró y la prohibió la concentración de Aegean Airlines y Olympic Air (ambas aerolíneas griegas) porque hubiera producido un cuasi-monopolio en el mercado del transporte aéreo en Grecia (Aegean/Olympic I)<sup>50</sup>. Si se hubiera llevado a cabo la concentración, las tarifas comerciales hubieran aumentado para cuatro de los seis millones de consumidores griegos y europeos que viajaban cada año pasando por Atenas. Estas dos empresas juntas hubieran controlado más del 90% del mercado del transporte aéreo nacional de Grecia y la investigación de la Comisión no mostró perspectivas realistas de que una nueva aerolínea de un tamaño suficiente entrara en el mercado de sus rutas y restringiera sus tarifas comerciales<sup>51</sup>.

Posteriormente, el 9 de octubre de 2013, la Comisión reconsideró la concentración y la autorizó aplicando la Excepción (Aegean/Olympic II)<sup>52</sup>.

En un primer momento, se estableció que la concentración creaba un monopolio con efectos negativos en la competencia porque el competidor principal, Cyprus Airways, no ejercería suficiente presión competitiva y no se esperaba la entrada de nuevos competidores por las altas barreras de entrada al mercado. No obstante, a causa de la crisis en la que se encontraba Grecia, la demanda de transporte nacional cayó un 26%, por lo que la Comisión apreció el menoscabo en la situación financiera de Olympic Air y su inevitable salida del mercado en un futuro próximo. Aegean Airlines quedaría como único proveedor de servicio de transporte nacional aéreo, adquiriendo la cuota de mercado de Olympic Air, cuyos activos quedarían inutilizados y abandonarían el mercado. Por lo tanto, la Comisión estimó que la concentración no era la causa del deterioro de la competencia porque el escenario descrito se hubiera creado de todas formas con independencia de la autorización de la concentración<sup>53</sup>.

La Comisión valoró en su fundamento la situación económica en que operaban las empresas, la crisis económica que sufría Grecia, el perjuicio para

49 BRETZ, O., GORE, D. and SCHALLENGER, K.: "A new ", cit., p. 486.

50 Decisión de la Comisión de 26 de enero de 2011 en el Asunto COMP/M.6796 Aegean/Olympic.

51 [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-68\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-68_en.htm).

52 Decisión de la CE de 9 de octubre de 2013 en el Asunto COMP/M.6796 Aegean/Olympic II.

53 MIRANDA, L.: "El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea", *Revista de Derecho Mercantil*, 2014, p. 20; PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 113.

los consumidores que hubiera causado la prohibición de la concentración y el menoscabo para la comunidad en general. Así pues, de este caso se desprende que, en ciertas ocasiones, la Excepción tiene un valor funcional como instrumento anticrisis que contribuye a conservar en el mercado empresas productivas que tienen problemas financieros acentuados por una crisis económica general; todo ello en beneficio de los consumidores y la comunidad en general<sup>54</sup>.

## 5. Fundamento de la Excepción.

La Excepción se fundamenta en el propio sistema de economía social de mercado en el marco de la UE que requiere la existencia de empresas productivas, fuertes y eficientes (art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea, TUE). Por ello, el Derecho de la competencia flexibiliza sus mecanismos represores en concentraciones que, aunque restrictivas de la competencia, son el único medio de supervivencia de la empresa en crisis. De esta forma se logra el aprovechamiento de empresas eficientes y productivas, resultando beneficiado el conjunto de la sociedad<sup>55</sup>.

La mayor parte de la doctrina que se centra en el análisis económico de la Excepción coincide en que su aplicación es más beneficiosa para la competencia y los consumidores que su prohibición<sup>56</sup>. La concentración permite que la empresa adquirente aumente su capacidad de producción, reduzca sus precios y mejore la calidad y variedad de sus productos y servicios, lo que beneficia a los consumidores y mantiene la situación de competencia efectiva.

