II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 19 de febrero de 1997

por la que se establecen medidas para restablecer las condiciones de una competencia efectiva

(Asunto nº IV/M.784 — Kesko/Tuko)

(El texto en lengua inglesa es el único auténtico)

(Texto pertinente a los fines del EEE)

(97/409/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y, en particular, la letra a) del apartado 2 de su artículo 57,

Visto el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas [1], modificado por el Acta de adhesión de Austria, de Finlandia y de Suecia, y, en particular, el apartado 4 de su artículo 8 y su artículo 22,

Vista la Decisión de la Comisión, de 20 de noviembre de 1996, por la que se declara incompatible con el mercado común la operación de concentración mediante la cual Kesko Oy adquirió el control exclusivo de Tuko Oy,

Después de haber ofrecido a las empresas interesadas la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista con respecto a las objeciones formuladas por la Comisión,

Previa consulta al Comité consultivo en materia de operaciones de concentración [2],

Considerando lo que sigue:

(1) El 26 de junio de 1996, la Comisión recibió una solicitud del Organismo finlandés de la libre competencia de conformidad con el artículo 22 del Reglamento (CEE) nº 4064/89 (denominado en lo sucesivo «Reglamento sobre concentraciones») con objeto de que examinara la adquisición de Tuko Oy («Tuko») por parte de Kesko Oy («Kesko»). El 20 de noviembre de 1996, la Comisión adoptó una Decisión en virtud del apartado 3 del artículo 8, en relación con el artículo 22 del Reglamento sobre concentraciones («Decisión de 20 de noviembre de 1996»), en la que se declaraba la operación incompatible con el mercado común.

(2) Cuando se adoptó la Decisión de 20 de noviembre de 1996, la concentración ya se había llevado a cabo: Kesko había adquirido Tuko el 27 de mayo de 1996 mediante la compra de acciones. La Decisión de 20 de noviembre de 1996 no contenía las medidas previstas en el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento sobre concentraciones. La Comisión anunció que se adoptaría una decisión separada de conformidad con esta última disposición con objeto de restablecer las condiciones de una competencia efectiva.

Fundamentación de la Decisión de 20 de noviembre de 1996

(3) La Comisión llegó a la conclusión de que la concentración crearía o reforzaría la posición dominante de Kesko en el mercado minorista finlandés de bienes de consumo corriente, dado que la cuota de mercado combinada de Kesko y Tuko alcanzaría el 55 %, como mínimo, en los tres niveles de evaluación —local, regional o nacional—. Esta

[1] DO nº L 395 de 30. 12. 1989, p. 1; versión rectificada en el DO nº L 257 de 21. 9. 1990, p. 13.
[2] DO nº C 202 de 2. 7. 1997, p. 3.

posición se vería reforzada por la que mantienen en el sector de las grandes superficies comerciales, el control de locales comerciales, los métodos para asegurar la fidelidad de la clientela, los productos con marca propia y los sistemas de distribución, sin olvidar el considerable poder de sus órganos centrales como compradores de bienes de consumo corriente a los productores de dichos productos (denominados «mercados de abastecimiento» en la Decisión de 20 de noviembre de 1996).

(4) Además, la Comisión llegó a la conclusión de que la concentración crearía o reforzaría la posición dominante de Kesko en el mercado finlandés de ventas «cash and carry» (pago al contado con transporte a cargo del comprador) de bienes de consumo corriente. La cuota de mercado combinada se situaria en el 80 % del mercado nacional y oscilaría entre el [50 % y el 100 %] (1) en todas las regiones. Asimismo, esta posición se vería reforzada por el poder adquisitivo de Kesko, al que ya se ha hecho referencia.

(5) Asimismo, se concluyó que Kesko ocuparía indiscutiblemente el primer lugar en el mercado, con gran diferencia con respecto al resto de sus competidores.

(6) Por último, la Comisión concluyó que las posiciones dominantes de Kesko no quedarían neutralizadas por una competencia potencial y que, de hecho, la concentración reforzaría las barreras de acceso al mercado de tal modo que resultaría extremadamente poco probable que una nueva empresa pudiera acceder a él tras la operación.

