

La Comisión Europea impone a Canon una multa de €28 millones por cerrar su adquisición de Toshiba Medical Systems Corporation antes de notificar y haber obtenido la autorización de competencia (*gun-jumping*).

El 12 de agosto de 2016 Canon notificó a la Comisión Europea (CE) su intención de adquirir Toshiba Medical Systems Corporation (TMSC), filial de la multinacional nipona Toshiba. La operación fue autorizada por la Comisión el 19 de septiembre de 2016. La adquisición se estructuró de modo que Canon pudiera eludir el riesgo regulatorio. En síntesis:

- (i) Toshiba transfirió por 800 euros el 95% de las acciones de TMSC a MS Holding Corp. (un vehículo de inversión independiente de Toshiba y Canon). Canon, por su parte, abonó €5.028 millones a Toshiba a cambio del 5% de las acciones de TMSC y de una opción de compra sobre la participación restante del 95% propiedad de MS Holding Corp. La ejecución de esta opción de compra estaba supeditada a la obtención de las preceptivas autorizaciones administrativas. Este primer paso se realizó antes de haber notificado a la Comisión.
- (ii) Tras haber obtenido la autorización de la Comisión, Canon ejecutó la opción de compra sobre el 95% de las acciones restantes de TMSC.

La CE ha considerado que desde la primera operación existía una adquisición de influencia decisiva por parte de Canon y por tanto un deber de notificación y autorización, que fue eludido.

Este tipo de transacciones, conocidas comúnmente como acuerdos de “*warehousing*”, han suscitado dudas en el pasado, también en España.¹ Por ejemplo, la CNC (hoy CNMC) sancionó a Verifone por haber estructurado la adquisición del negocio en España de Hypercom a través de un tercero con el objetivo de eludir la obligación de notificar.² Como regla general, la adquisición de una empresa por un comprador provisional en nombre del adquirente definitivo puede considerarse como una implementación parcial de la operación. No obstante, el Tribunal de Justicia ha decidido en el asunto *Ernst & Young c. Konkurrenserådet*,³ que la obligación de suspensión no alcanza a actos preparatorios que, aún habiéndose adoptado en relación al proceso encaminado a una concentración, son anteriores y diferentes a las medidas que posibilitan el ejercicio de una *influencia decisiva* sobre la empresa objetivo. Es en dicha interpretación de *acto preparatorio o implementación parcial* donde se encuentra la divergencia entre Canon y la CE (pues en principio no es obvio cómo Canon podía ejercer influencia decisiva con solo 5% del capital). La cuestión se resolverá previsiblemente por el Tribunal General, teniendo en cuenta que Canon ya ha anunciado su intención de recurrir la Decisión.

Este asunto pone de relieve la posición restrictiva de las autoridades de competencia en relación con la posibilidad de instrumentar operaciones de concentración de manera que se evite el riesgo regulatorio o de competencia. En nuestra experiencia, este tipo de estructuras se pueden plantear en fases iniciales de una adquisición competitiva donde concurren varias empresas interesadas y una de ellas parte con desventaja derivada de su posición de mercado y riesgo *antitrust* asociado. Pero el posicionamiento de la Comisión Europea puede pecar de excesivamente intervencionista si, realmente, no hay una adquisición de influencia decisiva en la primera operación. Es una posición que sólo cabe esperar que atemperen los tribunales.

¹ A nivel comunitario, la autorización por la CE de la adquisición por Lagardère del negocio europeo de edición de Vivendi Universal fue recurrida ante los tribunales con el argumento de que a través de la estructura de la misma – utilizando un banco como comprador provisional de los activos bajo la excepción del Reglamento de control de concentraciones de comprador financiero temporal que no cualifica como una concentración -, Lagardère habría adquirido control sobre la empresa objetivo con carácter previo a su autorización por la CE y que, por tanto, ésta era inválida. El Abogado General Mazák rechazó esta tesis declarando que Lagardère no había adquirido una influencia decisiva sobre los activos pre-autorización. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que no debía pronunciarse sobre dicha cuestión al entender que la misma no afectaba a la validez de la autorización de la Comisión (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012, asunto C-551/10 P), si bien la misma podía ser constitutiva de infracción por no haber notificado la operación en tiempo (*gun-jumping*).

² Resolución de la CNC de 24 de octubre de 2012, *Verifone/Hypercom*, exp. SNC/0022/12. En cumplimiento del acuerdo de *warehousing*, Hypercom transfería sus activos en España al fondo de inversión Klein Partners de manera previa a ser adquiridos por Verifone. Dicha fórmula de transferencia de activos tendría lugar en aquellos países en los que la condición suspensiva de competencia podía dilatar o poner en peligro la operación global. El acuerdo fue notificado a la CNC, siendo archivada la notificación por considerar que la operación era un simple instrumento para eludir notificar la concentración Verifone / Hypercom, al realizar una transferencia temporal de la cuota de mercado que no daba lugar a una modificación de control de la misma, ya que ésta seguía dependiendo de Hypercom a través de acuerdos de asistencia técnica. En resumidas cuentas, el acuerdo de *warehousing* no fue aceptado por la CNC porque Verifone, tras la ejecución de la fusión con Hypercom, tendría el control sobre dicha cuota de mercado a través de los mencionados acuerdos, relegando a Klein Partners a una situación de mera tenencia de activos sin control real. Al no haber habido cambio de control sobre la citada cuota de mercado, Verifone estaba obligado a notificar la adquisición de Hypercom. Así lo hizo pero sólo tras ser requerida por la CNC, presentando como compromisos a la operación de concentración nuevos acuerdos de licencia con Klein Partners que, esta vez sí, permitían a ésta un control real y efectivo sobre la cuota de mercado adquirida a Hypercom. No obstante, como la operación Verifone/Hypercom se había ejecutado antes de notificar la concentración, Verifone fue sancionada por *gun jumping*. Del mismo modo, tras los citados compromisos, la adquisición por Klein Partners de los activos de Hypercom sería notificada meses después, siendo autorizada sin compromisos (Resolución de 3 de mayo de 2012, KLEIN PARTNERS/SPIRE PAYMENTS, expte. C-0436/12).

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2018, *Ernst & Young contra Konkurrenserådet*, asunto C-633/16.

Para más información de nuestro despacho vaya a: www.callolcoca.com

La información contenida en este documento es solamente informativa y no constituye asesoramiento