Informe final del Consejero Auditor [1]

Asunto M.7993 — Altice/PT Portugal (procedimiento del artículo 14, apartado 2)

(2018/C 315/07)

Introducción

1. El 9 de diciembre de 2014, Altice SA y Altice Portugal SA firmaron un acuerdo para comprar PT Portugal [2] a Oi [3] (el «Acuerdo de Operación»). El 18 de diciembre de 2014, Altice SA inició conversaciones previas a la notificación con la Comisión Europea (la «Comisión») a fin de obtener la autorización del control de concentraciones para esta adquisición. El 25 de febrero de 2015, Altice SA [4] notificó formalmente la operación a la Comisión, junto con una oferta de medidas correctivas en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento de concentraciones [5]. La Comisión planteó serias dudas respecto de la compatibilidad de la concentración con el mercado interior, ya que presentaba problemas en varios mercados afectados horizontalmente.

2. El 20 de abril de 2015, la Comisión autorizó la operación de forma condicional a raíz de la presentación de una oferta revisada de medidas correctivas por parte de Altice («decisión de autorización»). Altice anunció que había concluido la operación el 2 de junio de 2015.

3. El 13 de abril de 2015, la Comisión envió una solicitud de información a Altice pidiendo detalles sobre la finalidad y el contenido de las visitas realizadas por personal directivo de Altice a PT Portugal antes de que se adoptase la decisión de autorización, de las cuales había informado la prensa portuguesa. Altice contestó a esta solicitud de información el 17 de abril de 2015.

4. La Comisión envió otra solicitud de información el 12 de mayo de 2015 (en relación con documentos relativos a las reuniones entre Altice y PT Portugal), a la cual Altice contestó el 12 de junio de 2015, pero aportando únicamente documentos de Altice (y no de PT Portugal).

5. El 8 de julio de 2015, la Comisión adoptó una decisión en virtud del artículo 11, apartado 3, del Reglamento de concentraciones por la que requería que Altice le entregase los documentos correspondientes de PT Portugal. Altice respondió el 30 de julio de 2015. La Comisión envió otra solicitud de información el 4 de diciembre de 2015 y Altice respondió el 18 de diciembre de 2015.

6. El 15 de marzo de 2016, la Comisión adoptó una decisión en virtud del artículo 11, apartado 3, del Reglamento de concentraciones por la que requería que Altice le entregase, entre otros, los correos electrónicos de los empleados, los acuerdos de confidencialidad y los documentos específicamente relacionados con determinadas interacciones entre Altice y PT Portugal anteriores al 20 de abril de 2015. Altice entregó los documentos solicitados el 6 de abril de 2016.

7. Por último, la Comisión envió a Altice nuevas solicitudes de información con fecha 20 de julio de 2016, 24 de agosto de 2016, 27 de septiembre de 2016 y 21 de diciembre de 2016, a las que Altice contestó.

Pliego de cargos

8. El 18 de mayo de 2017, la Comisión notificó un pliego de cargos a Altice. En el pliego de cargos, la Comisión expresaba su opinión preliminar de que Altice había ejecutado una concentración con dimensión a escala de la Unión infringiendo el artículo 4, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, del Reglamento de concentraciones. Más concretamente, la Comisión expresaba en el pliego de cargos su opinión preliminar de que el Acuerdo de Operación ya confería a Altice el derecho legal a ejercer una influencia decisiva sobre PT Portugal. Además, la evaluación provisional de la Comisión era que Altice había ejercido efectivamente una influencia decisiva sobre PT Portugal antes de que se adoptase la decisión de autorización y, en algunos casos, antes de que se notificase a la Comisión, por: a) intervenir en determinadas decisiones comerciales de PT Portugal, y b) recibir sistemáticamente información sensible desde el punto de vista comercial de PT Portugal.

9. La fecha límite establecida inicialmente para responder al pliego de cargos era el 26 de junio de 2017, pero después el plazo se amplió hasta el 18 de agosto de 2017.

