

## ANTEPROYECTO DE MODIFICACIONES A LA GUÍA PARA LA NOTIFICACIÓN DE CONCENTRACIONES

**ÚNICO.-** Se adiciona la sección 7.9 en el Capítulo 7 de la Guía para la notificación de Concentraciones, en los siguientes términos:

### 7. ASPECTOS VARIOS

(...)

#### 7.9 Cláusulas de no competencia y acuerdos de accionistas

Esta sección tiene por objeto explicar a los agentes económicos involucrados en una concentración las características de las cláusulas de no competencia u otros acuerdos restrictivos que las partes pactan en los instrumentos jurídicos por virtud de los cuáles pretendan llevar a cabo la operación. Así como las referencias que utiliza la Comisión al analizar sus efectos. Lo anterior, a fin de determinar si son razonables a la luz de los principios en materia de competencia económica y libre concurrencia

Existen distintos tipos de acuerdos que pueden pactarse en el marco de una concentración, entre otros, los siguientes:

1. **Cláusula de no competencia:** acuerdo de voluntades por virtud del cual alguno de los participantes en un contrato o convenio (generalmente la parte vendedora) asume la obligación de no competir con la parte adquirente, que es a quien le enajena activos o acciones. Es decir, a no vender o producir ciertas mercancías o prestar determinados servicios durante cierto tiempo, en una zona geográfica delimitada.

En términos generales, la cláusula de no competencia tiene la finalidad de proteger activos intangibles (como pueden ser la buena fama o el prestigio del negocio adquirido, el conocimiento de los clientes, las relaciones comerciales y los secretos industriales, entre otros) y que, en ciertos escenarios, tienen el problema de carecer de un derecho de propiedad o de protección normativa, por lo que su protección mediante este tipo de cláusulas es necesaria. De esta forma, estas cláusulas están encaminadas a proteger al adquirente, para que logre un conocimiento del mercado y tome control de la empresa, conforme a la buena fe y las buenas costumbres. Con ello, las cláusulas pretenden inhibir posibles conductas oportunistas por parte del vendedor.

2. **Acuerdo de accionistas:** acuerdo de voluntades por virtud del cual los accionistas o socios de una coinversión se comprometen a no participar, por cuenta propia, en actividades iguales o directamente relacionadas con las que desarrolla la coinversión. Su racionalidad se encuentra en generar incentivos para que los participantes de la coinversión realicen su mejor esfuerzo en el desarrollo del negocio.
3. **Acuerdo de no contratación o no solicitud:** acuerdo de voluntades por virtud del cual una de las partes (generalmente la vendedora) se compromete a no contratar a aquellas personas que ya laboran o prestan sus servicios profesionales en la sociedad objeto de la transacción. Estos acuerdos tienen como finalidad proteger el conocimiento, el capital humano y el valor del negocio transferido.

La Comisión valorará la justificación presentada por los notificantes, a fin de analizar, en cada caso, los efectos de una cláusula de no competencia y/o los acuerdos de accionistas que los agentes económicos pacten. Sin embargo, a continuación se explica la manera en la que la Comisión ha llevado a cabo el análisis de este tipo de cláusulas o acuerdos, para determinar si resultan razonables a la luz de los principios de competencia económica y libre concurrencia.

### **7.9.1 Análisis de cláusulas de no competencia**

Por regla general, el primer elemento a considerar para determinar si una cláusula de no competencia se encuentra justificada es verificar si, en efecto, existen activos intangibles que deben protegerse a través de la misma.

Ahora bien, cuando los agentes económicos justifican la necesidad de incorporar una cláusula de no competencia, la Comisión toma en consideración diversos elementos para llevar a cabo su análisis, entre ellos, los siguientes: sujetos obligados, cobertura de producto y geográfica, así como duración de la cláusula de no competencia.

La Comisión ha considerado como justificada una cláusula de no competencia en los casos siguientes:

#### **1. Sujetos obligados:**

Cuando los sujetos obligados sean el vendedor y el grupo económico al que éste pertenece. Adicionalmente, también puede incluir como sujeto obligado a un agente económico que no exista pero que sea creado para realizar la operación notificada.

#### **2. Cobertura del producto o servicio:**

- i. Cuando se encuentre acotada a los productos o servicios ofrecidos mediante el negocio objeto de la transacción;
- ii. Cuando se incluyan productos que se encuentren en desarrollo por el negocio objeto de la transacción.

En operaciones que se lleven a cabo a nivel internacional e involucren productos y/o servicios fabricados en múltiples jurisdicciones, la cláusula de no competencia podría estar negociada a nivel global. En este caso, podrá incluir la totalidad de los productos y/o servicios que ofrece el negocio objeto de la operación a nivel mundial, aunque en México las actividades de la vendedora se limiten sólo a algunos de ellos.

La cláusula de no competencia que incluya productos fabricados por el adquirente de los activos transferidos, al no encontrarse directamente relacionada con la concentración ni ser necesaria para llevarla cabo, no se considerará justificada.

