

INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

EXPEDIENTE C/1000/18 ACCIONA/OFL/ILSA

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 23 de diciembre de 2018, ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) notificación relativa a la transmisión por OPERADOR FERROVIARIO DE LEVANTE, S.L. (OFL) del 74,99% del capital social de INTERMODALIDAD DE LEVANTE, S.A (ILSA) a ACCIONA HSR SERVICES, S.L. (ACCIONA), manteniendo OFL una participación del 25,01%. Como resultado de la entrada de ACCIONA en el capital social de ILSA, este operador ferroviario, que hasta ahora estaba controlado únicamente por OFL, pasará a estar controlado conjuntamente por ACCIONA y OFL.
- (2) La operación se formaliza mediante un Acuerdo Marco de Inversión, suscrito por ACCIONA y OFL el 15 de noviembre de 2018, en el que se prevé [...].
- (3) La fecha límite para acordar iniciar la segunda fase del procedimiento es el 23 de enero de 2019, inclusive. Transcurrida dicha fecha, la operación notificada se considerará tácitamente autorizada.

II. RESTRICCIONES ACCESORIAS

- (4) Del clausulado del Acuerdo Marco que ha dado lugar a la operación notificada, se derivan las siguientes restricciones de competencia.

II.1. Cláusula de no competencia

- (5) Conforme a lo dispuesto en la cláusula 19 del Acuerdo Marco, durante la vigencia del Acuerdo, cualquier interés de las partes en el Proyecto, entendido como el transporte ferroviario de pasajeros en el contexto de la liberalización del sector ferroviario en España y en el resto de la Unión Europea, se circunscribirá a su participación en ILSA.
- (6) Asimismo, la cláusula 12 del Acuerdo Marco dispone que OFL tendrá el derecho de vender a ACCIONA la totalidad de su participación en el capital social de ILSA en determinados supuestos, en cuyo caso, ninguna sociedad que controle o esté controlada por OFL, ni cualquiera de sus socios, podrá directa o indirectamente prestar servicios de transporte de pasajeros durante un periodo máximo [no superior a tres años] desde el inicio de la puesta en marcha del servicio con carácter comercial.

II.2. Cláusula de confidencialidad

- (7) La cláusula 20 del Acuerdo Marco contiene una obligación de confidencialidad según la cual las partes deben mantener la confidencialidad de cualquier información relacionada con (i) el Acuerdo Marco y su negociación; (ii) el proyecto y negocio contenidos en el Acuerdo Marco, así como la negociación de los mismos; (iii) cada una de las partes del Acuerdo Marco; así como la relacionada con (iv) ILSA, a la que hayan tenido acceso o a la que tengan

acceso en el futuro, ya sea directa o indirectamente, las partes del Acuerdo Marco, y/o sus administradores.

- (8) La Obligación de Confidencialidad será de aplicación mientras el Acuerdo Marco continúe vigente y durante un periodo adicional de [...] a partir de su vencimiento en virtud de lo establecido en la cláusula 16 del Acuerdo Marco.

II.5. Valoración

- (9) 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”*.
- (10) 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 *“los acuerdos deben ser «necesarios para la realización de la concentración», lo que significa que, en su ausencia, no se podría llevar a efecto la concentración o sólo podría realizarse en condiciones más inciertas, con costes considerablemente superiores, en un período de tiempo bastante más largo o con mucha más dificultad (3). Por lo general, reúnen estos criterios los acuerdos destinados a proteger el valor transferido (4), preservar la continuidad del suministro tras la disolución de una antigua entidad económica (5) o permitir la puesta en marcha de una nueva entidad*.
- (11) Una cláusula inhibitoria de la competencia entre una empresa en participación y sus matrices puede considerarse directamente vinculada a la realización de la concentración y necesaria a tal fin si corresponde a los productos, servicios y territorios cubiertos por la empresa en participación o por sus estatutos.
- (12) Las cláusulas inhibitorias de la competencia pueden responder, entre otros factores, a la necesidad de garantizar que las partes actúen de buena fe en las negociaciones; también pueden reflejar la necesidad de utilizar plenamente los activos de la empresa en participación o de permitir a ésta asimilar los conocimientos técnicos y el fondo de comercio aportados por las empresas matrices, o bien la necesidad de proteger los intereses de las empresas matrices en la empresa en participación frente a actos de competencia facilitados, entre otros factores, por el acceso prioritario de las empresas matrices a los conocimientos técnicos y al fondo de comercio traspasado a la empresa en participación o desarrollado por ésta.
- (13) Estas cláusulas inhibitorias de la competencia entre las empresas matrices y una empresa en participación pueden considerarse directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin en la medida en que no tengan una duración superior a la de la propia empresa en participación.
- (14) Por otro lado, la Comunicación de la Comisión Europea mencionada aclara que las cláusulas de no captación y de confidencialidad se evalúan de forma similar a los pactos inhibitorios de la competencia.

