

*Asunto n° COMP/M.4197 - E.ON/Endesa*

El texto en lengua española es el único disponible y auténtico.

**REGLAMENTO (CE) n° 139/2004  
SOBRE LAS CONCENTRACIONES**

---

Artículo 21

fecha: 26/09/2006

Bruselas, 26/09/2006  
C(2006)4279 final

VERSION PUBLICA

**Decisión de la Comisión**

**de 26 de septiembre de 2006**

**relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 21 del Reglamento (CE) nº  
139/2004 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre  
empresas**

**(Asunto No COMP/M.4197 – E.ON/Endesa)**

## **Decisión de la Comisión**

**de 26 de septiembre de 2006**

**relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 21 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas**

**(Asunto No COMP/M.4197 – E.ON/Endesa)**

**(El texto en lengua española es el único auténtico)**

**(Texto pertinente a efectos del EEE)**

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,

Visto el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, y, en particular, su artículo 21,

Después de haber dado a las autoridades españolas la oportunidad de dar a conocer sus observaciones en relación con el análisis preliminar de la Comisión,

Considerando lo siguiente:

- (1) El 27 de julio de 2006, la Comisión Nacional de la Energía (en lo sucesivo, “CNE”) adoptó una decisión sometiendo a una serie de condiciones la propuesta de concentración entre E.ON A.G. (en lo sucesivo, “E.ON”), una empresa energética con domicilio social en Düsseldorf, Alemania y Endesa S.A. (en lo sucesivo, “Endesa”), una empresa energética con domicilio social en Madrid, España.
- (2) La presente Decisión se refiere a la compatibilidad de dichas condiciones con el artículo 21 del Reglamento (CE) n° 139/2004 (en lo sucesivo, el “Reglamento de concentraciones”)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> DO L 24 de 29.1.2004, p. 1.

## **I. LA OPERACIÓN NOTIFICADA**

- (3) Con fecha 21 de febrero de 2006, E.ON anunció su intención de lanzar una oferta pública de adquisición (en lo sucesivo, “OPA”) en metálico por la adquisición de la totalidad del capital social de Endesa. El mismo día, E.ON notificó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en lo sucesivo, “CNMV”) el folleto de oferta pública. La CNMV informó a E.ON que esta oferta competía con la anteriormente lanzada por la empresa energética Gas Natural SDG S.A. (en lo sucesivo, “Gas Natural”).
- (4) E.ON es una sociedad anónima (Aktiengesellschaft) con domicilio social en Düsseldorf, cuyas actividades principales, realizadas en Europa y en los Estados Unidos, se enmarcan en el sector del gas y de la electricidad. Las acciones de E.ON cotizan en todas las bolsas alemanas así como en la de Nueva York. Las acciones de E.ON están extensamente dispersas y ninguno de sus accionistas posee más de un 5% del capital social.
- (5) Endesa es una sociedad anónima constituida con arreglo al Derecho español con domicilio social en Madrid, activa en el sector de la energía en España así como en otros países europeos, de América del Sur y del Norte de África. Las acciones de Endesa cotizan en las bolsas de Madrid y de Nueva York y también están ampliamente dispersas (sólo existen dos accionistas en posesión de más de un 5% de las acciones<sup>2</sup>). Los accionistas de Endesa incluyen empresas españolas así como inversores internacionales.
- (6) Con fecha 16 de marzo de 2006 E.ON notificó a la Comisión la concentración resultante de esta OPA con base en el Reglamento de concentraciones. El 25 de abril de 2006, la Comisión adoptó una Decisión de conformidad con la letra b) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento de concentraciones por la que
- i) estableció que la operación constituía una concentración de dimensión comunitaria con arreglo a los artículos 1 y 3 del Reglamento de concentraciones; y
  - ii) declaró que era compatible con el mercado común<sup>3</sup>.

## **II. ANTECEDENTES**

### *La OPA competidora de Gas Natural*

- (7) Con fecha 5 de septiembre de 2005 Gas Natural notificó a la CNMV su intención de lanzar una OPA con pago en metálico e intercambio de acciones por todo el capital social de Endesa. El folleto de Gas Natural fue autorizado por la CNMV el 27 de

---

<sup>2</sup> Caja Madrid con 9,9% del capital social de Endesa y la empresa francesa Axa con 5,4%. Chase Nominees Ltd y State Bank and Trust Co. poseen, en nombre de sus clientes, respectivamente el 5,7% y 5% del capital social de Endesa. El banco alemán Deutsche Bank AG posee directamente el 3,4% del capital social de Endesa y el 1,8% en nombre de sus clientes.

<sup>3</sup> Véase Asunto No COMP/M. 4110 E.ON/Endesa, Decisión de 25 de abril 2006.

febrero de 2006, tras recibir todas las autorizaciones reglamentarias, incluyendo la autorización del Consejo de Ministros español de conformidad con las normas de competencia españolas y la autorización de la CNE.

- (8) El periodo de aceptación de la OPA de Gas Natural por los accionistas de Endesa empezó a transcurrir el 6 de marzo de 2006, teniendo una duración inicial de 45 días naturales. La fecha de expiración, sin embargo, ha sido suspendida por dos autos de medidas cautelares adoptados por tribunales españoles.
- (9) En particular, el 21 de marzo de 2006, el Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Madrid adoptó un auto suspendiendo la OPA de Gas Natural y la ejecución del acuerdo concluido entre Gas Natural e Iberdrola relativo a la venta de activos en caso de éxito de la oferta de Gas Natural por Endesa. La suspensión quedó sujeta a la condición de la presentación previa por parte de Endesa de una caución de mil millones de euros para responder de posibles daños y perjuicios derivados de la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares acordadas. El 3 de abril de 2006 Endesa presentó la caución. El 5 de abril de 2006, la CNMV informó al mercado de la suspensión de la OPA de Gas Natural.
- (10) Con fecha 21 de abril de 2006, el Tribunal Supremo español decidió suspender la decisión del Consejo de Ministros autorizando con condiciones la adquisición de Endesa por Gas Natural. Este auto también sujeta la suspensión a la condición de la presentación previa por parte de Endesa de una caución de mil millones de euros. Con este fin, podía utilizarse la caución presentada por Endesa ante el Juzgado de lo Mercantil. El Gobierno español y Gas Natural recurrieron el auto del Tribunal Supremo pero el recurso fue rechazado el 19 de junio de 2006. Con fecha 28 de julio de 2006, Gas Natural presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español contra el auto del Tribunal Supremo.

#### *Las nuevas medidas legales españolas*

- (11) Como ya se ha indicado, con fecha 21 de febrero de 2006 E.ON lanzó su OPA sobre Endesa. Sin embargo, pocos días después del anuncio de E.ON de su OPA sobre Endesa, el Consejo de Ministros español adoptó una nueva medida legal urgente, el Real Decreto-Ley 4/2006 (en lo sucesivo, el “Real Decreto-Ley”) aumentando los poderes de supervisión de la CNE<sup>4</sup>.
- (12) De conformidad con el Real Decreto-Ley, la adquisición por una empresa de un porcentaje superior al 10% del capital social, o cualquier otra participación que confiera influencia significativa en una empresa (directa o indirectamente) activa en un sector regulado<sup>5</sup> o en otras actividades determinadas, tiene que ser aprobada previamente por la CNE. La CNE tiene que aplicar un examen de legalidad basado en los siguiente motivos muy generales:

---

<sup>4</sup> Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de la Energía, convalidado por el Congreso de los Diputados por Resolución de 23 de marzo de 2006.

<sup>5</sup> Las actividades reguladas incluyen principalmente el transporte y la distribución del gas y electricidad.

- a) la existencia de riesgos significativos o efectos negativos (directos o indirectos) sobre actividades reguladas o ciertas actividades sujetas a una intervención administrativa;
- b) protección del interés general en el sector energético y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial, con especial afección a activos considerados estratégicos<sup>6</sup>;
- c) la posibilidad de que la entidad que realice las actividades reguladas o sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial quede expuesta a no poder desarrollarlas con garantías como consecuencia de cualesquiera otras actividades desarrolladas por la entidad adquirente o por la adquirida;
- d) seguridad pública.

La misma autorización se requiere para la adquisición de activos.

- (13) Debe también mencionarse que la disposición transitoria única del Real Decreto-Ley establece que la nueva norma será aplicable a todas las operaciones pendientes de ejecución, pero no a aquellas que hayan obtenido previamente la autorización de la CNE (como es el caso de la oferta de Gas Natural)<sup>7</sup>. En la práctica, la única operación pendiente afectada por esta disposición era la OPA de E.ON, la cual no requería la autorización de la CNE en el momento de su lanzamiento<sup>8</sup>.

*El procedimiento de infracción de la Comisión en relación con el Real Decreto-Ley*

- (14) Con fecha 3 de mayo de 2006, la Comisión inició un procedimiento de infracción contra España con respecto al Real Decreto-Ley, enviando a las autoridades españolas una carta de emplazamiento de conformidad con el artículo 226 del Tratado.
- (15) Según la posición de la Comisión, las disposiciones del Real Decreto-Ley concediendo poderes especiales a la CNE podrían ser contrarias a los principios fundamentales del Derecho comunitario, tales como la libre circulación de capitales (artículo 56 del Tratado) y el derecho de establecimiento (artículo 43 del Tratado).

---

<sup>6</sup> El Real Decreto-Ley define como estratégicos los siguientes activos: las instalaciones incluidas en la red básica de gas natural; los gasoductos internacionales (siendo España el país de destino o tránsito); las instalaciones de transporte de electricidad; las instalaciones de producción, transporte y distribución de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, las centrales térmicas nucleares y las centrales térmicas que usen carbón nacional.

<sup>7</sup> Gas Natural había obtenido la autorización de la CNE con base en las normas preexistente porque es una empresa activa en sectores de la energía regulados en España. Dicha autorización se concedió antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley.

<sup>8</sup> De conformidad con la legislación española aplicable en ese momento, la CNE no era competente para dar su autorización previa a tal operación. La CNE debía solo conceder su previa autorización en casos de adquisición de acciones en cualquier empresa por empresas directamente activas en sectores regulados en España. E.ON no debía por tanto, obtener la autorización previa de la CNE para su OPA. Además, la CNE tenía que aplicar un examen mucho más limitado, basado sólo en el motivo mencionado en el punto a) de este considerando.

Ello en particular porque los motivos por los que la CNE puede conceder o rechazar su autorización son vagos e indeterminados, confiriendo por ello a las autoridades amplios poderes discrecionales, y plantean dudas sobre la proporcionalidad de la medida.

- (16) España contestó a dicha carta de emplazamiento por carta de 25 de julio de 2006.
- (17) En paralelo con la adopción de la presente Decisión, la Comisión ha decidido enviar un dictamen motivado a España en relación con la compatibilidad del Real Decreto-Ley con los artículos 43 y 56 del Tratado (Infr. No 2006/2222).

### **III MEDIDAS ADOPTADAS POR ESPAÑA EN RELACIÓN CON LA CONCENTRACIÓN E.ON/ENDESA**

- (18) De conformidad con el Real Decreto-Ley, con fecha 23 de marzo de 2006, E.ON solicitó a la CNE que autorizara (incondicionalmente) la propuesta de adquisición de Endesa. Con fecha 27 de julio de 2006, la CNE adoptó una decisión sometiendo esta operación a las siguientes condiciones:

**“Primera.-** Durante un plazo de diez años desde la toma de control efectiva de Endesa, E.ON AG (en adelante E.ON) como sociedad matriz del grupo, deberá mantener a Endesa, S.A. (en adelante, Endesa) como sociedad matriz cabecera de su grupo.

Conforme a los compromisos corporativos asumidos de forma explícita por E.ON, la operación sometida a la presente autorización no conllevará la desaparición de las sociedades del grupo Endesa, ni la reorganización de ambos grupos empresariales. Endesa o cualquiera de las sociedades de su grupo no se fusionará con E.ON ni con ninguna de las sociedades del grupo E.ON. Asimismo, Endesa mantendrá su domicilio social y su órgano de administración en España.

**Segunda.-** E.ON deberá mantener a su filial Endesa debidamente capitalizada. A estos efectos, Endesa deberá cumplir con un ratio de servicio de la deuda expresado a través de la deuda financiera neta/EBITDA menor que 5,25.

E.ON deberá informar a la Comisión Nacional de Energía, con carácter trimestral, sobre la evolución del citado ratio.

