

*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: 20/12/2006



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 20.12.2006

C(2006)7039 final

VERSION PUBLICA

**Decisión de la Comisión**

**de 20.12.2006**

**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)**

## **Decisión de la Comisión**

**de 20.12.2006**

**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) Con fecha de 3 de noviembre de 2006, el Ministro español de Industria, Turismo y Comercio adoptó una resolución modificando algunas de las condiciones que la Comisión Nacional de la Energía (en lo sucesivo, “CNE”) había impuesto a la propuesta de concentración entre E.ON A.G. (en lo sucesivo, “E.ON”), empresa de energía con domicilio social en Düsseldorf, Alemania y Endesa S.A. (en lo sucesivo, “Endesa”), empresa de energía con domicilio social en Madrid, España.
- (2) La presente Decisión se refiere a la compatibilidad de algunas de las condiciones modificadas con el Artículo 21 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”)<sup>1</sup>.

---

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

## I. LA OPERACIÓN NOTIFICADA

- (3) Con fecha de 21 de febrero de 2006, E.ON anunció su intención de lanzar una oferta pública de adquisición (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 ( CNMV) el folleto de oferta pública. La CNMV informó a E.ON de que esta oferta competía con la que con anterioridad había lanzado la empresa de energía 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, que se desarrollan en Europa y en 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. La distribución de las acciones de E.ON es muy dispersa 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 de Europa, de América del Sur y del Norte de África. Las acciones de Endesa cotizan en las bolsas de Madrid y de Nueva York y su distribución también es muy dispersa. Los accionistas de Endesa incluyen empresas españolas así como inversores internacionales.
- (6) Con fecha de 16 de marzo de 2006, E.ON notificó a la Comisión la concentración resultante de esta OPA con arreglo al Reglamento comunitario de concentraciones. El 25 de abril de 2006, la Comisión adoptó una Decisión en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b) del Reglamento comunitario de concentraciones por la que (i) estableció que la operación constituía una concentración de dimensión comunitaria en virtud de los artículos 1 y 3 del Reglamento comunitario de concentraciones; y (ii) declaró que era compatible con el mercado común<sup>2</sup>.

## II. ANTECEDENTES

### *La OPA competidora de Gas Natural*

- (7) Con fecha de 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 febrero de 2006, tras recibir todas las autorizaciones reglamentarias, incluida la autorización del Consejo de Ministros español en virtud de 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 y tenía una duración inicial de 45 días naturales. La fecha de expiración, sin embargo, ha sido suspendida por dos autos de medidas cautelares dictados por tribunales españoles.

---

<sup>2</sup> Véase la Decisión de la Comisión de 25 de abril de 2006 en el asunto No COMP/M. 4110 E.ON/Endesa.

- (9) En particular, el 21 de marzo de 2006, el Juzgado de lo Mercantil N° 3 de Madrid dictó 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 caución. El 5 de abril de 2006, la CNMV informó al mercado de la suspensión de la OPA de Gas Natural.
- (10) Con fecha de 21 de abril de 2006, el Tribunal Supremo español dictó auto suspendiendo la decisión del Consejo de Ministros por la que se autorizaba con condiciones la adquisición de Endesa por Gas Natural. Este auto supedita también la suspensión a la presentación previa por parte de Endesa de una caución de mil millones de euros. A tal efecto, 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 de 28 de julio de 2006, Gas Natural presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español contra el auto del Tribunal Supremo.
- (11) Endesa ha pedido recientemente el levantamiento de ambas medidas cautelares.

*Las nuevas disposiciones españolas*

- (12) Como ya se ha indicado, con fecha 21 de febrero de 2006, E.ON lanzó una 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 disposición con carácter urgente: el Real Decreto-ley 4/2006 (en lo sucesivo, “Real Decreto-ley”) ampliando los poderes de supervisión de la CNE<sup>3</sup>.
- (13) En virtud del 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>4</sup> o en otras actividades determinadas, tiene que ser aprobada previamente por la CNE. La CNE lleva a cabo un examen de legalidad basado en los siguiente motivos, de carácter general:
- a) la existencia de riesgos significativos o efectos negativos (directos o indirectos) sobre actividades reguladas o ciertas actividades sujetas a una intervención administrativa;

---

<sup>3</sup> Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de la Energía (BOE 50 de 28.2.2006).

<sup>4</sup> Las actividades reguladas incluyen principalmente el transporte y la distribución de gas y electricidad.

- b) la protección del interés general en el sector energético y, en particular, la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de política sectorial, prestando especial atención a los activos de consideración estratégica<sup>5</sup>;
  - c) la posibilidad de que la entidad que realice actividades reguladas o ciertas actividades sujetas a una intervención administrativa no pueda asegurar el ejercicio de las mismas a consecuencia de cualesquiera otras actividades desarrolladas por la entidad adquiriente o por la adquirida;
  - d) la seguridad pública.
- (14) La misma autorización se requiere para la adquisición de activos.
- (15) 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>6</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>7</sup>.

*El procedimiento de infracción de la Comisión relativo al Real Decreto-ley*

- (16) Con fecha de 3 de mayo de 2006, la Comisión inició un procedimiento de infracción contra España relativo al Real Decreto-ley, enviando a las autoridades españolas una carta de emplazamiento en virtud del artículo 226 del Tratado<sup>8</sup>.
- (17) Según la posición de la Comisión, las disposiciones del Real Decreto-ley que conceden poderes especiales a la CNE podrían ser contrarias a 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). Ello, en particular, porque los motivos por los que la CNE puede conceder o rechazar su autorización son vagos e indeterminados, confiriendo

---

<sup>5</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>6</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>7</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.

<sup>8</sup> Infr. n° 2006/2222.

por ello a las autoridades amplios poderes discrecionales, y plantean dudas sobre la proporcionalidad de la medida. España contestó a dicha carta de emplazamiento mediante carta de 25 de julio de 2006.

- (18) Tras analizar la respuesta española a la carta de emplazamiento, la Comisión siguió sosteniendo que los poderes especiales previstos por la ley española pueden restringir indebidamente la libertad de circulación de capitales y el derecho de establecimiento y, en consecuencia, el 29 de septiembre de 2006 envió un dictamen motivado. Mediante carta de 29 de noviembre de 2006, las autoridades españolas contestaron el dictamen motivado, reiterando las observaciones hechas en su anterior respuesta a la carta de emplazamiento