Cláusula de no competencia

- (15) De la lectura de la cláusula 19 del Acuerdo Marco se desprende que la misma obedece a la necesidad de proteger los intereses de las empresas matrices en la empresa en participación, de modo que, no se permite a las partes la participación en el mercado a través de compañía distinta a ILSA mientras el Acuerdo Marco esté vigente. Por tanto, la misma se ajusta al plazo máximo justificado conforme a la Comunicación de la Comisión Europea 2005/C 56/03, en los casos de empresa en participación.
- (16) Por el contrario, la cláusula de no competencia contenida en la cláusula 12 del Acuerdo Marco se refiere al potencial caso en que OFL ejerciera su derecho de venta a ACCIONA, tratándose en este caso de la adquisición por esta última de una empresa en lo que se refiere al tratamiento de las restricciones accesorias. En caso de venta, OFL no podrá directa o indirectamente prestar servicios de transporte de pasajeros durante un plazo máximo de [no superior a tres años] desde el inicio de la operación.
- (17) Esta cláusula se refiere a una operación económica que no se ha producido y que sería objeto de estudio en el marco de la operación de concentración a que diera lugar en el futuro. En cualquier caso, la misma sería en su momento accesoria a la operación, en lo que protege al comprador, en la medida que no exceda de los tres años (o incluso dos años, si para entonces el accionista que permanece tiene conocimiento y experiencia en el mercado en el que opera ILSA), plazo máximo de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea 2005/C 56/03. En lo que se refiere a la presente operación, en la medida que la notificante no ha justificado suficientemente la necesidad de este plazo más amplio para la concentración que aquí se analiza, esta Dirección de Competencia considera que la duración de este pacto de no competencia va más allá de lo que es necesario para proteger los intereses de las empresas matrices y la cláusula no puede considerarse accesoria a la operación.

Cláusula de confidencialidad

- (18) El pacto de confidencialidad incluido en el Acuerdo Marco se extiende por un período de [...], superando el plazo máximo de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea 2005/C 56/03.
- (19) En la medida que la notificante no ha justificado suficientemente la necesidad de este plazo más amplio para la presente operación, esta Dirección de Competencia considera que la duración de este pacto de no competencia va más allá de lo que es necesario para garantizar los intereses de las empresas matrices en la empresa en participación.
- (20) Por lo tanto, esta cláusula sólo sería accesoria a la operación en la medida en que no se extienda más allá de la propia empresa en participación.

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

- (21) La operación notificada es una concentración económica de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7.1.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
- (22) La operación no es de dimensión comunitaria, porque, pese a cumplir con los umbrales de notificación establecidos en el artículo 1, apartados 2 y 3, del Reglamento (CEE) n.º 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, tanto el Grupo ACCIONA como el Grupo Befemar realizan más de dos tercios de su volumen de negocios en un mismo Estado miembro (España). ILSA no ha comenzado aún sus operaciones, por lo que no dispone de volumen de negocios.
- (23) La operación notificada cumple los requisitos previstos por la LDC, al superarse el umbral establecido en el artículo 8.1.b) de la misma.
- (24) La operación notificada cumple los requisitos previstos en el artículo 56.1.a) y b) de la LDC para tramitarse mediante formulario abreviado. Ninguna de las partícipes en la concentración realiza actividades económicas en el mismo mercado geográfico y de producto de referencia ni en mercados relacionados de modo ascendente o descendente dentro del proceso de producción y comercialización. Además, la participación de las partes en los mercados, por su escasa importancia, no es susceptible de afectar significativamente a la competencia.

IV. EMPRESAS PARTÍCIPES

IV.1. ACCIONA HSR SERVICES, S.L. (ACCIONA)

- (25) ACCIONA HSR Services, S.L. es una sociedad del Grupo ACCIONA, participada en su totalidad por ACCIONA Service, S.L. Por su parte, ACCIONA Service, S.L. es una filial al 100% de Corporación ACCIONA Infraestructuras, S.L que está participada en su totalidad por ACCIONA S.A., sociedad de cabecera del Grupo ACCIONA. El Grupo ACCIONA es un grupo empresarial muy diversificado, que opera en varios sectores de la actividad económica, entre los que cabe destacar la energía, las infraestructuras (construcción, concesiones, agua, industria y servicios), así como los servicios inmobiliarios y financieros.