**Tercera.-** Durante el periodo 2006-2010, las sociedades del grupo resultante de la concentración E.ON-Endesa que desarrollen actividades reguladas o que sean titulares de activos estratégicos en España sólo podrán repartir dividendos cuando los recursos generados por ellas (definidos como *cash-flow* o suma de beneficio neto del ejercicio y amortizaciones) sean suficientes para atender tanto sus compromisos de inversión como la suma de la amortización de la deuda financiera y los correspondientes gastos financieros.

Antes del final del ejercicio 2010, esta Comisión evaluará la evolución de la situación financiera de las sociedades adquiridas por E.ON que desarrollen actividades reguladas o sean titulares de activos estratégicos en España, así como los planes futuros de inversión de E.ON en el conjunto de dichas actividades reguladas y activos estratégicos. A la vista de dicha evolución, esta Comisión podrá prorrogar la eficacia de la presente condición durante un plazo de cinco años desde dicho momento.

**Cuarta.-** E.ON asumirá y realizará todas las inversiones en actividades reguladas de gas, tanto de transporte como de distribución, así como las inversiones en activos estratégicos del sector de gas natural según definidos en la Función 14 de la disposición Adicional Undécima. Tercero 1 de la ley 34/1998, de 7 de octubre, incluidas en los planes de inversión de Endesa para el período 2006-2009, respetando el reparto territorial de las mismas.

E.ON asumirá los compromisos de inversión en redes de transporte de gas de Endesa reflejados en el documento “Planificación de los sectores de electricidad y gas. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2011“, aprobado por el Consejo de Ministros y sometido al Parlamento, así como en el “Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y su cobertura”, elaborado por esta Comisión. En este sentido, E.ON deberá dar cumplimiento a los plazos de realización de las infraestructuras previstos en la citada planificación.

Además, E.ON realizará anualmente, al menos, las inversiones en instalaciones de distribución previstas por Endesa, recogidas en su plan de negocio.

Para facilitar el control y seguimiento de los compromisos de inversión en distribución, E.ON presentará al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a las Comunidades Autónomas afectadas y a la Comisión Nacional de Energía, en el plazo de tres meses desde la eventual toma de control de Endesa, el citado plan de inversión en actividades reguladas en el que se detallen las inversiones en distribución por zonas o comarcas así como su programación temporal de manera que las Administraciones competentes puedan ejercer la labor de control que les es inherente, y comprobar que las inversiones se realizan cuando y donde son necesarias para alcanzar con la mayor rapidez posible los niveles de calidad de servicio adecuados. El plan de inversiones deberá distinguir entre instalaciones en alta y baja presión. Las inversiones en alta presión deberán llegar al detalle de instalaciones concretas y precisaran los activos que sean financiados por la propia empresa y aquellos cuya financiación recaiga sobre los usuarios.

E.ON deberá remitir anualmente, con anterioridad al 1 de abril de cada año, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a la Comisión Nacional de Energía y a cada Comunidad Autónoma afectada, información sobre las inversiones efectivamente realizadas, desglosadas por Comunidad Autónoma, dando cuenta del grado de cumplimiento de los compromisos de inversión antes citados. La Comisión Nacional de Energía publicará anualmente la información referida de forma agregada.

**Quinta.-** E.ON deberá asumir todos los compromisos de inversión en actividades reguladas del sector eléctrico incluido en el Plan de inversión de Endesa para el período 2006-2009. Estos incluirán los correspondientes a la distribución de electricidad, incluyendo el reparto territorial de los mismos.

E.ON asumirá los compromisos de inversión en redes de transporte de energía eléctrica de Endesa reflejados en el documento “Planificación de los sectores de electricidad y gas. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2011“, aprobado por el Consejo de Ministros y sometido al Parlamento, así como en el “Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y su cobertura”, elaborado por esta Comisión. En este sentido, E.ON deberá dar cumplimiento a los plazos de realización de las infraestructuras previstos en la citada planificación.

Asimismo, E.ON mantendrá los compromisos de inversión en otros activos

estratégicos como las centrales nucleares.

Para facilitar el control y seguimiento de los compromisos de inversión en distribución, E.ON presentará al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a las Comunidades Autónomas afectadas y a la Comisión Nacional de Energía, en el plazo de tres meses desde la eventual toma de control de Endesa, el citado plan de inversión en actividades reguladas en el que se detallen las inversiones en distribución por zonas o comarcas así como su programación temporal de manera que las Administraciones competentes puedan ejercer la labor de control que les es inherente, y comprobar que las inversiones se realizan cuando y donde son necesarias para alcanzar con la mayor rapidez posible los niveles de calidad de servicio adecuados. El plan de inversiones deberá distinguir entre instalaciones en alta tensión y baja tensión. Las inversiones en alta tensión deberán llegar al detalle de instalaciones concretas y precisarán los activos que sean financiados por la propia empresa y aquellos cuya financiación recaiga sobre los usuarios.

E.ON deberá remitir anualmente, con anterioridad al 1 de abril de cada año, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a la Comisión Nacional de Energía y a cada Comunidad Autónoma afectada, información sobre las inversiones efectivamente realizadas, desglosadas por Comunidad Autónoma, dando cuenta del grado de cumplimiento de los compromisos de inversión antes citados. La Comisión Nacional de Energía publicará anualmente la información referida de forma agregada.

**Sexta.-** A partir del mes de enero de 2010, E.ON informará a esta Comisión anualmente sobre los planes futuros de inversión en actividades reguladas de gas y electricidad y en activos estratégicos de gas y electricidad.

**Séptima.-** E.ON deberá mantener la vida útil residual de las centrales de generación del régimen ordinario de Endesa para el mismo período que ésta tenía previsto su funcionamiento, sin perjuicio de la autorización de cierre prevista en los artículos 135 y siguientes del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

**Octava.-** E.ON deberá garantizar el aprovisionamiento de gas natural al mercado español, al menos, con la cantidad de gas anual prevista en los planes de aprovisionamiento de gas natural remitidos por Endesa a la CNE para la elaboración del “Informe Marco sobre la Demanda de Energía Eléctrica y Gas Natural, y su Cobertura”.

**Novena.-** Atendiendo a los mayores riesgos para la seguridad pública que entrañan los activos nucleares, E.ON deberá proceder a la cesión de la gestión ordinaria de las centrales nucleares en las que disponga de participaciones accionariales a aquellos otros partícipes de dichas centrales.

En todo caso, E.ON no participará en la toma de decisiones relativas a la prestación de servicios, fabricación y suministro de equipos y sistemas y aprovisionamiento de combustible destinados a centrales térmicas nucleares.

Por su parte, en el caso de Ascó I, cuya titularidad ostenta Endesa, E.ON deberá proceder a la venta del 100% de su participación

**Décima.-** Atendiendo a la singularidad de los sistemas insulares y extrapeninsulares y a la especial afección de estos activos a la seguridad de suministro, E.ON deberá

proceder a la enajenación de los activos de dicha naturaleza de titularidad de Endesa.

**Undécima.-** Con el objetivo de eliminar los riesgos que la operación supondría para la garantía de suministro, y en concreto, para la política sectorial respecto al fomento del consumo de las fuentes energéticas autóctonas y el consumo de carbón, E.ON deberá proceder a la enajenación de las siguientes centrales de Endesa incluidas en el Plan Nacional de la Minería del Carbón 2006-2012: centrales térmicas de Compostilla, Complejo Minero Eléctrico de Teruel y la participación en Anllares.

**Duodécima.-** La enajenación de los activos a que se refieren las condiciones novena, décima y undécima, deberá ser objeto de autorización por parte de la Comisión Nacional de Energía en ejercicio de la Función 14, prevista en la Disposición Adicional Undécima, Tercero.1, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, sin perjuicio de otras autorizaciones que resulten preceptivas.

Los adquirentes de los citados activos deberán reunir los requisitos de capacidad legal, técnica y económico-financiera previstos en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

**Decimotercera.-** El cumplimiento de las condiciones novena, décima y undécima deberá efectuarse en un plazo [...] desde la toma efectiva de control de Endesa. E.ON deberá informar a la Comisión Nacional de Energía, con carácter trimestral, del grado de cumplimiento de las citadas condiciones.

**Decimocuarta.-** La adquisición de participaciones en un porcentaje superior a un 10% del capital social o cualquier otro que conceda influencia significativa en Endesa, realizada por cualquier sujeto, requerirá la previa autorización de esta Comisión conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Undécima, Tercero.1, Función 14 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre.

La misma autorización se requerirá cuando se adquieran directamente los activos de Endesa afectos al desarrollo de las actividades previstas en el párrafo primero del apartado 1 de la Función 14 anteriormente citada.

**Decimoquinta.-** Por razón del sistema de gobierno corporativo por el que se rige E.ON, ésta no deberá primar en la adopción de decisiones estratégicas que afecten a Endesa los intereses propios de la sociedad matriz en la medida en que afecten negativamente a la garantía de suministro en España

**Decimosexta.-** El incumplimiento de las condiciones y obligaciones impuestas por la presente Resolución podrá dar lugar a la revocación de la presente autorización por parte de esta Comisión, a través del correspondiente procedimiento administrativo.

Iniciado el procedimiento de revocación, esta Comisión podrá acordar la suspensión provisional del ejercicio de los derechos de voto correspondientes a las acciones de Endesa que hubieran sido adquiridas por E.ON como consecuencia de la liquidación de la OPA. En todo caso, el órgano de administración de Endesa limitará su actuación a la gestión ordinaria de la compañía, absteniéndose de realizar o concertar cualquier operación que no sea propia de la actividad ordinaria de la empresa.

La revocación de la autorización comportará la obligación de transmitir las acciones de Endesa que hubieran sido adquiridas como consecuencia de la liquidación de la OPA, en un plazo de 12 meses, para lo cual deberán obtenerse las autorizaciones que

resulten preceptivas. Durante ese tiempo, y hasta que se culmine la transmisión de las acciones de Endesa, subsistirá la suspensión de los derechos de voto de las acciones de esta compañía que estén pendientes de transmisión, así como la limitación de las facultades del órgano de administración a la gestión ordinaria de la empresa, en los términos indicados en el párrafo anterior.

**Decimoséptima.-** Si durante el plazo de 10 años desde la toma de control efectivo de Endesa, una sociedad pretendiera adquirir o adquiriera, directa o indirectamente, un porcentaje del capital social o de los derechos de voto superior al 50% en E.ON, ésta deberá comunicarlo a la Comisión Nacional de Energía, quien, previa tramitación del oportuno procedimiento podrá revisar el contenido de la presente Resolución. Dicha revisión, atendiendo a la existencia de motivos fundados para entender que tal cambio de titularidad pueda afectar negativamente el interés general en el sector energético, podrá implicar como efecto la obligación de E.ON de enajenar a un tercero, que deberá ser autorizado por la Comisión Nacional de Energía, la totalidad de las acciones de Endesa que sean titularidad, directa o indirectamente, de E.ON.

**Decimoctava.-** La CNE podrá dirigirse al Gobierno, a fin de que éste, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y el artículo 101 de la Ley 34/1998 de 7 de octubre, y con el objeto de garantizar el suministro energético en las situaciones de emergencia relativas a la escasez o riesgo cierto en la prestación del mismo, así como en el supuesto de desabastecimiento de alguna o algunas fuentes de energía primaria, adopte las medidas descritas en las citadas disposiciones.

**Decimonovena.-** Las condiciones establecidas en la presente autorización tienen, todas y cada una de ellas, carácter esencial y se consideran imprescindibles para paliar los riesgos detectados en esta Resolución, de forma que la misma no se habría dictado sin el condicionado que la acompaña.”

- (19) La decisión de la CNE fue adoptada y devino aplicable sin la previa comunicación a la Comisión ni la aprobación de ésta.
- (20) Con fecha 10 de agosto de 2006 E.ON presentó un recurso administrativo de alzada ante el Ministro español de Industria, Turismo y Comercio contra algunas de las condiciones impuestas por la CNE<sup>9</sup>. El Ministro dispone de tres meses para resolver el recurso.

#### **IV. LA OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN Y NO ACTUACIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES**

- (21) De conformidad con el artículo 21 del Reglamento de concentraciones, la Comisión tiene competencia exclusiva para analizar los efectos sobre la competencia de las concentraciones con dimensión comunitaria, según se define en los artículos 1 y 3 de dicho Reglamento.

---

<sup>9</sup> La decisión de la CNE ha sido recurrida igualmente por Endesa, Iberdrola, Gas Natural y la Asociación de Accionistas Minoritarios de Empresas Energéticas.

