

imputación aplicables a la creación de riesgos o a la producción de graves daños, que se separan de la órbita estrictamente contractual, pues no se trata solamente de discutir si la ejecución del contrato ha sido defectuosa, sino de determinar si la producción de graves daños derivados de un accidente es imputable a quien puso en funcionamiento una instalación incurriendo en graves negligencias y creando riesgos innecesarios, con independencia de que quienes hayan padecido los daños como perjudicados se encuentren incluidos o no en la órbita de las obligaciones creadas por el nexo contractual relacionado con la construcción de la instalación [...] Atendida la anterior consideración, el Tribunal Supremo desestimó también la excepción de falta de jurisdicción.

COMPETENCIA *

1 · LEGISLACIÓN

[Unión Europea]

La Comisión hace públicas sus prioridades en la aplicación del artículo 82 del Tratado CE

Directrices sobre las prioridades de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a las conductas abusivas tendentes a excluir a los competidores adoptadas por empresas en posición de dominio

El 3 de diciembre de 2008, la Comisión Europea publicó unas Directrices en las que reflejaba sus prioridades a la hora de aplicar el artículo 82 del Tratado CE, que prohíbe conductas abusivas cometidas por empresas en posición de dominio (las «*Directrices sobre la aplicación del artículo 82*»).

Las Directrices sobre la aplicación del artículo 82 suponen la primera expresión pública y sistemática de las prioridades de la Comisión Europea en casos de abuso de posición de dominio, si bien limitan su ámbito objetivo a los abusos de exclusión (conductas tendentes a expulsar a competidores del mercado o a impedir la entrada a potenciales rivales).

Las Directrices sobre la aplicación del artículo 82 establecen un análisis basado en los efectos, que otorga más importancia a los aspectos económicos en la línea marcada en el proceso de modernización del Derecho de la competencia y que la Comisión había comenzado a aplicar en algunos casos de abuso (como, por ejemplo, *Wanadoo*, *Microsoft* y *Telefónica*). Con este nuevo enfoque, la Comisión Europea apuesta por primar la protección de los consumidores y de la competencia frente a la de los competidores.

La Comisión centrará su examen de prácticas abusivas en materia de precios en la potencialidad de la conducta para limitar la expansión de los competidores actuales o impedir la entrada de competidores potenciales que sean «al menos tan eficientes» como la empresa dominante.

Finalmente, la Comisión Europea tomará en cuenta los argumentos de las empresas en posición de dominio que hagan referencia a las eficiencias de la conducta examinada.

* Esta sección ha sido coordinada por Alfonso Gutiérrez, y en su elaboración han participado Ana Rodríguez Encinas, Borja Martínez Corral, Javier Prados Mateos, Isabel Yglesias i Juliá, Joaquín Hervada Sierra, Manuel Contreras Alfonsín, José Carlos Páez Romero y Blanca Díaz Oliver, del Grupo de Práctica de Derechos de la Competencia y de la Unión Europea, Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

La Comisión adopta una nueva comunicación relativa a la presentación de compromisos en el procedimiento comunitario de control de concentraciones

Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento 139/2004/CE del Consejo y al Reglamento 802/2004/CE de la Comisión Europea

El 23 de octubre de 2008 se publicó la nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre soluciones aceptables en procedimientos de control de operaciones de concentración de dimensión comunitaria (la «*Comunicación de Compromisos*»). Con esta Comunicación, la Comisión Europea persigue resolver con mayor eficacia los problemas de competencia detectados en el análisis de una operación de concentración y aclarar a las empresas implicadas la mejor manera de solucionar estos problemas.

La Comunicación de Compromisos establece los principios generales que la Comisión Europea aplicará en el examen de compromisos propuestos por las partes, los principales tipos de compromisos admisibles, los requisitos concretos que las propuestas de compromisos deben cumplir en ambas fases del procedimiento, así como los requisitos para la aplicación de los compromisos.

Las principales novedades incorporadas a la Comunicación de Compromisos incluyen las siguientes:

- (i) Un nuevo formulario (Formulario RM) para presentar a la Comisión Europea la información relativa a los compromisos propuestos.
- (ii) En relación con los compromisos relativos a las rentas o desinversiones de empresa, puesto que éstas sólo serán eficaces si se realizan a un comprador adecuado, la Comunicación establece con más detalle cómo identificar a dicho comprador y en qué condiciones se considerará adecuado. La Comunicación también subraya que es necesario incluir en la cesión todos los activos y el personal necesarios para garantizar la viabilidad del negocio.
- (iii) Por lo que respecta a compromisos de acceso a infraestructuras o redes, éstos sólo serán aceptables si sus efectos equivalen a los de una cesión.
- (iv) La Comunicación también aclara el cometido del administrador (*trustee*) en lo relativo a la aplicación de los compromisos.

La Comisión publica los criterios materiales para analizar concentraciones no horizontales

Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas

La Comisión Europea ha publicado las Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales (las «*Directrices No Horizontales*»), en las que establece los criterios que seguirá para el análisis de las concentraciones entre empresas entre las que existe una relación vertical o de conglomerado. Estas Directrices complementan a las que ya existían para los casos de concentraciones horizontales.

En términos generales, las Directrices No Horizontales confirman que las concentraciones no horizontales suelen presentar menos problemas de competencia que las concentraciones horizontales, y pueden mejorar la eficiencia de una empresa por medio de la mejora en la coordinación de los diferentes niveles de producción.

Las Directrices No Horizontales imponen el análisis de los aspectos coordinados y no coordinados de una operación de concentración. En este sentido, el análisis de las operaciones de concentración no horizontales debe ir dirigido a comprobar que la operación examinada no puede resultar en un cierre del mercado, ascendente o descendente, limitando la capacidad de los competidores de acceder a clientes o a fuentes de suministro.

