



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/007/20, MARINVEST/GRUPO MESSINA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 21 de abril 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 MARINVEST S.L. y GRUPO MESSINA S.p.a. (en adelante, las recurrentes) contra el acuerdo de 8 de enero de 2020 de la Dirección de Competencia que denegaba parcialmente la solicitud de confidencialidad en relación con la Resolución de la Sala de Competencia de 12 de diciembre de 2019 en el expediente C/1074/19.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 12 de diciembre de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC autorizó incondicionalmente la operación de concentración consistente en la adquisición por las recurrentes de control conjunto sobre las entidades IGNAZIO MESSINA & C. S.p.a. y RORO ITALIA S.r.l. en el expediente C/1074/19.
2. Con fecha 20 de diciembre de 2019, las recurrentes presentaron una solicitud de confidencialidad de determinada información contenida en la resolución citada en el párrafo anterior.
3. Con fecha 8 de enero de 2020, se dictó el acuerdo de la Dirección de Competencia por el que se denegaba parcialmente la solicitud de confidencialidad en relación con la resolución de 12 de diciembre de 2019 en el expediente C/1074/19.
4. Con fecha 20 de enero de 2020, ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), el recurso interpuesto por las recurrentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de 8 de enero de 2020 de la Dirección de Competencia que denegaba parcialmente la solicitud de

confidencialidad en relación con la resolución de la Sala de Competencia de 12 de diciembre de 2019 en el expediente C/1074/19 (en adelante, el acuerdo impugnado).

5. Con fecha 21 de enero de 2020, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (**RDC**), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por MSD.
6. Con fecha 27 de enero de 2020, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que procedía estimar parcialmente el recurso presentado.
7. Con fecha 30 de enero de 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a las recurrentes un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la DC de 20 de enero de 2020.
8. Con fecha 7 de febrero de 2020, las recurrentes remitieron escrito de alegaciones al informe de la DC de 20 de enero de 2020.
9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de abril de 2020.
10. Son interesados en este expediente de recurso: MARINVEST, S.R.L. y MESSINA S.P.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Las recurrentes solicitan al Consejo de la CNMC que admita el recurso y, en su virtud, declare la confidencialidad de determinada información recogida en el párrafo 22 y en la nota al pie 35 del informe de propuesta de la Dirección de Competencia relativo a la operación de concentración C/1074/19. La confidencialidad fue denegada en el acuerdo de la Dirección de Competencia de 8 de enero de 2020.

Alegan que solicitaron el tratamiento confidencial de la identidad de quién controla el grupo MSC contenida en el párrafo 22 del informe propuesta de la Dirección de Competencia al tratarse de información sobre la estructura de control de MSC.

Además, las recurrentes señalan que la citada información no presenta carácter público, como argumenta la Dirección de Competencia, por cuanto en la página web de MSC únicamente se indica quién fundó la compañía, sin añadirse información alguna sobre la estructura de control actual de MSC ni la identidad ni el número de personas que la controlan.

En relación a la nota al pie 35 del informe propuesta de la Dirección de Competencia, las recurrentes alegan que solicitaron el tratamiento confidencial de los volúmenes transportados en las rutas Mediterráneo - Sur de África y Sur de África – Mediterráneo

por tratarse de información de carácter confidencial, que sería considerada secreto comercial por la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión (en adelante, **Comunicación de acceso al expediente**)¹, utilizada por la Dirección de Competencia como criterio interpretativo del artículo 42 de la LDC.

Por otro lado, las recurrentes señalan que el hecho de que los datos procedan de *Container Trades Statistics* (“CTS”) no priva a esta información de carácter confidencial en la medida en que CTS no contiene datos de carácter público, ya que se trata de una base de datos privada de acceso restringido, a la que únicamente pueden acceder aquellas personas que previamente han abonado el importe establecido.

La Dirección de Competencia considera que no procede dar tratamiento confidencial a algo que el propio grupo trata como público al reconocer que es la familia Aponte quien dirige la compañía², si bien considera estimar el recurso respecto al número de personas de la familia que controlan la sociedad.

En relación con las cifras consignadas en la nota al pie 35 del informe propuesta, la Dirección de Competencia señala que no se trata de cantidades referidas a la carga transportada por las recurrentes, sino a la carga global que siguen esas rutas. Por ello, no se trata de información relativa a cantidades producidas y vendidas por una empresa, susceptible de ser considerada secreto comercial, sino al tamaño del mercado.

Asimismo, no se trata de información confidencial porque figura en bases de datos de pago de acceso restringido. Por ello, no se trata de un secreto comercial de las partes. No obstante, considera estimar el recurso para respetar el carácter restringido de accesibilidad bajo pago de la información y propone dejar las cifras en un intervalo razonable.