- (22) Los Estados miembros no deben aplicar su legislación nacional de competencia a tales concentraciones. Además, los Estados miembros pueden adoptar medidas que podrían prohibir, someter a condiciones o comprometer de algún modo tales operaciones sólo si
- i) las medidas de que se trate protegen intereses distintos de los considerados por el Reglamento de concentraciones; y
  - ii) dichas medidas son necesarias y proporcionadas para la protección de intereses compatibles con el Derecho comunitario y no constituyen un medio de discriminación arbitraria o restricción encubierta al derecho de establecimiento o a la libre circulación de capitales o, en cualquier otro aspecto, una violación de los principios generales u otras disposiciones del Derecho comunitario.
- (23) La seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales son intereses reconocidos como legítimos (“intereses reconocidos”). Las medidas que estén dirigidas realmente a proteger uno de estos intereses reconocidos y que sean claramente conformes con los principios de proporcionalidad y no discriminación, que puedan prohibir, someter a condiciones o comprometer una concentración de dimensión comunitaria pueden ser adoptadas y aplicadas sin previa comunicación a la Comisión ni aprobación por parte de la misma.
- (24) Las medidas nacionales que puedan prohibir, someter a condiciones o comprometer una concentración de dimensión comunitaria, para la protección de cualquier otro interés, deben ser comunicadas a la Comisión antes de su adopción y aplicación. La Comisión debe entonces decidir si tales medidas son necesarias y proporcionadas para la protección de un interés compatible con el Derecho comunitario y no constituyen un medio de discriminación arbitraria o una restricción encubierta al derecho de establecimiento o a la libre circulación de capitales o, en cualquier otro sentido, una violación de los principios generales u otras disposiciones del Derecho comunitario.
- (25) Para asegurar el efecto útil del apartado 4 del artículo 21 del Reglamento de concentraciones, leído en relación con el artículo 10 del Tratado (obligación de cooperación leal), debe aplicarse igual procedimiento en caso de que existan serias dudas sobre si las medidas nacionales que puedan prohibir, someter a condiciones o comprometer una concentración con dimensión comunitaria, se dirigen realmente a proteger un “interés reconocido” o cumplen con los principios de proporcionalidad y no discriminación<sup>10</sup>.
- (26) Por carta de 27 de marzo de 2006, los servicios de la Dirección General de Competencia (DG Competencia) recordaron estos principios a las autoridades españolas con respecto a la decisión que la CNE tenía que adoptar en relación a la OPA de E.ON. En este contexto, DG Competencia invitó a las autoridades españolas:

---

<sup>10</sup> Véase Decisión de la Comisión de 20 de julio de 1999 en el Asunto M.1616 – *BSCH/Champalimaud* (medidas cautelares), considerandos 65 a 67.

- a) a transmitir a la Comisión cualquier proyecto de decisión negativa o condicional que la CNE pudiese considerar adoptar, relativa a la propuesta de adquisición de Endesa por E.ON; y
  - b) a no adoptar y no aplicar tal decisión antes de que la Comisión hubiese comprobado que era necesaria y proporcionada para la protección de un interés compatible con el Derecho comunitario.
- (27) Con fecha 24 de abril de 2004, España contestó a esta carta declarando que no estaba de acuerdo con la DG Competencia y, en particular, consideraba que las medidas que la CNE pudiera adoptar de conformidad con el Real Decreto-Ley no estarían sujetas a la obligación de no actuación (“*stand-still obligation*”) establecida en el apartado 4 del artículo 21 del Reglamento de concentraciones.

**V. POSICIÓN PRELIMINAR DE LA COMISIÓN RELATIVA A LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES Y CONTESTACIÓN DE ESPAÑA**

- (28) Con fecha 3 de agosto de 2006 la Comisión informó a las autoridades españolas de su conclusión preliminar de que al menos algunas de las condiciones impuestas por la decisión de la CNE eran incompatibles con el artículo 21 del Reglamento de concentraciones y que podría ser necesario que la Comisión requiriera a España la suspensión y la comunicación de tales medidas a la Comisión para su valoración de acuerdo con dicho artículo.
- (29) Concretamente, la Comisión estimó en su carta que había serias dudas respecto a si las condiciones impuestas por la decisión de la CNE estaban realmente dirigidas a proteger la seguridad pública y cumplían con las disposiciones del Tratado sobre la libre circulación de capitales y derecho de establecimiento y con los principios de proporcionalidad y no discriminación. La Comisión concluyó por tanto que, a primera vista, parecía que la adopción y aplicación de tal decisión eran contrarias al apartado 4 del artículo 21 del Reglamento de concentraciones e invitó a España a realizar sus observaciones sobre esta valoración preliminar.
- (30) Con fecha 10 de agosto de 2006, España contestó a la carta de la Comisión. En su respuesta, España argumentó que las obligaciones de comunicación y no actuación previstas en el artículo 21 del Reglamento de concentraciones son inaplicables al presente caso en la medida en que la decisión de la CNE se justifica en razones de seguridad pública (seguridad del suministro). Además, España consideró que las condiciones impuestas por la CNE son proporcionadas y no discriminatorias y no obstaculizan la libre circulación de capitales ni el derecho de establecimiento.

**VI. POSICIÓN PRELIMINAR DE LA COMISIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES Y CONTESTACIÓN DE ESPAÑA**

- (31) Con fecha 21 de agosto de 2006 la Comisión informó a las autoridades españolas de su conclusión preliminar de que la mayoría de las condiciones impuestas por la decisión de la CNE eran incompatibles con el artículo 21 del Reglamento de concentraciones.
- (32) Con fecha 13 de septiembre de 2006, España contestó a la carta de la Comisión. Los

argumentos desarrollados por España serán expuestos en las secciones pertinentes de la presente Decisión.

## **VII. COMPATIBILIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR ESPAÑA CON EL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES**

- (33) En el presente asunto, está claro que por medio de la decisión de la CNE de 27 de julio de 2006 (en lo sucesivo denominada igualmente “la decisión de la CNE”) una autoridad de España sometió una concentración con dimensión comunitaria (la concentración E.ON/Endesa) a una serie de condiciones. Esta decisión, por tanto, constituye una medida adoptada por un Estado miembro a efectos del apartado 4 del artículo 21 del Reglamento de concentraciones. Además, las condiciones impuestas por la CNE pueden comprometer apreciablemente la ejecución de una concentración con dimensión comunitaria. En caso de que E.ON no cumpliera alguna de las condiciones impuestas por la decisión de la CNE se expondría a la revocación de la autorización condicional (véase en considerandos 125 a 127 la discusión sobre los efectos de las condiciones decimosesta y decimonovena). Además, algunas de las condiciones, a saber la novena, décima y undécima, requieren que E.ON enajene activos que forman parte del contenido de la concentración<sup>11</sup>.
- (34) La decisión de la CNE fue adoptada y devino aplicable sin la previa comunicación a la Comisión ni la autorización de ésta. Considerando que en el momento de la adopción de la decisión de la CNE existían al menos serias dudas con respecto a si las condiciones impuestas a E.ON por la decisión de la CNE estaban realmente dirigidas a proteger un “interés reconocido” y cumplen con los principios de proporcionalidad y no discriminación (véase *infra* el análisis sobre la compatibilidad de las condiciones), este hecho en sí mismo implica una violación de la obligación de comunicación y no actuación de conformidad con el apartado 4 del artículo 21 del Reglamento de concentraciones.
- (35) En su respuesta al análisis preliminar de la Comisión, España arguyó que las reglas relativas al funcionamiento de la CNE (en particular los plazos para la adopción de su decisión y el principio de silencio administrativo positivo) hacía imposible la notificación de cualquier borrador de decisión. La Comisión sin embargo reitera que, a la luz del principio de supremacía del Derecho comunitario, España no puede basarse en lagunas de su propio ordenamiento jurídico o, en cualquier caso, en cuestiones relativas a su organización administrativa para justificar la violación de la obligación de comunicación de conformidad con el apartado 4 del artículo 21 del Reglamento de concentraciones.
- (36) Además, España no puede justificar la violación del apartado 4 del artículo 21 del Reglamento de concentraciones alegando que dicha violación se debe a una autoridad independiente tal como la CNE, cuya función está prevista y reconocida por el Derecho comunitario<sup>12</sup>. Los Estados miembros son de hecho responsables de

---

<sup>11</sup> En este sentido, véase Asunto COMP/M.1346 EdF/London Electricity, considerando 11. Los Estados miembros pueden aplicar sus disposiciones regulatorias de Derecho nacional en la medida en que tal aplicación se dirija no a la concentración en sí misma sino a la conducta de la empresas en el mercado.

<sup>12</sup> La referencia a este argumento debe entenderse sin perjuicio de la compatibilidad de los poderes de la CNE con el Derecho comunitario. La Comisión observa que ya ha iniciado procedimientos de infracción contra España a este respecto (Infr. No 2006/2222 e Infr. No 2004/2242).

las violaciones del Derecho comunitario con independencia de la autoridad nacional que haya cometido la infracción<sup>13</sup>. Por otro lado, es útil recordar que, según reiterada jurisprudencia, la obligación de aplicar el Derecho comunitario, incluso si entra en conflicto con el Derecho nacional, vincula a las autoridades administrativas así como a los tribunales<sup>14</sup>.

- (37) La violación, mencionada en el considerando 34, de la obligación de comunicación y no actuación prevista en el apartado 4 del artículo 21 del Reglamento de concentraciones no priva a la Comisión de su poder para valorar, de conformidad con esta disposición, las condiciones impuestas por la CNE con el fin de establecer si son compatibles con el Derecho comunitario<sup>15</sup>. En los considerandos que siguen la Comisión realizará por tanto dicha valoración, distinguiendo entre los diferentes grupos de condiciones, a la luz, en particular, de los artículos 56 y 43 del Tratado<sup>16</sup>.
- (38) Teniendo en cuenta que, según las autoridades españolas, la mayoría (si no todas) las condiciones están basadas en la seguridad pública (entre las cuales la CNE incluye consideraciones relacionadas a la seguridad del suministro energético), resulta útil, antes de valorar las condiciones impuestas por la CNE, examinar brevemente la noción de seguridad pública a la luz de la jurisprudencia comunitaria.

---

<sup>13</sup> Véase por analogía el Asunto C-173/03 Traghetti del Mediterraneo (aún no publicada), en el que el Tribunal de Justicia mantuvo que "el principio según el cual un Estado miembro está obligado a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento" (considerando 30). En el mismo sentido, véanse también, por ejemplo Asunto C- 224/01 Köbler Rec. 2003, p. I-10239, considerando 31, y Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 Brasserie du Pêcheur y Factortame Rec. 1996, p. I-1029, considerandos 33 y 34.

<sup>14</sup> Véanse Asunto 106/77 Simmenthal Rec. 1978, p. 629, considerandos 17 a 21; Asunto Casp 103/88, Fratelli Costanzo, Rec. 1989, p. 1839, considerandos 30 a 33; Asunto C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi, Rec. 2003, p. I-8055, considerando 49. En estos casos, el Tribunal de Justicia concluyó que las autoridades administrativas nacionales tienen que abstenerse de aplicar la legislación nacional incompatible con las disposiciones del Tratado directamente aplicables, incluso si tales autoridades no puede plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con base en el artículo 234 del Tratado.

<sup>15</sup> Véase Asunto C-42/01 Portugal v Comisión Rec. 2004, p. I-6079.

<sup>16</sup> El apartado 1 del artículo 56 del Tratado establece que: "*En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.*" Según la nomenclatura del Anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado (DO L178 de 8.7.1988, p. 7), la inversión directa en forma de participación accionarial en una empresa se considera circulación de capitales (Lista punto 1A). Las notas explicativas que aparecen en dicho anexo señalan que una inversión directa se caracteriza, en particular, por la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión o el control de una sociedad. Por tanto, la adquisición de acciones por otros inversores de la UE que confieran el control de empresas nacionales también se considera como una forma de circulación de capitales (Comunicación de la Comisión sobre determinados aspectos jurídicos que afectan a las inversiones intracomunitarias, DO C 220 de 19.7.1997, p.15, apartado 2.3) Del mismo modo las operaciones de inversión de cartera entre Estados miembros se considera circulación de capitales (Lista punto III A1). "*La adquisición por parte de un inversor nacional de otro Estado miembro de la Unión Europea de participaciones de control en una empresa nacional, además de constituir una forma de movimiento de capitales, entra en el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre el derecho de establecimiento*" (apartado 2.4.) En este sentido, el artículo 43 del Tratado que rige el derecho de establecimiento dispone que "[...] quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro".