La doctrina destaca los tres argumentos más importantes empleados para justificar la Excepción. I) El primer argumento se centra en los beneficios económicos que ofrecen las concentraciones que absorben empresas en crisis (las llamadas concentraciones de saneamiento económico), pues son el medio más eficiente para conservar los activos afectados por una crisis económica y para suprimir o ahorrar en costes (fijos y variables) lo que permite una reducción de precios que beneficia al consumidor. II) El segundo argumento se basa en la protección de los intereses de los distintos sujetos perjudicados por la salida del mercado de la empresa en crisis, como son los trabajadores que pierden sus puestos de trabajo, los accionistas que no recuperan sus inversiones, los acreedores que no recobran sus préstamos e intereses y, en general, el colectivo de la sociedad donde la empresa opera. III) El tercer argumento se fundamenta en la neutralidad de la concentración para la competencia, es decir, la falta de relación causal entre la concentración y el deterioro de la competencia. Una empresa en crisis no se puede considerar una fuerza competitiva en el mercado, sobre todo si

54 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 113; y MIRANDA, L.: "El control", cit., p. 21.

55 MIRANDA, L.: "El control", cit., p. 21.

56 MALINAUSKAITE, J.: "The Failing", cit., p. 313.



su salida del mercado es inminente, por lo que la concentración, de acuerdo con este argumento, carece en realidad de efectos restrictivos para la competencia<sup>57</sup>.

La Excepción, como sugiere Posner, es uno de los más claros ejemplos del deseo que existe en el Derecho de la competencia de subordinar la competencia a otros valores<sup>58</sup>.

#### **IV. PROBLEMÁTICA SUBYACENTE DE LA EXCEPCIÓN: REQUISITOS Y CARGA DE LA PRUEBA.**

Conviene recordar que la regla general es la prohibición de aquellas concentraciones que provocan un detrimento en la competencia y que para aplicar la Excepción las partes deben aportar suficientes pruebas que demuestren la concurrencia de todos sus requisitos, pues la Comisión atribuye la carga de la prueba de forma expresa a las partes<sup>59</sup>.

El test se puede dividir en dos etapas o fases. En la primera etapa la Comisión verifica que la empresa se encuentra realmente en una crisis económica, analizando la contabilidad y, especialmente, las pérdidas sustanciales e incapacidad para hacer frente a sus obligaciones. Después la Comisión analiza el proceso de venta y, en particular, las negociaciones con compradores alternativos y porqué estas fracasaron, pues si existen compradores alternativos la Comisión debe confrontar los efectos de la operación alternativa con los de la propuesta. En la segunda etapa la Comisión investiga las consecuencias de la ausencia de la concentración como por ejemplo el cierre y liquidación de la empresa en crisis y sopesa si la liquidación de activos entre varios competidores es viable o si la concentración es la medida más efectiva para conservar la explotación de los activos<sup>60</sup>.

Si se cumplen todos los requisitos la Comisión declara la concentración compatible con el mercado común, pues la concentración no sería la causa de la creación o refuerzo del poder de mercado de la nueva empresa. En caso de no cumplir cualquiera de los requisitos, la Comisión se vera obligada a prohibir la concentración por infringir el Reglamento 139/2004.

##### **I. La empresa en crisis y su inminente salida del mercado.**

Se requiere que la empresa en crisis esté condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa. Esto implica que las partes intervinientes en la concentración deben

57 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 118.

58 POSNER, R.: *Antitrust: cases, economic notes and other materials*, West Publishing, Minnesota, 1981, p. 472.

59 OECD, *Policy Roundtables Failing Firm Defence*, 2009, 183.

60 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 111-112.

demostrar que la empresa no puede cumplir sus obligaciones financieras a corto plazo. No existe una fórmula específica para establecer este extremo, la Comisión lo evalúa caso por caso.<sup>61</sup> Esta discrecionalidad hace complicada la tarea de prever en que grado de dificultad financiera debe estar la empresa para beneficiarse de la Excepción<sup>62</sup>. La doctrina indica que el nivel de crisis que se debe apreciar irá en función del riesgo para la competencia que implica la concentración. Cuanto mayor sea el problema que provoca la concentración en la competencia, mayor será la exigencia de que la crisis sea cierta o inminente<sup>63</sup>.

La empresa en crisis debe proporcionar información de su estado financiero (liquidez, beneficios y solvencia) que no será fácil recopilar y que la dejará aún más expuesta en un momento tan delicado<sup>64</sup>. Además, también tendrá que proporcionar documentos internos que demuestren como han intentado solucionar los problemas financieros que se alegan y un análisis independiente preparado por un tercero<sup>65</sup>. El objetivo es probar que la empresa no tiene acceso al capital necesario para mantenerse en el mercado<sup>66</sup>. No se requiere que la empresa haya iniciado un procedimiento concursal, sino más bien demostrar que de no ser por la concentración, la empresa se encontraría en una situación de esta naturaleza en un futuro próximo, siempre que la situación en cuestión no ayude a la empresa a reorganizarse<sup>67</sup>. Es decir, se debe demostrar que la empresa no atraviesa una situación transitoria de crisis, sino que sufre serios problemas financieros y que de no celebrarse la concentración se vería obligada a salir del mercado<sup>68</sup>.

