



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/059/20 PARAMOUNT SPAIN S.L.U

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a María Ortiz Aguilar

Consejeros

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 22 de septiembre de 2020

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el recurso interpuesto por PARAMOUNT SPAIN S.L.U (en adelante, **PARAMOUNT**) contra el acuerdo de 9 de junio de 2020 de la Dirección de Competencia por el que se denegaba la confidencialidad de determinada información en el expediente S/0001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 25 de febrero de 2019, la Dirección de Competencia formuló requerimiento de información a PARAMOUNT, que fue contestado en fecha 21 de marzo de 2019, solicitando la confidencialidad de parte de la información remitida.
2. Con fecha 9 de junio de 2020, se dictó el acuerdo de la Dirección de Competencia por el que se denegaba la confidencialidad de parte de la información proporcionada por PARAMOUNT en relación con la respuesta de fecha 21 de marzo de 2019 al requerimiento de información.
3. Con fecha 23 de junio de 2020, ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), el recurso interpuesto por PARAMOUNT, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa

de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de 9 de junio de 2020 de la Dirección de Competencia (en adelante, el **acuerdo recurrido**).

4. Con fecha 26 de junio de 2020, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 24.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (**RDC**), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por PARAMOUNT.
5. Con fecha 3 de julio de 2020, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la Dirección de Competencia consideró que procedía estimar parcialmente el recurso presentado, adjuntando versión censurada elaborada de oficio.
6. Con fecha 14 de julio de 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a la recurrente un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la Dirección de Competencia de 3 de julio de 2020.
7. Con fecha 5 de agosto de 2020, PARAMOUNT remitió escrito de alegaciones al informe de la Dirección de Competencia de 3 de julio de 2020.
8. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 22 de septiembre de 2020.
9. Es interesado en este expediente de recurso: PARAMOUNT SPAIN S.L.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente resolución y pretensiones de la recurrente

PARAMOUNT solicita al Consejo de la CNMC que admita el recurso y, en su virtud, declare la confidencialidad del Anexo 2 al escrito de contestación de PARAMOUNT de 21 de marzo de 2019 al requerimiento de la Dirección de Competencia (folios 5689 a 5708 del expediente principal), que incluye el contrato modelo VPF PARAMOUNT SPAIN (**contrato modelo VPF**). De manera subsidiaria, solicita que, al menos, algunas partes del contrato sean declaradas confidenciales.

La recurrente acepta la denegación de confidencialidad relativa al Anexo I (folio 5688), pero alega que la regla de la antigüedad de cinco años no debe aplicar al contrato modelo contenido en el Anexo 2, frente a lo que afirma la Dirección de Competencia en el acuerdo recurrido. Por tanto, la denegación de confidencialidad del folio 5688 no forma parte del objeto del presente recurso.

PARAMOUNT detalla que la información contenida en el contrato modelo constituye secreto comercial al tratar condiciones económicas y comerciales que rigen las relaciones entre PARAMOUNT y ciertos exhibidores en materia de *Virtual Print Fee* (VPF). Al reflejar la estrategia comercial de la empresa en términos de precios y condiciones ofrecidos, considera que el acceso de otros interesados podría tener un impacto en la dinámica competitiva.

Además, señala que la información contenida en los citados folios no ha sido difundida a otras partes interesadas en el expediente principal. El motivo es que existe una cláusula específica (cláusula 11) en el contrato modelo VPF que exige confidencialidad a PARAMOUNT y al exhibidor con el que se suscribe el contrato. Asimismo, la información afecta a PARAMOUNT en exclusiva y, por tanto, la declaración de confidencialidad no vulneraría los derechos de defensa del resto de interesados en el expediente.

Con carácter subsidiario, PARAMOUNT considera que deben ser consideradas confidenciales las siguientes partes del contrato modelo VPF:

- Cláusula 3.2: La última frase de la cláusula, o por lo menos, la mención al importe en euros.
- Cláusula 3.3: La frase en relación con un porcentaje vinculado a los VPF pagados.
- Cláusula 4.4: Las menciones a los importes en euros.
- Cláusula 6.2.1.2: La mención al porcentaje concreto.
- Cláusula 6.2.2: La mención al porcentaje concreto.
- Cláusula 7: La mención al rango de porcentaje.
- Anexo 1 del Contrato sobre pagos por copia virtual.

Respecto a estos apartados, PARAMOUNT alega que son datos concretos de costes y precios y cuestiones vinculadas a pagos y créditos que constituyen secreto comercial no difundidos a terceros y que su declaración de confidencialidad no vulneraría los derechos de defensa de ningún tercero interesado en el expediente principal.