## El concepto de seguridad pública

- (39) Para la valoración del presente caso debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, las exigencias impuestas por la seguridad pública deben, en tanto que excepción a los principios fundamentales de libre circulación de capitales y libertad de establecimiento, interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Comunidad. Por tanto, la seguridad pública sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad<sup>17</sup>.
- (40) Con referencia específica al sector de la energía, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido ocasión de indicar que las medidas necesarias para garantizar el abastecimiento energético mínimo en caso de crisis pueden responder al concepto de seguridad pública<sup>18</sup>. En general, tanto una reglamentación apropiada de aplicación general como medidas que permitan una adecuada reacción específica por parte de las autoridades públicas para prevenir una amenaza concreta a la seguridad pública, serán suficientes para garantizar este interés y serán, si tales medidas son proporcionadas y no discriminatorias, menos restrictivas que el establecimiento de condiciones previas en relación con la propiedad de la empresa pertinente<sup>19</sup>. La legislación comunitaria reconoce la legitimidad de tales medidas en el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE<sup>20</sup>, que señala bajo qué condiciones los Estados miembros pueden utilizar las obligaciones de servicio público afín de salvaguardar la seguridad pública en el sector de la energía<sup>21</sup>.
- (41) Las condiciones impuestas por la CNE deben ser examinadas a la luz de esta interpretación estricta del concepto de seguridad pública adoptada por el Tribunal de Justicia.

---

<sup>17</sup> Véanse Asunto C-503/99 Comisión contra Bélgica Rec. 2002, p. I-4809, considerando 47; Asunto C-483/99 Comisión contra Francia, Rec. 2002, p. I-4781, considerando 48 y Asunto C-463/00 Comisión contra España Rec. 2003, p. I-4581, considerando 72.

<sup>18</sup> Véanse Asunto C-503/99 Comisión contra Bélgica Rec. 2002, p. I-4809, considerandos 46 y 48 y Asunto C-463/00 Comisión contra España Rec. 2003, p. I-4581, considerandos 71 y 73.

<sup>19</sup> Ello puede deducirse del Asunto C-503/99 Comisión contra Bélgica Rec. 2002, p. I-4809, considerando 49.

<sup>20</sup> DO L 176 de 15.7.2003, p. 37. Directiva modificada por la Directiva 2004/85/CE del Consejo (DO L 236 de 7.7.2004, p. 10).

<sup>21</sup> El apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE prevé que “[...] los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad [...] Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red”.

## Requisitos societarios u orgánicos (Condición Primera)

- (42) Por medio de la condición primera, la CNE ha requerido a E.ON para que:
- a) mantenga a Endesa como sociedad matriz cabecera de su grupo por un periodo de 10 años;
  - b) mantenga las empresas del grupo Endesa en su situación actual (es decir, sin reorganizar el grupo empresarial y sin fusionarse con ninguna de las empresas del grupo E.ON); y
  - c) mantenga el domicilio social y su órgano de administración en España.
- (43) La CNE justifica esta condición con base en lo que se describe como la posición estratégica de Endesa en el mercado energético español y en los riesgos o efectos negativos que la conversión de Endesa en una filial de un grupo conglomerado internacional podría traer consigo respecto al interés general de España en el ámbito de la seguridad de suministro. En concreto, la CNE se refiere a los efectos negativos para la seguridad de suministro que resultaría del traslado del centro de toma de decisiones de Endesa fuera de España, así como a la necesidad de mantener Endesa como empresa cabecera de su grupo para controlar y supervisar los activos sujetos a condiciones y evitar cualquier transferencia de ingresos que suponga un riesgo para dichos activos. Además la CNE hace referencia a los compromisos corporativos explícitamente adoptados por E.ON en relación con la estructura y organización de Endesa.
- (44) La Comisión considera que tales requisitos limitan de forma significativa la libertad de E.ON para decidir la estructura de su grupo tras la adquisición del control de Endesa y representan, por tanto, una restricción del derecho de establecimiento y de la libre circulación de capitales.
- (45) A este respecto, es necesario recordar que, según la jurisprudencia comunitaria, *“el ámbito de aplicación del derecho de establecimiento incluye cualquier medida que permita, o incluso que se limite a facilitar, el acceso a un Estado miembro distinto del de establecimiento y el ejercicio de una actividad económica en dicho Estado, haciendo posible la participación efectiva de los operadores económicos interesados en la vida económica del referido Estado miembro, en las mismas condiciones que las aplicables a los operadores nacionales. Las operaciones de fusiones transfronterizas, al igual que otras operaciones de transformación de sociedades, responden a las necesidades de cooperación y de reagrupamiento entre sociedades establecidas en Estados miembros diferentes. Constituyen modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimiento, importantes para el buen funcionamiento del mercado interior, y entran, por tanto, dentro del ámbito de las actividades económicas para las que los Estados miembros están obligados a respetar la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 CE”*<sup>22</sup>. Al limitar la libertad de E.ON de fusionar algunas de las sociedades de su grupo con sociedades del grupo de Endesa y reorganizar este último grupo tras la adquisición del control de Endesa, los requisitos en cuestión restringen claramente el derecho de establecimiento de E.ON.

---

<sup>22</sup> Véase Asunto C-411/03 SEVIC Systems Rec. 2005, p. I-10805, considerandos 18 y 19.

- (46) En este sentido, España no puede argumentar validamente que según el Derecho energético comunitario y nacional, sociedades verticalmente integradas no son libres para decidir la estructura de sus grupos ya que tiene que mantener separadas ciertas actividades reguladas y no reguladas (*unbundling* jurídico). La existencia de estas obligaciones jurídicas no significa que las autoridades nacionales puedan crear obstáculos al derecho de establecimiento, imponiendo obligaciones adicionales no previstas por el Derecho comunitario.
- (47) Además, contrariamente a lo que España argumenta, el hecho de que E.ON declarara que mantendría (o se comprometería a mantener) a Endesa como una empresa (o grupo de empresas) separada con su sede en España no justifica en sí mismo la decisión de la CNE de imponer formalmente una condición vinculante con base en dicha declaración o compromiso por parte de E.ON. De hecho, como dijo la Comisión en su análisis preliminar, la imposición formal de una condición vinculante implica las consecuencias jurídicas de largo alcance derivadas de la aplicación combinada de las condiciones decimosexta y decimonovena (véanse considerandos 125 a 127), añadiendo de ese modo una carga innecesaria y desproporcionada a E.ON.
- (48) Debe asimismo subrayarse que, contrariamente a lo que la argumentación de España parece implicar, las declaraciones de E.ON relativas a su intención de mantener su oferta por Endesa tras la decisión de la CNE no muestran que su libertad económica no haya sido restringida por la decisión de la CNE. Estas declaraciones pueden bien justificarse por la confianza en el hecho de que, de conformidad con las acciones legales en España y por la intervención de la Comisión, las condiciones impuestas por la CNE serían retiradas o declaradas nulas<sup>23</sup>.
- (49) De todas maneras, para ser contrarias a los artículos 43 y 56 del Tratado, es suficiente que las medidas nacionales creen obstáculos al derecho de establecimiento y a la libre circulación de capitales, sin que sea necesario que tales medidas impidan completamente el ejercicio de estas libertades fundamentales. A este respecto, cabe recordar que, según reiterada jurisprudencia, “incluso una restricción a la libertad de establecimiento de escaso alcance o de poca importancia está prohibida por el artículo 52 (actual 43) del Tratado”<sup>24</sup>.
- (50) Finalmente, debe señalarse que el hecho de que E.ON haya recurrido dicha condición ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio sólo con respecto a su duración y claridad no significa que la condición restrinja la libertad económica de E.ON sólo en estos aspectos. Al analizar la compatibilidad de esta condición con los artículos 43 y 56 del Tratado, la Comisión no puede estar limitada a las estrategias contenciosas de E.ON, que pueden estar influenciadas por un amplio número de

---

<sup>23</sup> En cualquier caso, E.ON tendrá que tomar una decisión definitiva sobre la posible retirada de su oferta sólo tras la petición de la CNMV de modificar el folleto de su oferta, para tener en cuenta las condiciones impuestas por la CNE.

<sup>24</sup> Véase Asunto C-9/02 De Lasteyrie du Saillant Rec. 2004, p. I-2409, considerando 43. Véase también el Asunto C-49/89 Corsica Ferries France Rec. 1989, p. 4441, donde se dice que “los artículos del Tratado CEE relativos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales constituyen disposiciones fundamentales para la Comunidad, por lo cual está prohibido cualquier obstáculo a esta libertad, aun de importancia menor” (considerando 8).

elementos subjetivos claramente irrelevantes desde la perspectiva del Derecho comunitario.

- (51) Habiendo clarificado la existencia de una restricción al derecho de establecimiento de E.ON y a la libre circulación de capitales, debe señalarse que tal restricción no es necesaria ni proporcionada para la protección de un interés general legítimo y no cumple con el principio de no discriminación.
- (52) Como ya se ha indicado, la CNE menciona en su decisión que, en vista de lo que se describe como la importancia estratégica de Endesa para asegurar el suministro energético en España, el mero hecho de que Endesa pase a ser una filial de E.ON (quien está activa sólo fuera de España) podría crear riesgos o efectos negativos para el interés general en España con respecto a la seguridad de suministro. Esta afirmación, sin embargo, carece de todo fundamento, ya que la CNE no explica
- i) por qué la adquisición de control de E.ON sobre Endesa crearía tales riesgos o efectos negativos, ni
  - ii) por qué los mismos desaparecerían (o se verían reducidos) si E.ON cumpliera con los requisitos societarios u orgánicos descritos anteriormente.
- (53) En su respuesta al análisis preliminar de la Comisión, España no proporciona tales explicaciones sino que simplemente reitera los vagos argumentos de la CNE.
- (54) A este respecto, debe igualmente tenerse en cuenta que los poderes de supervisión y regulatorios de la CNE así como de otras autoridades competentes, tales como el Consejo de Seguridad Nuclear (“CSN”), no se verían afectados por una posible fusión entre Endesa y cualquier empresa del grupo E.ON o por la posible transferencia del domicilio social y del órgano de administración de Endesa fuera de España. Al contrario de lo que España parece argumentar en su respuesta a la posición preliminar de la Comisión, las autoridades españolas continuarían ejerciendo su control sobre uno de los principales operadores activos en el mercado español, y en particular sobre la gestión y el desarrollo de las actividades reguladas y de los activos en España que se describe como estratégicos con independencia de la ubicación de la sede y de los órganos de gobierno<sup>25</sup>.
- (55) El alcance del control depende de la naturaleza de los activos en cuestión. El Derecho comunitario, y en particular la Directiva 2003/54/CE y la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE<sup>26</sup> prevén que el regulador nacional de energía ejerza una supervisión sobre todos los activos de transporte y distribución (artículo 21 de la Directiva 2003/54/CE y artículo 25 de la Directiva 2003/55/CE). Adicionalmente, los Estados miembros pueden conceder poderes de supervisión a los reguladores nacionales de energía con respecto a procedimientos de licitación para nueva

---

<sup>25</sup> La Ley del Sector Eléctrico, en su Disposición Adicional 11, sección 3(1), *Función 14*, establece, en su versión modificada, que los poderes de supervisión de la CNE se aplicarán a las actividades sujetas a “intervención administrativa”. Tal intervención no se condiciona a la situación en España del domicilio social o los órganos de gobierno de las sociedades.

<sup>26</sup> DO L 16 de 23.12004, p. 74.

capacidad de generación de electricidad (artículo 7 de la Directiva 2003/54/CE) y con respecto a autorizaciones para la construcción de nuevos gasoductos (artículo 4 de la Directiva 2003/55/CE). Además, el Tratado Euratom, el Reglamento (Euratom) nº 302/2005 de la Comisión, de 8 de febrero de 2005, relativo a la aplicación del control de seguridad de Euratom<sup>27</sup> y el Plan de Acción para la Seguridad Nuclear establecen un marco para la supervisión ejercida por el CSN.

- (56) Además de estas tareas de las autoridades nacionales reguladoras y de supervisión, derivadas del ámbito normativo de los Tratados CE y Euratom, los Estados miembros pueden otorgar poderes adicionales a reguladores en el sector energético, siempre que dichos poderes no violen las reglas del referido ámbito normativo, y en particular las Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE, y el Reglamento (Euratom) nº 302/2005. España ha otorgado tales poderes adicionales a la CNE, en particular con respecto al mercado regulado de la electricidad, sin limitar el ejercicio de tales poderes a sociedades que tengan su sede y órganos de gobierno en España.
- (57) La condición primera impuesta por la CNE a E.ON va sin embargo mucho más allá de los poderes de supervisión de los que goza la CNE. Tal condición parece por tanto tener un carácter discriminatorio, porque la CNE no tendría el poder de imponer requisitos similares a operadores energéticos fuera de los casos de adquisición de activos regulados sometidos a su control.
- (58) Ante la ausencia de cualquier justificación objetiva para imponer los requisitos societarios u orgánicos establecidos por la decisión de la CNE, parece que dichos requisitos están encaminados simplemente a asegurar, por razones de política económica, que la sede social de Endesa y su centro de toma de decisiones permanezcan dentro del territorio español y no sean transferidos a otro Estado miembro. Tales requisitos, por tanto, constituyen un medio de discriminación arbitraria o restricción encubierta a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento.

