

RESOLUCIÓN

EXPEDIENTE APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LTD

R/AJ/146/22

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 21 de febrero de 2023.

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 Expediente R/AJ/146/22 APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LTD, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LTD, al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra las condiciones de acceso a una sala de datos adjuntas como Anexo 1 al acuerdo de la Dirección de Competencia, de fecha 30 de noviembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 29 de agosto de 2022, APPLE interpuso recurso ante la CNMC, conforme el artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la DC de 12 de agosto de 2022, por el que se deniega la solicitud realizada por APPLE de acceso a una sala de datos o data room en relación con la confidencialidad de la información utilizada para realizar el análisis económico contenido en los párrafos 477 a 497 y el Anexo III del PCH.

- (2) Con fecha 30 de noviembre de 2022, la Sala de Competencia de la CNMC dictó resolución en la que se acuerda estimar parcialmente el recurso presentado por APPLE, y anular el acuerdo de 12 de agosto de 2022 de la DC, instando a la DC para que conceda a APPLE un plazo único de diez días para acceder a la data room, en la forma y con las condiciones que determine la DC y presentar alegaciones complementarias al PCH.
- (3) Con fecha 30 de noviembre de 2022, la DC dictó acuerdo en el que se acuerda conceder acceso a los asesores externos de APPLE a la Sala de Datos, conforme a las reglas de acceso que se especifican en el Anexo 1 adjunto al mismo.
- (4) Con fecha 23 de diciembre de 2022, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, tuvo entrada en la sede electrónica de la CNMC escrito de recurso de APPLE contra las condiciones de acceso a una sala de datos adjuntas como Anexo 1 al acuerdo de la Dirección de Competencia, de fecha 30 de noviembre de 2022.
- (5) El 27 de diciembre de 2022, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
- (6) El 11 de enero de 2023, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó admitir a trámite el recurso de APPLE y le concedió un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
- (7) Con fecha 8 de febrero de 2023 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones complementarias de APPLE al informe de la DC.
- (8) La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de febrero 2023.
- (9) Es interesado en este expediente de recurso:

- APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LTD. (APPLE)

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Objeto del recurso.

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra las condiciones de acceso a una sala de datos adjuntas como Anexo 1 al acuerdo de la Dirección de Competencia, de fecha 30 de noviembre de 2022.

El artículo 47 de la LDC, regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI disponiendo que *“Las resoluciones y actos dictados por 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”*.

2. Pretensiones de la recurrente.

APPLE solicita a la Sala de Competencia que se acuerde la nulidad o anulabilidad de la resolución de ejecución, en tanto que vulnera gravemente el derecho de defensa de APPLE causando un perjuicio irreparable.

De forma cumulativa, solicita que el Consejo ordene a la DC que conceda a APPLE acceso a la sala de datos (incluyendo que permita a los asesores externos de APPLE introducir la información relevante en formato electrónico en la sala de datos) y adopte las medidas necesarias para llevarlo a cabo, y que el plazo de 22 días hábiles para que APPLE presente un escrito complementario al pliego de concreción de hechos se reinicie a partir de la fecha en que los asesores externos de APPLE obtengan acceso efectivo a la sala de datos;

Por último, solicita que el Consejo ordene a la DC la suspensión de la tramitación del expediente, impidiéndole expresamente dictar propuesta de resolución al amparo del artículo 50.4 de la LDC, de conformidad con el artículo 37.1 d) de la LDC.

La recurrente considera que la DC al establecer unas normas de la Sala de datos excesivamente restrictivas, ha incurrido en una denegación sin motivación alguna del Derecho de APPLE a presentar pruebas de descargo causando a APPLE una clara indefensión y resultando en última instancia en un perjuicio irreparable para sus derechos de defensa, con infracción del artículo 24 CE, del artículo 6.3 del CEDH del artículo 47.1, del artículo 47.2 y del artículo 48.2 de la Carta, así como

del principio de buena administración, con infracción del artículo 41 de la Carta, del artículo 103 de la CE, del artículo 13 e) y del artículo 75.3 LPAC.

En concreto APPLE denuncia:

En primer lugar, que a los asesores externos de Apple no se les ha permitido acceder a la Sala de Datos con información adicional en ningún soporte distinto del papel, lo que les ha impedido realizar análisis económicos adicionales que podrían utilizarse como pruebas de descargo (normas n.º 3 y n.º 4 de las Normas de la Sala de Datos).

En segundo lugar, denuncia que las restricciones en el horario de apertura de la Sala de Datos han reducido el tiempo efectivo en el que los asesores externos de Apple podían acceder a la Sala de Datos, contraviniendo la Resolución del Consejo (norma n.º 11 de las Normas de la Sala de Datos).