Igualmente, será difícil prever la aplicación de la normativa y demostrar la concurrencia de este requisito cuando la crisis económica sea generalizada, pues no será fácil establecer si la dificultad financiera se debe a la falta de financiación temporal causada por la crisis económica general o es inherente a la empresa<sup>69</sup>.

## 2. La inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia.

Se requiere que no exista una alternativa de compra menos restrictiva para la competencia que la concentración propuesta. La Comisión explora la existencia de alternativas de compra y analiza su posible resultado. Se analizan los efectos que

61 OECD, Policy Roundtables Failing Firm Defence, 2009, 184.

62 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 134.

63 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 108.

64 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 142.

65 CLARK, E. AND FOSS, C.: "When the", cit., p. 324.

66 MALINAUSKAITE, J.: "The Failing", cit., p. 313; y FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 133.

67 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 134.

68 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 108.

69 OXERA AGENDA: "Failing, or just flailing? The failing-firm defence in mergers", 2009.

tendría para la competencia que otro comprador llevase a cabo la absorción de la empresa en crisis y si el resultado fuera menos restrictivo para la competencia existiría una preferencia por esta opción<sup>70</sup>.

La Comisión no exige a la empresa en crisis que haya iniciado un proceso de licitación previo, sino que haya realizado toda negociación posible con terceros competidores. Es decir, que demuestre que ha mandado propuestas de adquisición al mayor número posible de operadores económicos y que les ha facilitado su participación en el proceso de negociación. La existencia de una oferta pública ayudará a mostrar este extremo. En ausencia de esta, se debe demostrar este extremo por cualquier otro medio. Esto exige a las partes demostrar que los escenarios alternativos presentan problemas para la competencia de al menos la misma entidad o que son económicamente inviables, lo que resulta un análisis muy complejo. La empresa en crisis tendrá que presentar información detallada sobre los posibles adquirentes, pero la única forma de tener acceso a toda esta información es negociando con varias empresas a la vez, lo cual retrasará la concentración poniendo en riesgo la propia existencia de la empresa en crisis. Como el tiempo es un factor importante, la rigidez en la verificación de este requisito se vincula al nivel de crisis que sufre la empresa. Así, la Comisión evita causar mayores problemas financieros incluso llegando a pronunciarse sobre la concentración, si fuera necesario, en un plazo menor<sup>71</sup>.

Cabe destacar que la experiencia del comprador en el sector de la empresa en crisis o su ámbito geográfico no justifica que sea la mejor alternativa de compra y por ende la prueba de concurrencia de este requisito para autorizar la concentración aplicando la Excepción (Blokker/Toys "R" Us)<sup>72</sup>.

La Comisión ha reconocido que es muy complicado demostrar la inexistencia de compradores alternativos con efectos menos restrictivos para la competencia<sup>73</sup>. Solamente en una situación de crisis económica general, donde el capital externo disponible puede verse reducido por la existencia de menos compradores, será de *facto* menos complicado cumplir con este requisito y demostrar que no existe otra alternativa de compra menos anticompetitiva<sup>74</sup>.

70 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 143.

71 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. 109; y FERNÁNDEZ C.: "La supervivencia", cit., p. 143.

72 Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1997 en el Asunto IV/M.8900 Blokker/Toys "R" Us; y FERNÁNDEZ C.: "La supervivencia", cit., p. 136.

73 FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., pp.135-136.

74 MALINAUSKAITE, J.: "The Failing", cit., p. 313.

### 3. La inevitable salida del mercado de los activos.

Se requiere que la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis sea inevitable de no darse la concentración. Este requisito implica que la Comisión evalúe si los activos permanecerán en el mercado o se liquidaran, sin descartar la posibilidad de que sean comprados tras su salida del mercado, para así determinar en que caso se les dará un uso más eficiente. En ocasiones, en lugar de que los activos permanezcan en manos de un solo competidor, es más beneficioso que sean divididos como unidades independientes y repartidos en el mercado<sup>75</sup>.