### **Requisitos financieros y de inversión (Condiciones Segunda a Quinta)**

- (59) Por medio de las condiciones segunda a quinta, la CNE ha impuesto a E.ON una serie de requisitos financieros y de inversión.
- (60) Los requisitos financieros
  - i) imponen a Endesa la obligación de mantener un determinado ratio de servicio de la deuda; y
  - ii) permiten a las empresas del grupo Endesa activas en los sectores regulados, o que tengan lo que se describe como activos estratégicos, distribuir dividendos únicamente si los recursos generados son suficientes para atender tanto los compromisos de inversión como la suma de la amortización de la deuda financiera y los correspondientes gastos financieros (dicho requisito se ha impuesto para el periodo 2006-2010, pero la CNE se reserva el poder de extenderlo por otros cinco años).

---

<sup>27</sup> DO L 54 de 28.2.2005, p. 1.

- (61) Los requisitos de inversión se refieren a la realización por parte de E.ON de una serie de inversiones relacionadas con las actividades de electricidad y gas natural y a lo que se describe como activos estratégicos. Concretamente, la CNE ha impuesto a E.ON la obligación de mantener las inversiones incluidas en
- i) los planes de inversión de Endesa<sup>28</sup>;
  - ii) los planes del Gobierno para las actividades de transporte en los sectores del gas y la electricidad<sup>29</sup>; y
  - iii) un informe de la CNE sobre la demanda de gas natural y electricidad y su cobertura<sup>30</sup>.
- (62) La CNE no pone en duda la fortaleza financiera de E.ON (más bien al contrario, reconoce que la solvencia de E.ON es fuerte<sup>31</sup>). Sin embargo, la CNE basa los requisitos financieros en la necesidad de impedir riesgos para la futura estabilidad financiera y las inversiones de Endesa. Adicionalmente, la CNE argumenta que E.ON podría tener el incentivo de reducir las inversiones en las actividades reguladas y en otros activos que se describen como estratégicos a fin de aumentar los dividendos y compensar la gran inversión hecha por la adquisición de Endesa. Tal reducción de las inversiones pondría en peligro la seguridad de suministro en cuanto a su continuidad y calidad. Además, la CNE añade que los actuales planes de inversión de E.ON en otros mercados podrían afectar de forma negativa las futuras inversiones en actividades reguladas y lo que se describe como activos estratégicos en España.
- (63) La Comisión considera que la imposición de los requisitos financieros y de inversión, mencionados en los considerandos 60 y 61, es contraria a la legislación comunitaria, ya que crea un obstáculo a la libre circulación de capitales y a la libertad de establecimiento que no es necesario ni proporcionado para la protección del mencionado interés general en asegurar la seguridad pública y la seguridad de suministro energético y da lugar a un trato discriminatorio.
- (64) En contra de lo que la respuesta de España parece implicar, el hecho de que esta condición cree un obstáculo a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento pero no pueda impedir completamente el ejercicio de estas libertades por E.ON, no modifica el análisis de los presentes requisitos bajo los artículos 43 y 56 del Tratado (véase considerando 49).
- (65) En este contexto, está claro en primer lugar que la imposición de los requisitos financieros y de inversión limitan de forma significativa la libertad económica de E.ON tras la adquisición del control sobre Endesa, creando un obstáculo al ejercicio de los derechos previstos por las reglas comunitarias relativas a la libre circulación

---

<sup>28</sup> Plan Estratégico de Endesa 2006-2009.

<sup>29</sup> “Planificación de los sectores de electricidad y gas. Desarrollo de las redes de transporte 2002-2011”.

<sup>30</sup> “Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y de su cobertura”.

<sup>31</sup> Cf. Secciones 7.1.1.1 y 11.2 de la decisión de la CNE.

de capitales y al derecho de establecimiento<sup>32</sup>. El mero hecho de que según la ley nacional las autoridades españolas pueden generalmente imponer, en ciertas circunstancias, requisitos de inversión a sociedades energéticas, no significa que la imposición específica de los requisitos financieros y de inversión en cuestión – mucho más allá de reglas sectoriales generales – no constituya un obstáculo a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento.

- (66) Según la Comisión, dicho obstáculo tiene además un carácter discriminatorio bajo varios aspectos ya que:
- a) la CNE obliga a E.ON a mantener un determinado ratio de servicio de la deuda y limita la distribución de dividendos cuando: (i) con anterioridad a la operación notificada, Endesa no estaba sujeta a ninguna obligación similar, y (ii) la CNE no tendría el poder de imponer tales obligaciones a operadores energéticos fuera del caso de adquisición de activos regulados;
  - b) la CNE (i) obliga a E.ON a realizar una serie de inversiones contempladas en documentos de planificación que, con anterioridad a la operación notificada, eran sólo parcialmente vinculantes para Endesa (y, en general, para otros operadores energéticos), y (ii) la CNE no tenía el poder de imponer a los operadores energéticos algunos de los mencionados requisitos fuera del caso de adquisición de activos regulados<sup>33</sup>;
  - c) en su decisión sobre la propuesta de Gas Natural de adquisición del control de Endesa<sup>34</sup>: (i) la CNE obligó también a Gas Natural a mantener el mismo ratio de deuda, pero únicamente por un periodo de tres años, mientras que la duración de la obligación impuesta a E.ON es por un periodo de tiempo no especificado, que podría ser considerado como indefinido; y (ii) la CNE limitó la libertad de Gas Natural para distribuir dividendos por un periodo de tiempo similar al impuesto a E.ON, pero no previó una extensión del mismo (mientras que a E.ON se le puede imponer una extensión de cinco años de dicho periodo), a pesar del hecho de que la CNE no ha demostrado en modo alguno que este tratamiento diferenciado se justifique por las diferentes situaciones financieras<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Véanse Asuntos C-367/98, Comisión contra Portugal, Rec. 2002, p. I-4731; C-483/99, Comisión contra Francia, Rec. 2002, p. I-4781; C-503/99, Comisión contra Bélgica, Rec. 2002, p. I-4809; C-463/00, Comisión contra España, Rec. 2003, p. I-4581; C-98/01, Comisión contra Reino Unido, Rec. 2003, p. I-4641.

<sup>33</sup> Como la misma CNE reconoce en su decisión (sección 8.2) y, bajo la actual legislación española en materia energética (artículo 4 de la ley 54/1997 sobre el Sector Eléctrico y artículo 4 de la Ley 34/1998, sobre el Sector de los Hidrocarburos), las únicas inversiones vinculantes son aquellas relacionadas con: (a) en el sector eléctrico, las redes de transporte, y (b) en el sector del gas natural, las redes de transporte básicas, la capacidad de regasificación de gas natural licuado y las infraestructuras de almacenamiento. Todas las demás inversiones planificadas se considera que tienen un carácter indicativo y por tanto no son vinculantes.

<sup>34</sup> Véase decisión de la CNE de 8 de noviembre de 2005, condiciones primera y segunda.

<sup>35</sup> Mas bien al contrario, de la sección 7.1.1 de la decisión de la CNE parece desprenderse que la situación financiera de E.ON es no solo comparable a la de Gas Natural, sino que es incluso mejor con respecto a ciertos ratios, y en particular con respecto a los ratios que miden el servicio de la deuda. Concretamente, con anterioridad a la transacción el ratio “deuda neta + inversiones / EBITDA” es mucho mejor para

- (67) En su respuesta, España argumenta que la obligación de mantener un cierto ratio de deuda no tiene una duración indefinida ya que no puede ir más allá de los 10 años fijados en la condición primera. La Comisión observa, sin embargo, que no hay claridad en cuanto a la duración de esta condición, que podría interpretarse como indefinida. Además, el argumento desarrollado por las autoridades españolas no contesta a la objeción de la Comisión de que el requisito en cuestión tiene una duración más larga que el impuesto a Gas Natural y, más generalmente, no explica por qué tal obligación sería necesaria y proporcionada para la protección de intereses públicos legítimos.
- (68) En relación con la diferencia de trato reservada a Gas Natural con respecto a la distribución de dividendos, España parece argumentar que se debe a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, que no era aplicable cuando la oferta de Gas Natural fue autorizada.
- (69) La Comisión señala, sin embargo, que ninguno de los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley justifica un trato más estricto, reservado en este aspecto a la oferta de E.ON. De cualquier modo, como se explicó en el dictamen motivado enviado a las autoridades españolas en el marco del procedimiento de infracción nº 2006/2222, la Comisión considera que el aumento de los poderes de la CNE por este Real Decreto-Ley es en sí misma contraria a los artículos 43 y 56 del Tratado. La Comisión considera igualmente que el obstáculo en cuestión no es necesario y proporcionado para la protección de la seguridad pública y la seguridad del suministro energético. En realidad, el hecho de que la mayor parte de los requisitos financieros y de inversión no fuesen obligatorios para Endesa con anterioridad a la operación notificada indica que la imposición de tales requisitos no era estrictamente necesaria para alcanzar los objetivos supuestamente perseguidos por la CNE. Además, el hecho de que la CNE no pudiese imponer este tipo de requisitos financieros y de inversión de tan largo alcance a los operadores energéticos fuera de los casos de adquisición de activos regulados (o de los que se describen como estratégicos) parece demostrar que el legislador español consideraba que medidas menos restrictivas (tales como intervenciones específicas de autoridades competentes *ex post*) permitirían asegurar un nivel suficiente de seguridad pública y de seguridad de suministro energético.
- (70) En general, la Comisión considera que, excepto para activos sujetos a supervisión por el regulador de energía nacional según el artículo 23 de la Directiva 2003/54/CE y del artículo 25 de la Directiva 2003/55/CE, esto es, redes de transporte y distribución, cualquier otra obligación relativa a lo que se describe como activos estratégicos crea un obstáculo para la libre circulación de capitales y el derecho de establecimiento y no cumple con el principio de proporcionalidad. Específicamente en relación con los activos nucleares, la Comisión observa que Euratom ya dispone de un mecanismo de supervisión para inversiones civiles nucleares y que se aplica una reglamentación específica en el campo de la seguridad física nuclear.

---

E.ON que para Gas Natural, tanto para 2004 como para 2005. Mas aún, comparado con el de de Gas Natural en 2005, el ratio “deuda neta + inversiones / EBITDA” del grupo E.ON/Endesa sería ligeramente superior en 2006, pero de nuevo inferior en 2007 y 2008. Por tanto, es muy difícil considerar que, tras la transacción, el grupo E.ON /Endesa pueda presentar un riesgo financiero mayor del que podría tener el grupo Gas Natural/Endesa.

- (71) Debe también resaltarse que el hecho de que E.ON declarara que aseguraría (o se comprometiera a asegurar) las inversiones contempladas en ciertos documentos de planificación no justifica en sí mismo la decisión de la CNE de imponer formalmente condiciones vinculantes – con las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación combinada de las condiciones decimosexta y decimonovena (véanse considerandos 125 a 127) – con base en dichas declaraciones o compromisos por parte de E.ON.
- (72) Finalmente, el hecho de que, en el recurso administrativo introducido ante el Ministro, E.ON se opusiera a los requisitos en cuestión sólo en relación con ciertos aspectos no puede como tal significar que los aspectos no recurridos sean compatibles con el Derecho comunitario (véase considerando 50).

#### **Requisito de información (condición sexta)**

- (73) Por la condición sexta, la CNE obliga a E.ON a informar, a partir del año 2010, sobre futuras inversiones en actividades reguladas y en lo que se describe como activos estratégicos. La CNE no aporta ninguna justificación explícita para tal requisito, por lo que resulta difícil para la Comisión averiguar las razones de esta condición.
- (74) La Comisión considera que la imposición del requisito en cuestión puede limitar la libertad económica de E.ON tras la adquisición del control sobre Endesa, creando de este modo un obstáculo al ejercicio de los derechos establecidos por las reglas del Tratado sobre libre circulación de capitales y derecho de establecimiento, y que da lugar a un trato discriminatorio.
- (75) Esta condición tiene un carácter discriminatorio puesto que la CNE ha obligado a E.ON a informar sobre futuras inversiones en lo que se describe como activos estratégicos, pese a que la CNE no tiene el poder de imponer obligaciones similares de información de carácter general y de tan largo alcance a operadores energéticos, fuera de casos de adquisición de activos regulados.
- (76) En relación con el argumento de España de que esta condición es inocua y de fácil cumplimiento y que no limita significativamente la libertad económica de E.ON, la Comisión recuerda que una restricción de las libertades fundamentales es contraria al Derecho Comunitario incluso si tiene un alcance limitado o importancia menor (véase considerando 50)<sup>36</sup>.

