

INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

C/0923/18 GRUPO AUDAX / GRUPO UNIELECTRICA

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 9 de febrero de 2018, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) notificación de la concentración consistente en la adquisición del control exclusivo del Grupo Unieléctrica (“UNIELECTRICA”) por parte del Grupo Audax (“AUDAX”), a través de la sociedad vehículo ERYX Investments 2017, S.L.U. (“ERYX”).
- (2) Dicha notificación ha sido realizada por ERYX según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por superar el umbral establecido en la letra b) del artículo 8.1 de la mencionada norma. A esta operación le es de aplicación el procedimiento abreviado por darse el supuesto contemplado en el artículo 56.1.b) de la LDC, es decir, por la escasa participación de las partes de la operación en los mercados, que hace que la misma no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia.
- (3) La fecha límite para acordar iniciar la segunda fase del procedimiento es el **9 de marzo de 2018**, inclusive. Transcurrida dicha fecha, la operación notificada se considerará tácitamente autorizada.

II. APLICABILIDAD DE LA LEY 15/2007 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

- (4) La operación notificada es una concentración económica en el sentido del artículo 7.1 b) de la LDC.
- (5) La operación no es de dimensión comunitaria, ya que no alcanza los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.
- (6) La operación notificada cumple los requisitos previstos por la LDC al superarse el umbral establecido en el artículo 8.1.b) de la misma.

III. EMPRESAS PARTICIPES

III.1. GRUPO AUDAX (“AUDAX”)

- (7) AUDAX es un grupo de empresas que está presente en el mercado eléctrico, tanto en la comercialización como en la producción de energía eléctrica, y que también está activo en la comercialización de gas en todos sus formatos: gas natural y gas licuado¹.

¹ De la totalidad de empresas del Grupo Audax se encuentran activas en el sector eléctrico:

- En comercialización: The Energy House Group, S.L.U., Eléctrica Nuriel S.L.U., A-Dos Energía, S.L.U., Ads Energy 8.0, S.L. Eryx Investments 2017, S.L.U. y Audax Energía, S.A.
- En generación: Audax Green, S.L.U., Svendborg PV VII, S.L. y Audax Renovables, S.A.

- (8) La matriz de AUDAX es Excelsior Times S.L.U., mientras que ERYX, la notificante, es una sociedad vehículo perteneciente al grupo.
- (9) Según la notificante, el volumen de negocios de las sociedades pertenecientes a AUDAX, generado en España en 2016, conforme al artículo 5 del Real Decreto 261/2008. Reglamento de Defensa de la Competencia (RD 261/2008), fue de **[>60]² millones de euros**.

III.2. GRUPO UNIELÉCTRICA (“UNIELÉCTRICA”)

- (10) UNIELÉCTRICA es un grupo de empresas³ que están activas exclusivamente en la actividad de comercialización de energía eléctrica en España.
- (11) Si bien los estatutos de UNIELÉCTRICA contemplan la posibilidad de que puedan ejercer actividades de generación de energía y están dadas de alta como comercializadoras de gas, según las partes, hasta la fecha, nunca han desarrollado estas actividades.
- (12) Según la notificante, el volumen de negocios de UNIELÉCTRICA en España en 2016, conforme al artículo 5 del RD 261/2008, fue de **[>60] millones de euros**.

IV. RESTRICCIONES ACCESORIAS

- (13) El contrato de compraventa de acciones (CCA) que ha dado lugar a la concentración de referencia contiene diversas restricciones a la competencia que la notificante considera accesorias a la misma.

