

**RESOLUCIÓN DE RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA RESOLUCIÓN  
DEL DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN (Expte. R 002/08, ABF/ACTIVOS GBI)**

**Consejo**

Señores/as:

Don Luis Berenguer Fuster, Presidente

Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente

Don Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero

Don Miguel Cuerdo Mir, Consejero

Doña Pilar Sánchez Núñez, Consejera

Don Julio Costas Comesaña, Consejero

Doña María Jesús González López, Consejera

Doña Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 20 de mayo de 2008.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente R 002/08, ABF/ACTIVOS GBI por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por ASSOCIATED BRITISH FOODS PLC (ABF) el 20 de febrero de 2008, contra la Resolución del Director de Investigación de fecha 7 de febrero de 2008 en la que se declara la no confidencialidad de determinados aspectos del informe de la Dirección de Investigación de fecha 19 de diciembre de 2007 de la operación de concentración C/0011/07 ABF/ACTIVOS GBI.

**ANTECEDENTES**

1. Con fecha 16 de octubre de 2007 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia la notificación de la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de ASOCIATED BRITISH FOODS PLC (en adelante ABF) del control exclusivo de GBI BAKERY INGREDIENTS S.L. y otras filiales y activos de GBI HOLDING BV (activos GBI).
2. Con fecha 20 de diciembre de 2007 el Consejo de la Comisión Nacional

de la Competencia, visto el informe de la Dirección de Investigación de 19 de diciembre de 2007, resolvió en aplicación del artículo 57.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, acordar la remisión de la concentración a la Comisión Europea de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento (CE) nº, 139/2004, del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, y el archivo de la correspondiente notificación. En este sentido las autoridades de la competencia de Portugal y Francia, a las que también les fue notificada la concentración que, en principio, no tenía dimensión comunitaria, de conformidad con el artículo 22 del mismo Reglamento de Concentraciones, también solicitaron a la Comisión que analizara esta concentración.

3. La Comisión, mediante Decisión, aceptó la remisión de la concentración y, como consecuencia de ello, ABF notificó la operación de concentración económica a la Comisión el 22 de febrero de 2008. El 17 de abril de 2008 la Comisión abrió una investigación en segunda fase sobre dicha concentración por posibles problemas de competencia en los mercados de levadura en España, Portugal y Francia.
4. El 21 de diciembre de 2007 el informe de la Dirección de Investigación fue remitido a la empresa notificante para que en el plazo de cinco días solicitara a la Dirección de Investigación, en su caso, la declaración de confidencialidad de los párrafos que contuvieran secretos comerciales.
5. Con fecha 28 de diciembre de 2007 la notificante solicitó la confidencialidad de determinados aspectos del informe de la Dirección de Investigación con vistas a su publicación.
6. Con fecha 7 de febrero de 2008 la Dirección de Investigación dictó una Resolución de confidencialidad en relación con dicha solicitud, notificada a ABF el 8 de febrero de 2008, en la que se accede a declarar la confidencialidad de la mayor parte de las solicitudes del hoy recurrente pero que desestima conceder la confidencialidad de determinados puntos del informe de la Dirección de Investigación que había solicitado la notificante.
7. Con fecha 20 de febrero de 2008, ABF ha interpuesto, en aplicación del

artículo 47 de la Ley 15/2007, recurso ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia contra la resolución de la Dirección de Investigación de 7 de febrero de 2008.

8. Con fecha 11 de abril de 2008 el Consejo acordó abrir un plazo de quince días hábiles para formular alegaciones y presentar documentación, acuerdo que le fue notificado al interesado el 14 de abril.
9. Transcurrido el plazo de alegaciones el interesado no ha hecho ninguna ni ha presentado documentación adicional.
10. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 13 de mayo de 2008.
11. Es interesada:
  - ASSOCIATED BRITISH FOODS PLC.

### **FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

**PRIMERO.-** El apartado 3.a) del artículo 27 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia establece que la Comisión Nacional de la Competencia hará públicos los informes elaborados en el procedimiento de control de concentraciones, una vez adoptadas por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia las resoluciones correspondientes a primera y segunda fase. Del mismo modo, el apartado 4 del citado artículo establece que la publicación se hará, una vez notificada a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos de confidencialidad del contenido.