### **III. MEDIDAS ADOPTADAS POR ESPAÑA RESPECTO DE LA CONCENTRACIÓN E.ON/ENDESA**

- (19) De conformidad con el Real Decreto-Ley, con fecha de 23 de marzo de 2006, E.ON solicitó a la CNE que autorizara (incondicionalmente) la propuesta de adquisición de Endesa. Con fecha de 27 de julio de 2006, la CNE adoptó una decisión sometiendo esta operación a ciertas condiciones (en lo sucesivo, “la decisión de la CNE”). La decisión de la CNE fue adoptada y entró en vigor sin la comunicación previa a la Comisión y sin la aprobación de ésta (véase la sección IV).
- (20) Con fecha de 10 de agosto de 2006 E.ON presentó un recurso administrativo de alzada ante el Ministro español de Industria, Turismo y Comercio (en lo sucesivo, “el Ministro”) contra la decisión de la CNE, solicitando, en particular, la declaración de que la CNE no era competente para imponer condiciones; alternativamente, que la OPA fuera autorizada incondicionalmente; y alternativamente, que algunas de las condiciones fueran anuladas o modificadas<sup>9</sup>.
- (21) Con fecha de 3 de noviembre de 2006, el Ministro resolvió sobre el recurso de alzada de E.ON y adoptó una resolución modificando parcialmente las condiciones impuestas por la CNE. E.ON declaró públicamente que aceptaba las condiciones modificadas.
- (22) Con fecha de 16 de noviembre de 2006, la CNMV autorizó la OPA de E.ON. El periodo de aceptación de esta OPA fue suspendido sin embargo en virtud de la legislación nacional del mercado de valores, debido a la suspensión de la OPA de Gas Natural sobre Endesa por los tribunales nacionales<sup>10</sup>. Tras las autorización de la CNMV, el 17 de noviembre de 2006, Endesa solicitó el levantamiento de las medidas cautelares anteriormente mencionadas.<sup>11</sup>

---

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

<sup>10</sup> Véase Hecho Relevante No 72583 comunicado a la CNMV el 16 de noviembre de 2006.

<sup>11</sup> Véase Hecho Relevante No 72619 comunicado a la CNMV el 16 de noviembre de 2006.

#### **IV. LA OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN DE ABSTENERSE DE APLICAR LA NORMATIVA NACIONAL EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES**

- (23) En virtud del artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones, la Comisión tiene competencia exclusiva para analizar los efectos sobre la competencia de las concentraciones de dimensión comunitaria que se define en los artículos 1 y 3 de dicho Reglamento.
- (24) El artículo 21 establece que los Estados miembros no aplicarán su legislación nacional de competencia a tales concentraciones. Además, los Estados miembros pueden adoptar medidas para prohibir, condicionar o comprometer de algún modo tales operaciones únicamente si
- i) las medidas de que se trate protegen intereses distintos de los considerados por el Reglamento comunitario de concentraciones; y
  - ii) dichas medidas son necesarias y proporcionadas para la protección de intereses compatibles con los principios generales u otras disposiciones del Derecho comunitario.
- (25) 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, condicionar 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.
- (26) Según el artículo 21, apartado 4, párrafo tercero del Reglamento comunitario de concentraciones, las medidas nacionales que puedan prohibir, condicionar 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 entrada en vigor. La Comisión debe entonces decidir si tales medidas son necesarias y proporcionadas para la protección de un interés compatible con el Derecho comunitario y si no constituyen una violación de los principios generales u otras disposiciones de Derecho comunitario, y en particular, que no constituyan un medio de discriminación arbitraria o una restricción encubierta del derecho de establecimiento o de la libre circulación de capitales.
- (27) Para asegurar el efecto útil del artículo 21, apartado 4, párrafo tercero del Reglamento comunitario de concentraciones, leído en relación con el artículo 10 del Tratado (obligación de cooperación leal), dicha disposición debe aplicarse cuando existan dudas razonables sobre si las medidas nacionales que puedan afectar y, en particular, prohibir, condicionar o comprometer una concentración de dimensión comunitaria, se dirigen realmente a proteger un



“interés reconocido” o cumplen con los principios de proporcionalidad y no discriminación<sup>12</sup>.

- (28) Mediante carta de 27 de marzo de 2006, los Servicios de la Comisión (Dirección General de Competencia) recordaron dichos principios a las autoridades españolas a propósito de la decisión que la CNE tenía que adoptar en relación a la OPA de E.ON. En este contexto, la Dirección General de Competencia invitó a las autoridades españolas:
- (a) a transmitir a la Comisión cualquier proyecto de decisión negativa o condicional que la CNE tuviese intención de 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.
- (29) Con fecha de 24 de abril de 2004, España contestó a esta carta declarando su disconformidad con la Dirección General de Competencia; en particular, España consideraba que las medidas que la CNE pudiera adoptar en virtud del Real Decreto-Ley no estaban sujetas a la obligación de abstenerse de aplicar normativa nacional (“*stand-still obligation*”) establecida en el artículo 21, apartado 4 del Reglamento comunitario de concentraciones.

## **V. LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2006 CON ARREGLO AL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES**

- (30) Con fecha de 26 de septiembre de 2006, la Comisión adoptó una decisión relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones (en lo sucesivo, “la primera decisión de la Comisión con arreglo al artículo 21”), en la que declaró que España había violado el artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones.
- (31) En concreto, en el artículo 1 de la Decisión, la Comisión declaró que España había violado el artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones en razón de la adopción, sin comunicación previa a la Comisión, ni autorización de ésta, de la decisión de la CNE, la cual somete la adquisición por parte de E.ON del control de 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 con la condición novena, al artículo 97 del Tratado EURATOM.
- (32) Además, en el artículo 2 de dicha Decisión, se conminaba a España a que retirase sin dilación las condiciones impuestas por la CNE en su decisión, que habían sido declaradas incompatibles con el Derecho comunitario.

---

<sup>12</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.

## **VI. EL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA PRIMERA DECISIÓN DE LA COMISIÓN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO (CE) N° 139/2004**

- (33) No habiendo sido informada de ninguna medida concreta adoptada para la retirada de las condiciones ilegalmente impuestas por la decisión de la CNE, el 18 de octubre de 2006 la Comisión dirigió a España una carta de emplazamiento en virtud del artículo 226 del Tratado por incumplimiento del artículo 2 de la Decisión de la Comisión contemplada en el considerando 30.
- (34) Con fecha de 25 de octubre de 2006, las autoridades españolas contestaron a la carta de emplazamiento señalando que no habían incumplido el artículo 2 de la Decisión de la Comisión contemplada en el considerando 30, el cual no señalaba ningún plazo específico para la retirada de las condiciones de la CNE declaradas incompatibles con el Derecho comunitario.