IV.1. Cláusula de no competencia

- (14) El CCA contiene una cláusula de no competencia (cláusula [...]), en la que [...], [...], [...], [...] y [...] (“los Vendedores”) se obligan de forma individual, independiente y personal frente a ERYX (“la Compradora”), durante el plazo máximo de [≤ 3 años] contados a partir de la fecha de Cierre o mientras cualquiera de los vendedores siga siendo accionista de UNIELÉCTRICA o socio de ERYX, a no desarrollar, prestar sus servicios o tener interés alguno, directa o indirectamente, en cualquier actividad relacionada con el sector energético que pudiera ser competencia del UNIELÉCTRICA, a excepción de la titularidad de acciones en aquellas sociedades cotizadas en el mercado continuo y con un límite del 3%.
- (15) Igualmente, cada uno de los vendedores se compromete a no ser apoderado ni participar directa o indirectamente en el capital o en el órgano de administración de sociedades o entidades no cotizadas y no pertenecientes a AUDAX que operen en España en el sector de actividad de generación o comercialización de energía eléctrica, así como el almacenamiento, transporte, o comercialización de gas, en el que opera AUDAX.

IV.2. Cláusula de no captación de recursos humanos

² Se indican entre corchetes aquellos datos cuyo contenido exacto ha sido declarado confidencial.

³ El Grupo Unieléctrica está formado por las siguientes empresas: UniEléctrica Energía, S.A. (la empresa matriz), Fox Energía, S.A., Nabalía Energía 2000, S.A., Acsol Energía Global, S.A., y Vivo Energía Futura, S.A.

- (16) Se incluye también una cláusula de no captación (cláusula [...] del CCA), con una duración de $[\leq 3 \text{ años}]$, mediante la cual los Vendedores se obligan de forma individual e independiente frente a la Compradora a no contratar o tratar de contratar a ningún empleado o inducirle a la terminación de su relación laboral, salvo pacto expreso con la sociedad compradora o despido de ésta al empleado.

IV.3. Pacto de continuidad en el mantenimiento del software

- (17) La cláusula [...] del CCA contiene un pacto de continuidad en el mantenimiento del software, que obliga a [...] a mantener un contrato de mantenimiento del software con UNIELÉCTRICA por un plazo mínimo de $[\leq 3 \text{ años}]$ y por un importe mensual de [...] euros, sin que exista obligación alguna de prorrogar el contrato transcurrido este período. Según la notificante, una vez finalizado dicho período, se iniciará un proceso de licitación mediante el cual las empresas invitadas presenten sus ofertas para la prestación de los servicios de mantenimiento de software actualmente desarrollados por Fersoft Informática, S.L.

IV.4. Acuerdo de confidencialidad

- (18) La cláusula [...] del CCA incluye un acuerdo de confidencialidad mediante el cual los Vendedores se obligan frente al Comprador, durante un plazo de $[\leq 3 \text{ años}]$ contados a partir de la Fecha de Cierre o en tanto cualquiera de ellos siga siendo socio de ERYX o accionista de UNIELÉCTRICA, a mantener en secreto todos los conocimientos técnicos y del mercado en el que opera el Grupo UNIELÉCTRICA, y a no revelar a terceros por motivo alguno datos o informaciones reservados de UNIELÉCTRICA sin el previo consentimiento escrito de la sociedad compradora. La cláusula prevé que el deber de confidencialidad será de aplicación incluso en el supuesto de no entrada en vigor o resolución del Contrato de Compraventa.

VALORACIÓN

- (19) El artículo 10.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece que *“en su caso, en la valoración de una concentración económica podrán entenderse comprendidas determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización”*.
- (20) A su vez, la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (en adelante, la “Comunicación”)⁴, considera que una cláusula inhibitoria de la competencia en el contexto de la cesión de toda o parte de una empresa puede estar directamente vinculada a la realización de la concentración y ser necesaria a tal fin si su alcance se limita a los productos, servicios y territorios cubiertos por la empresa adquirida y no supera los tres años de duración, evaluándose de forma similar las cláusulas de no captación y de confidencialidad por tener un efecto comparable. Asimismo, establece, respecto a la tenencia o adquisición de acciones de una empresa competidora

⁴ 2005/C 56/03

por parte del vendedor, que éstas no se considerarán directamente vinculadas y necesarias para la operación cuando se trate de que restricciones a la tenencia de acciones para fines exclusivamente de inversión financiera que no le confieran directa o indirectamente funciones de dirección o influencia sustancial en la empresa competidora (párrafo 25 de la citada Comunicación).