Por último, las Directrices también establecen unos umbrales de cuota de mercado (30%) y de concentración (referidos al Índice *Herfindahl-Hirschmann*), por debajo de los cuales la Comisión Europea presume la inexistencia de efectos negativos para la competencia.

2 · JURISPRUDENCIA

[Unión Europea]

El TJCE reitera su jurisprudencia acerca de la imposibilidad absoluta de ejecutar una decisión de recuperación de ayudas de Estado

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de 2008, Comisión contra Francia (as. C-214/07)

En la decisión 2004/343/CE, la Comisión Europea calificó como régimen de ayudas de Estado un dispositivo de exenciones del impuesto de sociedades y (previo acuerdo de las autoridades locales competentes) de otra serie de impuestos y contribuciones durante un periodo de dos años en Francia. Estas exenciones, ligadas al salvamento de empresas en crisis, fueron aprobadas en 1989, sin notificación previa a la Comisión Europea. En la decisión, la Comisión Europea ordenaba la recuperación de la ayuda considerada contraria al Tratado CE.

La Comisión Europea admitió la imposibilidad absoluta de la recuperación de la ayuda correspondiente al periodo comprendido entre 1991 y 1993, ante la ausencia de datos fiscales que permitieran identificar a los beneficiarios de las ayudas. Sin embargo, la Comisión Europea estableció que, para el periodo posterior a 1993, la República Francesa: (i) se había limitado a alegar como obstáculos externos dificultades internas imputables a la propia actuación o a las omisiones de las autoridades nacionales; (ii) había emitido una serie de afirmaciones generales y abstractas para eludir la declaración de un incumplimiento; (iii) había incurrido en importantes retrasos sucesivos en sus relaciones con la Comisión Europea; (iv) no había realizado verdaderas gestiones con vistas a una recuperación efectiva; y (v) no había emitido los títulos de percepción.

Ante los problemas planteados en relación con la recuperación, la Comisión Europea interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («TJCE») porque entendía que Francia había incumplido la obligación de recuperación de las ayudas declaradas ilegales e incompatibles con el mercado común.

El TJCE recuerda que, según jurisprudencia reiterada, el único motivo que un Estado miembro puede invocar en su defensa contra un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 88.2 del Tratado CE es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la decisión. Sin embargo, esta defensa no es oponible cuando el Estado miembro demandado se limita a comunicar a la Comisión Europea las dificultades jurídicas, políticas o prácticas que suscita la ejecución de la decisión, sin emprender actuación real alguna ante las empresas interesadas con el fin de recuperar la ayuda y sin proponer a la Comisión Europea modalidades alternativas de ejecución de la decisión que permitan superar las dificultades.

También esta jurisprudencia recuerda a la Comisión Europea y a los Estados Miembros que, ante las dificultades para ejecutar la decisión, atiendan a sus deberes recíprocos de cooperación que inspira el artículo 10 del Tratado CE.

En consecuencia, el TJCE procedió a declarar que la República Francesa había incumplido la obligación de recuperación de las ayudas declaradas ilegales.

[España]

El Tribunal Supremo confirma archivo de denuncia contra la empresa Tragsa

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 30 de enero de 2008

El TS ha desestimado un recurso interpuesto por la Asociación Nacional de Empresas Forestales («Asemfo») contra la sentencia de la Audiencia Nacional que, a su vez, desestimó el recurso planteado contra la resolución del extinto TDC de 30 de marzo de 1998. En su resolución, el TDC confirmaba el sobreseimiento del expediente incoado contra la Empresa de Transformación Agraria, S.A. («Tragsa») por supuestas conductas restrictivas de la competencia consistentes en operar en el mercado español de obras, servicio y proyectos forestales abusando de su posición de dominio, al no seguir los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas.

La resolución consideraba que Tragsa no había abusado de su posición de dominio puesto que: (i)

es un medio propio de la Administración, por lo que su comportamiento no es autónomo, y (ii) tal y como establecen los Reales Decretos que delimitan su estatuto jurídico, realiza sus obras por encargo sin posibilidad de rechazarlas, por lo que quedan fuera del marco en que actúa la competencia.

En el marco del recurso de casación, el TS decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE consultando a éste: (i) si es admisible que un Estado miembro atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, realizar obras públicas sin sometimiento a la normativa general de contratación administrativa; (ii) si dicho régimen es compatible con las Directivas sobre contratación pública y (iii) si son aplicables a Tragsa las afirmaciones de la Sentencia del TJCE de 8 de mayo de 2003 en el asunto C-349/97, Reino de España contra Comisión, que señalan que un organismo plenamente sujeto al control del Estado debe considerarse uno de los servicios propios de la administración nacional.

El TJCE inadmitió la primera cuestión por considerar que no disponía de los elementos de hecho y de derecho suficientes para ofrecer una respuesta útil. En cuanto a la segunda, indicó que las Directivas sobre contratación pública no se oponen al régimen de Tragsa, ya que se trata de una empresa *pública* que actúa como instrumento de las autoridades y cuyos servicios se prestan esencialmente a dichas autoridades. Por tanto, al no actuar en el mercado, Tragsa no actúa en contradicción con las mencionadas Directivas. En atención a que la respuesta a la segunda cuestión es negativa, no procede responder a la tercera cuestión.

3 · DECISIONES EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

[Unión Europea]

La Comisión autoriza provisionalmente la adquisición de Sony BMG por Sony Corporation of America

Decisión de la Comisión Europea de 15 de septiembre de 2008, asunto COMP/M.5272 - Sony/SonyBMG.