Las partes tendrán que identificar los activos susceptibles de ser vendidos independientemente y analizar si la venta individual produciría efectos más beneficiosos que la concentración. Esto no es una tarea trivial. La concurrencia del requisito queda condicionada a demostrar que la venta de los activos por separado causa mayores problemas para la competencia que la concentración o que la venta de activos por separado no alcanza los beneficios de la concentración pues, de lo contrario, la concentración no se autorizará (casos JCI/Fiamm y SEB/Moulinex)<sup>76</sup>.

Cuando el valor de los activos en unidad excede cuantiosamente su valor por separado, como es el caso de las plantas que utilizan un proceso de fabricación altamente integrado, este requisito no debería ser un problema. Parece que, de acuerdo con este requisito, el éxito de la concentración dependerá de las ventajas económicas o eficiencias resultantes de esta<sup>77</sup>.

### 4. Las consecuencias y alternativas a la Excepción.

La práctica demuestra el éxito de la Excepción en algunos casos, incluso cuando se rechaza (Aegan/Olympic Air I, 2011) y cuando la situación financiera empeora se acepta (Aegan/Olympic Air II, 2013). En otros casos la Excepción es un beneficio inalcanzable, ya sea porque la crisis no es suficiente (Bertelsmann/Kirch/Premiere y Rewel/Meinl) o porque existen compradores alternativos (Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM; y Blokker/Toys "R" Us)<sup>78</sup>.

Tras el análisis jurídico de la Excepción, la doctrina coincide que los requisitos son muy estrictos e imponen a las partes una excesiva carga de la prueba, por

75 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. III; y MALINAUSKAITE, J.: "The Failing", cit., p. 313.

76 Decisión de la Comisión de 10 de mayo de 2007 en el Asunto COMP/M.4381 JCI/FIAMM; Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2003 en el Asunto COMP/M.2621 SEB/Moulinex; y FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p.137.

77 PÉREZ, M.: "La excepción", cit., p. III.

78 Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 en el Asunto IV/M.993 Bertelsmann/Kirch/Premiere; Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en el Asunto IV/M.1221 Rewe/Meinl; Decisión de la Comisión de 10 de septiembre de 1997, Asunto IV/M.774 Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM; y Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1997 en el Asunto IV/M.8900 Blokker/Toys "R" Us.

lo que su aplicación resulta infrecuente. No solo se exige prueba de que la concentración no es la causa del deterioro de la competencia, sino que, además, las partes deben demostrar otros factores<sup>79</sup>. Las partes deben probar la crisis de la empresa, su inminente salida del mercado, los esfuerzos en buscar compradores alternativos, los beneficios de la concentración sobre las alternativas y que la salida del mercado de los activos es inevitable o más perjudicial que la concentración. Como consecuencia, se podría llegar a prohibir concentraciones beneficiosas para el bien común o a imponer remedios más problemáticos para la competencia a largo plazo. Igualmente, esto podría generar que las empresas en crisis busquen otros medios más peligrosos para el mercado o incluso ilegales para evitar su salida, como podría ser la formación de un cártel sobre precios o clientes.<sup>80</sup>

Por otro lado, la Comisión ha llegado a autorizar concentraciones en base a un criterio distinto (análisis comparativo o *counterfactual analysis*), desviándose de la estricta aplicación de la Excepción, aun cuando una de las partes presentaba serios problemas económicos (Deloitte & Touche/Andersen UK; Enerst & Young/Andersen France; KLM/Martinair), en vista de que, de haberse considerado la Excepción, las concentraciones se hubieran prohibido<sup>81</sup>.

La doctrina considera la aplicación del análisis comparativo o *counterfactual analysis* como una alternativa a la Excepción. Las partes no estarían exentas de aportar pruebas, pero sería más sencillo centrarse en demostrar que el deterioro de la competencia tras la concentración no está causado por la misma, que demostrar la concurrencia de todos los requisitos de la Excepción. Este enfoque podría ser relevante cuando: i) la empresa sale del mercado por factores distintos a una crisis económica, como cuando la insuficiente rentabilidad no justifica que se aporte más inversión o que la empresa continúe operando; ii) la empresa no sale del mercado pero se reestructura reduciendo su actividad y su cuota de mercado, produciendo efectos en la competencia; iii) cuando la salida del mercado de todos los activos de la empresa no es inevitable; y iv) cuando la salida de la empresa del mercado no sea inminente pero se vaya a producir en un futuro<sup>82</sup>.