#### **Requisitos relativos a la vida útil residual de centrales de energía y abastecimiento de gas (condiciones séptima y octava)**

- (77) Por la condición séptima, la CNE requiere a E.ON para que mantenga la vida útil residual de las centrales de generación de Endesa bajo régimen ordinario, tal y como lo había previsto Endesa. Por la condición octava, la CNE requiere a E.ON para que

---

<sup>36</sup> Véase Asunto C-9/02 De Lasteyrie du Saillant, Rec. 2004, p. I-2409, considerando 43. Véase también el Asunto C-49/89 Corsica Ferries France Rec. 1989, p. 4441, donde se dice que "los artículos del Tratado CEE relativos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales constituyen disposiciones fundamentales para la Comunidad, por lo cual está prohibido cualquier obstáculo a esta libertad, aun de importancia menor" (considerando 8).

garantice el cumplimiento de los planes de aprovisionamiento de gas natural remitidos por Endesa a la CNE<sup>37</sup>.

- (78) La CNE no aporta ninguna justificación específica para la imposición del requisito relativo a la vida útil residual de las centrales de generación. Simplemente se refiere a ésta como una de las medidas (además de las condiciones relativas a la enajenación de activos y a la cesión de la gestión examinadas en los considerandos 86 a 117) dirigidas a mitigar los riesgos que la adquisición de las acciones de Endesa por E.ON pueda representar para lo que se describe como activos estratégicos (e implícitamente, para la garantía del suministro energético). Con respecto a la condición de asumir los planes actuales de Endesa relativos a los compromisos de aprovisionamiento de gas natural, la CNE alega que este requisito se dirige a minimizar el riesgo para la garantía del suministro energético.
- (79) La Comisión considera que la imposición de los requisitos en cuestión limita significativamente la libertad económica de E.ON tras la adquisición del control sobre Endesa, creando de ese modo un obstáculo al ejercicio de los derechos previstos en las normas comunitarias sobre libre circulación de capitales y derecho de establecimiento, que no es necesario ni proporcionado para la protección de la garantía del suministro energético, y que da lugar a un trato discriminatorio.
- (80) A este respecto, España no puede argumentar válidamente que tal requisito no limite significativamente la libertad económica de E.ON basándose en que
- i) E.ON no se ha opuesto específicamente a esta condición; y
  - ii) la legislación española requiere de forma general que las sociedades mantengan una capacidad de producción y prevé sanciones graves.
- (81) En cuanto al primer punto, la Comisión recuerda que el hecho de que E.ON no haya recurrido una condición determinada no significa que la misma no restrinja la libertad económica de E.ON (véase considerando 50). En cuanto al segundo punto, debe señalarse que si la reglamentación española requiere generalmente que las sociedades mantengan la capacidad de producción y prevé graves sanciones, ello muestra que no era necesario que la CNE impusiera una condición específica en este aspecto con las consecuencias de largo alcance que se derivan de las condiciones decimosexta y decimonovena (véanse considerandos 125 a 127).
- (82) Según la Comisión, el obstáculo creado por los requisitos en cuestión no está justificado por razones de interés general. La alegación de la CNE sobre la necesidad de los requisitos en cuestión para mitigar el riesgo que la adquisición de las acciones de Endesa por E.ON pueda representar para lo que se describe como activos estratégicos o para la garantía del suministro energético, carece de todo fundamento. España no ha provisto más clarificaciones en este punto en su respuesta a la posición preliminar de la Comisión.
- (83) Además, los requisitos en cuestión tienen un carácter discriminatorio, puesto que la CNE obliga a E.ON a cumplir los planes de Endesa con respecto al mantenimiento

---

<sup>37</sup> Planes enviados por Endesa a la CNE para la elaboración del informe de la CNE “Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural, y de su cobertura”.

de la vida útil residual de las centrales de generación y con respecto al aprovisionamiento de gas natural, incluso a pesar de que estos planes no eran vinculantes para Endesa antes de la operación notificada.

- (84) El hecho de que las tarifas al consumidor final estén reguladas en la legislación española no debería alterar este principio. Incluso si una reglamentación sobre tarifas al consumidor final contuviera implícitamente la suposición sobre las centrales disponibles, tal suposición hecha por la CNE no constituiría una obligación para la empresa de invertir u operar de una manera determinada.
- (85) Por otro lado, el requisito impuesto a E.ON con respecto al aprovisionamiento de gas natural es claramente injustificado y desproporcionado a la luz de las consideraciones desarrolladas por la CNE en su decisión. De hecho, la CNE expresamente reconoce: (i) que las importaciones de Endesa de gas natural licuado no podrían considerarse activos estratégicos, y (ii) que, incluso si tras la operación E.ON decidiera desviar parte del gas natural licuado de Endesa a otros mercados, el efecto de tal acción en el mercado energético español sería limitado porque los contratos de abastecimiento de Endesa representan menos del 10% del consumo total de gas natural en España<sup>38</sup>. Finalmente, el hecho de que otros operadores que controlan cuotas mayores de consumo de gas natural en España no estén vinculados por sus planes de aprovisionamiento pone de relieve la naturaleza desproporcionada y discriminatoria de esta condición.

**Requisitos relativos a la enajenación de activos y cesión de la gestión (condiciones novena a decimotercera)**

*Cesión de la gestión de centrales nucleares de propiedad conjunta y enajenación de centrales nucleares de propiedad exclusiva (condición novena)*

- (86) Por medio de la condición novena, la CNE impone a E.ON
- i) que ceda la gestión ordinaria de las centrales nucleares en las que Endesa disponga de participaciones accionariales a aquellos otros partícipes de dichas centrales;
  - ii) que no participe en la toma de decisiones relativas a la prestación de servicios, fabricación y suministro de equipos y sistemas y aprovisionamiento de combustible destinados a centrales térmicas nucleares; y
  - iii) que proceda a la venta de la única central nuclear propiedad al 100% de Endesa.
- (87) La CNE no pone en duda la competencia de E.ON o su fiabilidad en el sector nuclear. La imposición de la condición novena se razona esencialmente argumentando que la adquisición de control de E.ON sobre Endesa crearía el riesgo de que las decisiones relativas a las centrales se tomen a la luz de intereses empresariales a corto plazo y siguiendo criterios que pueden no coincidir con los intereses generales de España y su política sectorial. Según la CNE, esto sería muy

---

<sup>38</sup> Sección 5.3.2. de la decisión de la CNE.

peligroso considerando la importancia de las centrales nucleares para la seguridad del suministro eléctrico y, en general, para el orden público (debido al riesgo de accidentes o ataques terroristas). Se refiere en particular al hecho de que las obligaciones legales con respecto a la seguridad en las centrales nucleares difieren en España y Alemania y a la práctica de los operadores españoles actuales de adherirse a estándares de seguridad e inversión en seguridad que exceden de aquellos exigidos por la ley, y encuentra que existe el riesgo de que E.ON tenga dificultades en adherirse a estos estándares legales y extraleales. Además, la CNE considera que las decisiones relativas a los activos nucleares deberían permanecer bajo la jurisdicción del regulador español para permitir una supervisión eficiente. La CNE finalmente señala que si los activos nucleares pertenecieran a extranjeros, los intereses de la seguridad nacional sólo se salvaguardarían completamente obligando a los nuevos propietarios a renunciar a la gestión y convertir su adquisición en una pura inversión financiera.

- (88) La Comisión considera que la imposición del requisito en cuestión limita significativamente la libertad económica de E.ON tras la adquisición del control sobre Endesa, creando de ese modo un obstáculo al ejercicio de los derechos previstos en las normas del Tratado CE y del Tratado Euratom sobre libre circulación de capitales y derecho de establecimiento. Tal obstáculo no está justificado por razones de interés general y es contrario a los principios de proporcionalidad y no discriminación.
- (89) En primer lugar, la Comisión recuerda que, al contrario de lo que la CNE argumenta, la seguridad nuclear no es de competencia exclusiva de los Estados miembros sino una competencia compartida con la Comunidad<sup>39</sup>, que las garantías sobre materiales nucleares y la política de abastecimiento de minerales y combustibles nucleares son incluso competencia exclusiva de la Comunidad (Euratom)<sup>40</sup>, y que los usuarios de minerales y combustibles nucleares e instalaciones nucleares están sujetos a una agencia o servicio especializado<sup>41</sup>.
- (90) La Comisión considera que la CNE no ha proporcionado ningún elemento que indique que la adquisición del control sobre Endesa crearía una amenaza real y suficientemente grave para la seguridad tecnológica y física nuclear o para la garantía del suministro energético. En su respuesta a la posición preliminar de la Comisión, España no aportó ningún elemento adicional sino que simplemente reiteró los vagos argumentos de la CNE.
- (91) En su posición preliminar, la Comisión indicó que tras la concentración E.ON/Endesa, las centrales nucleares en cuestión continuarían siendo propiedad (o

---

<sup>39</sup> Véase Asunto C-29/99 Comisión contra Consejo Rec. 2002, p. I-11221. Además, debe destacarse que en el campo de seguridad física nuclear, el Consejo optó por utilizar *soft-law* no vinculante y buscó un “Plan de Acción” en lugar de seguir la propuesta de la Comisión de legislación vinculante.

<sup>40</sup> Véanse letras d) y e) del artículo 2, artículos 52 a 56 y artículos 77 a 85 del Tratado Euratom.

<sup>41</sup> Para el aprovisionamiento de los minerales y combustibles nucleares, los usuarios deben someter sus contratos de abastecimiento a la Agencia de Abastecimiento Euratom (véanse artículos 52 y 60 del Tratado Euratom) y bajo el Reglamento (Euratom) nº 302/2005 los operadores y los propietarios de instalaciones nucleares están sujetos a controles de los inspectores de control de seguridad de la Comisión.

co-propiedad) y gestionadas (o co-gestionadas) por Endesa. El control ejercido actualmente por las autoridades españolas o por los inspectores de control de seguridad de la Comisión no cambiaría de ninguna manera tras la adquisición de las acciones de Endesa por E.ON. Un cambio en la propiedad de una central nuclear no afecta a las competencias de los supervisores nacionales y comunitarios en materia de seguridad física y control de seguridad nuclear, por lo que no puede considerarse que la presente operación ponga en peligro la supervisión eficiente de las instalaciones nucleares.

- (92) Adicionalmente, en la medida en que la CNE considere deseable que se observen estándares de seguridad tecnológica o física que vayan más allá de los estándares mínimos previstos actualmente en España, ésta tiene la posibilidad de prever tales estándares más elevados en medidas reglamentarias específicas o recomendaciones de aplicación general a todos los operadores en el sector, siempre que estas medidas se ajusten al Derecho comunitario, tanto primario como secundario, incluidas las normas propias del ámbito del Tratado Euratom. Por otro lado, no está en absoluto fundamentado por qué, según la CNE, los intereses empresariales de E.ON serían diferentes de los de los actuales accionistas de Endesa (que incluyen un gran número de inversores internacionales) o por qué los intereses de E.ON estarían más orientados a consideraciones comerciales de corto plazo o menos compatibles con el interés general y la política sectorial española. España no ha provisto ninguna clarificación sobre estos puntos en su respuesta a la posición preliminar de la Comisión.
- (93) A este respecto, está claro que el asumir simplemente, sin ningún elemento de apoyo, que un operador de otro Estado miembro, que tiene todas sus actividades fuera de España, tendría consideraciones comerciales de corto plazo contrarias a los intereses españoles, sería completamente irracional y contrario a los principios básicos del Derecho comunitario.
- (94) En su análisis preliminar, la Comisión consideró asimismo que no se alegaba razón alguna por la que la venta de una central nuclear de Endesa a otra empresa o la gestión por otros copropietarios a exclusión de Endesa podría garantizar mejor la seguridad nuclear o la garantía del abastecimiento energético. España contestó que, según el Real Decreto-Ley, la venta de una central nuclear estará sujeta a la autorización previa de la CNE y por tanto, la CNE se asegurará que el comprador no ponga en peligro la seguridad nuclear y la garantía del suministro. Sin embargo, este argumento no contesta a la preocupación de la Comisión, ya que no justifica por qué tal venta sería necesaria para garantizar mejor la seguridad del suministro y la garantía del abastecimiento energético.
- (95) La Comisión consideraba en su análisis preliminar que la condición impuesta por la CNE parece en realidad estar motivada por consideraciones de política energética relativas a la necesidad de mantener las centrales nucleares bajo control de una compañía española, debido a lo que se describe como la importancia estratégica para el país. El simple hecho de que una empresa española que posea y controle centrales nucleares pueda pertenecer a un grupo europeo parece ser considerado por la CNE como contrario a este objetivo de política energética. En su respuesta, España razonó que este argumento es incorrecto por el hecho de que una sociedad extranjera como EDP (a través de Hidrocarburos) tiene una participación del 15,5% en una central nuclear española. Sin embargo, la Comisión señala que, el hecho de que en casos precedentes las autoridades españolas no se opusieran a inversiones extranjeras en

centrales nucleares no muestra por sí mismo que, en el caso presente, estas autoridades no se opongan, por razones de política energética, a la entrada de E.ON en la propiedad o gestión de una central.