La operación analizada en esta Decisión consiste en la adquisición por parte de Sony Corporation of America («Sony») del control exclusivo sobre Sony BMG Music Entertainment («Sony BMG») (controlada conjuntamente por Sony y Bertelsmann A.G.). Sony BMG se dedica a la búsqueda y promoción de artistas, y al desarrollo, *marketing* y venta de música tanto en formato físico como digital, sin desarrollar su fabricación, publicación o distribución.

La Comisión Europea autorizó (por segunda vez) la creación de Sony BMG el 3 de octubre de 2007. Esta autorización ha sido recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia («TPI»), por lo que la Comisión ha autorizado esta operación sobre la presunción de que la decisión de autorización de constitución de Sony BMG es válida. En este sentido, la Comisión Europea indica expresamente que, en el caso de que el resultado de la intervención del TPI exigiese la separación de Sony BMG, la autorización en este caso no podrá utilizarse como un obstáculo para el cumplimiento con la eventual obligación de desinversión.

Desde el punto de vista material, la decisión confirma la definición de los mercados tradicionales en el sector: (i) grabación física de música, (ii) venta mayorista de música *on line* y (iii) difusión musical (*publishing*). Otros sectores afectados por la operación incluyen la venta minorista *on line*, los instrumentos y programas de juegos electrónicos y la industria cinematográfica. Además, la Comisión Europea avanza la influencia que los nuevos formatos digitales podrán tener en la delimitación geográfica de algunos mercados relacionados con la música, especialmente en el caso de los derechos de licencia o difusión musical, que podrían pasar, en el futuro, de tener una dimensión nacional a una europea.

A pesar de que la operación refuerza la integración vertical entre Sony BMG y una de sus matrices, la Comisión Europea concluye que no existen incentivos para el cierre del mercado y que cualquier intento de Sony de utilizar su estructura vertical para excluir a los competidores puede resultar perjudicial para la propia Sony, considerando especialmente la participación de Sony en *joint ventures* con ATV o Ericsson.

La Comisión Europea aprueba la adquisición de parte de las actividades de Gamesa por Iberdrola Renovables

Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 2008, asunto COMP/M.5366 - Iberdrola Renovables / Gamesa

Iberdrola Renovables y Gamesa Energía han creado un vehículo, controlado en exclusiva por Iberdrola, al que ambas contribuirán con activos y negocios en el sector de las energías renovables. Gamesa Energía transmitirá a este vehículo todos sus negocios de promoción y desarrollo de parques eólicos en España, Europa continental, el Reino Unido, México y la República Dominicana. Por su parte, Iberdrola contribuirá con algunos parques eólicos. Tras la operación, Gamesa Energía sólo mantendrá sus actividades en los Estados Unidos y China. De este modo, la operación supone la adquisición de control exclusivo por Iberdrola de parte del negocio de Gamesa Energía en el sector del desarrollo de parques eólicos.

Los mercados afectados por la operación son el de la generación y venta mayorista de electricidad y el del desarrollo y promoción de parques eólicos. En su análisis, la Comisión Europea estudió varias definiciones del mercado de la generación y venta mayorista de electricidad, dejándola finalmente abierta ya que la concentración no generaba ninguna consideración grave en cuanto a sus efectos en la competencia en dicho mercado.

Siete operadores eléctricos constituyen una empresa en participación para la prestación de servicios de asignación de capacidad transfronteriza

Decisión de la Comisión de 14 de agosto de 2008; asunto M. 5154 - CASC JV

La Comisión Europea ha resuelto autorizar la constitución de una *joint venture* (Capacity Allocation Service Company for Central Western Europe, «CASC») por siete operadores eléctricos entre los que se encuentran sociedades controladas por E.ON, EDF o ELIA, con el fin de proporcionar servicios de asignación de capacidad de interconexión transfronteriza en la región de Europa Central-Occidental.

La Comisión Europea no alcanza a cerrar una definición de mercado relevante debido a que se trata de una situación novedosa, ya que la creación de compañías activas en la prestación de servicios de asignación de capacidad de interconexión transfronteriza está en un momento incipiente. Sin embargo, la Comisión recuerda que no existe solapamiento en la actividad de empresas titulares de redes de transmisión en diferentes regiones (o países) y que no existe sustituibilidad entre redes de transmisión de electricidad, considerando cada red como un mercado independiente.

La gestión de este tipo de sistemas de transmisión constituye un monopolio natural (si bien es cierto que existe un mercado de transmisión de electricidad transfronteriza con un alcance geográfico limitado a la línea de interconexión concreta), ya que no existe ningún interconector que pueda ser sustitutivo directo de otro.

El principal riesgo para la competencia detectado radica en que los futuros accionistas de CASC son empresas energéticas verticalmente integradas con actividades que se solapan en los mercados de generación y suministro al por mayor de electricidad, así como en otros mercados descentrados. La Comisión Europea consideró que este riesgo se ve atenuado por varios motivos: (i) el flujo de información será muy restringido, limitándose a lo estrictamente necesario para el correcto funcionamiento de CASC; (ii) los ingresos de la congestión que se generen serán recogidos por CASC en nombre de los operadores, para redistribuirlos de acuerdo con las directrices sobre la gestión de la congestión y asignación de la capacidad de transmisión disponible en las interconexiones entre redes nacionales; y (iii) CASC se limitará a la asignación de capacidad, sin tener ninguna influencia en la fijación de la capacidad disponible.

