RESOLUCIÓN
(Expte. SNC/0028/13, ORANGE)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
Dª. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
Dª. Mª. Jesús González López, Consejera
Dª Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 23 de Julio de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el expediente sancionador SNC/0028/13, ORANGE, iniciado de oficio por la Dirección de Investigación, con fecha 19 de febrero de 2013, contra FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE), por una posible infracción de los artículos 9.1 y 62.3. d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 19 de febrero de 2013 la Directora de Investigación acordó incoar expediente sancionador contra FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE), por la ejecución de una operación de concentración con carácter previo a su notificación y autorización, infracción tipificada en el artículo 62. 3 d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

Dicho acuerdo fue notificado a ORANGE el día 20 de febrero.

2. El 8 de marzo de 2013 la Dirección de Investigación (en adelante, DI) acordó la incorporación al expediente de referencia de determinada documentación del expediente C/0489/12 ORANGE/SYMO, tras haber dado un trámite de alegaciones a ORANGE.

3. Con fecha 21 de marzo de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de 19 de marzo de 2013 formulado en nombre de ORANGE en relación con la incoación del expediente sancionador SNC/0028/13, ORANGE.

4. El 3 de abril de 2013, la DI emitió Propuesta de Resolución en el procedimiento sancionador SNC/0028/13, que fue notificada ese mismo día y en la que se decía:

"*Primero: Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia declare que la adquisición por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. del control exclusivo de KPN SPAIN, S.L. el 14 de diciembre de 2012, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, supone una infracción de los artículos 9.1 y 62.3.d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que sería responsable FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U.*

Segundo: Que se imponga a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. la sanción establecida en el artículo 63.1.b) de la citada Ley, que podrá alcanzar hasta un máximo equivalente al 5% del volumen de negocios total consolidado de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. en el ejercicio 2012, inmediatamente anterior al de la imposición de la multa."

5. Con fecha 3 de mayo de 2013 la representación de ORANGE presentó en el registro de la CNC escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de 3 de abril de 2013.

6. El 6 de mayo de 2013 la DI, en virtud de lo establecido en el artículo 19.3 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, remitió al Consejo de la CNC la Propuesta de Resolución notificada a ORANGE para alegaciones el 3 de mayo de 2013, junto a las alegaciones presentadas por la empresa y el resto del expediente SNC/28/2013.

7. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 10 de Julio de 2013.

8. Es parte interesada: FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE).

HECHOS PROBADOS

1. El 14 de diciembre de 2012 FRANCE TELCOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE), ejecutó un contrato de compraventa del 100% del capital social de KPN SPAIN, S.L.U. (SIMYO), que daba lugar a la consiguiente operación de concentración económica. No existió notificación previa a la CNC.

2. La operación de concentración se articuló mediante un contrato de compraventa, complementado con un contrato de licencia de la marca SIMYO, un contrato de prestación transitoria de servicios, así como un contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y Ortel Mobile España, todos ellos suscritos con fecha de 14 de diciembre de 2012.

3. El día de la firma de los citados contratos, ORANGE se puso en contacto telefónico con la DI para comunicarle la adquisición de SIMYO y la ejecución de la operación de concentración con carácter inmediato, según disponía la cláusula segunda del contrato de compraventa. Tras tener conocimiento de esta información, el mismo 14 de diciembre 2012, la DI abrió el expediente de

actuaciones preliminares ACP/2012/006 y remitió por fax un escrito a ORANGE indicando las razones conforme a las cuales consideraba que la concentración ORANGE/SIMYO debía ser notificada.

4. El 17 de diciembre de 2012 tuvo entrada en la CNC un escrito de ORANGE en el que se indicaba su intención de notificar la operación de concentración ORANGE/SIMYO, pese a disentir de la valoración de que tal operación fuese de notificación obligatoria.

5. El 28 de diciembre de 2012 tuvo entrada en la CNC el formulario de notificación de la operación de concentración económica consistente en la adquisición por ORANGE del control exclusivo de SIMYO, mediante la compraventa del 100% de su capital social, dando lugar al expediente C/0489/12 ORANGE/SIMYO.

6. El 13 de febrero de 2013 el Consejo de la CNC resolvió autorizar en primera fase sin compromisos la operación de concentración ORANGE / SIMYO. No consta que dicha resolución haya sido impugnada en vía contencioso-administrativa.