- (96) Sobre esta base, la Comisión considera, por tanto, que este requisito constituye un medio de discriminación arbitraria o de restricción encubierta a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento. España impugna esta conclusión en la medida en que la decisión de la CNE sólo limita la gestión ordinaria de centrales nucleares y sólo requiere desinversiones cuando tal limitación a la gestión no es posible. La Comisión sin embargo recuerda una vez más que para ser contrarias a los artículos 43 y 56 del Tratado es suficiente que las medidas nacionales creen obstáculos al derecho de establecimiento y a la libre circulación de capitales, sin que sea necesario que tales medidas impidan completamente el ejercicio de tales libertades fundamentales (véase considerando 49). Además, la Comisión observa que varias empresas comunitarias tienen participaciones en centrales nucleares en otros Estados miembros. En cuanto a España, la Comisión recuerda, como se señala en el considerando 95, que EDP (a través de Hidrocantábrico) tiene una participación del 15,5% en la central nuclear de Trillo. Además, la compañía francesa Suez (a través de Electrabel) controla activos nucleares en Bélgica y la compañía sueca Vattenfal tiene participaciones en centrales nucleares en Alemania. En ninguno de estos casos, la propiedad y gestión extranjeras de centrales nucleares crea problemas específicos de seguridad pública y seguridad del abastecimiento que vayan más allá de las preocupaciones generales en el sector que pueden ser tratadas a través de medidas sectoriales generales.
- (97) Finalmente, a la luz de los elementos indicados anteriormente, la Comisión considera que la condición novena viola igualmente las disposiciones del Tratado Euratom<sup>42</sup> que prohíben toda discriminación basada en la nacionalidad y garantizan el derecho de establecimiento.
- (98) En cualquier caso, parece que medidas menos restrictivas (tales como la imposición de obligaciones específicas y bien definidas relativas a la gestión de las centrales nucleares) podrían haber permitido a España superar los problemas que supuestamente se derivarían de la adquisición de Endesa por E.ON.

*Enajenación de activos extra-peninsulares (condición décima)*

- (99) En la condición décima, la CNE obliga a E.ON a enajenar activos de Endesa fuera de la España peninsular.
- (100) La CNE subraya las singularidades de estos sistemas, señalando en particular que implican costes superiores (debido a su carácter aislado), por lo que requieren una retribución adecuada. Mientras que Endesa ha asegurado hasta ahora el suministro de energía fuera de la España peninsular, la CNE considera que dicho suministro se pondría en peligro si Endesa fuese controlada por una compañía que, como E.ON, tenga su centro de toma de decisiones en otro país. Según la CNE, dicha compañía podría tener estrategias empresariales que podrían no corresponderse con el interés de garantizar el suministro energético en las áreas aisladas fuera de la España peninsular.

---

<sup>42</sup> Artículos 92 a 100 del Tratado Euratom, en particular el artículo 97.

- (101) La Comisión considera que la imposición del requisito en cuestión limita significativamente la libertad económica de E.ON tras la adquisición del control sobre Endesa, creando de ese modo un obstáculo al ejercicio de los derechos previstos en las normas comunitarias sobre libre circulación de capitales y derecho de establecimiento. Tal obstáculo no está justificado por razones de interés general y es contrario a los principios de proporcionalidad y no discriminación.
- (102) También en este caso, la CNE no ha facilitado ningún elemento que indique que la adquisición de control por parte de E.ON sobre Endesa crearía una amenaza real y suficientemente grave para la garantía del suministro energético. Tampoco la respuesta de España a la posición preliminar de la Comisión ha provisto tal elemento.
- (103) Tras la concentración E.ON/Endesa, Endesa continuaría poseyendo y gestionando sus activos fuera de la España peninsular bajo el mismo sistema reglamentario. La adquisición de las acciones de Endesa por parte de E.ON no parece que vaya a afectar a estos activos. Sobre todo, la CNE no explica: (i) por qué los intereses empresariales de E.ON con respecto al suministro energético fuera de la España peninsular serían diferentes de los que tienen los actuales accionistas de Endesa, y (ii) por qué la venta de los activos de Endesa a otra compañía garantizaría dicho suministro. De nuevo, la respuesta de España a la posición preliminar de la Comisión no ha provisto tampoco tal elemento.
- (104) La verdadera razón de este requisito parece de nuevo estar ligada a consideraciones de política energética relacionadas con el mantenimiento de estos activos, considerados estratégicos, bajo control de una empresa española. Esta condición parece por tanto constituir igualmente un medio de discriminación arbitraria o de restricción encubierta a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento.
- (105) Además, la Comisión considera que medidas menos restrictivas (como la imposición de obligaciones de servicio público con arreglo al apartado 5 del artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE y la instauración de adecuados mecanismos de compensación con respecto al aprovisionamiento energético en áreas aisladas fuera de la España peninsular, sin discriminación entre proveedores) podrían haber permitido superar cualquier riesgo percibido para la seguridad de abastecimiento energético fuera de la España peninsular.

*Enajenación de las centrales de generación que consuman carbón nacional (condición undécima)*

- (106) En la condición undécima, la CNE impone a E.ON la enajenación de las centrales térmicas de Endesa que consumen carbón nacional.
- (107) La CNE indica que las autoridades españolas fomentan el uso del carbón doméstico para la generación eléctrica, no sólo por razones de índole social, sino también, y sobre todo, por razones de seguridad de abastecimiento energético. Según la CNE, las autoridades españolas no han creado sin embargo una obligación expresa para el uso del carbón doméstico, sino que únicamente prevén un apoyo a los precios de la electricidad y otras formas de incentivos. En este contexto, según la CNE, la adquisición de control por parte de E.ON sobre Endesa representaría un riesgo para los objetivos españoles con respecto al uso de carbón nacional. Esto esencialmente porque los intereses empresariales de E.ON podrían no coincidir con los intereses

generales que de manera expresa o tácita son perseguidos por otras empresas productoras de electricidad.

- (108) La Comisión considera que la imposición del requisito en cuestión limita significativamente la libertad económica de E.ON tras la adquisición del control sobre Endesa, creando de ese modo un obstáculo al ejercicio de los derechos previstos en las normas comunitarias sobre libre circulación de capitales y derecho de establecimiento. Tal obstáculo no está justificado por razones de interés general ni cumple con los principios de proporcionalidad y no discriminación.
- (109) Una vez más, la Comisión considera que la CNE no ha proporcionado ningún elemento que indique que la adquisición de control por E.ON sobre Endesa crearía una amenaza real y suficientemente grave para la garantía del suministro energético.
- (110) Tampoco en este caso, la CNE no explica de manera alguna: (i) por qué los intereses empresariales de E.ON con respecto al uso del carbón nacional podrían ser diferentes a los de los actuales accionistas de Endesa, y (ii) por qué la venta de las centrales de Endesa a otra empresa garantizaría mejor tal uso así como la garantía del abastecimiento energético. La respuesta de España a la posición preliminar de la Comisión tampoco ha provisto tal explicación.
- (111) También, el presente requisito parece estar inspirado meramente en el objetivo de política sectorial de mantener bajo control de una empresa española activos considerados estratégicos para el país. Tal condición, por tanto, constituye un medio de discriminación arbitraria o restricción encubierta a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento. En su respuesta al análisis preliminar, España argumentó que la ausencia de tal objetivo de política se demuestra por el hecho de que algunas sociedades de otros Estados miembros tales como la portuguesa EDP (a través de Hidrocantábrico) y la italiana ENEL (a través de Viesgo) actualmente poseen centrales térmicas en España que usan carbón doméstico. Sin embargo, el hecho de que en el pasado las autoridades españolas no se opusieran a las inversiones de estas sociedades en centrales térmicas no demuestra por sí mismo que, en el caso presente, estas autoridades no se opongan, por razones de política energética, a la entrada de E.ON en la propiedad de centrales térmicas.
- (112) Al contrario, el hecho de que otras sociedades de la UE activas en otros Estados miembros operen centrales de carbón doméstico en España sin ningún problema para la seguridad del suministro muestra que los requisitos impuestos a E.ON a este respecto son innecesarios y desproporcionados.
- (113) La Comisión recuerda asimismo que la legislación comunitaria establece un marco dentro del cual los Estados miembros pueden aumentar la seguridad del suministro energético a través del uso de fuentes autóctonas. Constituyen la legislación comunitaria pertinente la Directiva 2003/54/CE, en particular sus artículos 3 y 11, y el Reglamento (CE) nº 1407/2002 del Consejo, de 23 de julio de 2002, sobre las ayudas estatales a la industria del carbón<sup>43</sup>.
- (114) El apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2003/54 prevé que “[...] los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico

---

<sup>43</sup> DO L 205 de 2.8.2002, p. 1. Reglamento modificado por el Acta de adhesión de 2003.

*general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro [...] Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión Europea el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red”.* Los Estados miembros tienen que informar a la Comisión de cualquier medida adoptada a este respecto. España ha adoptado recientemente una nueva medida legal (Real Decreto-Ley 7/2006), que prevé la posibilidad de ayudas de Estado para centrales térmicas y un sistema de incentivos para la entrada preferente en funcionamiento de las instalaciones generadoras que utilicen carbón autóctono<sup>44</sup>. Ha adoptado, por tanto, medidas menos restrictivas que permiten superar los supuestos problemas identificados por la CNE.

- (115) Además, la Comisión recuerda que el Reglamento (CE) nº 1407/2002 permite a los Estados miembros conceder subsidios al carbón autóctono hasta el nivel de los precios que prevalezcan en el mercado mundial (véanse artículo 4 y apartado 3 del artículo 5 del Reglamento). Uno de los objetivos de dicho Reglamento es asegurar que los Estados miembros puedan proporcionar un nivel mínimo de carbón autóctono para incrementar la seguridad del abastecimiento energético. España actualmente concede ayudas de Estado a su industria del carbón con base en dicho Reglamento<sup>45</sup>. La Comisión considera que esto debería ser suficiente para alcanzar el objetivo de aumentar la seguridad del abastecimiento energético por medio del uso del carbón nacional.
- (116) A este respecto, España meramente señala que las medidas sugeridas no pueden ser impuestas por la CNE porque esta autoridad no sería competente para adoptar tales medidas. Sin embargo, la Comisión observa que la CNE podría haber pedido a España que adoptase tales medidas si las consideraba necesarias. En cualquier caso, la Comisión reitera que España no puede basarse en lagunas de su propio ordenamiento jurídico o en cuestiones relativas a su organización administrativa para justificar la violación del artículo 21 del Reglamento de concentraciones.

#### *Condiciones duodécima y decimotercera*

- (117) Las condiciones duodécima y decimotercera se refieren al cumplimiento de las condiciones novena a undécima. En la medida en que dichas condiciones no están justificadas por razones de interés general ni cumplen con los principios de proporcionalidad y no discriminación, las condiciones duodécima y decimotercera son asimismo incompatibles con el artículo 21 del Reglamento de concentraciones.

---

<sup>44</sup> Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético.

<sup>45</sup> La Comisión ha autorizado una ayuda de Estado para la industria del carbón español para los años 2003-2005 (véase Decisión de la Comisión ayuda de Estado C 14/2004 de 21 de diciembre de 2005). España ha notificado a la Comisión en primavera de 2006 una ayuda de Estado para la industria del carbón español para los años 2006 a 2010. Esta notificación está actualmente siendo analizada.