10. Altice obtuvo acceso al expediente el 29 de mayo de 2017. No se han puesto en mi conocimiento problemas relativos al acceso al expediente.

---

[1] De conformidad con los artículos 16 y 17 de la Decisión 2011/695/UE del Presidente de la Comisión Europea, de 13 de octubre de 2011, relativa a la función y el mandato del consejero auditor en determinados procedimientos de competencia (DO L 275 de 20.10.2011, p. 29) («Decisión 2011/695/UE»).

[2] PT Portugal SGPS SA, un operador de telecomunicaciones y multimedia de Portugal.

[3] Oi SA, el operador de telecomunicaciones brasileño.

[4] Aunque Altice SA era la Parte Notificante de la operación (M.7499), el 9 de agosto de 2015 Altice S.A se fusionó con Altice N.V. —la nueva sociedad de cartera de Altice Group— a consecuencia de lo cual Altice SA dejó de existir. Altice N.V., como sucesora legal de Altice SA, es la destinataria del proyecto de Decisión. En el presente informe, la mención de «Altice» se refiere a Altice SA y Altice N.V.

[5] Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento de concentraciones»).

Vista oral

11. En su respuesta de 18 de agosto de 2017 al pliego de cargos, Altice solicitó la oportunidad de desarrollar su argumentación en una vista oral formal, que se celebró el 21 de septiembre de 2017. El 19 de octubre de 2017, Altice aportó un anexo a su presentación de la vista oral en respuesta a observaciones y dudas planteadas por la Comisión durante la vista sobre la participación de Altice en determinados aspectos de la actividad de PT Portugal ([1]).

Carta de exposición de los hechos

12. En su respuesta al pliego de cargos y durante la vista oral, Altice alegó que la Comisión debería haberse puesto en contacto con Oi, ya que la interpretación por parte de Oi del Acuerdo de Operación y sus decisiones de consultar o no con Altice durante el período previo a la conclusión de la operación tuvieron gran importancia en la ejecución de los pactos previos a la conclusión de la operación.

13. En vista de estas observaciones, la Comisión envió una solicitud de información a Oi con fecha 6 de octubre de 2017. Oi remitió su respuesta el 20 de octubre de 2017.

14. El 16 de noviembre de 2017, la Comisión envió a Altice una «Carta de exposición de los hechos» en la que se señalaban elementos factuales no mencionados en el pliego de cargos que respaldaban las conclusiones preliminares expuestas en dicho pliego de cargos. En la «Carta de exposición de los hechos» se mencionaban elementos factuales ya incluidos en el expediente, pero también elementos factuales adicionales detectados con posterioridad al pliego de cargos (más concretamente, la respuesta a la solicitud de información remitida por Oi con fecha 20 de octubre de 2017).

15. Se dio de plazo a Altice hasta el 30 de noviembre de 2017 para que presentara sus observaciones por escrito a la «Carta de exposición de los hechos». Altice solicitó ocho semanas de ampliación de este plazo, hasta el 26 de enero de 2018. Se concedió una ampliación hasta el 15 de diciembre de 2017 y, en esa fecha, Altice presentó su respuesta a la «Carta de exposición de los hechos».

16. El 28 de diciembre de 2017, Altice envió una carta al Consejero Auditor en la que se quejaba de algunos aspectos procesales que se analizan con más detalle a continuación.

Aspectos procesales planteados por Altice en relación con el derecho de defensa

Participación de Oi en la investigación

17. Como ya se ha dicho, en su respuesta al pliego de cargos y durante la vista oral, Altice alegó que la Comisión debería haberse puesto en contacto con Oi durante su investigación. Según Altice, al negarse a consultar con Oi, la Comisión no tuvo en cuenta elementos que son pertinentes para evaluar el caso, violando de este modo el derecho de defensa de Altice, especialmente su derecho a ser oída y su derecho a una buena administración.