7. ORANGE (FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.AU.) es uno de los principales operadores de servicios de comunicaciones electrónicas en España, ofertando servicios de telefonía móvil, telefonía fija y televisión de pago. Cuenta con una red de telefonía móvil de cobertura nacional en España, así como con diversas licencias sobre frecuencias de espectro radioeléctrico para telefonía móvil de ámbito nacional, y actúa como operador *host* de una serie de Operadores Móviles Virtuales (OMV), completos y revendedores, entre otros SIMYO.

8. SIMYO (KPN SPAIN, S.L.) es un OMV completo que oferta servicios de telefonía móvil en España desde 2008, bajo las marcas Simyo, E-Plus y Ortel. SIMYO no cuenta con licencias sobre frecuencias de espectro radioeléctrico para telefonía móvil, y sólo oferta servicios de telefonía móvil. Antes de la concentración, la gestión de los clientes de SIMYO bajo la marca Ortel se encomendaba a Ortel Mobile España, S.L. (ORTEL), una filial al 100% de la vendedora, Kpn Mobile International, B.V. Estos clientes gestionados bajo la marca Ortel son clientes de prepago orientados a las llamadas internacionales. A pesar de que la titularidad de los clientes gestionados bajo la marca Ortel era de SIMYO, la facturación a los mismos la realizaba ORTEL y los ingresos generados se imputaban en las cuentas anuales de ORTEL y no en las de SIMYO.

9. ORANGE es el tercer operador de telefonía móvil en España, con cuotas de mercado en el ámbito minorista en 2011 y los tres primeros trimestres de 2012 situadas cerca del [15-25%]. SYMIO tiene una reducida presencia en el ámbito minorista, con una cuota del [0-10%] en el mismo período de tiempo[1].

[1] Versión confidencial del Informe propuesta correspondiente al expediente de concentración C/0489/12 ORANGE/SIMYO.

10. ORANGE y SYMIO tienen cuotas del 100% en los mercados mayoristas de terminación de llamadas y mensajes cortos en sus respectivas redes de telefonía móvil. En el ámbito del conjunto de servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos, la cuota de ORANGE se sitúa cerca del [15-35%] y la de SYMIO cerca del [0-10%][2].

11. En el formulario de notificación de la operación de concentración, ORANGE señaló que, su volumen de negocios en España en 2011 fue de 3.961 millones de euros y el de SYMIO de 57 millones de euros. Asimismo, ORANGE señaló que los datos de volumen de ventas de SIMYO no incluían los de Ortel y que el negocio de Ortel tuvo unas ventas de 4,6 millones de euros en España en 2011.

12. Según ORANGE, su volumen de negocios es superior a 2.500 millones de euros a nivel mundial, a 250 millones de euros a nivel europeo y a 60 millones de euros a nivel nacional.

13. Según SIMYO, su volumen de negocios en 2011 fue inferior a 60 millones de euros a nivel mundial, europeo y nacional. En tanto que ORANGE adquiere de forma indefinida el control de los clientes gestionados por Ortel, si se incluye el volumen de negocios de los clientes gestionados por Ortel el volumen de negocios es superior a esa cuantía.

14. En el contrato de compraventa de 14 de diciembre de 2013 se señala expresamente en la cláusula 10.1 :

> "*El Vendedor reconoce y acepta que la intención de las Partes era tener totalmente escindidos de la Sociedad antes de la ejecución del presente Contrato, en favor de Ortel, todos los activos y pasivos directa o indirectamente relacionados con el negocio Ortel. Sin embargo, el Vendedor ha indicado al Comprador que en la fecha del presente Contrato, Ortel no es un OMVR plenamente operativo y, por lo tanto, los contratos con los clientes (usuarios finales) para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles bajo la marca Ortel actualmente son celebrados por la Sociedad* [SIMYO]."

15. Por su parte el contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y ORTEL, también fechado el 14 de diciembre de 2012, prevé una vigencia de 2 años para dicha colaboración, prorrogable automáticamente por periodos anuales. Durante dicho periodo el acuerdo establece que el proveedor de los servicios frente a los clientes gestionados bajo la marca Ortel será SIMYO (cláusula 2.14), y que estos clientes serán legalmente propiedad de SIMYO (cláusula 2.15).Bajo estas condiciones, tras la ejecución de la concentración, los clientes gestionados bajo la marca Ortel siguen manteniendo su relación contractual con SIMYO.