## **VII. LA DECISION DEL MINISTRO ESPAÑOL**

- (35) Como se ha indicado, con fecha de 3 de noviembre de 2006, el Ministro español de Industria, Turismo y Comercio resolvió sobre el recurso administrativo de alzada presentado por E.ON contra la decisión de la CNE y adoptó una resolución modificando parcialmente la decisión de la CNE (“la decisión del Ministro”). En particular, la decisión del Ministro modificó las condiciones primera a tercera, sexta, octava a undécima y decimocuarta a decimosexta de la CNE. La decisión retiraba las condiciones duodécima, decimotercera y decimonovena de la CNE. Las condiciones cuarta, quinta, séptima y decimoséptima permanecen inalteradas. Las modificaciones introducidas por la decisión del Ministro se describirán brevemente en los párrafos siguientes.
- (36) La primera condición de la CNE imponía a E.ON cierto número de requisitos societarios u orgánicos (esto es, mantener a Endesa como sociedad matriz cabecera de su grupo por un periodo de 10 años, mantener las empresas del grupo Endesa en su situación actual y mantener el domicilio social y el órgano de administración de Endesa en España). La decisión del Ministro redujo la duración de la condición a cinco años, modificó ligeramente el ámbito de aplicación e impuso a E.ON un nuevo requisito relativo al mantenimiento de la marca de Endesa.
- (37) La segunda condición de la CNE impuso a E.ON la obligación de asegurar que Endesa mantuviera un determinado ratio de servicio de la deuda. La decisión del Ministro limitó la duración de esta condición a tres años.
- (38) La tercera condición de la CNE permitía a las empresas del grupo Endesa activas en los sectores llamados regulados<sup>13</sup>, o que detentaran lo que se describe como activos estratégicos, distribuir dividendos únicamente si los recursos generados eran suficientes para atender tanto los compromisos de inversión como la suma de la amortización de la deuda financiera y los intereses correspondientes. El requisito se impuso para el período 2006-210, pero la CNE

---

<sup>13</sup> Esto se refiere a los sectores regulados por la legislación energética española, esto es, en particular los sectores que están sujetos a legislación española relativa al precio regulado de la electricidad.

se reservó el poder de ampliarlo por otros 5 años. La decisión del Ministro eliminó la referencia a los activos estratégicos y la posibilidad de que la CNE amplie la duración de la condición por otros cinco años.

- (39) Mediante la sexta condición, la CNE obligaba a E.ON a informar, a partir del año 2010, sobre futuras inversiones en actividades consideradas reguladas y en lo que se describe como activos estratégicos. La decisión del Ministro limitó la duración de esta condición hasta el año 2015.
- (40) La octava condición de la CNE requería que E.ON garantizase el cumplimiento de los planes de aprovisionamiento de gas natural remitidos por Endesa a la CNE. La decisión del Ministro sustituyó la condición de la CNE por la obligación de que E.ON no desviara a mercados distintos al español la cantidad de gas natural prevista en los planes remitidos por Endesa a la CNE y contratados por esta compañía. Además, el Ministro limitó la duración de la condición hasta 2009.
- (41) La novena condición de la CNE requería que E.ON (i) cediese la gestión ordinaria de las centrales nucleares en las que Endesa dispusiera de participaciones accionariales, a los copropietarios de dichas centrales, (ii) no participase 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) procediese a enajenar la única central nuclear propiedad al 100% de Endesa. La decisión del Ministro modificó sustancialmente esta condición. Según la condición modificada, E.ON debe asegurarse que de Endesa cumple con todas las obligaciones legales relativas a energía nuclear y cumple con todos los acuerdos con terceras partes relativos a la gestión de centrales nucleares en relación con la seguridad y con el aprovisionamiento de uranio. Además, E.ON debe informar anualmente a la CNE sobre cualquier incidencia que afecte a la producción de electricidad.
- (42) La décima condición de la CNE obligaba a E.ON a enajenar los activos extrapeninsulares de Endesa. La decisión del Ministro substituyó la enajenación de activos por una condición que obligaba a E.ON a mantener dentro del grupo Endesa, por un período de cinco años, las sociedades que fueran titulares de activos de generación, distribución o transporte en los sistemas eléctricos extrapeninsulares.
- (43) La undécima condición de la CNE obligaba a E.ON a enajenar las centrales eléctricas de Endesa que consumieran carbón nacional. La decisión del Ministro sustituyó estos requisitos de enajenación por la obligación de que E.ON garantizara que las centrales de Endesa usen carbón nacional en, al menos, las cantidades anuales previstas en el plan nacional de minería 2006-2012<sup>14</sup>.
- (44) Mediante la decimocuarta condición, la CNE requería autorización previa para la adquisición de más del 10% del capital social de Endesa (o cualquier participación que concediera una influencia significativa en dicha compañía) o para la adquisición de ciertos activos de Endesa, como se prevé en la

---

<sup>14</sup> Plan Nacional de la Minería del Carbón 2006-2012.

modificada Función 14 de la Ley del Sector Eléctrico. La decisión del Ministro eliminó la referencia explícita a la Función 14 y requirió, en términos generales, que la adquisición de participaciones en el capital de Endesa estuviera sometida a lo que disponga el ordenamiento jurídico en la materia.

- (45) Con la decimoquinta condición, la CNE obligaba a E.ON a no dar preferencia a sus propios intereses como sociedad matriz cuando adoptara decisiones estratégicas relativas a Endesa, en la medida en que afectaran negativamente a la garantía del suministro energético en España. La decisión del Ministro modificó la presente condición al requerir a E.ON que no adoptara, con relación a Endesa, decisiones estratégicas que afectaran o se refirieran a la seguridad del suministro y que fueran contrarias a lo que establece el ordenamiento jurídico español.
- (46) Finalmente, la condición decimosexta de la CNE estableció que la violación de las condiciones y obligaciones impuestas por la CNE podía dar lugar a la revocación de autorización. La decisión del Ministro eliminó en la decisión decimosexta la referencia al poder de revocación de la autorización en caso de violación de las condiciones y obligaciones a las que se sujeta. Tras la modificación, la condición indica que tal violación dará lugar a los correspondientes procedimientos en aplicación de los regímenes sancionadores previstos en la legislación española sobre energía.

### **VIII. POSICIÓN PRELIMINAR DE LA COMISIÓN EN VIRTUD DEL ARTICULO 21 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES Y CONTESTACIÓN DE ESPAÑA**

- (47) Con fecha de 29 de noviembre de 2006, la Comisión informó a las autoridades españolas de su conclusión preliminar de que un número de condiciones impuestas por la decisión del Ministro eran incompatibles con el artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones (en lo sucesivo, “el análisis preliminar de la Comisión”).
- (48) Con fecha de 15 de diciembre de 2006, España contestó a la carta de la Comisión arriba mencionada (en lo sucesivo, “la respuesta de las autoridades españolas”). Los argumentos desarrollados por España serán expuestos en las secciones pertinentes de la presente Decisión.

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

#### **Introducción y consideraciones generales**

- (49) Como ya se ha señalado, la decisión del Ministro modificó parcialmente la decisión de la CNE (i) al retirar algunas de las condiciones impuestas por la CNE, (ii) al reducir la duración y el ámbito de otras de las condiciones, (iii) al clarificar las obligaciones de ciertas condiciones y (iv) al modificar o reemplazar otras de las condiciones a través de la imposición a E.ON de requisitos diferentes o adicionales (en lo sucesivo, “los nuevos requisitos”).
- (50) En el marco del actual procedimiento de infracción contra España de conformidad con el artículo 226 del Tratado relativo al incumplimiento de

España con la el artículo 21 de la primera decisión de la Comisión (Infr. nº 2006/2429), la Comisión evaluará si las modificaciones (i), (ii) y (iii) son suficientes para cumplir con dicha decisión y, por tanto, si eliminar la infracción atribuida a las autoridades españolas. A este respecto, debe aclararse que el análisis efectuado en la primera Decisión de la Comisión con arreglo al artículo 21, relativo a las condiciones impuestas por la CNE y no modificadas por el Ministro español sigue siendo válido<sup>15</sup>.