(7) En el transcurso del procedimiento, que concluyó con la adopción de la Decisión de 20 de noviembre de 1996, Kesko no ofreció ningún compromiso que pudiera resolver los problemas, desde el punto de vista de la competencia, que planteaba la operación, identificados en dicha Decisión. Por tanto, resulta necesario poner fin a la posición dominante creada por la adquisición de Tuko.

El pliego de cargos de la Comisión con arreglo al artículo 18 del Reglamento sobre concentraciones

(8) Con objeto de poner remedio a una situación en la que Kesko ya controlaba Tuko de forma efectiva desde mayo de 1996, la Comisión presentó un pliego de cargos con arreglo al artículo 18 del Reglamento sobre concentraciones («el pliego de cargos con arreglo al artículo 18»), en el que se indicaba que consideraba conveniente adoptar una decisión de conformidad con el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento sobre concentraciones obligando a Kesko a vender «en bloque» las actividades de Tuko en el comercio de bienes de consumo corriente.

(9) Además, con respecto a las modalidades de la cesión, en el pliego de cargos con arreglo al artículo 18 se indicaba que debía incluir todos los activos relacionados con las actividades en el comercio de bienes de consumo corriente, incluidas las acciones en Tuko, y que el comprador debía ser un competidor viable, actual o potencial, independiente y sin relación con el grupo Kesko, con experiencia demostrada y recursos financieros suficientes. Se fijó un plazo de seis meses para completar la cesión. Además, se indicaba que se debía nombrar un administrador fiduciario para realizar una auditoría con objeto de asegurar la completa enajenación, determinar la estructura de gestión de los activos que debían cederse mientras se completara la operación, actuar como banco de inversiones de Kesko en las operaciones de venta de las actividades y remitir a la Comisión informes periódicos sobre la explotación comercial y la evolución de las negociaciones con terceros.

La respuesta de Kesko al pliego de cargos con arreglo al artículo 18

(10) Tras recibir el pliego de cargos con arreglo al artículo 18, Kesko alegó que la decisión de conformidad con el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento sobre concentraciones debía flexibilizarse para no imponer cargas excesivas a Kesko. Además, proponía dos transacciones mediante las cuales, en su opinión, se podría llevar a cabo la cesión de las actividades de Tuko en el comercio de bienes de consumo corriente.

Argumentos relativos a la flexibilidad

(11) Kesko afirmó que las facultades de la Comisión, al ordenar la cesión en virtud del apartado 4 del artículo 8 del Reglamento sobre concentraciones, están limitadas por el principio de proporcionalidad, pudiendo ordenar medidas correctoras que no excedan de lo que es apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido. Por consiguiente, Kesko señaló que la orden de cesión contenida en el pliego de cargos con arreglo al artículo 18 debería adaptarse de modo que permitiera el máximo grado de flexibilidad con objeto de no imponer cargas excesivas a Kesko.

Tomando en consideración este argumento, la Comisión ha previsto, en la presente Decisión, la conservación por Kesko de su participación en el capital de Tuko, la posiblidad para Kesko de [...] incluir disposiciones que permitan, basándose en un dictamen motivado del administrador fiduciario, una cesión que no represente una solución «en bloque».

(1) En la versión de la presente Decisión destinada a la publicación, determinadas informaciones se han suprimido o sustituido por márgenes amplios u otras menciones, y determinados pasajes no se han reproducido con arreglo al apartado 2 del artículo 17 del Reglamento sobre concentraciones, relativo a la no divulgación de secretos comerciales.

(12) Kesko también sostuvo que la Comisión, además de las limitaciones impuestas por el principio de proporcionalidad, estaba sometida a la restricción adicional establecida en el apartado 5 del artículo 22 del Reglamento sobre concentraciones, según la cual la Comisión sólo adoptará las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer una competencia efectiva en el territorio del Estado miembro a instancia del cual haya intervenido.