La Comisión Europea autoriza la adquisición por Deutsche Bank de ciertos activos titularidad de ABN AMRO

Decisión de la Comisión de 1 de octubre de 2008; asunto M. 5296 – Deutsche Bank / ABN AMRO Assets

La Comisión Europea ha resuelto autorizar la operación de concentración consistente en la adquisición por Deutsche Bank del control exclusivo de ciertos activos de ABN AMRO. Esta operación conlleva la adquisición por Deutsche Bank de todas las acciones de New-HBU II, N.V., y de IFN Finance B.V., propietarias de los activos desinvertidos.

En su decisión, la Comisión Europea ha considerado la adquisición de control por Deutsche Bank como una sola concentración, en atención a que ambas adquisiciones fueron acordadas por las partes en el mismo día y a que se ejecutarán también en la misma fecha.

La Comisión Europea autoriza la constitución de una empresa en participación por parte de Bosch y Samsung para la producción y distribución de baterías de litio para vehículos

Decisión de la Comisión de 18 de agosto de 2008; asunto M. 5227 - Robert Bosch / Samsung / IV

La Comisión Europea ha resuelto autorizar la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Robert Bosch GmbH («Bosch») y Samsung SDI Co. Ltd («Samsung») del control conjunto sobre una empresa en participación de nueva creación denominada SB LiMotive Co. Ltd., («LiMotive»). Esta operación afecta a los mercados de fabricación de baterías.

La Comisión considera que el mercado de baterías de litio para vehículos eléctricos o híbridos ha de diferenciarse del mercado de baterías de litio tradicionales ya que las primeras requieren una longevidad y tamaño muy superiores, así como el cumplimiento de unos requisitos de seguridad para poder instalarse en vehículos de combustión. Asimismo, la Comisión Europea considera que, en los mercados de desarrollo de baterías de litio para vehículos eléctricos, las partes no tienen ninguna cuota de mercado ya que la tecnología se encuentra aún en fase de desarrollo.

[España]

La CNC remite a segunda fase su análisis de la adquisición de Unión Fenosa por parte de Gas Natural

Resolución del Consejo de la CNC de 7 de noviembre de 2008 e Informe y Propuesta de Resolución en Primera Fase de la Dirección de Investigación (Expte. C/0098/08 Gas Natural / Unión Fenosa)

El Consejo de la CNC (la «CNC») ha acordado iniciar la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones para un análisis más exhaustivo de la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Gas Natural SDG S.A. («Gas Natural») del control exclusivo de Unión Fenosa, S.A («Unión Fenosa»). La operación se articula vía la adquisición del 45,3% de su capital social y la subsiguiente formulación de una oferta pública de adquisición de acciones por el 100% del capital social.

La concentración tiene como marco el sector energético español y, en particular, los sectores del gas natural (producción, aprovisionamiento, transporte, distribución y suministro minorista) y de la electricidad (generación, distribución y suministro minorista). En un primer análisis de la operación de concentración, la Dirección de Investigación identificó más de una docena de mercados relevantes en los que coinciden las actividades de las partes, que abarcan los distintos niveles de producción de los sectores del gas y de la electricidad.

La Dirección de Investigación observó determinados problemas de competencia que justificaron la apertura de una segunda fase en el proceso de análisis. Los problemas identificados son los siguientes: (i) la entidad resultante reforzaría su posición como primer operador del sector del gas y adquiriría y reforzaría la tercera posición de Unión Fenosa en el sector de la electricidad; (ii) la entidad resultante adquiriría vínculos estructurales con algunos de los principales operadores de los mercados energéticos españoles; y (iii) desaparecería como operadores independientes Unión Fenosa en el sector del gas y Gas Natural en el sector de la electricidad.

La CNC dispone de un plazo de dos meses para analizar la operación con mayor detenimiento antes de adoptar una resolución que autorice con o sin condiciones o prohíba la adquisición de Unión Fenosa por parte de Gas Natural.

La CNC autoriza la adquisición de Galerías Primero por parte de Supermercados Sabeco sujeta al cumplimiento de determinados compromisos

Resolución del Consejo de la CNC de 5 de diciembre de 2008 e Informe y Propuesta de Resolución en Primera Fase de la Dirección de Investigación (Expte. C-0113/08, Supermercados Sabeco/Galerías Primero)

El Consejo de la CNC ha autorizado en primera fase la adquisición por parte de Groupe Auchan, S.A. («Grupo Auchan»), a través de su filial Supermercados Sabeco, S.A., («Sabeco») del control exclusivo de Galerías Primero, S.A., («Galerías Primero»), mediante la adquisición de la totalidad de su capital social. La operación se articuló mediante un contrato de compraventa suscrito por las partes el 18 de julio de 2008, modificado mediante una Adenda de fecha 23 de octubre de 2008.

Las actividades de las partes se centran en el mercado de la distribución comercial minorista de bienes de consumo diario. La Resolución confirma la definición clásica de este mercado, caracterizado por un ámbito geográfico local, en el que el consumidor elige el punto de venta en atención al espacio geográfico al que resulta razonable desplazarse para efectuar una compra determinada.

A juicio de la CNC, la operación planteaba problemas competitivos en los ámbitos geográficos definidos entorno a Calatayud, Alcañiz y Ejea de los Caballeros. En síntesis, la operación inicialmente planteada suponía la concentración de los dos principales operadores presentes en dichos mercados, que asimismo contaban con los establecimientos de mayor superficie, aspecto que incrementaba considerablemente la asimetría respecto al resto de competidores activos en estos mercados.

Finalmente, la CNC resolvió autorizar la operación en primera fase condicionada al cumplimiento de los siguientes compromisos: (i) desinversión de todos los establecimientos de Galerías Primero en Calatayud, Ejea de los Caballeros y Alcañiz; y, en el caso en que la desinversión no se completase con éxito tras la ejecución de la operación, (ii) cesión de los activos a un administrador.