18. Considero que la reclamación de Altice no se sostiene. Primero, los tribunales de la Unión han confirmado que la Comisión tiene un margen de discrecionalidad razonable para decidir lo oportuno que puede ser escuchar a personas cuyo testimonio pueda ser pertinente para la investigación ([2]). Además, la garantía del derecho de defensa no exige que la Comisión realice investigaciones adicionales cuando considere que la investigación preliminar del caso ha sido suficiente ([3]). En cualquier caso, como ya se ha dicho, la Comisión envió una solicitud de información a Oi después de la vista oral para conocer su opinión sobre la interpretación y ejecución en la práctica del Acuerdo de Operación. En su respuesta a la «Carta de exposición de los hechos» (por la que se dio a Altice la oportunidad de comentar la respuesta de Oi a la solicitud de información enviada por la Comisión) y en su carta al Consejero Auditor de 28 de diciembre de 2017, Altice volvió a alegar que la Comisión no había investigado suficientemente la participación y el punto de vista de Oi. Sobre este particular, no obstante, debo señalar que la cuestión de si el expediente de la investigación contiene o no pruebas suficientes que apoyen una conclusión de infracción es, en última instancia, una cuestión de fondo.

19. Altice también alegó que la participación de Oi en la investigación era de suma importancia desde un punto de vista procesal y que, en este sentido, deberían haberse presentado las respuestas de Oi en un pliego de cargos complementario en lugar de hacerlo en una «Carta de exposición de los hechos». No estoy de acuerdo con la valoración de Altice a este respecto: las respuestas de Oi a la solicitud de información son elementos factuales pertinentes para los cargos ya recogidos en el pliego de cargos de la Comisión. Este tipo de pruebas se presentan en una carta de exposición de los hechos y no en un pliego de cargos complementario.

([1]) Este anexo se envió a todos los participantes en la vista oral. El 18 de enero de 2018, Altice entregó una versión actualizada de su presentación teniendo en cuenta su respuesta a la «Carta de exposición de los hechos» (véase el apartado 26).

([2]) Véase, por ejemplo, T-9/99 HFB y otros contra Comisión Europea, EU:T:2002:70, apartado 383; T-655/11 FSL contra Comisión Europea, EU:T:2015:383, apartado 406.

([3]) Véase, por ejemplo, T-141/94 Thyssen Stahl contra Comisión Europea, EU:T:1999:48, apartado 110; T-758/14 Infineon Technologies contra Comisión Europea, EU:T:2016:737, apartado 110.

Necesidad y proporcionalidad de las solicitudes de información enviadas por la Comisión durante la investigación

20. En su respuesta al pliego de cargos, Altice alegó que las solicitudes de información enviadas por la Comisión a Altice durante la investigación eran desproporcionadas para las necesidades de la investigación debido al volumen de información solicitado y en vista de los plazos marcados por la Comisión para responder a dichas solicitudes de información.

21. Para los fines del presente informe, basta señalar que Altice no ejerció plenamente sus derechos procesales a este respecto. Aunque el mandato no otorga específicamente al Consejero Auditor la capacidad de ampliar plazos en el caso de que se produzcan infracciones procesales de las normas de control de concentraciones [1], Altice podría haber solicitado una nueva ampliación del plazo a la Comisión o podría haber recurrido las decisiones de la Comisión de 8 de julio de 2015 y de 15 de marzo de 2016 ante el Tribunal General.

Críticas procesales de Altice sobre la «Carta de exposición de los hechos»

22. En su respuesta a la «Carta de exposición de los hechos» y posteriormente en su carta al Consejero Auditor de 28 de diciembre de 2017, Altice se quejó de las siguientes cuestiones procesales en relación con la «Carta de exposición de los hechos»:

— Según Altice, la Comisión ya tenía conocimiento de las consultas mencionadas en la «Carta de exposición de los hechos» en el momento de elaborar el pliego de cargos y optó deliberadamente por no mencionar estos elementos en el pliego de cargos. Según Altice, el hecho de que la Comisión no incluyera estos elementos en el pliego de cargos imposibilitó que estos elementos fueran objeto de debate entre Altice y la Comisión durante todo el procedimiento, inclusive en la vista oral.