Sin embargo, el apartado 5 del artículo 22 del Reglamento sobre concentraciones limita simplemente el ámbito de aplicación de las eventuales medidas al territorio del Estado miembro de que se trate. El apartado 3 del artículo 22 del Reglamento sobre concentraciones hace referencia explícitamente al apartado 4 del artículo 8. Esto confirma que la Comisión goza de las mismas facultades en virtud del apartado 4 del artículo 8 del Reglamento sobre concentraciones, tanto si interviene a petición de un Estado miembro como si no.

Modificaciones propuestas por Kesko

(13) Kesko presentó en relación con la cesión de las actividades de Tuko. No obstante, la primera de ellas, que incluía la venta a [...], fue retirada [...]. La segunda propuesta, incluida la venta a un consorcio de empresas, se presentó en una fase muy avanzada del procedimiento, cuando ya se había enviado a los Estados miembros un proyecto de Decisión de conformidad con el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento sobre concentraciones y se había fijado la fecha para el examen de dicho proyecto en el Comité consultivo en materia de operaciones de concentración. Además, la propuesta no contenía ninguna explicación de por qué no se ofrecía una solución «en bloque», sino que implicaba la adquisición por el consorcio de diferentes participaciones en el conjunto de las actividades de Tuko. Tampoco contenía suficientes garantías de que los compradores serían independientes y sin relación alguna con el grupo Kesko y tendrían la experiencia y los recursos financieros necesarios para constituir un competidor viable de Kesko. Por último, habida cuenta de que por el momento no se ha nombrado un administrador fiduciario independiente, tal y como estaba previsto en el pliego de cargos con arreglo al artículo 18, la propuesta no ofrecía ninguna de las garantías para una cesión apropiada a que debía referirse en la auditoría que debía efectuar el administrador fiduciario sobre las actividades de Tuko o en los informes que debía presentar sobre los compradores potenciales.

El 11 de febrero de 1997, Kesko informó a la Comisión de que había firmado una serie de contratos con vistas a poner en práctica la segunda de las propuestas mencionadas. La firma de dichos contratos no afecta a la presente Decisión, sobre todo porque la entrada en vigor de los mismos quedó explícitamente supeditada a la aprobación de la Comisión (a más tardar en abril de 1997).

Conclusión

(14) Por tanto, y habida cuenta de que la concentración ya se ha llevado a cabo, conviene ordenar a Kesko, a tenor de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento sobre concentraciones, que ceda las actividades relativas al comercio de bienes de consumo corriente de Tuko. Al adoptar esta decisión, la Comisión ha tenido en cuenta el argumento de Kesko al que se ha hecho referencia antes, relativo a la flexibilidad y a la necesidad de no exceder de lo que resulte apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido, es decir, para restablecer una competencia efectiva en los mercados finlandeses minorista y de ventas «cash and carry» de bienes de consumo corriente,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Kesko deberá ceder las actividades de Tuko en el comercio de bienes de consumo corriente a un comprador que deberá ser un competidor viable, actual o potencial, independiente del grupo Kesko y sin relación alguna con él, y que disponga de recursos financieros y experiencia suficientes que le permitan mantener y desarrollar las actividades cedidas, haciendo de él un competidor activo de Kesko en el comercio de bienes de consumo corriente de Kesko (criterio de selección).

Antes de la cesión, Kesko deberá garantizar que los activos que se cedan incluyen todas las actividades de Tuko en la venta de bienes de consumo corriente. Además, estas actividades deberán restablecer las condiciones de competencia que existían antes de la adquisición del control por parte de Kesko. Esto podría implicar, en particular, la obligación de restituir a Tuko todos los activos, materiales e inmateriales, relacionados con la venta de bienes de consumo corriente que Tuko tuviera en el momento de la operación de concentración pero que ya no fueran de su propiedad o, en su caso, su sustitución a cargo de Kesko. Además, se cederán, en la medida en que sean transmisibles, todos los contratos suscritos por Tuko o en su nombre, o por cualquier otro órgano del grupo Tuko, en relación con sus actividades de venta de bienes de consumo corriente. En la medida en que dichos contratos no sean transmisibles, Kesko procurará por todos los medios su cesión de forma voluntaria.