4 · OTRAS DECISIONES

[Unión Europea]

La Comisión Europea vuelve a adoptar una decisión en el asunto Vigas de acero tras la anulación por el TJCE de su decisión anterior

Decisión de la Comisión Europea de 8 de noviembre de 2006 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 65 del Tratado CECA relativo a acuerdos y prácticas concertadas entre productores europeos de vigas (Asunto COMP/F/38.907-Vigas de acero)

La Comisión Europea ha vuelto a adoptar una Decisión por la que sanciona por un importe de 10 millones de euros a varias compañías metalúrgicas por haber participado en un cártel en el sector de las vigas de acero entre los años 1988 y 1991.

Esta práctica había sido objeto de sanción en 1994 a través de una Decisión que fue anulada por el TJCE debido a un vicio en el procedimiento, consistente en la falta de notificación a la filial del Pliego de Cargos, a pesar de ser parte en el procedimiento y haber sido sancionada.

La Comisión Europea vuelve a adoptar una decisión que reproduce la anterior y justifica la falta de vulneración del principio *non bis in idem* invocando la jurisprudencia PVC II, conforme a la cual la anulación de una decisión por motivos formales, sin que se haya producido en dicha anulación un pronunciamiento sobre el fondo, no equivale a una «absolución», ni impide que se vuelva a imponer una nueva sanción.

La Comisión Europea considera incompatible con el mercado común la ayuda concedida a Arbel Fauvet Rail SA

Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2008 relativa a la ayuda estatal C 38/07 (ex NN 45/07) concedida por Francia a Arbel Fauvet Rail SA (publicada el 5 de septiembre de 2008)

La Región Nord-Pas de Calais y la Communauté d'Agglomération du Douaisis concedieron en 2005 a Arbel Fauvet Rail SA un anticipo reembolsable de 2 millones de euros a un tipo de interés inferior y unas condiciones de reembolso más favorables de las que hubiese obtenido en condiciones de mercado. Tras el examen del caso, la Comisión considera este anticipo como una ayuda de Estado incompatible con el Tratado CE.

Si bien Arbel Fauvet Rail SA era en el momento de la concesión una empresa en crisis en el sentido de las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, no se han cumplido las condiciones de compatibilidad previstas en las Directrices, ya que las autoridades francesas no han presentado un plan de reestructuración ni han adoptado medidas compensatorias para prevenir una excesiva distorsión de la competencia.

La Comisión Europea considera incompatible con el mercado común el proceso de privatización de Automobile Craiova, por constituir una ayuda de estado

Decisión de la Comisión Europea de 27 de febrero de 2008 relativa a la ayuda estatal C 46/07 (ex NN 59/07) concedida por Rumanía a favor de la empresa Automobile Craiova (anteriormente Daewoo România) (publicada el 6 de septiembre de 2008)

La Comisión Europea incoó un procedimiento de investigación formal tras conocer que en el proceso de privatización de Automobile Craiova ésta se había adjudicado al único licitador. La investigación demostró que la licitación no había sido abierta, transparente y no discriminatoria y que las condiciones de la licitación, entre las que se incluía una garantía de empleo de niveles mínimos de producción, condujeron a una reducción del precio de venta respecto al precio real de mercado.

La Comisión Europea concluyó que, al establecer condiciones que podían llevar a una reducción del precio de venta, Rumanía concedió una ayuda de Estado equivalente a los ingresos dejados de obtener como contrapartida a las condiciones impuestas. Teniendo en cuenta la dificultad de evaluar dicho precio real de mercado, la Comisión propuso celebrar una nueva licitación sin las condiciones cuestionadas, garantizando así la ausencia de ayuda estatal, si bien esta solución no fue aceptada por las partes. Debido a las circunstancias excepcionales del caso, finalmente la cuantificación de la ayuda se realizó sobre la base del valor neto de los activos.

La Comisión Europea considera incompatible con el mercado común la ayuda concedida por la República Federal de Alemania a operadores privados para la introducción del la televisión digital terrestre en Renania del Norte-Westfalia

Decisión de la Comisión de 23 de octubre de 2007 relativa a la ayuda estatal C 34/06 (ex N 29/05 y ex CP 13/04), que la República Federal de Alemania tiene intención de conceder para la introducción de la televisión digital terrestre (DVB-T) en Renania del Norte-Westfalia (publicada el 3 de septiembre de 2008)

La Comisión Europea, tras la tramitación de un expediente sancionador, ha considerado incompatible con el mercado común la financiación concedida por Renania del Norte-Westfalia a operadores privados de radiodifusión para la difusión de sus programas a través de la televisión digital terrestre.

La Comisión Europea consideraba que esta financiación podría constituir una ayuda sectorial y distorsionar la competencia entre las distintas plataformas de transmisión, así como falsear la competencia entre operadores de radiodifusión privados. Finalmente la Decisión declaró que las medidas no eran indispensables, adecuadas y proporcionadas para corregir los fallos de mercado y violaban injustificadamente el principio de neutralidad tecnológica, por lo que no pueden considerarse compatibles con el artículo 87, apartado 3, letra c); del Tratado CE.

Asimismo, rechaza la alegación de Alemania conforme a la cual la ayuda constituiría un proyecto de interés común europeo, por no formar esta parte de un programa transnacional europeo o haber surgido de la acción concertada de varios Estados miembros. Tampoco admite que se trate de una ayuda destinada a promover la cultura, ya que no se ha confiado a los beneficiarios una tarea específica de interés público.