---

[2] Versión confidencial del Informe propuesta correspondiente al expediente de concentración C/0489/12 ORANGE/SIMYO.

16. No obstante, el contrato de colaboración estratégica prevé igualmente que ORTEL se ocupe de las labores de comercialización y de atención a los clientes gestionados bajo la marca Ortel. En todo caso, según cláusula 3.2 del citado contrato, ORTEL debe consultar previamente con SIMYO todas las labores de comercialización que vaya a hacer.

17. Este contrato de colaboración estratégica también otorga a ORTEL una opción para que durante el periodo inicial de 24 meses se le transfieran por SIMYO los clientes que gestiona ORTEL, aunque debe dar un preaviso de 6 meses, debe tener capacidad para prestar servicios como OMV y debe contar con el consentimiento previo de todos los clientes (cláusula 3.3).

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Sobre el objeto del expediente: la obligación de notificación de la concentración económica con carácter previo a su ejecución.

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DI en su propuesta de Resolución de 3 de abril de 2013, ORANGE ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 9 de la LDC, en virtud del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 deberán notificarse a la CNC previamente a su ejecución. De ser así esta conducta está tipificada en el artículo 62.3 d) de la LDC como una infracción grave, por lo que este Consejo podría imponer sanciones por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora (artículo 63.1.b LDC).

El artículo 7 de la LDC define lo que debe entenderse por una concentración económica a efectos de aplicación de la normativa en vigor. El artículo 8 LDC establece que las operaciones de concentración que den lugar a una adquisición o incremento de una cuota de mercado superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional, o en un mercado geográfico definido dentro del mismo, deberán ser notificadas a la CNC para su valoración. Serán también de notificación obligatoria aquellas operaciones en las que el volumen de negocios global en España del conjunto de los participantes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

Como se ha advertido, el artículo 9.1 de la LDC prevé que las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8, al superar los umbrales previstos en dicho precepto, deberán notificarse a la CNC con carácter previo a su ejecución. El apartado 2 del mismo artículo señala expresamente que *"La concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración en los términos previstos en el artículo 38, salvo en caso de levantamiento de la suspensión".*

Por su parte, el incumplimiento de esta obligación de notificación previa a la ejecución de la operación supone la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 62.3.d) de la LDC: *"La ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta Ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión."*

Los preceptos transcritos constituyen el marco normativo en el que debe analizarse la conducta de ORANGE para determinar la existencia de una infracción a su obligación de notificar la operación de concentración económica ORANGE/SIMYO con carácter previo a su ejecución a través del análisis de la subsunción de la conducta de ORANGE en el tipo infractor previsto en el artículo 62.3 d) de la LDC y la concurrencia de culpabilidad en su actuación

SEGUNDO.- Sobre la acreditación de la infracción prevista por el artículo 62.3 d) de la LDC.

De conformidad con lo establecido en la normativa examinada, dos son los requisitos que deben concurrir para la conducta investigada se pueda subsumir en el tipo infractor del art. 62.3.d) de la LDC: por un lado, que la operación de concentración en cuestión fuera notificable con arreglo a lo dispuesto por la LDC y, por otro, que la operación jurídica a través de la cual se instrumenta la concentración se haya ejecutado con anterioridad a su autorización.

No constituye un hecho controvertido el carácter de la operación de compraventa descrita en HP 1º como operación de concentración ex artículo 7 de la LDC.

Por otro lado, en relación con el segundo de los requisitos, controvierte tampoco que la operación de concentración haya sido ejecutada con anterioridad a su notificación y autorización por la CNC.

Si bien la LDC no contiene una definición expresa del concepto de ejecución de una operación de concentración, de sus preceptos y de las remisiones a otros cuerpos legales debe inferirse que la ejecución de una operación de concentración corresponde al momento de establecimiento, con carácter estable, de una posición de control que le confiera a una empresa, por algún medio de hecho o de derecho, la posibilidad de ejercer una influencia determinante sobre otra.

La operación de concentración consistente en la adquisición por ORANGE del control exclusivo de SIMYO, mediante la compra del 100% de su capital social, se instrumentó a través de contrato de compraventa de 14 de diciembre de 2012, que fue ejecutado ese mismo día, según lo previsto en su cláusula segunda.