- (51) En la presente Decisión, la Comisión sólo valorará la compatibilidad de los nuevos requisitos impuestos a E.ON con el artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones.
- (52) A este respecto, debe señalarse que la imposición de estos requisitos somete una concentración de dimensión comunitaria (la concentración E.ON/Endesa) a una serie de (nuevas) condiciones u obligaciones. En efecto, por un lado, estos requisitos se imponen en el marco de un procedimiento de autorización establecido por el Real Decreto-ley que se refiere específicamente a ciertas adquisiciones en sectores regulados, incluyendo concentraciones. Por otro lado, en caso de que E.ON no cumpliera con los nuevos requisitos, se expondría, si no al riesgo de la revocación de la autorización condicional, al menos, a ser objeto de sanciones u órdenes conminatorias por parte de autoridades administrativas competentes o de mandatos judiciales por parte de tribunales nacionales en el contexto de acciones civiles o administrativas coercitivas (véase la discusión en los considerandos 95, 96 y 97). La decisión del Ministro, por tanto, constituye una medida adoptada por un Estado miembro a tenor del artículo 21, apartado 4, del Reglamento comunitario de concentraciones.
- (53) La decisión del Ministro fue adoptada y entró en vigor sin previa comunicación a la Comisión ni autorización de ésta. Considerando que en, el momento de la adopción de dicha decisión, había dudas razonables con respecto a si los nuevos requisitos impuestos a E.ON estaban realmente dirigidos a proteger un “interés reconocido” (la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales) y cumplieran con los principios de proporcionalidad y no discriminación y con las disposiciones de Derecho comunitario (véase más adelante el análisis sobre la compatibilidad de dichos requisitos), este hecho en sí mismo implica una violación de la obligación de comunicación y de abstenerse de aplicar normativa nacional de conformidad con el artículo 21, apartado 4, del Reglamento comunitario de concentraciones (véanse los considerandos 23 a 29). Dicha violación no ha sido contestada en la respuesta de las autoridades españolas.
- (54) A este respecto, la Comisión considera útil señalar que la conclusión anterior no puede ser cuestionada por el argumento de las autoridades españolas de que las condiciones modificadas tienen una incidencia limitada en la concentración en cuestión y pueden ser justificadas por razones tales como los objetivos de política económica general. Está claro, en efecto, que las medidas nacionales

---

<sup>15</sup> En el marco del actual procedimiento de infracción, la Comisión tendrá en cuenta sin embargo el hecho de que las autoridades españolas haya dado garantías explícitas de que la decisión del Ministro eliminó completamente el poder de revocar la autorización concedida a E.ON en caso de violación de una o más condiciones (véanse los considerandos 95 a 97).

que persigan objetivos de política económica general no pueden, en sí mismas, considerarse valedoras de un "interés reconocido". Este tipo de medidas deben, por tanto, comunicarse a la Comisión, que las debe aprobar, de conformidad con el artículo 21, apartado 4, párrafo tercero, del Reglamento de concentraciones. Al no hacerlo, las autoridades españolas no han cumplido con la obligación de comunicación y de abstenerse de aplicar su normativa nacional prevista en el artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones.

- (55) En opinión de la Comisión dicha violación es suficiente para concluir que la decisión del Ministro es contraria al artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones.
- (56) La violación de la obligación de comunicación y de abstenerse de aplicar normativa nacional no priva a la Comisión de su poder para valorar, de conformidad con el artículo 21, apartado 4, del Reglamento comunitario de concentraciones, los nuevos requisitos impuestos a E.ON con el fin de establecer si son necesarios y proporcionados respecto de la protección de un interés compatible con el Derecho comunitario y si no constituyen una violación de los principios generales y otras disposiciones del Derecho comunitario<sup>16</sup>.
- (57) En este contexto, debe señalarse en primer lugar que, según la opinión de la Comisión, la base jurídica sobre la que la decisión de la CNE y la decisión del Ministro han sido adoptadas – esto es, el Real Decreto-Ley 4/2006 – es contraria a los artículos 56 y 43 del Tratado (véanse los considerandos 16, 17 y 18). En este sentido, la Comisión observa que la decisión del Ministro<sup>17</sup> se basa en la suposición de que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, una autoridad administrativa española está obligada a aplicar un texto jurídico español incluso si es contrario al Derecho comunitario. La Comisión considera que este supuesto es contrario a los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sostenido repetidamente que no sólo los tribunales nacionales sino también todos los órganos de la administración pública están sujetos a la obligación de rechazar, si ello es necesario, la aplicación de cualquier disposición de la legislación nacional en conflicto con el Derecho comunitario, y que los particulares pueden, por tanto, invocar dicha disposición comunitaria frente a tales órganos<sup>18</sup>. Por tanto, la Comisión considera que el mero hecho de que los nuevos requisitos impuestos por el Ministro se basan en una medida legislativa nacional contraria a los artículos 56 y 43 del Tratado, es suficiente para considerar que tales requisitos son contrarios al Derecho comunitario. Además, la decisión del Ministro, en cuanto rechaza analizar la compatibilidad de las disposiciones de la legislación española con el Derecho comunitario, constituye en sí misma una violación de los principios fundamentales de

---

<sup>16</sup> Véase Asunto C-42/01 Portugal v Comisión Rec. 2004, p. I-6079.

<sup>17</sup> Véanse las páginas 66 a 69 de la decisión del Ministro.

<sup>18</sup> Véanse Asunto 103/88 *Fratelli Constanzo c. Comune di Milano* Rec. 1989, p. 1839, considerando 32 y Asunto C-224/97 *Erich Ciola c. Land Vorarlberg* Rec. 1999, p. I-2517, considerandos 29 a 34.

Derecho comunitario. Dicha violación no ha sido contestada en la respuesta de las autoridades españolas.

- (58) Amén de ello, la Comisión considera que el hecho de someter una operación transfronteriza, como la concentración E.ON/Endesa, a un número de requisitos que limitan la libertad económica de las empresas afectadas tras la concentración, representa una restricción a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento y no es necesaria ni proporcionada para la protección de un interés compatible con el Derecho comunitario. En este sentido, debe recordarse que, para restringir las libertades establecidas en 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>19</sup>.
- (59) Debe también señalarse desde el principio que, contrariamente a lo que alega España, el hecho de que E.ON declarara públicamente que aceptaba las condiciones modificadas, no justifica en sí misma la decisión del Ministro de imponer formalmente tales condiciones con las consecuencias jurídicas que se describen en los considerandos 95 a 97. Al analizar la compatibilidad de estos requisitos con el Derecho comunitario, la Comisión no puede estar limitada por las declaraciones o estrategias de E.ON, que pueden estar influidas por un amplio abanico de elementos subjetivos y consideraciones comerciales claramente irrelevantes desde la perspectiva del Derecho comunitario.
- (60) Teniendo en cuenta que, según las autoridades españolas, la mayoría de los nuevos requisitos están basados en la seguridad pública (entre las cuales se incluyen consideraciones relacionadas con la seguridad del suministro energético), resulta útil, antes de valorar específicamente dichos requisitos, examinar brevemente la noción de seguridad pública a la luz de la jurisprudencia comunitaria.