**Condiciones relativas a los poderes de decisión de la CNE (condiciones decimocuarta, decimoquinta, decimosexta, decimoséptima y decimonovena)**

- (118) Un cierto número de condiciones impuestas por la CNE se refieren a sus propios poderes de decisión, ya sea:
- i) por requerir la autorización previa de la CNE para la adquisición de participaciones en Endesa (condición decimocuarta); o
  - ii) por conceder a la CNE el poder de revisar o revocar su autorización (condicional) si se dan ciertas circunstancias (condiciones decimoquinta, decimosexta, decimoséptima y decimonovena).
- (119) En concreto, a través de la condición decimocuarta, la CNE requiere su autorización previa para la adquisición de más del 10% del capital social de Endesa (o cualquier participación que conceda una influencia significativa en dicha compañía) o para la adquisición de ciertos activos de Endesa<sup>46</sup>.
- (120) El Tribunal de Justicia ha considerado que las medidas que establecen un procedimiento de aprobación previa restringen, por su propio objeto, la libre circulación de capitales<sup>47</sup>. Además, las medidas que afecten a la situación de adquirentes de una participación en una empresa pueden por sí mismas disuadir a los inversores de otros Estados miembros de efectuar tales inversiones y, en consecuencia, constituir una restricción a la libre circulación de capitales<sup>48</sup>. En su respuesta, España no discute la legalidad o ilegalidad de esta condición sino que simplemente se refiere al procedimiento de infracción pendiente (Infr. No 2006/2222) iniciado por la Comisión contra el Real Decreto-Ley.
- (121) En virtud de la condición decimoséptima, la CNE retiene el poder, por un período de 10 años, de revocar o revisar su autorización (condicional) en caso de adquisición (directa o indirecta) por un tercero de más del 50% del capital social o de los derechos de voto en E.ON.
- (122) El Tribunal de Justicia<sup>49</sup> ha establecido que las medidas que puedan impedir la adquisición de acciones en empresas y disuadir a inversores de otros Estados miembros de efectuar inversiones directas, pueden hacer que la libre circulación de capitales sea ilusoria, constituyendo por tanto una restricción de la misma. Al otorgar a la CNE la facultad discrecional de revocar o revisar su autorización – lo

---

<sup>46</sup> Esta condición se refiere en particular a los activos afectos al desarrollo de las actividades previstas en la Ley del Sector Eléctrico Disposición Adicional Undécima, sección 3(1) *Función 14*, en su versión modificada (esto es, actividades reguladas o actividades sujetas a una intervención administrativa que implique una relación de sujeción especial).

<sup>47</sup> Véanse Asuntos acumulados C-515/99 y C-527/99 a C-540/99, Reisch y Otros Rec. 2002, p. I-02157 considerando 32, y Asunto C-302/97, Konle, Rec. 1999, p. I-03099 considerando 39.

<sup>48</sup> Véanse Asunto C-98/01, Comisión contra Reino Unido, Rec. 2003, p. I-4641 considerando 47; Asunto C-463/00, Comisión contra España Rec. 2003, p. I-4581 considerandos 61 y 62.

<sup>49</sup> Véanse por ejemplo Asunto C-367/98, Comisión contra Portugal, Rec. 2002, p. I-4731 considerando 52 y Asunto C-483/99, Comisión contra Francia, Rec. 2002, p. I-4781 considerando 41.

que puede comportar la obligación para E.ON de vender las acciones en Endesa – en caso de adquisición (directa o indirecta) por un tercero de más del 50% del capital social o de los derechos de voto en E.ON, se puede disuadir a inversores potenciales de realizar inversiones directas en E.ON, ya que la posible venta de acciones de Endesa puede afectar al valor de mercado de E.ON o a su atractivo financiero.

- (123) Contrariamente a la opinión de España, el hecho de que una violación similar pudiera haber sido cometida por las autoridades alemanas en el marco de la operación E.ON/Ruhrgas no afecta a la legalidad o ilegalidad de la condición impuesta por la CNE<sup>50</sup>.
- (124) Además, la Comisión ya clarificó que el hecho de que E.ON no recurriera una condición determinada no significa que esta condición no restrinja la libertad económica de E.ON (véase considerando 50).
- (125) La condición decimosexta establece que la violación de las condiciones y obligaciones impuestas por la CNE puede dar lugar a la revocación de su autorización (lo que implicaría la obligación de vender las acciones de Endesa y puede incluso acarrear la suspensión inmediata de los derechos de voto de E.ON sobre las acciones de Endesa adquiridas). Leída en relación con la condición decimonovena (según la cual todas y cada una de las condiciones impuestas por la CNE tienen un carácter esencial para autorizar a E.ON a adquirir el control sobre Endesa), la condición decimosexta podría implicar que cualquier violación (incluso mínima) de un requisito establecido por cualquiera de las condiciones impuestas por la CNE pueda llevar a la revocación de la autorización y por tanto, a la obligación de vender las acciones de Endesa.
- (126) España argumenta que la condición decimosexta podría justificar la revocación de la autorización de la CNE sólo tras un incumplimiento “sustancial” de las condiciones que pusiera en peligro la garantía del abastecimiento. Sin embargo, la Comisión observa que ésto no se especifica en el texto de la condición, lo que podría llevar a una interpretación diferente. En cualquier caso, está lejos de estar claro que violación de las condiciones podría ser considerada sustancial y poner en peligro la garantía del abastecimiento. La ambigüedad del texto de esta condición puede en sí mismo generar incertidumbres para E.ON, obstaculizando por tanto su comportamiento económico.
- (127) El amplio poder retenido por la CNE con respecto a la posible revocación de su autorización debería además ser considerado en relación con ciertas condiciones que imponen a E.ON requisitos muy generales y redactados de forma vaga. Tales requisitos parecen conceder a la CNE un margen de apreciación muy amplio para su interpretación y aplicación. Este es el caso en particular de la condición decimoquinta, por la cual la CNE obliga a E.ON a no dar preferencia a sus propios intereses como sociedad matriz cuando adopte decisiones estratégicas relativas a Endesa, en la medida en que afecten negativamente a la garantía del suministro energético en España. En su respuesta, España impugna este punto refiriéndose a la

---

<sup>50</sup> Véanse a tal efecto, entre otros, Asunto 232/78 Comisión contra Francia, Rec. 1979, p. 2729, considerando 9; Asunto 325/82 Comisión contra Alemania, Rec. 1984, p. 777, considerando 11; Asunto C-146/89 Comisión contra Reino Unido, Rec. 1991, p. I-3533, considerando 47; y Asunto C-5/94 Hedley Lomas, Rec. 1996, p. I-2553, considerando 20.

jurisprudencia del Tribunal Supremo español, lo que aclararía que la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados no implique un poder discrecional. Sin embargo, la Comisión reitera que la indeterminación de la condición decimoquinta no permite que los particulares conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones que se derivan del artículo 56 del Tratado, por lo que debe considerarse que dicho régimen es contrario al principio de seguridad jurídica del Derecho comunitario. Las autoridades administrativas disponen en la materia de una facultad discrecional especialmente amplia que menoscaba gravemente la libre circulación de capitales y que puede incluso reducirla a la nada<sup>51</sup>.

- (128) Por tanto, la Comisión considera que las condiciones antes mencionadas crean grandes incertidumbres para la actividad económica de E.ON tras la adquisición del control sobre Endesa, por someterla a un control muy amplio de la CNE, con la amenaza constante de revisión o revocación de la decisión de autorización de la CNE. Dichas condiciones crean pues un obstáculo al ejercicio por E.ON de los derechos previstos en las normas comunitarias relativas a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento. Además, las condiciones decimocuarta y decimoséptima pueden disuadir a inversores de adquirir participaciones significativas en Endesa (o algunos activos de Endesa) o más del 50% del capital social o de los derechos de voto en E.ON, creando por tanto un obstáculo más general a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento.
- (129) Los obstáculos anteriormente mencionados no están justificados por razones de interés general ni son compatibles con los principios de proporcionalidad y no discriminación. La Comisión recuerda una vez más que, según el Tribunal de Justicia<sup>52</sup>, la garantía del abastecimiento energético mínimo en caso de crisis puede responder a un interés público legítimo en el sentido de la letra b) del apartado 1 del artículo 58 del Tratado. En el presente asunto, sin embargo, las consideraciones de interés general invocadas no se limitan a la garantía del abastecimiento energético mínimo en caso de crisis, ni incluso están relacionadas de manera demostrable con dicha garantía. Por tanto, la invocación de este objetivo no justifica las restricciones con base en el artículo 56 del Tratado.
- (130) A este respecto, parece que existirían medidas menos restrictivas que eliminaran los problemas específicos para el interés general y la garantía del suministro energético, que podrían potencialmente generarse debido a decisiones o comportamientos de Endesa y E.ON tras la realización de la presente operación, o a decisiones o comportamiento de hipotéticos futuros inversores que hubieran adquirido ciertos activos de Endesa o más del 50% del capital o de los derechos de voto en E.ON. De hecho, una reglamentación apropiada de aplicación general o medidas que hagan posible una específica reacción (proporcionada) por parte de las autoridades públicas para prevenir cualquier amenaza al interés general o a la garantía del suministro energético resultante de tales decisiones o comportamientos, permitirían salvaguardar tales intereses generales sin excesivas restricciones a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento.

---

<sup>51</sup> Véanse Asunto C-463/00, Comisión contra España, Rec. 2003, p. I-4581, considerandos 75-76.

<sup>52</sup> Véanse Asunto C-503/99, Comisión contra Bélgica, Rec. 2002, p. I-4809, considerando 46; Asunto C-483/99, Comisión contra Francia, Rec. 2002, p. I-4781, considerando 47; Asunto C-463/00, Comisión contra España, Rec. 2003, p. I-4581, considerando 71.

(131) Además, la Comisión considera que el requisito de no dar preferencia a los propios intereses de E.ON como sociedad matriz cuando adopte decisiones estratégicas relativas a Endesa que afecten negativamente a la garantía de suministro energético en España tiene un carácter discriminatorio, ya que no existe obligación similar para los demás operadores energéticos activos en España. En su respuesta al análisis preliminar de la Comisión, España no ha demostrado que las especificidades alegadas de las normas de gobierno de las sociedades alemanas justificaran un trato diferente.

## **VIII. CONCLUSIÓN**

(132) Con base en cuanto precede, la Comisión llega a la conclusión de que España ha violado el artículo 21 del Reglamento de concentraciones (y, en particular, sus apartados 2, 3 y 4) puesto que:

- a) la adopción y aplicación de la decisión de la CNE de 27 de julio de 2006 sin comunicación previa a la Comisión, ni autorización por parte de la misma, incumple la específica obligación de comunicación contenida en el citado artículo; y
- b) la CNE ha sometido la adquisición de control de E.ON sobre Endesa (esto es, una concentración de dimensión comunitaria) a una serie de condiciones contrarias a las normas comunitarias sobre libre circulación de capitales y derecho de establecimiento, interfiriendo por ello indebidamente en la competencia exclusiva de la Comisión para decidir sobre una concentración de dimensión comunitaria.

(133) El hecho de que la decisión de la CNE haya sido recurrida ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio no modifica la conclusión expuesta en el considerando 132, ya que dicho recurso administrativo no ha impedido la aplicación de la decisión de la CNE ni ha suspendido sus efectos. Además, la resolución de tal procedimiento no puede predecirse. En tal situación, el hecho de que la decisión de la CNE pueda estar sujeta a modificaciones no impide a la Comisión llegar a una conclusión sobre la ilegalidad de la decisión en su estado actual. De hecho, una modificación de la decisión de la CNE para ajustarla al Derecho comunitario simplemente eliminaría la infracción declarada por la presente Decisión.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

*Artículo 1*

España ha violado el artículo 21 del Reglamento (CE) nº 139/2004, en razón de la adopción, sin comunicación previa a la Comisión, ni autorización de ésta, de la decisión de la CNE de 27 de julio de 2006, que somete la adquisición por parte de E.ON del control sobre Endesa a una serie de condiciones (condiciones primera a decimoséptima y condición decimonovena de dicha decisión) contrarias a los artículos 43 y 56 del Tratado CE y, en relación asimismo con la condición novena, al artículo 97 del Tratado Euratom.

*Artículo 2*

España deberá retirar sin dilación las condiciones impuestas por la CNE en su decisión de 27 de julio de 2006, que han sido declaradas incompatibles con el Derecho comunitario en virtud del artículo 1 de la presente Decisión.

*Artículo 3*

El destinatario de la presente Decisión será el Reino de España.

Hecho en Bruselas, el 26.09.2006

Por la Comisión,  
Neelie Kroes,  
Miembro de la Comisión