Según señala la Dirección de Competencia en su informe de 3 de julio de 2020, antes de la incoación del expediente sancionador, PARAMOUNT se limitó a señalar que el contrato modelo VPF contenía información que constituía secreto de su negocio, sin ofrecer justificaciones adicionales ni aportar una versión censurada del citado documento.

Sin embargo, a la vista de las nuevas alegaciones aportadas relativas a la vigencia del contrato modelo VPF, la Dirección de Competencia, en su informe de 3 de julio de 2020, propone estimar la alegación subsidiaria realizada por PARAMOUNT. Así, adjunta versión censurada del contrato modelo VPF elaborada de oficio en la que se propone declarar confidencial todo el clausulado del contrato, excepto los folios 5689 (encabezamiento), 5690 y 5695 a 5697 (salvo la cláusula 7).

Señala que los folios que propone mantener como no confidenciales contienen información necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento y son necesarios para garantizar el derecho de defensa de los interesados. Además, señala que la información no solo afecta a PARAMOUNT, sino que resulta necesario incorporarla al expediente público, en tanto las prácticas anticompetitivas investigadas consisten en la posible concertación entre grandes distribuidoras y la empresa integradora YMAGIS para uniformizar sus políticas comerciales.

Por último, recuerda el contenido del artículo 43 de la LDC que establece que la información contenida en un expediente sancionador, aun declarada no confidencial, solo es accesible a los interesados en el expediente. Por consiguiente, no existe peligro de divulgación de dicha información, pues el hecho de no declarar su confidencialidad no significa que esta adquiera carácter público. Sobre todos los interesados pesa el deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC, como reiteradamente han señalado tanto la CNC como la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC¹.

PARAMOUNT, en su escrito de alegaciones de 5 de agosto de 2020, sin perjuicio de reconocer la flexibilidad mostrada por la Dirección de Competencia, reitera su posición inicial plasmada en su recurso de 23 de junio de 2020 y solicita que la totalidad del contrato modelo VPF sea declarada confidencial.

En cuanto a las tres condiciones que deben cumplirse para aceptar la confidencialidad de un determinado documento, PARAMOUNT alega que el documento controvertido cumple con todas ellas. En particular, señala que la información contenida en el Anexo 2:

- (i) Constituye secreto comercial, pues cubre las condiciones económicas y comerciales que rigen las relaciones entre PARAMOUNT y los exhibidores y que, a pesar de ser un modelo contractual, refleja la estrategia comercial de PARAMOUNT (en particular, en términos de precios y condiciones ofrecidos).
- (ii) No ha sido difundida a terceros, algo prohibido por el propio contrato modelo VPF en su cláusula 11.
- (iii) No es necesaria para garantizar los derechos de defensa de los interesados, pues afecta exclusivamente a PARAMOUNT y los exhibidores. Así, el acceso a los folios controvertidos no sería necesario para el ejercicio de su derecho de defensa.

Añade que, de no declararse la confidencialidad solicitada, sufriría un perjuicio grave pues se daría acceso a la estrategia de PARAMOUNT, en particular, en lo que se refiere

¹ Entre otras, resoluciones de la CNC de 29 de noviembre de 2011, Expte. [R/0080/11](#) MANIPULADO DE PAPEL; de 13 de abril de 2012, Expte. [R/0098/12](#) EUROESPUMA; de 7 de febrero de 2013, Expte. [R/0120/12](#) AGLOLAK y Expte. [R/0121/12](#) MADERAS JOSÉ SAIZ y de 18 de abril de 2013, Expte. [R/0135/13](#) SERRADORA BOIX y resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 22 de noviembre de 2013, Expte. [R/0152/13](#) TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES; de 24 de enero de 2014, Expte. [R/0158/13](#) TRANSPORTES CARLOS; de 7 de febrero de 2014, Expte. [R/0161/13](#) SBS; de 2 de abril de 2014, Expte. [R/DC/0009/14](#) EUROPAC; de 28 de enero de 2016, Expte. [R/AJ/117/15](#) RENALETTO; de 21 de julio de 2016, Expte. [R/AJ/065/16](#) CABLES RCT y de 5 de octubre de 2017, Expte. [R/AJ/049/17](#) ELECNOR.

a métodos de pagos y facturas. Ello podría tener un impacto incluso en sus relaciones actuales con exhibidores en otros países.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

Antes de analizar las concretas pretensiones de la recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Competencia que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la Dirección de Competencia deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo:

“En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos".