- (21) La Comunicación también establece que *“las obligaciones de compra o suministro que garanticen las cantidades anteriormente suministradas pueden estar justificadas durante un período transitorio de cinco años como máximo”*. También menciona que *“las obligaciones relativas al suministro de cantidades ilimitadas, que establezcan la exclusividad o confieran la condición de proveedor o comprador preferente no son necesarias para la realización de la concentración”*, evaluándose de forma similar los acuerdos de servicio y distribución por tener un efecto equivalente a los de suministro
- (22) En consecuencia, teniendo en cuenta la legislación y los precedentes nacionales y comunitarios, así como la citada Comunicación, se considera que en el presente caso tanto el contenido como la duración del pacto no captación no van más allá de lo que de forma razonable exige la operación de concentración notificada, de forma que puede considerarse como restricción accesoria y necesaria para la operación.
- (23) En cuanto a la cláusula de no competencia va más allá de lo que de forma razonable exige la operación de concentración notificada, en la medida en que su contenido excede los productos y servicios que constituyen la actividad económica de la empresa adquirida, UNIELÉCTRICA, y tampoco restringe el ámbito geográfico en el que la adquirida desarrollaba sus actividades e incluye una restricción excesiva a la participación como accionista en un negocio competidor. En este sentido, toda restricción que impida la adquisición o tenencia de acciones en una empresa, compita o no con la empresa adquirida, con fines exclusivamente de inversión financiera que no confiera directa o indirectamente funciones de dirección o una influencia sustancial en la empresa competidora, va más allá de lo razonable para la consecución de la operación, y no se considera ni necesaria ni accesoria, quedando por tanto sujeta, a la normativa sobre acuerdos entre empresas.
- (24) Por otro lado, la duración de los acuerdos de no competencia y de confidencialidad se extiende más allá de los 3 años establecidos en la citada Comunicación, en la medida en que contemplan una duración indefinida mientras los vendedores sigan siendo socios de ERYX o accionistas de UNIELÉCTRICA, lo que no se considera ni necesario ni accesorio a la operación, quedando por tanto también sujeto a la normativa sobre acuerdos entre empresas.
- (25) Por último, el contenido del pacto de continuidad en el mantenimiento del software no va más allá de lo que de forma razonable exige la operación de concentración notificada, en la medida en que se limita al mantenimiento y soporte del sistema existente para las empresas adquiridas en el momento de la adquisición. Sin embargo, teniendo en cuenta que el CCA establece una duración mínima (≤ 3 años) pero no máxima del mismo, se considera que

todo exceso temporal de los 5 años establecidos por la Comunicación irá más allá de lo razonable para la consecución de la operación.

- (26) En definitiva, se considera que todas las restricciones a la competencia mencionadas son accesorias y necesarias para la operación de concentración, con la excepción de la duración de los acuerdos de no competencia, confidencialidad y del pacto de continuidad en el mantenimiento del software en lo que excedan de lo indicado en la citada Comunicación, así como toda restricción que exceda de los productos y servicios así como del ámbito geográfico en el que la adquirida desarrollaba su actividad o que restrinja la adquisición o tenencia de acciones en una empresa, compita o no con la empresa adquirida, con fines exclusivamente de inversión financiera que no confiera directa o indirectamente funciones de dirección o una influencia sustancial en la empresa competidora, en cuyo caso quedarán sujetos a la normativa general aplicable a los pactos entre empresas.

V. VALORACIÓN

- (27) Esta Dirección de Competencia considera que la presente concentración no supone una amenaza para la competencia efectiva en los mercados, ya que el solapamiento horizontal entre las partes de la operación es muy reducido y no se producen efectos verticales significativos, por lo que la operación de concentración notificada no modifica significativamente la estructura ni la dinámica competitiva de los mercados analizados.

VI. PROPUESTA

En atención a todo lo anterior y en virtud del artículo 57.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia se propone **autorizar la concentración**, en aplicación del artículo 57.2.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.