### **El concepto de seguridad pública**

- (61) 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

---

<sup>19</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).

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>20</sup>.

- (62) Con referencia específica al sector de la energía, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señala que las medidas necesarias para garantizar el abastecimiento energético mínimo en caso de crisis pueden responder al concepto de seguridad pública<sup>21</sup>. En general, la reglamentación apropiada de aplicación general y las 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>22</sup>. La legislación comunitaria reconoce la legitimidad de tales medidas en artículo 3, apartado 2 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>23</sup> y artículo 3, apartado 2 de 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 y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE<sup>24</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>25</sup>. Además, la legislación comunitaria ha establecido un marco común en el que los Estados miembros deben definir políticas de seguridad del suministro generales, transparentes y no discriminatorias, compatibles con las exigencias de un mercado interior del gas competitivo (Directiva 2004/67/CE del Consejo, de 26 de abril de 2004, relativa a unas medidas para garantizar la seguridad del suministro de gas natural<sup>26</sup>) así

---

<sup>20</sup> Véanse Asunto C-503/99 *Comisión c. Bélgica* Rec. 2002, p. I-4809, considerando 47; Asunto C-483/99 *Comisión c. Francia*, Rec. 2002, p. I-4781, considerando 48 y Asunto C-463/00 *Comisión c. España* Rec. 2003, p. I-4581, considerando 72.

<sup>21</sup> Véanse Asunto C-503/99 *Comisión c. Bélgica* Rec. 2002, p. I-4809, considerandos 46 y 48 y Asunto C-463/00 *Comisión c. España* Rec. 2003, p. I-4581, considerandos 71 y 73. Véase también el Asunto 72/83 *Campus Oil* Rec. 1984, p. 2727, considerandos 34 y siguientes.

<sup>22</sup> Ello puede deducirse del Asunto C-503/99 *Comisión c. Bélgica* Rec. 2002, p. I-4809, considerando 49.

<sup>23</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>24</sup> DO L 176 de 15.7.2003, p. 57. Directiva modificada por la Directiva 2004/85/CE del Consejo (DO L 236 de 7.7.2004, p. 10).

<sup>25</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”.

<sup>26</sup> DO L 127 de 29.4.2004, p. 92.



como el marco en que los Estados miembros deben definir políticas de seguridad del suministro eléctrico generales, estables y no discriminatorias, compatibles con las exigencias de un mercado interior de la electricidad competitivo (Directiva 2005/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de enero de 2006, sobre las medidas de salvaguarda de la seguridad del abastecimiento de electricidad y la inversión en infraestructura<sup>27</sup>).

- (63) Los nuevos requisitos impuestos a E.ON deben ser examinados a la luz de esta interpretación estricta del concepto de seguridad pública y del Derecho comunitario pertinente.

#### **Requisito relativo a la marca (condición primera)**

- (64) La decisión del Ministro introdujo en la primera condición impuesta por la CNE un nuevo requisito relativo a la obligación de que Endesa mantenga su marca por un período de cinco años. Ni la decisión del Ministro ni la respuesta de las autoridades españolas proporcionan razón alguna para la imposición de este requisito adicional. A este respecto, la respuesta señala simplemente que este requisito cumple con el principio de proporcionalidad y que es coherente con los compromisos asumidos por E.ON con respecto al conjunto de la primera condición, tal y como impuso la CNE.
- (65) La Comisión considera que este nuevo requisito limita significativamente la libertad de E.ON de decidir sobre sus estrategias de negocio tras la adquisición de control de Endesa. De hecho, las decisiones relativas al uso de marcas pueden ser una parte importante de estas estrategias, particularmente tras la concentración. A este respecto, debe señalarse que, incluso si la autorización condicional concedida a E.ON no pudiese ser revocada en caso de violación del presente requisito, la imposición de esta obligación adicional, que no se prevé en la legislación general española, pretende y aparenta vincular jurídicamente a E.ON y puede exponer a E.ON, en caso de violación de la misma, al riesgo de sanciones u órdenes conminatorias por parte de autoridades administrativas competentes o, de mandatos judiciales por parte de tribunales nacionales en el contexto de acciones civiles o administrativas coercitivas (véanse los considerandos 95, 96 y 97). Por tanto, la imposición de este nuevo requisito crea un obstáculo a la realización de una operación transfronteriza, dando lugar a una restricción al derecho de establecimiento y a la libre circulación de capitales.
- (66) Tal restricción no es necesaria ni proporcionada para la protección de un interés general. De hecho, la Comisión no entiende qué interés general podría ser protegido por el mantenimiento de la marca de Endesa durante cinco años, y ni en la decisión del Ministro ni en la respuesta de las autoridades españolas se proporciona ninguna indicación al respecto. De todos modos, en relación con el interés alegado de proteger “criterios de política económica general”, que las autoridades españolas han manifestado en términos generales en su respuesta, cabe recordar que, según reiterada jurisprudencia, los motivos económicos, incluidos los objetivos de política económica de un Estado miembro, no pueden

---

<sup>27</sup> DO L 33 de 4.2.2006, p. 22.

servir para justificar obstáculos a las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado<sup>28</sup>.

### **Requisito relativo al aprovisionamiento de gas (condición octava)**

- (67) Con la condición octava, la CNE requería que E.ON que garantizara el cumplimiento de los planes de aprovisionamiento de gas natural remitidos por Endesa a la CNE<sup>29</sup>. La decisión del Ministro modificó esta condición al especificar (i) que la condición vincularía a E.ON hasta el 2009, (ii) que se refería a los volúmenes de gas ya contratados por Endesa y (iii) que estos volúmenes de gas no debían ser desviados a otros mercados diferentes del español.
- (68) En su decisión con arreglo al artículo 21, la Comisión ya estableció que el requisito de la CNE relativo al aprovisionamiento de gas era contrario al artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones. En su análisis preliminar, la Comisión consideró que no estaba claro si las modificaciones introducidas por la decisión del Ministro se limitaba a elucidar el ámbito de aplicación de los requisitos ya impuestos por la CNE o imponían un nuevo requisito a E.ON.
- (69) La respuesta de las autoridades españolas indicó que las modificaciones introducidas por la decisión del Ministro se limitaban a aclarar la condición impuesta por la CNE. A la luz de esta precisión proporcionada por las autoridades españolas en su respuesta, la Comisión ha decidido no analizar esta condición en la presente Decisión, que puede, por tanto, ser tratada dentro de la categoría de condiciones no modificadas (véase los considerandos 49 y 50).