En el escrito de alegaciones de 7 de febrero de 2020, las recurrentes se allanan con el informe de la Dirección de Competencia y solicitan que se conceda el tratamiento confidencial en los términos expuestos por la Dirección de Competencia en su informe de 27 de enero de 2020.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

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

¹ Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. (DOUE 22 de diciembre de 2015)

² Ver, por ejemplo, web del grupo MSC <https://www.msc.com/che/about-us> donde se dice “ *Fundada en 1970 y con sede en Ginebra (Suiza) desde 1978, MSC es una compañía privada dirigida por la familia Aponte. Líder mundial en transporte de contenedores por barco, empezó con un único buque y ha evolucionado hasta convertirse en una compañía reconocida a nivel mundial, con una flota de 520 barcos y más de 70.000 empleados.*” O informe anual de MSC Cruceros <https://www.msccruises.com/en-gl/Assets/MS-Cruises-Annual-Report-31.12.18.pdf> que señala sobre MSC MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY HOLDING SA: “*The ultimate controlling party is the Aponte family.*”

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DC 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 DC 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".

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.- Valoración de los motivos del recurso

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"*.

En primer lugar, cabe señalar que las recurrentes no fundamentan su recurso sobre la base de alguno de los motivos del artículo 47, si bien esta Sala analiza aquellos recursos que se fundamentan en una solicitud de confidencialidad de determinada información desde la perspectiva de que generen un perjuicio irreparable a las recurrentes. Sobre la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que 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*"³. 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*"⁴.

Este mismo criterio es el que sigue la Guía para la preparación de versiones públicas de las Decisiones de la Comisión Europea adoptadas en materia de control de concentraciones (en adelante, **la Guía de concentraciones**)⁵. En su apartado 12 señala que el análisis del carácter confidencial de determinada información debe hacerse caso por caso.

Con carácter general esta Sala considera que para analizar la confidencialidad de determinada información se requiere de un análisis en tres etapas⁶: en primer lugar, se debe determinar si se trata efectivamente de un secreto comercial; en segundo 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.

Las recurrentes solicitan la confidencialidad de dos elementos muy específicos del informe y propuesta de resolución que acompaña a la resolución de esta Sala de 12 de diciembre de 2019 por la que se autorizaba incondicionalmente la operación de concentración.

1. La cifra contenida en la nota al pie 35

El primero de los elementos se refiere a un dato sobre los volúmenes transportados en las rutas Mediterráneo-Sur de África y Sur de África-Mediterráneo.

La empresa alegaba en el recurso que la cifra controvertida se trataría de "*información relativa a las cantidades producidas y vendidas por una empresa*" que sería considerada secreto comercial por la Comunicación de acceso al expediente. Las recurrentes señalan además que los datos proceden de *Container Trades Statistics* (CTS), que se trata de una base de datos de pago. Considera, por tanto, que el secreto comercial no habría perdido su carácter confidencial por haberse difundido entre terceros.

Esta Sala no puede admitir que la información contenida en la nota al pie 35 tenga carácter confidencial, sin que las alegaciones realizadas por las recurrentes permitan acreditar esta condición.

En primer lugar, como señala acertadamente el informe de la DC de 27 de enero de 2020, no se trata de la cantidad referida a la carga transportada en dichas rutas por la empresa, sino a la carga global que existe en las mismas. Es decir, no se refiere a las

³ SAN, de 10 de mayo de 2017, en el expte. S/DC/0584/16 AGENCIAS DE MEDIOS

⁴ SAN, de 2 de diciembre de 2011 (rec. 756/10) en el expediente R/0054/10 BBR.

⁵ Se encuentra disponible en el siguiente [enlace](#).

⁶ 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)

cantidades producidas y vendidas por una empresa, sino al tamaño del mercado: la cifra controvertida es un dato acumulado de todas las cargas transportadas en esas rutas. Por tanto, no se refiere a la concreta carga transportada por las recurrentes, que pudiera ser considerada “*información relativa a las cantidades producidas y vendidas por una empresa*” de acuerdo con la Comunicación de acceso al expediente.

En segundo lugar, la cifra discutida no es un dato proporcionado por las recurrentes por lo que estas no tienen ninguna titularidad sobre el mismo. Las recurrentes tampoco justifican como un dato proporcionado por otra empresa puede ser considerado un secreto comercial susceptible de generarle un perjuicio irreparable. Tampoco argumenta la empresa cómo, en función de las circunstancias específicas del caso, la divulgación de esta información proporcionada por terceras partes pudiera generarle presiones de carácter económico o comercial en el sentido del apartado 19 de la Comunicación de acceso al expediente a la que se refiere en su recurso.