La Comisión Europea aprueba la ayuda a la formación que el Reino Unido tiene previsto ejecutar para Vauxhall Motors Ltd

Decisión de la Comisión Europea de 16 de abril de 2008 relativa a la ayuda estatal C 23/07 (ex N 118/07) que el Reino Unido tiene previsto ejecutar para Vauxhall Motors Ltd, publicada el 3 de septiembre de 2008

Por carta de 28 de febrero de 2007, el Reino Unido notificó a la Comisión la ayuda anteriormente mencionada para una fábrica de montaje de General Motor Corporation's Vauxhall.

Dicha ayuda consistía en una subvención directa de 8.784.767 libras esterlinas por parte de la *North West Regional Development Agency*, en seis plazos anuales a lo largo del periodo de duración del programa de formación (2007-2012) relativo a un nuevo vehículo.

La Comisión Europea, tras manifestar dudas en cuanto a la calificación de la ayuda como general y específica, y en cuanto al efecto de incentivo a la formación, concluyó que la formación no formaba parte del funcionamiento normal de la empresa ni era consecuencia de las fuerzas del mercado, sino que superaba el nivel de formación normal de la empresa y suponía una formación adicional. Por lo tanto, era compatible con el mercado común de acuerdo con artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado CE.

[España]**La CNC impone una multa a AGEDI y AIE por aplicación de tarifas discriminatorias a Sogecable***Resolución del Consejo de la CNC de 9 de diciembre de 2008 (Expte. 636/07, Fonogramas)*

La CNC ha sancionado a las entidades de gestión de derechos de autor AGEDI y AIE con multas por importe de 815.000 Euros y 615.000 Euros, respectivamente, por un abuso de posición de dominio consistente en la reclamación a Sogecable y otras empresas del grupo de tarifas sustancialmente superiores a las percibidas de otros operadores de televisión por la utilización de los fonogramas gestionados por las citadas entidades.

La CNC (en línea con lo manifestado en su Resolución en el expediente 593/05, *Televisiones*) concluye que la conducta de AGEDI y AIE es contraria a los artículos 6 de la antigua LDC (actual artículo 2) y su equivalente el artículo 82 del TCE, por los siguientes motivos:

- (i) La práctica afecta a todo el territorio español, por lo que la normativa comunitaria de defensa de la competencia resulta de aplicación conjuntamente con la normativa española;
- (ii) Estas entidades ostentan una posición de dominio conjunta en el mercado relevante de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales en España, y;
- (iii) Han explotado abusivamente su posición, reclamando de Sogecable una contraprestación económica superior a la solicitada a otros operadores por una prestación equivalente, desde 1990 hasta julio de 2008. En concreto, la discriminación valorada como abusiva consistió en que:
 - (a) Durante el periodo 1990-2002, se ofrecieron a Sogecable condiciones económicas menos favorables que las acordadas con un operador de televisión en abierto (TVE); y
 - (b) Entre julio de 2006 y julio de 2008 se le reclamaron tarifas más elevadas que a las aplicadas a otro operador de televisión de pago (ONO). A este respecto AGEDI y AIE alegaban que tanto la oferta hecha a Sogecable como el precio aplicado a ONO representaban un mismo *porcentaje* sobre los ingresos por abonado (siendo las cuotas pagadas por los abonados de Sogecable superiores a las de ONO y, en consecuencia, también la remuneración de la primera a AGEDI y AIE). La CNC rechaza este argumento y considera que la remuneración es discriminatoria, en la medida en que establecer la remuneración de manera proporcional al rendimiento económico del negocio (i.e. al importe de las cuotas satisfechas por los abonados), equivaldría a cargar un mayor precio por un mismo *input* al operador más rentable por el mero hecho de serlo, sin tomar en consideración el valor de uso de los productos.

— La CNC añade que las entidades de gestión tienen, por su posición de fuerza negociadora, un deber de transparencia frente a los usuarios de su repertorio que les impone la obligación de poner a disposición de éstos, en cada proceso de negociación, las bases económicas de acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen una actividad igual o similar y realicen un uso equivalente del repertorio. En este sentido, la ocultación por AGEDI y AIE durante la negociación con Sogecable de las condiciones económicas (más ventajosas) del acuerdo previo concluido con TVE podría constituir, a juicio de la CNC, una conducta autónoma de abuso de la posición negociadora. Por este motivo, la resolución intima a AGEDI y AIE a que en todo futuro proceso de negociación ponga en conocimiento del usuario los acuerdos alcanzados previamente con usuarios similares.

— Por último, la CNC analiza si la conducta ha creado una desventaja competitiva para Sogecable respecto de los otros operadores de televisión y concluye que así ha sido, aun cuando alguno de ellos opere en un mercado distinto (como TVE, que opera en el de la televisión en abierto). En efecto, la utilización de los fonogramas es un *input* equivalente para ambos tipos de operadores (de televisión en abierto y de pago por visión), no existiendo diferencias en el servicio que se presta a unos y otros. Junto a ello, la CNC señala que existe una presión competitiva entre uno y otro tipo de televisión, puesto que cuanto más amplia y atractiva resulte la oferta televisiva en abierto mayor será el esfuerzo a realizar por los operadores de pago para atraer nuevos abonados. En todo caso, la CNC precisa que, en supuestos de discriminación pura de clientes como el analizado, la existencia de una desventaja competitiva no es un aspecto esencial para la configuración del tipo.