### **Centrales nucleares (condición novena)**

- (70) La condición novena de la CNE, a tenor de su modificación por la decisión del Ministro, requería esencialmente que E.ON garantizara que Endesa cumplía todas las obligaciones existentes relativas a la gestión de centrales nucleares. Además, E.ON debía informar a la CNE de cualquier incidencia que afectara a la producción.
- (71) En la respuesta de las autoridades españolas se clarifica que esta condición, a tenor de su modificación por la decisión del Ministro, no impone a E.ON ninguna obligación adicional que no estuviera ya prevista en la legislación española general o en los acuerdos entre Endesa y otros operadores energéticos.
- (72) Fundamentándose en esta clarificación, y teniendo en cuenta que las autoridades españolas han proporcionado garantías explícitas de que la autorización condicional otorgada a E.ON no puede ser revocada en caso de violación de esta condición modificada (véanse los considerandos 95, 96 y 97),

---

<sup>28</sup> Véase Asunto C-265/95 *Comisión c Francia* Rec. 1997, p. I-6959, considerando 62, Asunto C-398/95 *SETTG* Rec.1997 p. I-3091, considerando 23, y Asunto C-367/98 *Comisión c Portugal* Rec. 2002 p. I-4731, considerando 52.

<sup>29</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”.

la Comisión considera que no es necesario, en este momento, adoptar en virtud del artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones una decisión de incompatibilidad de esta condición.

### **Activos extra-peninsulares (condición décima)**

- (73) La decisión del Ministro modificó la condición décima de la CNE al convertir el requisito de enajenación de los activos extrapeninsulares en la obligación de que E.ON mantuviera dentro del grupo Endesa, durante un período de cinco años, las actuales sociedades de Endesa titulares de activos de generación, distribución o transporte en los sistemas eléctricos extrapeninsulares e insulares.
- (74) Tal requisito limita significativamente la libertad de E.ON de decidir la estructura de su grupo o la venta de ciertas sociedades tras la adquisición de control sobre Endesa. También a este respecto, debe señalarse que, aún cuando la autorización condicional concedida a E.ON no pudiese ser revocada en caso de violación del presente requisito, la imposición de esta obligación adicional, que no se prevé en la legislación general española, pretende y aparenta vincular jurídicamente a E.ON y puede exponer a E.ON, en caso de su violación, al riesgo de ser objeto de sanciones u órdenes conminatorias por parte de autoridades administrativas competentes o, de mandatos judiciales por parte de tribunales nacionales en el contexto de acciones civiles o administrativas coercitivas (véanse los considerandos 95, 96 y 97).
- (75) La imposición de este requisito representa, por tanto, un obstáculo a la realización de una operación transfronteriza, restringiendo el derecho de establecimiento y la libre circulación de capitales<sup>30</sup>. A este respecto, en cuanto a la alegación de la escasa incidencia de esta condición en la libertad económica de E.ON, debe recordarse que una restricción del derecho de establecimiento está prohibida por el Tratado incluso si es de escaso alcance o de poca importancia (véanse el considerando 58). Además, tal restricción no puede considerarse menor, teniendo en cuenta tanto la medida en que limita la libertad de E.ON con respecto a ciertos activos como la importancia económica de dichos activos.
- (76) En este sentido, España no puede argumentar validamente que según la legislación energética comunitaria y nacional, las sociedades verticalmente integradas no sean libres para decidir la estructura de sus grupos al tener que mantener separadas ciertas actividades reguladas y no reguladas ("*unbundling*" o principio de disociación jurídica). La existencia de estas obligaciones jurídicas no significa que las autoridades nacionales puedan crear obstáculos injustificados al derecho de establecimiento, imponiendo obligaciones adicionales no previstas por el Derecho comunitario.

---

<sup>30</sup> Ello sin perjuicio de la cuestión si una norma nacional de carácter general que impone la obligación, o prevé la posibilidad de imponer la obligación, de mantener ciertos activos regulados dentro de una compañía o grupo de compañías – sin relación con una operación transfronteriza concreta – puede en sí misma representar una restricción injustificada al derecho de establecimiento y a la libre circulación de capitales.

- (77) Esta restricción del derecho de establecimiento de E.ON y de la libre circulación de capitales no está justificada por el interés general y es contraria a los principios de proporcionalidad y no discriminación. Además, en relación con el interés alegado de proteger “criterios de política económica general”, la Comisión recuerda que tal motivo no puede servir de justificación para imponer obstáculos a las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado (véanse el considerando 66).
- (78) Además, ni la decisión del Ministro ni la respuesta de las autoridades españolas proporcionan elemento alguno que indique por qué, al requerir que E.ON no transfiriera a otros operadores (o a otras filiales fuera del grupo Endesa) las sociedades de Endesa titulares de activos extrapeninsulares e insulares, dichas autoridades consideran que la seguridad del suministro energético estaría mejor protegida. Amén de ello, la decisión del Ministro contradice la condición impuesta anteriormente por la decisión de la CNE, lo que arroja serias dudas sobre la posibilidad de que las autoridades españolas justifiquen tales restricciones. Además, la presente condición tiene un carácter discriminatorio ya que (i) Endesa no estaba sujeta anteriormente a dicha obligación, (ii) a Gas Natural no se le impuso un requisito similar y (iii) las autoridades españolas no tendrían, según el conocimiento actual de la Comisión, el poder de imponer dicha prohibición a operadores energéticos fuera de los casos de adquisición de activos regulados.
- (79) Asimismo, el hecho de que antes de examinar la concentración propuesta las autoridades españolas no consideraran necesario imponer requisitos similares para proteger el interés público (por ejemplo, en el marco de la concentración Gas Natural/Endesa), es también una indicación clara de que la presente condición no es necesaria en la persecución de un interés general legítimo y no cumple con el principio de proporcionalidad<sup>31</sup>.

### **Consumo de carbón nacional (condición undécima)**

- (80) Con la condición undécima modificada, la decisión del Ministro obligó a E.ON, por un período de cinco años, a garantizar que las centrales de Endesa que consumían carbón nacional, continuaran consumiendo dicha fuente de energía según lo previsto en los planes de minería nacionales.
- (81) La Comisión considera que la imposición de dicha condición limita significativamente la libertad económica de E.ON tras la adquisición de control sobre Endesa. También a este respecto, debe señalarse que, incluso si la autorización condicional concedida a E.ON no pudiese ser revocada en caso de violación del presente requisito, la imposición de esta obligación adicional, que no se prevé en la legislación general española, pretende y aparenta vincular jurídicamente a E.ON y puede exponer a E.ON, en caso de violación de la misma, al riesgo de sanciones u órdenes conminatorias por parte de autoridades administrativas competentes o de mandatos judiciales por parte de tribunales

---

<sup>31</sup> A este respecto, debe señalarse que según el régimen jurídico aplicable a la concentración Gas Natural/Endesa (antes de la adopción del Real Decreto-Ley 4/2006) la CNE tenía que examinar el impacto de la transacción en la seguridad del suministro.

nacionales en el contexto de acciones civiles o administrativas coercitivas (véanse los considerandos 95, 96 y 97).