En tercer lugar, alega que la DC sólo ha puesto un ordenador a disposición de los cinco asesores externos de Apple, limitando así la posibilidad de colaboración entre ellos y disminuyendo su capacidad para llevar a cabo un análisis exhaustivo de la información disponible (norma n.º 3 de las Normas de la Sala de Datos)".

Por último, APPLE sostiene que la DC se ha apartado de la Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE.

3. Informe de la DC.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC propone en su informe de 3 de enero de 2023, la inadmisión a trámite del recurso interpuesto por APPLE contra el Acuerdo de la DC, en la medida en que el mismo no es un acto recurrible y, incluso en caso de serlo (*quod non*), no ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de dicha empresa, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, y subsidiariamente su desestimación.

4. Alegaciones complementarias al informe de la DC.

En su escrito de alegaciones al informe de la Dirección de Competencia de fecha 8 de febrero de 2023, y formulado tras el correspondiente acceso al expediente, APPLE se ratifica en sus alegaciones.

SEGUNDO.- Inadmisión del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto del recurso interpuesto por APPL, supone verificar si las condiciones de acceso a una sala de datos adjuntas como Anexo 1 al acuerdo de la Dirección de Competencia, de fecha 30 de noviembre de 2022, son susceptibles de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, únicos motivos válidos para sustentar la impugnación del acuerdo.

Sobre la celebración de data room, conviene destacar que no existe una obligación normativa. En el presente caso, excepcionalmente, a la vista de los escritos de alegaciones presentados por APPLE y AMAZON, así como el escrito de la DC de 29 de noviembre de 2022, en el que manifestó su no oposición a la creación de una data room, esta Sala de Competencia, en aras de garantizar los derechos de defensa de APPLE en el procedimiento S/0012/21 AMAZON/APPLE BRANDCASTING, en un contexto en el que se proteja la confidencialidad de la información aportada por AMAZON, acordó estimar la solicitud de creación de data room de APPLE, dejando a la DC un margen de apreciación en tanto órgano instructor sobre las condiciones de acceso a la data room.

El acto recurrido, no es un acto de trámite que decida directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, sino que se trata de un acto instrumental o de preparación, que tiene por finalidad dar cumplimiento a lo ordenado por esta Sala de Competencia en su resolución de 30 de noviembre de 2022, en el expediente de recurso R/AJ/106/22 – APPLE.

En consecuencia, ninguna de las dos condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede apreciar en el presente supuesto: dado que no nos encontramos ante un acto con contenido sancionador; ni, aunque éste tuviera tal contenido, atendiendo a su contenido y efectos jurídicos, tampoco puede considerarse que se trate de un acto definitivo.

En cualquier caso, aún en el caso de que se considerase recurrible el acto, en ningún caso examinadas las condiciones del acuerdo, cabría apreciar que la mismas ocasionen indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

1. Inexistencia de indefensión

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en múltiples ocasiones acerca de la noción de indefensión y dicha jurisprudencia ha sido asimismo reiteradamente expuesta por la autoridad de competencia en sus resoluciones sobre recursos, en la que se declare que: *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos*

correspondientes". Ello conduce a entender que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la CE es solo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia constitucional, *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

Con relación al derecho de defensa, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 7 de febrero de 2007, entre otras, ha declarado que *"tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador"*, matizando que *"esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite"*.

En el presente caso, los asesores externos de APPLE han tenido acceso a los datos confidenciales del grupo Amazon a los que APPLE había pedido acceso y han tenido la oportunidad de verificar el análisis y la metodología empleados por la DC en el PCH y en el Anexo 3 del mismo; así como de elaborar un informe para discutir los datos confidenciales del grupo Amazon con su representada y, posteriormente, poder realizar cuantas alegaciones consideraran necesarias para ejercitar sus derechos de defensa, por tanto esta Sala de Competencia no aprecia que el acuerdo recurrido sea susceptible de causar indefensión a APPLE como sostiene la recurrente.

Con respecto a la alegación de la recurrente de que la DC se ha apartado de la Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE, cabe señalar que dicha Comunicación no resulta de aplicación a los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia tramitados por la CNMC, por tanto dicha Comunicación es un instrumento que no vincula a la DC en ningún sentido.

APPLE en su recurso malinterpreta el sentido de la mencionada comunicación ya que en ningún caso establece que se pueda introducir una memoria USB con los datos que la empresa considere en las salas de datos.

En los ejemplos mencionados en la Comunicación de la Comisión no hay ninguno relativo a introducir un USB (solo se refiere a texto, ya sea en formato papel o electrónico) y el procedimiento de revisión y destrucción del material está claramente enfocado a material en formato físico.