La CNC acoge el recurso interpuesto por Telefónica para el mantenimiento de la confidencialidad de determinados datos e informaciones sensibles en el marco de un procedimiento incoado frente a ella

Resolución del Consejo de la CNC de 27 de octubre de 2008 (Expte. R/0003/08, TRIO PLUS)

El Consejo de la CNC ha estimado el recurso de alzada interpuesto por Telefónica contra una Providencia de la Dirección de Investigación («DI») en el marco de un expediente en el que participa como denunciada. La Providencia denegaba la confidencialidad solicitada por Telefónica frente a los demás interesados para determinados datos e informaciones aportadas por esta compañía.

La DI argumentaba que los datos para los que Telefónica solicitaba confidencialidad forman parte del acuerdo cuya compatibilidad con la normativa de competencia es objeto de análisis en el expediente por lo que, a su juicio, podrían resultar necesarios para la elaboración del pliego de concreción de hechos y para la defensa de los intereses del codenunciado y los terceros interesados en el Expediente. Junto a ello, la Providencia señaló que no se trataba de información que desvelase datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica.

Por el contrario, Telefónica alega en su recurso que la información tiene carácter confidencial y constituye un secreto de negocio.

El Consejo señala que el procedimiento administrativo se rige *prima facie* por el principio de publicidad, debiendo también valorarse a este respecto el derecho de no indefensión de los interesados en el expediente (distintos del solicitante). No obstante, este principio ha de matizarse atendiendo a otros igualmente merecedores de tutela, tales como el interés del solicitante de confidencialidad y la necesidad de evitar que el procedimiento administrativo se utilice para fines espurios, como la obtención de información reservada de competidores. Por ello, el Consejo reitera su conclusión (expresada en resoluciones anteriores) acerca de la necesidad de ponderar los principios en conflicto a la luz de las circunstancias de cada caso.

En el examinado, para paliar los posibles daños para la recurrente derivados de la revelación de los datos en este momento del procedimiento (anterior a la emisión del pliego de concreción de hechos), el Consejo resuelve que debe mantenerse la confidencialidad por el órgano administrativo, ya que: (i) ello no obstaculiza la instrucción del expediente por la DI al tener ésta la posibilidad real de conocer la información necesaria y suficiente para continuar su instrucción; y (ii) tampoco impide que la decisión adoptada pueda revisarse y, si se estima necesario, revocarse posteriormente en atención a la propuesta de resolución administrativa que vaya a dictarse en el expediente sancionador.

La CNC archiva un expediente por prescripción de los supuestos acuerdos entre competidores para la presentación de ofertas a concursos de obras públicas examinados

Resolución del Consejo de la CNC de 10 de noviembre de 2008 (Expte. S/0068/08, Hormigones de Cantabria 2)

La CNC ha confirmado el archivo de actuaciones propuesto por la Dirección de Investigación («DI») en relación con un supuesto acuerdo entre fabricantes de hormigón entremezclado para presentar ofertas a concursos de obras públicas en Cantabria. El expediente tuvo su origen en la información extraída de un expediente previo, incoado por presuntas prácticas restrictivas de la competencia de carácter horizontal entre los mismos operadores y en el mismo territorio. Pese a ello, la CNC estimó que las conductas examinadas tenían carácter autónomo y dedujo testimonio procediendo a la apertura de un expediente separado.

Tras su instrucción, la DI propuso al Consejo la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, por considerar que la conducta examinada se encuentra prescrita. A tal efecto, la DI toma en consideración que del análisis de la documentación incorporada al expediente se deduciría la existencia de un patrón de comportamiento colusorio en los concursos públicos de esos años, de tal modo que la oferta que conseguía la adjudicación era un 1% inferior al precio de salida, ofertando el resto de los operadores a un precio intermedio entre el de salida y el finalmente adjudicado. Tras examinar el Registro Público de contratos correspondiente a los años posteriores, la DI concluyó que los resultados de las licitaciones de los concursos públicos posteriores a 2002 en Cantabria no seguía este patrón de comportamiento. En consecuencia, no cabe concluir la continuación del comportamiento con posterioridad a ese año, por lo que la infracción, de existir, estaría prescrita, al haber transcurrido más de cuatro años desde su realización.

La CNC desestima los recursos interpuestos por varios operadores en los sectores de geles y dentífricos, y productos de peluquería profesional, así como por la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética, contra la actuación inspectora de la Dirección de Investigación

Resoluciones del Consejo de la CNC de 3 de octubre de 2008 (Exptes. R/0004/08, CP España; R/0005/08, L'Oreal; y R/0006/08, STANPA)

El 17 y el 19 de junio de 2008, varios funcionarios de la Dirección de Investigación se personaron en las dependencias de Colgate Palmolive España, S.A. («CP»), L'Oreal España S.A. y la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética («Stanpa») y llevaron a cabo una inspección para verificar la existencia de indicios de prácticas prohibidas por el artículo 1 LDC en los sectores de geles y dentífricos (por lo que se refiere a CP) y peluquería profesional (por lo que se refiere a L'Oreal y Stanpa).

Las inspeccionadas presentaron recursos ante el Consejo de la CNC contra la actuación del equipo de inspección, por considerarla vulneradora de sus derechos fundamentales. Las tres afectadas señalan que se produjo un ejercicio desproporcionado y excesivo de las facultades de inspección, carente de cobertura legal y no ajustado a la orden de investigación y el mandamiento judicial. En concreto, sus pretensiones impugnatorias se fundan principalmente en los siguientes motivos:

- (i) La DI accedió y recabó documentación relativa a comunicaciones entre abogado externo y cliente, protegida por el secreto profesional;
- (ii) La DI accedió a la documentación de forma indiscriminada, recabando documentos cuyo contenido es ajeno al objeto de la inspección.
- (iii) L'Oreal y Stanpa alegan adicionalmente que la DI recopiló documentación y datos de carácter privado de sus empleados.