III.2. OPERADOR FERROVIARIO DE LEVANTE, S.L. (OFL)

- (26) OFL es una sociedad española participada al 55,84% por Air Investment Valencia, S.L.U. ("Air Investment"), quien a su vez está participada íntegramente por Befemar Investment & Mediación, S.L ("Befemar"). Asimismo, Befemar también es el accionista de control de Air Nostrum L.A.M ("Air Nostrum") a través de Air Investment.
- (27) La sociedad OFL se dedica a diversas actividades, entre las que se incluyen: (1) la suscripción, adquisición derivativa, tenencia, disfrute, administración o enajenación de valores mobiliarios y participaciones sociales; (2) la prestación de servicios de asistencia técnica y de gestión de recursos y servicios de inversiones relacionadas con el transporte de pasajeros por cualquier medio

de transporte; (3) gestionar, administrar, asistir y prestar servicios de asesoramiento en todos los ámbitos así como gestionar la adquisición y contratación de recursos materiales y equipos humanos en su caso, para la prestación de servicios de inversiones en actividades relacionadas con el transporte de pasajeros; (4) la compra, venta y alquiler por cualquier título o causa de todo tipo de aeronaves y ferrocarriles, y material y repuestos relacionados con la construcción y operación de aquellos; y (5) la explotación de servicios de formación ferroviaria.

IV.3. INTERMODALIDAD DE LEVANTE, S.A. (ILSA)

- (28) ILSA es una sociedad española que cuenta con una licencia de operador ferroviario y tiene por objeto la explotación y operación de todo tipo de actividades de transporte ferroviario de pasajeros en el contexto de la liberalización del sector ferroviario en España y en el resto de la Unión Europea.
- (29) Además, conforme al plan de negocios inicial de ILSA, esta sociedad contará con los recursos necesarios para poder operar en el mercado como un operador independiente con plenas funciones. [...].
- (30) Hasta la fecha, no obstante, ILSA no dispone de volumen de negocios por no haber comenzado aún a prestar sus servicios como operador ferroviario de transporte de pasajeros. El 25 de septiembre de 2017, ILSA comunicó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹ la posibilidad de iniciar un nuevo servicio internacional de transporte de viajeros por ferrocarril con dos frecuencias diarias por sentido entre las ciudades de Madrid y Montpellier, con paradas intermedias en Zaragoza, Barcelona, Perpiñán y Narbona².

V. VALORACIÓN

- (31) Esta Dirección de Competencia considera que la presente concentración no altera de forma significativa la estructura de los mercados afectados, ni la dinámica competitiva pre-existente, teniendo en cuenta que ILSA aún no tiene participación en el mercado.
- (32) La operación, en todo caso, tendería a aumentar la competencia en el sector del transporte por ferrocarril, gracias al refuerzo en el capital del que sería un nuevo entrante, ILSA, en el mercado internacional y, más adelante, en el mercado nacional del transporte de pasajeros por ferrocarril. Asimismo, la presente operación supone la puesta en común de la experiencia y conocimiento de ACCIONA y OFL (y el acuerdo para la entrada de un tercer socio industrial con experiencia en el sector), en el contexto de la liberalización

¹ La solicitud se publica con fecha de 27 de septiembre de 2017 en la web de la CNMC ([link](#)), de conformidad con el epígrafe II.1.1º de la citada Resolución sobre los principios y criterios metodológicos a aplicar en relación con la prueba de objetivo principal de un nuevo servicio de transporte internacional de viajeros de 20 de septiembre de 2017.

² Los servicios de transporte internacional de viajeros se encuentran liberalizados desde el 1 de enero de 2010, de conformidad con la Directiva 2007/58/CE, transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 15/2009², incluyendo el derecho, por parte de los nuevos operadores, de recoger y dejar viajeros en cualquiera de las estaciones situadas a lo largo del trayecto internacional, incluso las situadas dentro de un mismo Estado (cabotaje).

del transporte por ferrocarril en España, así como el desarrollo conjunto de un plan de negocio para el futuro acceso al mercado.

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, y teniendo en cuenta 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) y la práctica de las autoridades nacionales de competencia, se considera que, en el presente caso, en lo que afecta a España, los pactos de no competencia y de confidencialidad sólo serían accesorios a la operación en lo que no exceden de la vigencia del Acuerdo Marco, y estarían sometidos, en su caso, a la normativa de acuerdos entre empresas en lo que superen ese límite temporal.