**SEGUNDO.-** El tratamiento de la información confidencial es regulado en el artículo 42 de la citada Ley 15/2007, el artículo 20 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, Reglamento de Defensa de la Competencia y por la Ley 30/1992 LRJPAC de forma supletoria. Así mismo es de aplicación el reglamento CE nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 Reglamento Comunitario de

Concentraciones.

**TERCERO.-** La Resolución de la Dirección de Investigación de 7 de febrero de 2008 por la que se resuelve la solicitud de confidencialidad de ABF en relación con el informe de la Dirección de Investigación de la Concentración C/0011/07 es recurrida por ABF al considerar que la misma debería haber declarado la confidencialidad de los siguientes párrafos:

- En el apartado 2.3 de su informe, la frase “ABF firmó con LESAFFRE un acuerdo de licencia mutua de patentes y know-how sobre levaduras adquiridas por LESAFFRE o ABF a GBI”
- En el apartado 6 de su informe, las frases: “El hecho de que la entidad resultante y LESAFFRE vayan a compartir la tecnología de GBI en relación con las levaduras, mediante el acuerdo entre ambos de licencia mutua de patentes y know-how de GBI.” y “Los vínculos contractuales que dicho acuerdo de licencia crea entre la entidad resultante y LESAFFRE, que derivan de que ABF y LESAFFRE hayan adquirido activos de GBI.”.

La Dirección de Investigación considera en su Resolución que tales párrafos no perjudican a las partes o a terceros y que forman parte del contenido esencial del informe al ser necesarios para su comprensión.

El recurrente niega los motivos alegados por la Dirección de Investigación para no declarar la confidencialidad de tales párrafos y solicita que se declare la confidencialidad de dichas frases, o subsidiariamente, se declare la confidencialidad de parte de dichas frases, en particular, de “un acuerdo de licencia mutua de patentes y know-how sobre levaduras adquiridas por LESAFFRE o ABF a GBI”, en el apartado 2.3 del informe, y de “vayan a compartir la tecnología de GBI en relación con las levaduras, mediante el acuerdo entre ambos de licencia mutua de patentes y know-how de GBI”, “dicho acuerdo de licencia crea entre”, y “que derivan de que ABF y LESAFFRE hayan adquirido activos de GBI”, en el apartado

6 del informe.

**CUARTO.-** La recurrente fundamenta el recurso con las siguientes alegaciones:

- 1- La divulgación de tal información afecta a los intereses de un tercero, LESAFFRE, no implicado en el expediente de concentración.
- 2- ABF se había comprometido con LESAFFRE en el acuerdo de licencia a no divulgar los contenidos de dicho acuerdo. En particular, la divulgación de lo anterior puede afectar seriamente a los intereses de ambas empresas.
- 3- Que esta divulgación no queda amparada por las excepciones recogidas en el propio acuerdo entre ABF y LESAFFRE.
- 4- Que el contenido de esta información no es esencial para la comprensión de la decisión de la CNC por la que se remite el expediente de concentración a la Comisión Europea, pues basta una mención general a que existen vínculos contractuales entre ABF y LESAFFRE.

**QUINTO.-** El primero de los motivos alegados por la recurrente es que las frases para las que se solicita la declaración de confidencialidad afectan a los derechos e intereses legítimos de un tercero, LESAFFRE. Sin embargo, la recurrente no justifica en qué medida dichas frases perjudican los derechos e intereses legítimos de LESAFFRE, pues la petición de confidencialidad debe estar motivada sin que quepa aceptar declaraciones genéricas. Por tanto la recurrente debería haber razonado en qué se la perjudica al hacer pública la existencia del contrato mencionado. En este sentido, conviene tener en cuenta que es público que ABF y LESAFFRE han adquirido en un mismo momento activos de GBI, en la medida en que ambas empresas han anunciado en prensa sus adquisiciones. Por todo lo anterior, cabe desestimar este motivo alegado, en la medida que no es posible aceptar que LESAFFRE es un tercero totalmente ajeno al expediente

de concentración, ni tampoco es correcto considerar que las frases afectadas vayan a perjudicar los derechos e intereses de LESAFFRE.