La Audiencia Nacional, en sentencia de 18 de mayo de 2011, en equivalente sentido, señala:

"El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC".

Asimismo, la Resolución de 16 de julio de 2009 (Expte. R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) ya especificó que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI".* Deben estas referencias entenderse ahora hechas a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No estamos, pues, ante los recursos regulados en la LPAC, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia.

TERCERO.- Estimación parcial del recurso

En primer lugar, el artículo 42 de la LDC posibilita que las partes puedan instar la confidencialidad de los documentos obrantes en el expediente, sin que ello constituya un principio absoluto. Asimismo, se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial y que la valoración de la confidencialidad pondere otros principios adicionales como el derecho de defensa de quienes son incoados en el procedimiento sancionador.

Cabe señalar también que el artículo 47 de la LDC dispone que *"las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

PARAMOUNT fundamenta su recurso en que la no declaración de confidencialidad de la citada información podría causarle un perjuicio irreparable, por tratarse de información comercial sensible, que constituye secreto de sus negocios.

El Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *"aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

Como señala la jurisprudencia, *"la declaración de confidencialidad no es un derecho del recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente"*². Como establece la SAN de 2 de diciembre de 2011, *"para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave"*³.

Con fecha 4 de junio de 2020, la CNMC publicó la Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la ley 15/2007 (en adelante, Guía de Confidencialidad).

Como señala la Guía de Confidencialidad, siguiendo los precedentes citados, para analizar el carácter de la información se requiere de un análisis en tres etapas⁴. En primer lugar, se debe determinar si se trata efectivamente de un secreto comercial; en segundo

² SAN, de 10 de mayo de 2017, en el expte. S/DC/0584/16 AGENCIAS DE MEDIOS

³ SAN, de 2 de diciembre de 2011 (rec. 756/10) en el expediente R/0054/10 BBR.

⁴ Por todas, la resolución de la CNMC de 24 de enero de 2014 (expte. [R/0158/13](#) TRANSPORTES CARLOS) y la resolución de 18 de julio de 2019 (expte. [R/AJ/055/19](#) NOKIA 2)

lugar, si siendo tal originalmente se ha difundido entre terceros, perdiendo esta naturaleza y, por último, si siendo secretos comerciales, son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento y garantizar el derecho de defensa de los interesados. PARAMOUNT, en su escrito de alegaciones de 5 de agosto de 2020, reitera su posición plasmada en su recurso de 23 de julio de 2020 y solicita a la Sala de Competencia que, más allá de la versión censurada elaborada de oficio por la Dirección de Competencia, otorgue confidencialidad a la totalidad del contrato modelo VPF.

En su informe de 3 de julio de 2020, la Dirección de Competencia, considera que los folios 5689 (encabezamiento), 5690, 5696 (salvo la cláusula 7) y 5697 contienen información necesaria para fijar los hechos del procedimiento, para delimitar la responsabilidad de las conductas investigadas y garantizar el derecho de defensa de los interesados.

La versión censurada elaborada por la Dirección de Competencia declara confidenciales todas las cláusulas que la empresa solicita en su pretensión subsidiaria, esto es, las cláusulas 3.2, 3.3, 4.4, 6.2.1.2, 6.2.2, 7 y el Anexo 1. La Dirección de Competencia va más allá de lo solicitado por la empresa en la pretensión subsidiaria de su recurso y declara confidencial todas las cláusulas que no tienen conexión directa con la práctica investigada. El resto de las cláusulas no cumplirían con la tercera parte del análisis en tres etapas al que se ha hecho referencia.

Sin embargo, PARAMOUNT, en sus alegaciones, insiste en su pretensión principal del recurso y solicita la confidencialidad de todo el documento. Sobre las concretas cláusulas que la Dirección de Competencia considera no confidenciales se limita a señalar que si se levantara la confidencialidad de las cláusulas 6.5 a 6.7 se estaría dando acceso a sus clientes y competidores a ciertos detalles comercialmente sensibles de su estrategia en lo que se refiere a “*métodos de pagos/facturas*”. Lo mismo ocurriría con la cláusula 9.

Como establece la recientemente publicada Guía de Confidencialidad, en el proceso de valoración del carácter confidencial de los datos debe ponderarse no solo la protección de los secretos de la empresa, sino también otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en un procedimiento sancionador.

Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo, la declaración de confidencialidad está reservada a unos organismos “*configurados conforme a un status de autonomía funcional y dotados de amplios conocimientos para valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no solo a las partes en el proceso sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica.*”⁵

⁵ Auto del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2007 (ATS 699/2007).

El procedimiento sancionador principal se encuentra en instrucción, sin que se haya emitido por la Dirección de Competencia el Pliego de Concreción de Hechos que delimite los hechos objeto de investigación.

Teniendo en cuenta la necesaria separación entre instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores conforme a la LDC y a la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, si, como es el caso, el órgano instructor afirma que la información o datos son necesarios al objeto de fijar los hechos del procedimiento y salvaguardar los derechos de defensa de los interesados, esta Sala debe ser prudente en su valoración, pues, a diferencia del órgano instructor, no se encuentra en la mejor posición para determinar si la información cumple con la tercera parte del análisis trifásico.

En consecuencia, el análisis de esta Sala debe limitarse a apreciar la verosimilitud de que la información tenga la capacidad de ser necesaria para fijar los hechos del procedimiento y revertir la decisión del órgano instructor solo en el caso de que existan errores manifiestos en su valoración.

Esta Sala considera que procede adoptar el criterio de la Dirección de Competencia en la versión censurada elaborada de oficio del modelo contrato VPF que adjunta a su informe de 3 de julio de 2020 y que va más allá de la pretensión subsidiaria de PARAMOUNT.

Como se ha señalado, el solicitante de confidencialidad debe argumentar las razones por las que así debe declararse una determinada información. La recurrente, sin embargo, no acierta a explicar por qué las concretas cláusulas que la Dirección de Competencia considera necesarias al objeto de delimitar las imputaciones en el procedimiento son confidenciales, teniendo en cuenta que en su pretensión subsidiaria nada decía sobre las mismas. Procedería que la empresa explicara en sus alegaciones, tras conocer la versión censurada elaborada por la Dirección de Competencia, el perjuicio grave y concreto de la revelación de las cláusulas no declaradas confidenciales y que debiese hacer estimar su pretensión principal.

La escueta referencia que realiza la empresa a dichas cláusulas se limita a señalar que desvelarían su método de facturación. Sin embargo, la empresa no razona por qué el conocimiento por el resto de interesados de las cláusulas 6 y 9, que incluirían ese método de facturación puede desvelar su estrategia comercial, más aun teniendo en cuenta que no forman parte de un contrato negociado y firmado, sino de un modelo, y que la Dirección de Competencia las considera necesarias para fijar los hechos objeto del procedimiento.

La empresa no justifica de manera suficiente el alegado perjuicio grave, limitándose a señalar que contiene detalles confidencialmente sensibles y que revela su estrategia comercial. Además, el acceso a las cláusulas del contrato modelo VPF resulta tan parcial y acotado que no alcanza a desvelar ninguna estrategia comercial ni a generar un perjuicio grave a la recurrente.

La empresa tampoco ofrece ningún argumento adicional respecto a la afirmación de la Dirección de Competencia de que la información no es solo necesaria para PARAMOUNT, debido a que el objeto de la investigación, como se incluye en el acuerdo de incoación, versa sobre posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la concertación entre varias empresas para uniformizar sus políticas comerciales. Por tanto, resulta evidente que a PARAMOUNT no se le investiga por una conducta unilateral o aislada de las demás interesadas.

En conclusión, esta Sala considera que procede estimar parcialmente el recurso y declarar confidencial el modelo contrato VPF, salvo los folios 5689 (encabezamiento), 5690, 5696 (salvo la cláusula 7) y 5697, de acuerdo con el criterio propuesto por la Dirección de Competencia en la versión censurada elaborada de oficio adjunta a su informe de 3 de julio de 2020 (folios 21 a 40).

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por PARAMOUNT y declarar confidencial el Anexo 2 aportado por la recurrente en fecha 21 de marzo de 2019 en su contestación al requerimiento de información de fecha 25 de febrero de 2019, a excepción de los folios 5689 (encabezamiento), 5690, 5696 (salvo la cláusula 7) y 5697 del expediente principal.

SEGUNDO.- Incorporar al expediente principal S/0001/20 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA la versión censurada del Anexo 2 aportado en fecha 21 de marzo de 2019 en contestación al requerimiento de información de fecha 25 de febrero de 2019 elaborado de oficio por la Dirección de Competencia adjunto al informe de 3 de julio de 2020 (folios 21 a 40).

TERCERO.- Desestimar el recurso interpuesto por PARAMOUNT en todas sus demás pretensiones.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.