— Además, Altice alegó que la «Carta de exposición de los hechos» enumeraba 19 cuestiones sobre las cuales se consultó a Altice sin explicar la razón por la que consideraba que estas cuestiones corroborarían las conclusiones preliminares recogidas en el pliego de cargos. Según Altice, la Comisión no aportó ninguna caracterización jurídica de los nuevos elementos de la infracción introducidos en la «Carta de exposición de los hechos», y el estado de las cuestiones planteadas en la nota al pie n.º 4 de la «Carta de exposición de los hechos» no estaba claro.

23. A este respecto, quisiera señalar lo siguiente: primero, la Comisión incorporó información adicional que figuraba en su expediente a la «Carta de exposición de los hechos» porque la Comisión consideró que estas pruebas contradecían determinadas aseveraciones realizadas por Altice en su respuesta al pliego de cargos. La Comisión no optó deliberadamente, como afirma Altice, por no mencionar estos elementos en el pliego de cargos. Segundo, como se explica en el proyecto de Decisión, la Comisión a) investigó la afirmación de Altice de que PT Portugal adoptó varias decisiones entre el momento de la firma y la decisión de autorización sobre las que Altice no fue consultada, b) verificó los casos en los que se solicitó la autorización de Altice a través de cartas formales de Oi, y c) encontró casos (adicionales a los mencionados en el pliego de cargos) de decisiones para las que se solicitó la autorización de Altice respecto de los cuales Altice había asegurado que no había sido consultada o siquiera informada. Estos puntos no constituyen nuevos cargos contra Altice y no se utilizan contra Altice en el proyecto de Decisión como casos en los que queda demostrado el ejercicio de una influencia decisiva, sino que se utilizan simplemente para responder a la afirmación de Altice de que no fue consultada ni informada de muchas decisiones adoptadas por PT Portugal entre el momento de la firma y la decisión de autorización.

Solicitud de una segunda vista oral

24. En su carta de 28 de diciembre de 2017, Altice también solicitó que se realizase una nueva vista oral.

25. El artículo 14, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión [2] (leído en relación con el artículo 13 del mismo Reglamento) solo contempla el derecho a solicitar una vista oral formal en los comentarios por escrito al pliego de cargos, no en las observaciones a una carta de exposición de los hechos. Esto se confirma además por el artículo 6, apartado 1, de la Decisión 2011/695/UE. Dado que, el 16 de noviembre de 2017, la «Carta de exposición de los hechos» no contenía ningún cargo nuevo contra Altice que no estuviera recogido en el pliego de cargos, no se activó el derecho a una segunda vista oral formal.

Información adicional para los participantes en la vista oral

26. En su carta de 28 de diciembre de 2017, Altice también indicó que, en vista de los elementos presentados por la Comisión en su «Carta de exposición de los hechos», Altice aportaría una nueva versión del conjunto de diapositivas que había presentado en la vista oral. Altice entregó dicha versión actualizada de su presentación el 18 de enero de 2018. Esta versión se envió a todos los participantes en la vista oral.

---

[1] Véase el artículo 4, apartado 2, letra c), que se refiere únicamente a la ampliación de plazos en las decisiones de solicitar información en virtud del artículo 18, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo.

[2] Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 133 de 30.4.2004, p. 1, corregido por el DO L 172 de 6.5.2004, p. 9).

Proyecto de decisión

27. En su proyecto de Decisión, la Comisión llega a la conclusión de que Altice ha ejecutado, cuando menos actuando de manera negligente, una concentración infringiendo el artículo 4, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, del Reglamento de concentraciones.

28. He analizado el proyecto de Decisión de conformidad con el artículo 16, apartado 1, de la Decisión 2011/695/UE y concluyo que solo trata los cargos respecto de los cuales se ha dado a las Partes la posibilidad de dar a conocer sus puntos de vista.

Conclusión

29. Considero que, de forma general, en el presente asunto se ha respetado el ejercicio efectivo de los derechos procesales.

Bruselas, 23 de abril de 2018.

Joos STRAGIER