**SEXTO.-** El segundo de los argumentos de la recurrente es que la publicación de las frases controvertidas implicaría una violación del acuerdo entre ABF y LESAFFRE. Sin embargo, el propio acuerdo prevé en su cláusula 12.2.c) que la información pueda entregarse a un tercero cuando así se lo requiera la normativa o un regulador competente para solicitarla. En el caso que nos ocupa, el citado acuerdo fue entregado a la Dirección de Investigación en la medida en que el mismo podía constituir una restricción accesoria a la competencia, que conforme al artículo 10.3 de la Ley 15/2007, debe valorarse en el marco de la operación de concentración notificada. Una vez que ABF hizo entrega de dicho acuerdo a la Dirección de Investigación en aplicación de lo dispuesto en la normativa española, la decisión sobre qué extremos del mismo se pueden hacer públicos ha correspondido a la Dirección de Investigación, sin que para ello le vincule en modo alguno lo que hayan podido acordar ABF y LESAFFRE en un acuerdo privado. Para tomar su decisión, la Dirección de Investigación debe tener en cuenta lo que señala la normativa española. En particular, el artículo 42 de la Ley 15/2007 indica que en cualquier momento del procedimiento se podrá ordenar que se mantengan secretos los datos o documentos que se consideren confidenciales. Por otra parte, a la hora de determinar qué datos son confidenciales, la Dirección de Investigación debe ponderar los principios de transparencia y de deber de secreto de aquellas informaciones que estén protegidas por el secreto comercial (artículos 3.5 y 37.5 d) de la Ley 30/1992). Asimismo, en línea con la práctica de la Comisión Nacional de la Competencia, para definir el concepto de secreto comercial, la Dirección de Investigación ha utilizado con carácter interpretativo la definición que de secretos comerciales aporta la Comunicación de la Comisión de Acceso al expediente. Por otra parte, aunque la normativa española no lo prevé expresamente, la Dirección de Investigación, siguiendo la práctica de la Comisión Nacional de la Competencia, también ha ponderado si la revelación de los datos puede causar un perjuicio significativo a una persona o empresa. En este caso, la recurrente no ha demostrado en ningún momento que las frases controvertidas contengan secretos comerciales, en la medida en que sólo hacen referencia a que existe un acuerdo de licencia mutua de patentes y know-how de levadura

entre ABF y LESAFFRE, sin indicar cuáles son las patentes o el know-how afectados, la vigencia del acuerdo, etc. En particular, dichas frases controvertidas en ningún momento desvelan cuál va a ser la estrategia comercial de ABF o LESAFFRE. Por otra parte, la recurrente nunca ha justificado por qué la divulgación de la información es altamente sensible o puede afectar seriamente a los intereses de ABF o LESAFFRE. En particular, la información no contiene ningún elemento que pueda llevar a que ambas empresas vayan a sufrir represalias por parte de un tercero. En este sentido, las frases controvertidas sólo contienen un punto relevante: que existe un acuerdo de licencia mutua entre ABF y LESAFFRE, competidores que, en su caso, podría ser contrario a lo dispuesto en los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 81 del Tratado de la Comunidad Europea. Se debe destacar que la normativa de competencia no habilita para que se declare confidencial la existencia de un acuerdo entre competidores y sus términos generales, por el mero hecho que las partes del mismo deseen mantenerlo confidencial porque tales acuerdos privados no vinculan en modo alguno a la Autoridad Nacional de Competencia. En conclusión, por todo lo anterior, cabe desestimar este motivo alegado, porque las frases controvertidas no contienen secretos comerciales, ni causan un perjuicio significativo a ABF o LESAFFRE.