El Consejo desestima los tres recursos en términos muy similares. Igualmente desestima las solicitudes de adopción de medidas cautelares planteadas por las inspeccionadas, consistentes en la devolución de la documentación protegida por el secreto profesional o ajena al objeto del expediente, la suspensión cautelar del procedimiento y la abstención por la DI de la lectura de la documentación hasta que el Consejo se pronuncie sobre los recursos. La Resolución se asienta sobre los siguientes razonamientos:

La protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente requiere de la empresa un comportamiento activo, comunicando y razonando adecuadamente los motivos por los que un documento está protegido por dicho privilegio, sin que la simple negativa del inspeccionado a proporcionarlo invocando éste enerve las facultades de inspección.

El Consejo afirma que sostener que el simple acceso a un documento confidencial constituye una violación del derecho de defensa, sin exigir ninguna obligación a la empresa afectada, podría dar lugar a utilizaciones espurias con objeto de lograr la anulación de toda la inspección. Añade que la simple tenencia de información por los funcionarios de la DI no vulnera de forma inmediata el derecho fundamental a la protección de estas comunicaciones, siendo necesario a tal efecto que la información se dedique a fines ilícitos o se divulgue indebidamente. Por último, el Consejo señala que la titularidad del derecho al secreto profesional correspondería al abogado defensor y no a la empresa inspeccionada.

Por los motivos expuestos, el Consejo concluye que la actuación de los equipos de inspección fue correcta en todos los casos, puesto que se descartó aquella información relativa a las relaciones entre abogado externo y cliente que fue adecuadamente identificada y razonada por las inspeccionadas. Junto a ello, se mantuvo cautelarmente la confidencialidad de toda la documentación durante un plazo de diez días, al objeto de que las inspeccionadas pudieran formular alegaciones, con el compromiso de devolución de cualquier otro documento que pudiera constituir relación abogado externo y cliente.

Frente a las alegaciones efectuadas por las inspeccionadas en relación con la realización de copias en bloque de documentación electrónica (sin selección previa de aquella que resultase relevante en función del objeto de la investigación) o la utilización de términos de búsqueda demasiado amplios y genéricos, el Consejo resuelve que la actuación de la DI fue lícita y proporcionada, dada la especial naturaleza de las inspecciones de competencia, su carácter sorpresivo y perentorio, y el elevado volumen de documentación examinada, que imposibilita la revisión

uno a uno de los documentos. Por este motivo, las facultades de la DI incluyen la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean conocidos *a priori* o que no estén todavía plenamente identificados.

Junto a ello, el Consejo considera que la labor de inspección no finaliza en las instalaciones de la empresa, sino que se extiende a la revisión posterior de los documentos previamente seleccionados por el equipo de inspección y la posterior devolución de aquéllos que no resulten relevantes a efectos del expediente. Un mecanismo que, a juicio de la CNC, refuerza esta continuidad de la labor inspectora es el plazo de diez días que se viene confiriendo a la inspeccionada para elaborar una relación de documentos recabados por la DI que, a su juicio, no tienen relación con el objeto de la inspección (que podrá ser o no tomada en consideración por la DI).

El Consejo concluye que este modo de proceder no atenta en modo alguno contra el derecho de defensa ni produce perjuicios irreparables a la empresa, siendo por el contrario la forma menos gravosa para la empresa de realización de las inspecciones, al evitar la retención de libros y documentos y el precinto de locales durante varios días, que alterarían en mayor medida el normal funcionamiento de ésta.

Por último, en relación con el acceso de la DI a documentos pertenecientes a la esfera privada de los empleados de L'Oreal y Stanpa, el Consejo señala que con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre actuaciones inspectoras de las Administraciones Públicas, el acceso o lectura de documentos que puedan contener datos privados no es en sí mismo una violación del derecho a la intimidad. Ésta sólo se produciría si los datos revelasen o utilizasen de forma fraudulenta. Junto a ello, el Consejo afirma que la eventual vulneración del derecho a la intimidad habría de invocarse en su caso por los trabajadores (como titulares del derecho) y no por L'Oreal o Stanpa en su nombre.

Las Resoluciones dictadas en el marco de los expedientes R 0004/08, *CP España* y R 0006/08, *Stanpa* han sido objeto de recurso ante la Audiencia Nacional.

COMUNICACIÓN, TECNOLOGÍA Y OCIO*

1 · LEGISLACIÓN

[España]

Cinematografía

Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre, que desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre de 2007, del Cine (BOE de 12 de enero de 2009)

La disposición final cuarta de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (la «Ley»), habilitaba al Gobierno para dictar las normas reglamentarias necesarias para su desarrollo y aplicación. Así pues, y sin perjuicio de las competencias cedidas a las Comunidades Autónomas, en este Real Decreto se desarrollan aspectos de la Ley relativos a las ayudas al cine, la calificación de las obras cinematográficas y audiovisuales, su nacionalidad, el Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales, el funcionamiento de las salas de exhibición cinematográfica, las coproducciones con empresas extranjeras o los órganos colegiados con competencias consultivas en determinadas materias. Su ámbito de aplicación se extiende a las actividades cinematográficas y audiovisuales que se realizan en España.

* Esta sección de Derecho de la Comunicación, Tecnología y Ocio ha sido coordinada por Agustín González y Marco Zambrini. Para su elaboración han contado con la colaboración de Cecilia Álvarez, Rafael Izquierdo, José Soria, Nicolás Toribio, Marc Visent, Dimitri Koltomov, Pedro Letai, Xavier Ortega y Gustavo Adolfo Sopeña, del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez. (Madrid y Barcelona).