#### **3 Duración:**

- Cuando la vigencia sea hasta por tres años después del cierre de la operación y esta duración se encuentre justificada;
- En casos excepcionales y siempre que se acredite debidamente su necesidad, se podría considerar justificada una vigencia mayor. Por ejemplo, la Comisión ha considerado justificada una cláusula de no competencia por cinco años cuando han concurrido simultáneamente las siguientes circunstancias:
  - i. El negocio transferido se caracteriza por una alta complejidad técnica;

- ii. El adquirente no tiene experiencia en el negocio transferido;
- iii. El vendedor mantiene negocios similares o relacionados con el negocio adquirido, de manera que continúe el contacto con clientes del negocio objeto de la operación y pueda ingresar al mercado rápidamente; y
- iv. Existe una alta lealtad de los clientes a la marca y ésta no forme parte de la operación notificada.

Estas referencias no son rígidas. La Comisión ha considerado el contexto de mercado específico de cada caso y las razones para determinar si la duración de la cláusula se encuentra justificada o no.

#### **4. Cobertura geográfica:**

- i. Cuando abarque el territorio atendido por los activos objeto de adquisición de forma previa a la operación;
- ii. Cuando incluyan regiones en las que el negocio objeto de la operación tenga planes avanzados de expansión, se hayan realizado inversiones o se haya ejecutado cualquier otra acción tendiente a la ampliación del territorio;

En todos los casos, la Comisión únicamente se pronunciará sobre los efectos que la cláusula de no competencia pueda tener sobre el proceso de competencia y libre concurrencia en el territorio nacional.

### **7.9.2 Análisis de acuerdos de accionistas**

Al igual que en el caso del análisis de la cláusula de no competencia, la Comisión considera múltiples aspectos en su análisis, entre los que destacan: sujetos obligados, cobertura de producto y geográfica, así como duración de la cláusula de no competencia.

La Comisión ha considerado justificado un acuerdo de accionistas cuando se ajustan a lo siguiente:

#### **1. Sujetos de aplicación:**

Cuando las restricciones se apliquen a los integrantes de la coinversión, así como al grupo económico al que cada uno de éstos pertenezca, siempre y cuando estén vinculados con los bienes o servicios materia de la concentración.

#### **2. Cobertura del producto:**

Cuando se incluyan bienes o servicios que actualmente ofrezca el negocio de la coinversión, así como aquellos que se desarrollen durante el tiempo en que los accionistas permanezcan como socios.

#### **3. Duración:**

Cuando aplique a los socios durante la vigencia de la coinversión o hasta el momento en que la participación accionaria de alguno de los obligados se reduzca a un porcentaje determinado por las partes;

Tras la terminación de la coinversión, se ha considerado razonable que se establezca un plazo en el que las partes se obliguen a no competir. Este plazo será equiparable al establecimiento de una cláusula de no competencia, es decir, de hasta tres años.

#### **4. Cobertura geográfica:**

- Cuando abarquen el territorio atendido por la coinversión al momento de crearse;
- Si se trata de regiones geográficas más amplias, cuando la coinversión tenga planeado incursionar en ellas o cuando, derivado de las características del negocio, sea factible atenderlas.

### **7.9.3 Análisis de cláusulas de no contratación o no solicitud**

Generalmente, la Comisión sólo se pronuncia sobre los acuerdos de no contratación o no solicitud cuando se equiparen a las cláusulas de no competencia y serán evaluados conforme a los criterios previstos para este tipo de cláusulas.

### **7.9.4 Consideraciones finales**

Los parámetros citados en esta sección no abarcan la totalidad de los elementos que pueden ser considerados para el análisis de una cláusula de no competencia o un acuerdo entre accionistas, ya que se podrá considerar además, las particularidades del mercado, de la operación o de las partes. En este contexto, la Comisión valora la información que obre en cada expediente, así como los argumentos presentados por los notificantes, a fin de determinar, caso por caso, si estos acuerdos resultan o no razonables en materia de competencia económica y libre concurrencia.

Asimismo, la Dirección General de Concentraciones podrá brindar retroalimentación a los agentes económicos en caso de que detecte que una cláusula o acuerdo de este tipo podría no encontrarse justificada, a fin de que los notificantes tengan la posibilidad de modificarla o fortalecer su motivación.

El análisis que realice la Comisión sobre este tipo de cláusulas o acuerdos entre accionistas no prejuzga sobre la realización de conductas anticompetitivas que, en términos de la Ley, disminuyan, dañen o impidan la libre concurrencia o la competencia económica.

Finalmente, una vez emitida la resolución de concentración, los notificantes no podrán modificar de manera sustancial los términos de la cláusula de no competencia. De ocurrir así, tendrán que notificar nuevamente. Ahora bien, si al momento en que los agentes económicos presentan a la Comisión la información para acreditar el cierre de la concentración se detecta que hubo una modificación a los términos de la cláusula, se dará vista a la Autoridad Investigadora.