Como se ha señalado, el enfoque caso a caso impide aceptar como justificación de la aceptación de confidencialidad o de la existencia de perjuicio irreparable, la mera referencia (sin mayor razonamiento) a casos similares en los que la autoridad de competencia ha aceptado el carácter confidencial de datos similares. La aceptación de esa alegación supondría no tener en cuenta el procedimiento concreto, ni el momento de presentación de ese dato ni el contexto del mercado en el que se emite el mismo.

Por último, el hecho de que el dato haya sido obtenido de una base de datos de pago, propiedad de *Container Trades Statistics Ltd* (CTS), implica que la información está disponible para el público en general. El apartado 13.c) de la Guía de concentraciones señala que no constituye información confidencial por estar disponible públicamente aquella que lo está únicamente mediante un pago a servicios de información especializados, siempre que se respeten los derechos de autor⁷.

En este caso concreto, las condiciones de uso de la concreta base de datos de pago también permiten su uso para el objeto con el que ha sido utilizado y mediante la referencia a la fuente de la que ha sido obtenida. La cláusula cuarta de los términos y condiciones de venta de la base de datos de *Container Trades Statistics Ltd* (CTS) establecen la posibilidad de usar el contenido de la base de datos para estudios, análisis o informes más amplios que el propio dato, citando la fuente⁸.

⁷ “DG Competition considers that the following categories of information are normally not considered confidential: [...] information which is publicly available, including information available only upon payment through specialised information services (however, copyright limitations must be respected in the latter example)”

⁸ “Buyer acknowledges and agrees that in acquiring the Data Products it is not entitled to any licence in any intellectual property rights in the Content, the Data Products or the Website and that Seller is the exclusive owner thereof. Buyer undertakes not to reproduce or quote any Content or any table containing any Content as a whole, but may reproduce or quote short extracts from such Content, or short extracts from any table containing Content, provided it complies with the following conditions:

(a) any such Content that is reproduced or quoted may not be reproduced or quoted in the format in which it is made available to Buyer by Seller;

La resolución del Consejo de 23 de octubre de 2014 ([R/AJ/0307/14](#) BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, S.A.) resolvió en el mismo sentido al denegar la confidencialidad de determinada información de la estructura funcional de la empresa por ser accesible a través de bases de datos de empresas disponibles para cualquiera que abone una suscripción.

Por tanto, esta Sala considera que procede desestimar la naturaleza confidencial de la cifra contenida en la nota al pie 35, pues las alegaciones presentadas en el presente recurso no han acreditado que la difusión de dicha cifra genere un perjuicio irreparable a las recurrentes, teniendo en cuenta que se trata de una cifra sobre la carga global en esa ruta, que ha sido proporcionada por un tercero y que está disponible públicamente mediante el acceso a través de la base de datos de pago de *Container Trades Statistics Ltd* (CTS).

No obstante, sí procede incluir tales datos en los intervalos señalados en el informe de la Dirección de Competencia para proteger el carácter restringido de accesibilidad bajo pago de la información.

2. El número de integrantes de la familia Aponte que controlan la sociedad

Como señala el informe de la Dirección de Competencia, el grupo MSC reconoce que es la familia Aponte quien dirige la compañía, si bien no es un dato de carácter público el número de personas concreto de la familia que controlan la entidad.

Por ello, esta Sala considera adecuado estimar el recurso en los términos previstos en el informe de la DC de 27 de enero de 2020 en el que se elimina la referencia al número de personas físicas que controlan la entidad. Las recurrentes han mostrado su conformidad con dicha redacción en el escrito de 7 de febrero de 2020.

(b) any such Content that is reproduced or quoted shall be integrated into a larger study, analysis or research report of Buyer that incorporates or contains additional information or adds further value to the Data that is being reproduced or quoted;

(c) any such Content that is reproduced or quoted shall clearly and prominently identify Seller's copyright in the Content and identify Seller as its source with the following text "© Seller, London, [year]";

(d) any such Content that is reproduced or quoted shall retain all copyright, watermarks and other notices that were attached or otherwise incorporated in the original Content; and

(e) Buyer shall use the Content [(i) only to the extent justified by the specific purpose of the licence set out in the Order], and (ii) in a manner that does not unreasonably prejudice the legitimate interests of Seller and is in accordance with fair practice."

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por MARINVEST S.R.L y GRUPO MESSINA S.p.a., contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 8 de enero de 2020 en relación, exclusivamente, al número concreto de personas físicas de la familia Aponte que controlan la entidad.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, 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 el día siguiente al de su notificación. Sin embargo, se hace constar que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, *“se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”*.