**SEPTIMO.-** Por último la recurrente alega que el contenido de las frases controvertidas no es esencial para comprensión del informe. En relación con esta alegación, la recurrente señala que la información contenida en las frases no es esencial para justificar el reenvío de la operación a la Comisión Europea, pues bastaría con mencionar que existen acuerdos entre ABF y LESAFFRE sin especificar su contenido. Sin embargo la existencia de estos pactos sí es un elemento determinante para justificar el reenvío pues no se puede olvidar que uno de los elementos claves que la Dirección de Investigación utiliza para justificar su solicitud de reenvío es que existe un riesgo de coordinación tácita entre LESAFFRE y ABF tras las respectivas adquisiciones de activos de GBI, riesgo que se refuerza por el hecho de que existan pactos entre ambas. Asimismo, las autoridades británicas de competencia también han hecho público su intención de analizar la adquisición de activos de GBI por parte de LESAFFRE, por lo que ya es público que dicha adquisición está siendo valorada por las autoridades de competencia. Asimismo, en la

medida en que no todos los pactos entre competidores son necesariamente restrictivos de la competencia, sí que resulta necesario describir la naturaleza general de los pactos (acuerdos de licencia mutua de patentes y know-how de levaduras) para poder aclarar que dichos pactos sí tienen un potencial efecto restrictivo de la competencia. A la vista de lo anterior, también cabe desestimar el motivo alegado, pues la información contenida en las frases controvertidas sí es esencial para la comprensión del informe de la Dirección de Investigación.

**OCTAVO.-** En relación con este asunto hay que destacar que, tras la remisión del expediente de concentración a la Comisión Europea efectuada por la Comisión Nacional de la Competencia y otras autoridades europeas, la operación de concentración económica fue notificada por ABF ante la Comisión el 22 de febrero de 2008. Tras un primer examen de la operación la Comisión Europea ha abierto una investigación en segunda fase debido a la existencia de serias dudas sobre la compatibilidad de dicha operación de concentración con el mercado único, al presentarse posibles problemas de competencia en los mercados de levadura comprimida para panaderos en España, Portugal y Francia. Según nota de prensa de la Comisión de 17 de abril de 2008 la investigación de mercado de la Comisión en la primera fase identificó potenciales efectos adversos en los mercados de levadura comprimida en el Sudoeste de Europa (España, Francia y Portugal) donde la operación reduciría el número de proveedores efectivos presentes en el mercado de tres a dos. De acuerdo con el procedimiento comunitario la Comisión tiene de plazo de 90 días laborables (hasta el 28 de agosto de 2008) para resolver respecto de esta concentración.

La existencia de un procedimiento en sede europea sobre la concentración económica que ha dado origen al presente recurso recomienda mantener un razonable deber de prudencia sobre datos que podrían ser declarados confidenciales ulteriormente ya que corresponde a la Comisión Europea resolver cualquier aspecto relativo a la información confidencial incluida en el expediente comunitario. El considerando nº 42 del reglamento CE nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas establece que la Comisión dará amplia publicidad a sus decisiones que no sean meramente

procedimentales al tiempo que protegerá los secretos comerciales. Aunque la recurrente no ha demostrado en el presente recurso el carácter de secreto comercial de la información sobre la que solicita confidencialidad, en aplicación de este principio de prudencia se considera conveniente diferir la publicación del informe de la Dirección de Investigación de 19 de diciembre de 2007 sobre la operación de concentración C/0011/07 ABF/ACTIVOS GBI hasta que finalice la tramitación del expediente comunitario correspondiente. Y, en consecuencia, la presente Resolución así como el informe de la Dirección de Investigación se publicarán si no se declara la confidencialidad por la Comisión Europea de los citados datos.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

## **RESUELVE**

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso presentado por ASOCIATED BRITISH FOODS PLC, contra la Resolución del Director de Investigación de 7 de febrero de 2008 por falta de motivación suficiente para justificar la declaración de confidencialidad de los párrafos indicados en el Fundamento Jurídico Tercero de esta Resolución.

**SEGUNDO.-** Suspender la publicación del informe de la Dirección de Investigación de fecha 19 de diciembre de 2007 de la operación de concentración C/0011/07 ABF/ACTIVOS GBI así como de esta Resolución hasta que la Comisión Europea se pronuncie sobre la operación de concentración económica notificada el 22 de febrero de 2008 por ABF y que se tramita con número de expediente M.4980 ABF/GBI BUSINESS. Esta Resolución y el informe de la Dirección de Investigación se publicarán siempre que no se declare el carácter confidencial de los datos objeto del presente recurso por la Comisión Europea.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.