No obstante, será necesario estudiar los efectos que a largo plazo podría tener la aplicación del análisis comparativo o *counterfactual analysis* en los diversos escenarios que se plantean, ya que la razón por la que la Comisión no flexibiliza

79 LINDSAY A. and BERRIDGE, A.: "The EU Merger Regulation: Substantive Issues", *European Competition Law Review*, 39(1), 2018, p. 46.

80 Fernández, C.: "La supervivencia", cit., p. 137.

81 Decisión de la Comisión de 1 de julio de 2002 en el Asunto COMP/M.2816 Ernst & Young/Andersen France; Decisión de la Comisión de 29 de mayo de 2002 en el Asunto COMP/M.2810 Deloitte & Touche/Andersen UK; y Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2008 en el Asunto COMP/M.5141 KLM/Martinair; KYPRIANIDES, G.: "Assess the importance of the counterfactual in merger assessment with regards to the failing firm defence", *European Competition Law Review*, 33(12), 2012, p. 582.; y FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia", cit., p. 140.

82 CLARK, E. and FOSS, C.: "When the", cit., pp. 325-331.

los requisitos de la Excepción, ni siquiera en tiempos de crisis, es el potencial deterioro de la competencia a largo plazo.

## V. CONCLUSIONES.

La Excepción es un mecanismo jurídico con fines económico-sociales que permite a la Comisión considerar compatible con el mercado común una concentración *-a priori* anticompetitiva- cuando una de las partes sufre problemas económicos y está condenada a salir del mercado, siempre que se demuestre que el deterioro de la competencia no se debe a la concentración. La Excepción se fundamenta en el sistema de economía social de mercado que requiere empresas productivas, fuertes y eficientes. Así, el Derecho de la competencia flexibiliza sus mecanismos represores y permite autorizar por medio de la Excepción aquellas concentraciones que son el único medio de supervivencia de la empresa en crisis.

Desde una perspectiva económica, la doctrina coincide que la aplicación de la Excepción es más beneficiosa para la sociedad y los consumidores que su prohibición. Además, si entendemos que una empresa en crisis no se puede considerar una fuerza competitiva en el mercado, no deberíamos atribuir a la concentración el posible deterioro que pueda sufrir la competencia.

Desde una perspectiva jurídica concluimos que a causa de los estrictos requisitos de aplicación y la elevada carga de la prueba que se impone a las partes, la aplicación de la Excepción queda limitada y las empresas en crisis raramente pueden aprovechar sus beneficios. Como consecuencia, pueden llegar a prohibirse concentraciones beneficiosas para el bien común y provocar que las empresas en crisis busquen remedios alternativos más problemáticos para para la competencia o incluso ilegales para así permanecer en el mercado.

Para concluir, la Comisión ha llegado a autorizar concentraciones desviándose de la estricta aplicación de la Excepción empleando el análisis comparativo o *counterfactual analysis* a pesar de que una de las partes presentaba problemas económicos en vista de que, de haberse considerado la Excepción, se hubieran tenido que prohibir. Parece que los argumentos que justifican la Excepción tienen más éxito en el análisis comparativo. Aun así, como las consecuencias a largo plazo son inciertas, no está claro si sería más apropiado aplicar el análisis comparativo o desarrollar la Excepción para hacerla más accesible. Será necesario realizar un ulterior estudio de estas dos opciones. Mientras tanto, la Excepción es un instrumento generalmente en desuso en el Derecho de la competencia de la UE, lo que nos lleva a cuestionar su utilidad.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, M.: "Confluencia y conflicto entre el derecho de la competencia y el derecho concursal", en *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* (Ortiz L. y Entrena J.), Editorial Dykinson. Madrid, 2007.

BACCARO, V.: "Failing firm defence and lack of causality: doctrine and practice in Europe of two closely related concepts", *European Competition Law Review*, 25(1), 2004.

BRETZ, O., GORE, D. and SCHALLENGER, K.: "A new approach to the failing firm defence? The Nynas/Shell Harburg merger", *European Competition Law Review*, 35(10), 2014.

CASTALDO, G. and BOGDANOV, A.: "The Nynas case: The Interplay Between the Failing Firm Defence and the Counterfactual Method", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, núm. 5, 2015.