- (82) La imposición de dicha condición crea por tanto un obstáculo a la realización de una operación transfronteriza, restringiendo el ejercicio de los derechos previstos por las normas comunitarias relativas a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento. A este respecto, en cuanto a la alegación de la escasa incidencia de esta condición en la libertad económica de E.ON, debe recordarse que una restricción del derecho de establecimiento está prohibida por el Tratado incluso si es de escaso alcance o de poca importancia (véanse el considerando 58). Además, tal restricción no puede considerarse menor, teniendo en cuenta tanto la medida en que limita la libertad de E.ON con respecto a ciertos activos como la importancia económica de dichos activos. Además, esta condición es también claramente incompatible con la normativa comunitaria sobre libre circulación de mercancías, en particular con el artículo 28 del Tratado CE.
- (83) La obligación de adquirir carbón nacional no se justifica por razones de interés general ni cumple con los principios de proporcionalidad y no discriminación.
- (84) La decisión del Ministro argumentó que esta condición era necesaria para garantizar el uso de carbón nacional, reduciendo la dependencia española de recursos energéticos extranjeros. Sin embargo, esta decisión no proporciona ningún elemento que indique que la adquisición por parte de E.ON del control sobre Endesa supondría una amenaza real y suficientemente grave de la seguridad del suministro energético. Además, la decisión del Ministro no explica por qué los intereses empresariales de E.ON en relación al uso de carbón nacional habrían de ser diferentes de los de los actuales accionistas de Endesa.
- (85) 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 combustibles autóctonos. La legislación comunitaria pertinente la constituyen 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>32</sup>.
- (86) 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 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

---

<sup>32</sup> DO L 205 de 2.8.2002, p. 1. Reglamento modificado por el Acta de adhesión de 2003.

miembros deberán informar a la Comisión de cualquier medida adoptada a este respecto. España ha adoptado recientemente una nueva disposición legislativa (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>33</sup>. España ha adoptado, por tanto, medidas menos restrictivas que permiten superar los supuestos problemas identificados por las autoridades españolas<sup>34</sup>.

- (87) Además, la Comisión recuerda que el Reglamento (CE) n° 1407/2002 permite a los Estados miembros conceder subvenciones al carbón autóctono hasta el nivel de los precios que prevalezcan en el mercado mundial (véanse el artículo 4 y el artículo 5, apartado 3 de dicho Reglamento). Uno de los objetivos de dicho Reglamento es asegurar que los Estados miembros proporcionen un nivel mínimo de carbón autóctono para incrementar la seguridad del abastecimiento energético. España actualmente concede ayudas estatales a su industria del carbón en virtud de dicho Reglamento<sup>35</sup>. La Comisión considera que esto es suficiente para alcanzar el objetivo de aumentar la seguridad del abastecimiento energético por medio del uso del carbón nacional.
- (88) Finalmente, en relación con el interés alegado de proteger “criterios de política económica general”, la Comisión recuerda que tal motivo no puede servir de justificación para imponer obstáculos a los derechos fundamentales reconocidos por el Tratado (véase el considerando 66).

#### **Poderes de supervisión (condición decimocuarta)**

- (89) Con la condición decimocuarta modificada, la decisión del Ministro impuso, en términos generales, que la adquisición de participaciones en el capital de Endesa estuviera sometida a lo que dispusiera el ordenamiento jurídico español en la materia.
- (90) Considerando que esta condición modificada no impone a E.ON ninguna obligación adicional que no se prevea en la legislación española general y teniendo en cuenta que las autoridades españolas han dado garantías explícitas de que la autorización condicional otorgada a E.ON no puede ser revocada en caso de violación de esta condición modificada (véanse los considerandos 95, 96 y 97), la Comisión considera que no es necesario, en este momento, adoptar una decisión de incompatibilidad de esta condición en virtud del artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones con respecto a esta condición. .

---

<sup>33</sup> Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético.

<sup>34</sup> El Real Decreto-Ley 7/2006 puede constituir una ayuda de Estado a las centrales que reciben ayudas. Parece que España no ha notificado el Real Decreto-Ley 7/2006 a la Comisión conforme al apartado 2 del artículo 88 del Tratado. La Comisión, por tanto, se reserva el derecho de abrir de oficio una investigación en virtud de la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado.

<sup>35</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 de de 21 de diciembre de 2005 en la ayuda estatal C14/2004). 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 comunicación está actualmente siendo analizada.

Sin embargo, en este momento, la Comisión mantiene su posición, ya expresada en el dictamen motivado de 29 de septiembre de 2006, de que el procedimiento de autorización establecido en el Real Decreto-Ley constituye una violación del Derecho comunitario que la Comisión puede decidir llevar ante el Tribunal de Justicia de conformidad con el artículo 226 del Tratado.

### **Decisiones estratégicas que afecten la seguridad del suministro (condición decimoquinta)**

- (91) La condición decimoquinta, a tenor de su modificación por la decisión del Ministro, requería que E.ON que no adoptase decisiones estratégicas sobre Endesa que afectaran a la seguridad del suministro en contradicción con el ordenamiento jurídico español.
- (92) En opinión de la Comisión, el incluir dicha condición en el texto de una autorización condicional puede afectar significativamente a la libertad económica de E.ON tras la realización de la presente concentración. Tanto más considerando que la condición en cuestión está redactada de forma vaga y, por tanto, concede a las autoridades españolas un margen de apreciación muy amplio para su interpretación y aplicación. En tal situación, no puede excluirse que, al aplicar la presente condición modificada, las autoridades españolas impongan obligaciones adicionales a E.ON que no estén previstas en la legislación española general, que pretendan y aparentan vincular jurídicamente a E.ON y que expongan a E.ON, en caso de violación de las mismas, al riesgo de ser objeto de sanciones u órdenes conminatorias por parte de autoridades administrativas competentes o, de mandatos judiciales por parte de tribunales nacionales en el contexto de acciones civiles o administrativas coercitivas (véanse los considerandos 95, 96 y 97).
- (93) En opinión de la Comisión, la falta de precisión de la condición decimoquinta, a tenor de su modificación por la decisión del Ministro, no permite que los particulares conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones tal como emanan del artículo 56 del Tratado CE, por lo que debe considerarse que dicho régimen es contrario al principio de seguridad jurídica del Derecho comunitario. La facultad discrecional especialmente amplia de que disponen las autoridades españolas en la materia representa una grave amenaza a la libre circulación de capitales y puede incluso anularla completamente<sup>36</sup>.
- (94) Finalmente, la Comisión considera que esta condición no puede justificarse por motivos de interés público. En particular, en relación con el interés alegado de proteger “criterios de política económica general”, la Comisión recuerda que tal motivo no puede servir de justificación para obstáculos a las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado (véase el considerando 66).

### **Consecuencias jurídicas en caso de violación de una o más condiciones (condición decimosexta)**

---

<sup>36</sup> Véanse Asunto C-463/00, *Comisión c. España*, Rec. 2003, p. I-4581, considerandos 75-76.

