

INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN**EXPEDIENTE C/0939/18 TESA / BARLOWORLD IBERIA**

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 4 de mayo de 2018, ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) notificación relativa a la adquisición por parte de TESA S.p.A. (TESA) del control exclusivo de BARLOWORLD INTERNACIONAL S.L.U. (BARLOWORLD) a través de la adquisición del 100% de sus participaciones.
- (2) La fecha límite para acordar iniciar la segunda fase del procedimiento es el 4 de junio 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

- (3) La operación notificada es una concentración económica en el sentido del artículo 7.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
- (4) La operación no tiene dimensión comunitaria, dado que no alcanza los umbrales establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.
- (5) La operación notificada cumple los requisitos previstos por la LDC, al superarse el umbral establecido en el artículo 8.1.a) la cuota de mercado conjunta de la empresa adquirente y adquirida alcanza el 30% en los mercados relacionados con la distribución de equipos de maquinaria, nuevos y usados destinados al sector de la construcción y la minería, incluyendo los mercados de sus recambios, servicio postventa y el alquiler de estos equipos en España.
- (6) La operación de concentración cumple los requisitos previstos en el artículo 56.1.a) de la LDC, dado que no existe solapamiento horizontal ni vertical entre las partes en España.

III. RESTRICCIONES ACCESORIAS

- (7) En el contrato de compraventa, firmado entre TESA y BARLOWORLD UK Ltd (matriz de BARLOWORLD) el 24 de abril de 2018, se incluyen un pacto de no competencia y otro de no captación en los términos que se desarrollan a continuación.

II.1 Cláusula de no competencia

- (8) La cláusula 11.1 del contrato compraventa establece un pacto de no competencia por el que BARLOWORLD se compromete con TESA, por un plazo de [no superior a dos años]¹, a no desarrollar ni prestar servicios, ni a tener interés en ninguna actividad que compita con el mercado objetivo en el territorio en el que opera en la actualidad, es decir, España, Andorra y Portugal.
- (9) Asimismo, BARLOWORLD se compromete a no ser apoderado ni a participar directa o indirectamente en el capital o en el órgano de administración de empresas o entidades que operen en estos territorios en estos mismos negocios.

II.2 Cláusula de no captación

- (10) El contrato de compraventa establece en su cláusula 11.2 el compromiso del vendedor por un periodo de [no superior a dos años] a partir de la fecha de cierre del contrato a no contratar a ningún técnico o empleado de alto nivel del negocio adquirido, ni tampoco hacerles cesar en su empleo.

II.3 Valoración

- (11) 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”*.
- (12) A su vez, la Comunicación de la Comisión Europea sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03) señala que con carácter general, estas restricciones obedecen a la necesidad de obtener el valor íntegro de la empresa adquirida y en consecuencia, deben servir para proteger al comprador. Al respecto, la Comunicación considera que las cláusulas inhibitorias de la competencia garantizan la cesión al comprador del valor íntegro de los activos transferidos, que, por lo general, comprende tanto activos materiales como inmateriales, como el fondo de comercio y los conocimientos técnicos desarrollados por el vendedor. Y aclara que estas cláusulas sólo están justificadas por el objetivo legítimo de hacer posible la concentración cuando su duración, su ámbito geográfico de aplicación, su contenido y las personas sujetas a ellas no van más allá de lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo.
- (13) Asimismo, la Comunicación indica, que estas cláusulas están justificadas durante un máximo de tres años cuando la cesión de la empresa incluye la transferencia de conocimientos técnicos y por dos años cuando se transfiere fondo de comercio.
- (14) A la luz de todo lo anterior y teniendo en cuenta lo establecido en el contrato de compraventa firmado el 24 de abril de 2014, esta Dirección de Competencia considera que deben considerarse como accesorios a la operación de concentración los acuerdos de no competencia y no captación acordados por

¹ Se recoge entre corchetes la información declarada confidencial por la CNMC a solicitud de la notificante.

TESA y BARLOWORLD en la medida en que estos se limiten al ámbito material y geográfico en el que la adquirida venía desarrollando su actividad y sólo por el periodo de dos años.

- (15) Ahora bien, esta Dirección de Competencia considera que la imposibilidad de que BARLOWORLD pueda adquirir cualquier tipo de participación o interés en empresas relacionadas con la actividad transferida durante un periodo de dos años va más allá de lo necesario para asegurar la integridad del negocio adquirido.
- (16) En este sentido, la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin pone también de manifiesto que las cláusulas que limiten el derecho del vendedor a adquirir o tener acciones en una empresa que compita con la empresa cedida se considerarán vinculadas a la concentración y necesaria salvo que impida que el vendedor adquiera o tenga acciones para fines exclusivamente de inversión financiera que no le confieran directa o indirectamente funciones de dirección o una influencia sustancial en la empresa competidora.
- (17) Por ello, en la medida en que el pacto de no competencia no introduce estas limitaciones, sólo puede entenderse como accesorio a la operación de concentración la obligación del vendedor de no adquirir participaciones que *“le confieran directa o indirectamente funciones de dirección o una influencia sustancial en la empresa competidora”*, quedando el resto de la obligación sometida a la normativa general de acuerdos entre empresas.

IV. EMPRESAS PARTÍCIPES

IV.1 ADQUIRENTE: TESA S.p.A

- (18) TESA es la matriz de un grupo de sociedades, ubicada en Italia, dedicadas a actividades de comercialización, arrendamiento, suministro de maquinaria, diseño de plantas y servicios técnicos en los sectores de movimiento de tierras, construcción, generación de energía, manipulación de materiales.

IV.2 ADQUIRIDA : BARLOWORLD INTERNACIONAL S.L.U.

- (19) BARLOWORLD una sociedad cuyo negocio principal consiste en operar la red de distribuidores de Caterpillar en España, Portugal, Andorra y Cabo Verde.

V. VALORACIÓN DE LA OPERACIÓN

- (20) Esta Dirección de Competencia considera que no es previsible que la operación de concentración notificada vaya afectar de forma significativa a la estructura y dinámica competitiva de los mercados relevantes considerados, en la medida que no se crea ningún solapamiento horizontal o vertical entre las actividades de TESA y BARLOWORLD.

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.

Asimismo, esta Dirección de Competencia considera accesorios a la operación de concentración el pacto de no competencia en lo relativo a la imposibilidad de que BARLOWORLD pueda realizar actividad alguna relacionada con las adquiridas por TESA en los mercados geográficos en los que la adquirida venía actuando durante un periodo de [no superior a dos años] y el pacto de no captación de empleados por parte de BARLOWORLD.

Sin embargo, las disposiciones contractuales relativas a la no adquisición por parte del vendedor de participaciones en terceras empresas relacionadas con la actividad de la adquirida, únicamente puede considerarse accesorio en la medida en que la adquisición de esas participaciones puedan conferirle directa o indirectamente funciones de dirección o influencia sustancial en la empresa competidora, quedando el resto de la obligación sometida a la normativa general de acuerdos entre empresas.