La introducción de material en formato electrónico no es un derecho de las partes además, en el presente caso, se permitió que los asesores externos de APPLE introdujeran en la sala de datos códigos informáticos en papel, papeles impresos y extractos del PCH, así como todo el material que estimaran necesario en formato físico, por tanto ningún reproche puede hacerse a la actuación de la DC.

Por otro, respecto a la alegación de APPLE, de que el horario de acceso a la Sala de Datos ha reducido considerablemente el tiempo para acceder a ella, reduciéndolo a 4 días, dado que las normas de acceso solo permitían el acceso de 9:30 a 14:30 (lo que representa la mitad de una jornada laboral normal, e iría en contra del Anexo A de la Comunicación de la CE que establece de forma indicativa un horario de apertura "de 9h00 a 18h00 CET), la misma debe ser rechazada.

La DC concedió a APPLE un plazo de 10 días, con la única excepción de los viernes a partir del día 9 de diciembre de 2022 (inclusive)¹, para acceder cualquier día laborable a la data room.

De los 10 días disponibles, 8 si se restan los viernes en los que la CNMC estuvo cerrada, APPLE accedió el segundo día del plazo (no el primero) y estuvo presente dos días completos (el 13 y 14 de diciembre) y una mañana (el día 15 de 09:50 a 11:40) del plazo total concedido según consta en el informe de la DC y reconoce la propia recurrente en su escrito de alegaciones complementarias, por tanto, no cabe apreciar que el horario de acceso a la Sala de Datos sea susceptible de ocasionar indefensión a APPLE, sin que resulte de aplicación por otro lado, el horario orientativo fijado en Comunicación de la Comisión a los procedimientos tramitados por la Dirección de Competencia, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

Por último, respecto a la alegación de APPLE de que las normas de la Sala de datos han restringido injustificadamente la colaboración entre los asesores externos de APPLE, dado que sólo se ha puesto a su disposición un ordenador a los asesores externos de APPLE autorizados para acceder a la sala de datos, por lo que ha limitado injustificadamente la colaboración entre ellos y ha restringido su capacidad para realizar un análisis exhaustivo y eficiente de los datos disponibles y que conceder un solo ordenador es contrario a la Comunicación de la Comisión, tal y como señala la DC, con independencia de

¹ De acuerdo con la "RESOLUCIÓN POR LA QUE SE DETERMINA LA APLICACIÓN DE DETERMINADAS MEDIDAS DE AHORRO ENERGÉTICO EN LA SEDE DE MADRID", de 25 de noviembre, la sede de la CNMC en Madrid estará cerrada los viernes.

que un ordenador se considere suficiente para el total de 5 asesores externos de APPLE. Uno de los asesores jurídicos solo estuvo presente el primer día (desde las 09:42 a las 10:04) y último (de 09:51 a 11:40). De los 3 asesores económicos, uno de ellos no estuvo el último día. Por tanto, al contrario de lo que parece alegar APPLE, se dispuso de un ordenador para un máximo de 3 personas durante todo el periodo que estuvo abierta la sala de datos.

Además, de los 10 días disponibles, 8 si se restan los viernes en los que la CNMC estuvo cerrada, los asesores externos de APPLE solo estuvieron presentes dos días y medio (los días 13, 14 y medio día del disponible del día 15) del plazo total concedido.

Por otro lado, sin perjuicio de que la Comunicación de la Comisión no resulte vinculante para la DC, no comparte esta Sala la interpretación que realiza la recurrente de la Comunicación obligue a que en el centro de datos haya varias ordenadores, tal y como resulta del Anexo A de la Comunicación de la Comisión.

Por las razones anteriores, se considera que el motivo de recurso de APPLE de debe ser desestimado.

2. Perjuicio irreparable

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, el Tribunal Constitucional viene entendiendo 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).

APPLE alega que el Acuerdo de la DC le causa “*indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*” al impedirle aportar pruebas de descargo pertinentes para refutar las conclusiones las que llegó la DC en el PCH.

Tomando en consideración que el acuerdo recurrido se limita a establecer las normas de acceso a la sala de datos y que se ha dado acceso a APPLE a los datos confidenciales del grupo Amazon y que sus asesores externos han tenido la oportunidad de realizar cuantos análisis consideraran oportunos durante el transcurso de la misma, entiende esta Sala que tampoco cabe apreciar la existencia del requisito del perjuicio irreparable que exige el artículo 47 de la LDC.

Por todo ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

III. RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso presentado por APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL LTD (APPLE) contra las condiciones de acceso a una sala de datos adjuntas como Anexo 1 al acuerdo de la Dirección de Competencia, de fecha 30 de noviembre de 2022, dada la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de 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 el día siguiente al de su notificación.