- (95) La condición decimosexta impuesta por la decisión de la CNE especificaba que la violación de los requisitos impuestos a E.ON podría suponer la revocación de la autorización condicional a la concentración E.ON/Endesa. El texto de la condición decimosexta a tenor de su modificación por la decisión del Ministro ya no menciona explícitamente dicha posibilidad, aun cuando su motivación parece implicar que, según el ordenamiento jurídico español, el poder de revocar una autorización condicional en caso de no cumplimiento de una o más condiciones existe también en ausencia de cualquier referencia expresa en el texto de la decisión<sup>37</sup>. Sin embargo, la decisión del Ministro señaló que en este caso, aunque fuera jurídicamente posible, la revocación de la autorización condicional podía no ser la reacción más apropiada en caso de violación de una condición.
- (96) En su análisis preliminar, la Comisión indicó que la decisión del Ministro no parecía excluir la posibilidad de revocar la autorización otorgada a E.ON y que cuando menos mantenía, al menos, un estado de incertidumbre a este respecto. En su respuesta, las autoridades españolas dieron garantías explícitas de que la decisión del Ministro eliminaba completamente el poder de revocación. En particular, subrayaban que las “condiciones” impuestas por la CNE habían perdido su “carácter condicional” y se habían convertido en “obligaciones accesorias”, ya que no se establecían consecuencias en caso de violación de las mismas. En base a dicha indicación explícita, la Comisión considera, por tanto, en el ejercicio de su discreción con respecto a medidas no comunicadas correspondientes al ámbito de aplicación del artículo 21 del Reglamento de concentraciones, que no es necesario tratar aquellas condiciones que meramente reiteran obligaciones existentes en la legislación española, para adoptar la presente Decisión de incompatibilidad. La Comisión se reserva el derecho a iniciar en el futuro una acción de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de concentraciones con respecto a dichas condiciones, incluyendo en particular aquellas circunstancias donde medidas nacionales pretenden obtener la revocación de la autorización por parte de E.ON de control sobre Endesa por motivos basados en el incumplimiento de tales condiciones.
- (97) Incluso aceptando las explicaciones dadas por la respuesta de España con respecto a la exclusión de cualquier poder de revocación por incumplimiento de las condiciones, ello no significa que las condiciones a las que tal autorización ha sido sujeta estén desprovistas de cualquier valor jurídico, en la medida en que imponen obligaciones adicionales que no están previstas por la legislación española general. En primer lugar, tales obligaciones pueden aun así restringir las libertades protegidas por el Derecho comunitario ya que crean un estado de incertidumbre jurídica y ya que no puede presumirse que las personas físicas o jurídicas vayan a cumplir con las obligaciones jurídicas vinculantes impuestas por las autoridades públicas, aun cuando no se prevea expresamente un régimen

---

<sup>37</sup> Véanse páginas 144 a 147 de la decisión del Ministro. A este respecto, la decisión del Ministro se refiere a una sentencia del Tribunal Supremo que parece implicar que tal poder de revocación existe siempre cuando una autorización administrativa se sujeta a condiciones (véase el *recurso de casación* nº 1756/92, sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de marzo de 2000).



sancionador<sup>38</sup>. Además, el texto de la condición decimosexta, a tenor de su modificación por la decisión del Ministro comprende una referencia general a procedimientos previstos en la legislación española relativos al sector energético, lo que incluye la posibilidad de imponer sanciones. En segundo lugar, en opinión de la Comisión, es posible (y de todas maneras, no puede excluirse) que, según la legislación española, la CNE o cualquier otra autoridad competente puedan exigir a E.ON el cumplimiento de las condiciones o la adopción de medidas apropiadas para asegurar su respeto. Además, tampoco puede excluirse que, bajo determinadas circunstancias, terceras partes interesadas o autoridades públicas interpongan una acción ante un tribunal nacional solicitando la adopción de una orden judicial que exija a E.ON el cumplimiento de dichas condiciones.

## X. CONCLUSIÓN

- (98) Sobre la base de cuanto precede, la Comisión concluye que España ha violado el artículo 21 del Reglamento comunitario de concentraciones, y en particular, sus apartados 2, 3 y 4, puesto que:
- (a) la adopción y entrada en vigor de la decisión del Ministro español de Industria, Turismo y Comercio de 3 de noviembre de 2006, sin comunicación previa a la Comisión, ni autorización por parte de la misma, incumple la específica obligación de comunicación y de abstenerse de aplicar normativa nacional contenida en el citado artículo; y
  - (b) el Ministro español de Industria, Turismo y Comercio ha sometido la adquisición de control de E.ON sobre Endesa, es decir, una concentración de dimensión comunitaria, a una serie de condiciones modificadas incompatibles con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento, y ha impuesto asimismo a la condición undécima modificada, que es contraria a la libre circulación de mercancías, y por ello ha interferido indebidamente en la competencia exclusiva de decisión de la Comisión en materia de concentraciones de dimensión comunitaria.
- (99) El análisis efectuado en la primera Decisión de la Comisión con arreglo al artículo 21 relativo a las condiciones impuestas por la CNE y no modificadas por el Ministro español sigue siendo válido para el objeto de la presente Decisión.

---

<sup>38</sup> A este respecto, puede ser recordada, por analogía, la jurisprudencia del Tribunal clarificando que "la incompatibilidad de disposiciones nacionales con las disposiciones del Tratado, aun cuando sean directamente aplicables, sólo puede eliminarse definitivamente por medio de disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo rango jurídico que las que deban modificarse. Las simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado, al mantener, para los sujetos de Derecho afectados, un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades de que disponen para invocar los derechos garantizados por el Tratado" (véanse, por ejemplo, el Asunto *cjC-367/98 Comisión c. Portugal* Rec. 2002 p. I-4731, considerando 41, Asunto *C-151/94 Comisión c. Luxemburgo*, Rec. p. I-3685, considerando 18, y Asunto *C-358/98 Comisión c. Italia*, Rec. 2000 p. I-1255, considerando 17).

- (100) Procede por tanto requerir de las autoridades españolas que retiren sin dilación, y en cualquier caso, a más tardar el 19 de enero de 2007, las condiciones modificadas impuestas por la decisión del Ministro español de Industria, Turismo y Comercio de 3 de noviembre de 2006, que deben declararse incompatibles con el Derecho comunitario.

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 del Ministro español de Industria, Turismo y Comercio de 3 de noviembre de 2006, que supedita la adquisición, por parte de E.ON, del control sobre Endesa a una serie de condiciones modificadas (condiciones modificadas primera, décima, undécima y decimoquinta) incompatibles con los artículos 43 y 56 del Tratado CE y, en el caso de la condición undécima modificada, con el artículo 28 del Tratado CE, interfiriendo, por ello, indebidamente en la competencia exclusiva de la Comisión para decidir sobre una concentración de dimensión comunitaria.

*Artículo 2*

España retirará, a más tardar el 19 de enero de 2007, las condiciones modificadas impuestas por la decisión del Ministro español de Industria, Turismo y Comercio, de 3 de noviembre 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 20.12.2006

Por la Comisión,  
firmado,  
Neelie KROES  
Miembro de la Comisión