

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA

Expte. VSNC/0028/13, ORANGE

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 31 de mayo de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición señalada, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente VSNC/0028/13, ORANGE, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución de la antigua Comisión Nacional de la Competencia de 23 de julio de 2013, recaída en el expediente SNC/0028/13, ORANGE.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de julio de 2013, el Consejo de la antigua Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó resolución en el expediente VSNC/0028/13, ORANGE, resolviendo:

“PRIMERO.- Declarar que la ejecución de la operación de adquisición por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE) del control exclusivo de KPN Spain S.L.U. (SIMYO), con carácter previo a su notificación y autorización por la CNC, constituye una infracción del artículo 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U.

SEGUNDO.- Imponer a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. una multa de 61.600 euros (sesenta y un mil seiscientos euros).

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.”

2. Con fecha 6 de septiembre de 2013, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE), interpuso contra la mencionada Resolución de la CNC recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional que, mediante sentencia de fecha 28 de abril de 2017, desestimó el mismo confirmando la Resolución.
3. Contra la Sentencia de la Audiencia Nacional ORANGE interpuso recurso de casación (nº 3648/2017) que fue inadmitido por el Tribunal Supremo mediante Auto de 31 de octubre de 2017. El testimonio del Auto de inadmisión fue recibido en la CNMC el 30 de enero de 2018.
4. La empresa ORANGE hizo efectivo el pago de la multa por importe de 61.600 euros, el 20 de febrero de 2018 (folio 143).
5. Con fecha 2 de marzo de 2018, la Dirección de Competencia elevó su Informe Final de Vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNC de 23 de julio de 2013 recaída en el expediente SNC/0028/13, ORANGE, considerando que procede acordar la finalización del expediente de vigilancia VSNC/0028/13, ORANGE.
6. Es interesada:
 - FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE).
7. La Sala de Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 31 de mayo de 2018.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. - Habilitación competencial

El artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que la CNMC *“vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.”*

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, precisa en su apartado 3 que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actual CNMC] resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia”*, previa propuesta de la Dirección de Competencia. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1 a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. - Valoración de la Sala de Competencia

Por Resolución de 23 de julio de 2013 (expediente SNC/0028/13 ORANGE), el Consejo de la antigua CNC declaró que la ejecución de la adquisición del control exclusivo del operador móvil virtual SIMYO por parte de ORANGE en diciembre de 2012, con carácter previo a su notificación y autorización por la autoridad de competencia, constituía una infracción del artículo 9.1 de la LDC.

En dicha resolución la CNC resolvió que la citada operación de concentración superaba los umbrales establecidos en los apartados a) y b) del artículo 8.1 de la LDC, si bien bastaba la superación de sólo uno de ellos para hacer nacer el deber legal de notificar la operación de concentración antes de su ejecución, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la LDC.

Según la CNC, a resultas de la operación de concentración, ORANGE adquirió una cuota de mercado superior al 30% del mercado relevante del producto o servicio (artículo 8.1.a) LDC) al haber adquirido el 100% del mercado de SIMYO en el mercado mayorista de terminación de llamadas y de mensajes cortos en su red como operador móvil virtual completo. Adicionalmente el volumen de negocios global en España del conjunto de los participantes en la operación superaba en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros realizando, al menos, dos de los partícipes de forma individual en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros (artículo 8.1.b) LDC).

El Consejo de la CNC resolvió que la conducta de ORANGE era culpable a título, al menos, de negligencia, ya que ejecutó la operación de concentración debiendo tener conocimiento del carácter obligatorio de la obligatoriedad de su notificación previa. Por todo ello sancionó su conducta con una multa de 61.600 euros.

En la revisión judicial de la resolución la Audiencia Nacional confirmó la legalidad de la resolución sancionadora y la proporcionalidad de la multa impuesta mediante sentencia de 28 de abril de 2017, rechazando las alegaciones de ORANGE referentes a la existencia de dudas razonables en la definición del mercado relevante que excluirían la culpabilidad en su conducta. En concreto la Audiencia señaló que, al menos, desde 2005 existían acuerdos de la Comisión Europea en materia de competencia que delimitaban mercados diferenciados de servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales en las redes de cada operador, incluidos los operadores móviles virtuales completos, que prestan estos servicios de terminación a terceros.

El recurso de casación frente a esta sentencia de la Audiencia Nacional fue inadmitido por el Tribunal Supremo mediante auto de 31 de octubre de 2017. Posteriormente, en febrero de 2018, ORANGE procedió al pago de la sanción impuesta, según indica la propuesta elevada por la Dirección de Competencia en su Informe Final de Vigilancia elevado a esta Sala el pasado 2 de marzo de 2018.

En este Informe Final de Vigilancia, la Dirección de Competencia concluye considerando que, habiendo satisfecho FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. el importe de la multa impuesta en la resolución de 23 de julio de 2013, procede dar por finalizada la vigilancia.

De acuerdo con esta propuesta, la Sala de Competencia, a la vista de los hechos y antecedentes recogidos en el cuerpo de la presente resolución, entiende que procede dar por finalizada la vigilancia llevada a cabo en el expediente VSNC/0028/13, de la Resolución del Consejo de la CNC de 23 de julio de 2013, dictada en el marco del expediente SNC/0028/13, ORANGE.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

ÚNICO. - Declarar el cierre de la vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 23 de julio de 2013 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, recaída en el expediente SNC/0028/13, ORANGE.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la parte interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.