Artículo 2

1. Kesko nombrará, en el plazo de 30 días a partir de la notificación de la presente Decisión, un administrador fiduciario independiente, que deberá contar con la aprobación de la Comisión, para el control de la operación y la gestión de los activos que deban cederse de conformidad con el artículo 1.

2. Kesko deberá garantizar que el mandato irrevocable del administrador fiduciario implica los siguientes derechos y obligaciones:

a) realizar una auditoría apropiada para identificar todos los activos y contratos que deban incluirse en la cesión de conformidad con el artículo 1, para lo cual disfrutará de pleno acceso a todos los documentos, libros y registros del grupo Tuko, y, en cuanto a los activos que pertenecían a éste en el momento de la concentración, pero que ya no sean de su propiedad en el momento de la auditoría, a todos los documentos, libros y registros del grupo Kesko;

b) determinar, de una manera continua hasta la cesión definitiva, la estructura de gestión que mejor garantice la viabilidad, valor comercial y competitividad del conjunto de actividades que deban cederse;

c) actuar como banco de inversiones de Kesko, entablando de buena fe negociaciones con terceros interesados con objeto de vender «en bloque» dentro del plazo previsto en el artículo 4, el conjunto de activos que deban cederse;

d) presentar a la Comisión un informe escrito (con copia a Kesko) sobre el resultado de la auditoría a la que hace referencia la letra a) y, asimismo, informes mensuales escritos sobre la explotación y gestión del conjunto de activos que vayan a cederse y sobre la evolución de sus negociaciones con terceros interesados en la compra de los mismos, incluido el plazo dentro del cual podría aplicarse un acuerdo con los terceros interesados, y, en particular, información suficiente para que la Comisión pueda determinar si las ofertas satisfacen los criterios de selección.

Si, en opinión del administrador fiduciario, una oferta que no cumple los criterios establecidos en el artículo 1 permite alcanzar los mismos resultados que la solución «en bloque», el administrador deberá indicar las razones de ello en su informe a la Comisión. Si, de conformidad con la letra e), la Comisión no manifiesta su desacuerdo, tal oferta se considerará válida a efectos de la presente Decisión;

e) proseguir las negociaciones con un tercero sólo cuando la Comisión, en el plazo de dos semanas siguientes a la recepción de su informe, no indique formalmente que no considera que el interesado satisface los criterios de selección;

f) recibira una remuneración de Kesko que le incite a concluir una cesión rápida.

3. Kesko deberá prestar al administrador fiduciario toda la asistencia que razonablemente requiera para llevar a término su mandato, incluyendo, en su caso, el nombramiento de personal independiente, con una adecuada preparación comercial o financiera.

Artículo 3

[...]

Artículo 4

1. La cesión prevista en el artículo 1 se llevará a cabo en el plazo de [...] a partir de la notificación de la presente Decisión. Se considerará que Kesko ha cumplido la presente Decisión si, durante este plazo, se ha firmado un acuerdo vinculante para la venta del conjunto de activos que deban cederse, siempre que la cesión sea efectiva en un plazo de [...] a partir de la fecha de dicha firma.

2. Si existe más de un comprador potencial al que no haya puesto reparos la Comisión, Kesko podrá seleccionar la oferta de su elección.

3. En caso de que resulte imposible firmar un acuerdo vinculante en el plazo de [...] a que se refiere el apartado 1, la Comisión podrá ampliar dicho plazo, a petición de Kesko y siempre que el administrador fiduciario lo considere justificado. En tal caso, Kesko otorgará al administrador fiduciario un mandato irrevocable para vender el conjunto de activos que deben cederse en las mejores condiciones posibles [...]. En cualquier caso, la cesión deberá estar totalmente concluida el [...].

Artículo 5

El destinatario de la presente Decisión será:

Kesko Oy
Satamakatu 3
FIN-00160 Helsinki.

Hecho en Bruselas, el 19 de febrero de 1997.

Por la Comisión
Karel VAN MIERT
Miembro de la Comisión