CLARK, E. and FOSS, C.: "When the Failing Firm Defence Fails", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, núm. 4, 2012.

FERNÁNDEZ, C.: "La supervivencia de las compañías en crisis (Failing Firm Defence)", en *El derecho de la competencia en tiempos de crisis* (Lage S. y Petitbo J.), Marcial Pons, Madrid, 2010.

HERNÁNDEZ, D.: "Excepción de la empresa en crisis: Ideas Generales sobre la Regulación de la Figura en el Derecho Comparado y su Aplicación en Colombia", *Revista E-Mercatoria*, núm. 13, 2014.

KOKKORIS, I.: "Failing firm defence in the European Union. A panacea for mergers?", *European Competition Law Review*, 27(9), 2006.

KYPRIANIDES, G.: "Assess the importance of the counterfactual in merger assessment with regards to the failing firm defence", *European Competition Law Review*, 33(12), 2012.

LINDSAY, A. and BERRIDGE, A.: "The EU Merger Regulation: Substantive Issues", *European Competition Law Review*, 39(1), 2018.

MALINAUSKAITE, J.: "The Failing firm defence in EU merger control: the story of Sisyphus?", *International Company and Commercial Law Review*, 23(9), 2012.

MIRANDA, L.: "El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea", *Revista de Derecho Mercantil*, 2014.

OXERA AGENDA: "Failing, or just flailing? The failing-firm defence in mergers", 2009.

PÉREZ, M.: "La excepción de la empresa en crisis (failing firm defence): La evaluación de las concentraciones de recuperación o saneamiento económico en la Unión Europea", *Proyecto de Investigación del MICINN*, 2016.

POSNER, R.: *Antitrust: cases, economic notes and other materials*, West Publishing, Minnesota, 1981.

### Casos:

Decisión de la Comisión de 9 de octubre de 2013 en el Asunto COMP/M.6796 Aegean/Olympic II.

Decisión de la Comisión de 2 de septiembre de 2013 en el Asunto COMP/M.6360 Nynas/Shell/Harburg Refinery.

Decisión de la Comisión de 26 de enero de 2011 en el Asunto COMP/M.6796 Aegean/Olympic.

Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2008 en el Asunto COMP/M.5141 KLM/Martinair.

Decisión de la Comisión de 10 de mayo de 2007 en el Asunto COMP/M.4381 JCI/FIAMM.

Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2003 en el Asunto COMP/M.2621 SEB/Moulinex.

Decisión de la Comisión de 1 de julio de 2002 en el Asunto COMP/M.2816 Ernst & Young/Andersen France.

Decisión de la Comisión de 29 de mayo de 2002 en el Asunto COMP/M.2810 Deloitte & Touche/Andersen UK.

Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001 en el Asunto COMP/M.2314 BASF/Eurodiol/Pantochim.

Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en el Asunto IV/M.1221 Rewe/Meinl.

Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 en el Asunto IV/M.993 Bertelsmann/Kirch/Premiere.



Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 República Francesa c. Comisión y Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) y Entreprise minière et chimique (EMC) c. Comisión [1998] ECR I-1375.

Decisión de la Comisión de 10 de septiembre de 1997, Asunto IV/M.774 Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM.

Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1997 en el Asunto IV/M.8900 Blokker/Toys "R" Us.

Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 en el Asunto IV/M.308 Kali-Salz/MdK/Treuhand.

Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1991 en el Asunto IV.M.053 Aerospatiale-Alenia/De Havilland.

United States v. General Dynamics Corp., 481 U.S. 239 [1987].

United States v. Blue Bell Inc., 395 F. Supp. 538 (M.D. Tenn. 1975).

United States v. Philips Petroleum Co., 367 F. Supp. 1226 (C.D. Cal. 1973).

Citizen Publishing Co v. United States, 394 U.S. 131 [1969].

United States v. Reed Roller Bit Co., 274 F. Supp 573 (W.D. Okla. 1967).

United States v. Lever Bros. Co., 216 F. Supp. 887 (S.D.N.Y. 1963).

International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291 [1930].

#### Otros recursos:

OECD, Policy Roundtables Failing Firm Defence, 2009.

OECD, Policy Roundtables Failing Firm Defence, 1995.

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-89-512\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-89-512_en.htm).

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-68\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-68_en.htm).