ORANGE en ningún momento niega que procediera a ejecutar la operación de concentración antes de su notificación, sino que basa sus alegaciones en que la operación ORANGE/SIMYO no superaba los umbrales de notificación. En concreto, en su escrito de 19 de marzo de 2013, ORANGE manifestó que en su opinión no

procedía notificar la operación ORANGE/SIMYO por no superar los umbrales de notificación previstos en el artículo 8 de la LDC y que dicha operación había sido ejecutada el 14 de diciembre de 2012.

Acreditada y reconocida por la propia empresa adquirente la ejecución de la operación de concentración previa su autorización, procede examinar la única cuestión controvertida para la concurrencia del tipo infractor, esto es, el carácter obligatorio de la notificación de la operación de concentración ORANGE/SIMYO con arreglo a lo dispuesto por la LDC.

Esta cuestión fue lógicamente analizada por el Consejo de la CNC en su Resolución de 13 de febrero de 2013, dictada en el expediente de concentración C-0489/12 ORANGE/SIMYO, autorizando la operación en primera fase sin compromisos, y confirmando el deber legal de notificar la operación ORANGE/SIMYO establecido en el informe propuesta elevado por la DI. Dicho Informe determinó claramente la exigencia legal de notificar ante la CNC la operación de concentración ORANGE/SIMYO antes de su ejecución, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la LDC, rebatiendo los argumentos de ORANGE respecto a la no notificabilidad de la operación ante la CNC al no superar ninguno de los umbrales establecidos en el artículo 8.1 de la LDC.

Tal como se señala en el Informe propuesta citado: "*A juicio de la Dirección de Investigación, la operación notificada cumple, sin embargo, los requisitos previstos por la LDC para su notificación, al superarse los umbrales establecidos en el artículo 8.1.a) y 8.1.b) de la misma*".

La Resolución de 13 de febrero de 2013 ha devenido firme al no haber sido recurrida ante la Audiencia Nacional conforme a lo previsto en el artículo 48 de la LDC. Como afirma la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2012 respecto a otro expediente sancionador referido a la falta de notificación de una operación de concentración: "*Efectivamente como señala la CNC toda cuestión atinente al expediente de concentración C-0218/10 BERGÉ/MARÍTIMA CANDINA, deviene inatacable en el seno del presente procedimiento sancionador pero ello debe ser entendido en el sentido que no puede pretender el recurrente al impugnar el acuerdo de imposición de sanción que se modifique la resolución que ha puesto fin al procedimiento de concentración cuya parte dispositiva se limita a autorizar la operación de concentración en primera fase sin condiciones. Por tanto la impugnación del acuerdo de imposición de sanción no puede afectar al acto administrativo de autorización de concentración".*

Sin embargo, en la misma sentencia, la Audiencia Nacional reconoce el derecho del recurrente a discutir "*todos los elementos del tipo sancionador teniendo en cuenta las particularidades del procedimiento sancionador que no son las mismas que en un procedimiento de concentración".*

De acuerdo con lo expuesto a continuación se examina el cumplimiento de los umbrales de notificabilidad de la operación de concentración ORANGE/SIMYO únicamente desde la perspectiva del presente procedimiento sancionador, ya que la

notificabilidad de la operación a efectos del procedimiento de control de concentraciones quedó declarada en la mencionada Resolución de 13 de febrero de 2013.

a) Notificabilidad de la operación por adquisición o incremento de una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de servicio en el mercado nacional.

Como se ha señalado, el artículo 8 LDC establece que las operaciones de concentración que den lugar a una adquisición o incremento de una cuota de mercado superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo deberán ser notificadas a la CNC para su valoración.

La primera cuestión controvertida en el caso ORANGE/SIMYO reside precisamente en la diferencia entre el criterio manifestado por la DI y el defendido por ORANGE, sobre cómo debe computarse la cuota de mercado que ostenta SIMYO. ORANGE defiende que SIMYO tiene una presencia reducida en el ámbito minorista, y que se trata de un operador pequeño que no dispone de poder de mercado. En sus alegaciones ORANGE defiende asimismo su posición de que no existen realmente mercados mayoristas de terminación limitados a la red de cada operador. La DI, por el contrario, señala que SIMYO tiene una cuota de 100% en el mercado mayorista de terminación de llamadas y mensajes cortos en su red, como operador móvil virtual completo.

Este Consejo coincide con la interpretación realizada por la DI en su propuesta de resolución de 3 de abril de 2013. En la concentración ORANGE/SIMYO se producía efectivamente una adquisición de cuota igual al 100% del mercado mayorista de terminación en la red de SIMYO y que por tanto era notificable por superar los umbrales establecidos en este caso en el artículo 8.1.a) de la LDC. Esta valoración es idéntica a la manifestada por este mismo Consejo en la Resolución de 13 de febrero de 2013 que autorizó la concentración C/0489/12 ORANGE/SIMYO, y a la expresada en multitud de precedentes de autoridades de competencia y regulatorias.

En sus alegaciones al presente expediente ORANGE reitera que la operación no cumple el umbral de notificación obligatoria establecido en el artículo 8.1 a) LDC y sostiene que la CNC ha cambiado el criterio respecto a la definición del mercado a efectos del referido umbral. Como en el expediente C/0489/12, ORANGE sostiene que no existen mercados mayoristas diferenciados para la terminación de llamadas vocales y de mensajes cortos en las redes móviles de cada operador pero centra sus alegaciones en destacar que el objeto del presente expediente sancionador no es dilucidar la corrección de esta delimitación de mercado, sino única y exclusivamente si la misma podía ser anticipada por ORANGE y por tanto ser causa de responsabilidad. Para negar esta responsabilidad analiza todos los precedentes citados por la DI en su propuesta de resolución y discute su relevancia para el caso sin enunciar ni analizar definiciones de mercado alternativas a la propuesta en expediente C/0489/12.

El Informe Propuesta de la Dirección de Investigación en el expediente C/0489/12 justificó la definición de mercados de terminación para la red de cada operador diferenciados (incluyendo los OMV completos), no existiendo alternativas a la contratación de estos servicios mayoristas de terminación de cada operador cuando un cliente de otro operador cursa una llamada o un mensaje corto a un cliente de la red de telefonía móvil de un operador de red o un OMV completo.

Este análisis se basa en precedentes comunitarios en materia de control de concentraciones, que vienen definiendo con consistencia mercados diferenciados de terminación de llamadas vocales en las redes móviles de cada operador al menos desde 2005. Los ejemplos más significativos a los efectos del supuesto que ahora se examina son aquellos que tienen como protagonista precisamente a ORANGE (así, Decisiones de la Comisión Europea de 1 de marzo de 2010, Expte. M. 5650 T-MOBILE/ORANGE, de 12 de diciembre de 2012, Expte. M. 6497-HUTCHISON 3G AUSTRIA/ORANGE AUSTRIA y de 24 de octubre de 2005, Expte. M.3920 FRANCE TÉLÉCOM/AMENA).[3]

A estos precedentes comunitarios, de especial transcendencia para una empresa perteneciente a un grupo multinacional como es FRANCE TELÉCOM deben añadirse los precedentes regulatorios y de competencia existentes a nivel nacional en materia de mercados mayoristas diferenciados de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos en la red de cada operador móvil.

Así, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) ha delimitado mercados diferenciados de servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales en las redes de cada operador, incluidos los operadores móviles virtuales completos (vid. Resolución de la CMT de 10 de mayo de 2012, no cuestionada en este aspecto por la CNC en su Informe de 28 de diciembre de 2011 sobre el Proyecto de medida relativo a la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con PSM y la imposición de obligaciones específicas).[4]

Asimismo, la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2012 en el Expte. S/0248/10, Mensajes Cortos, delimita claramente los mercados mayoristas de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos en cada una de las redes de telefonía móvil.

Como se ha advertido, en sus alegaciones al presente expediente ORANGE no formula una definición de mercado alternativa que implique la ausencia de cumplimiento del umbral de cuota de mercado previsto en el art. 8.1.a) LDC. Tampoco realiza consideraciones basadas en el análisis económico que discutan el examen realizado por distintas autoridades en los antecedentes expuestos; únicamente se limita a señalar la reducida presencia de SIMYO en el ámbito

[3] Véanse: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5650_20100301_20212_247214_EN.pdf ; http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_6497 ; http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3920_20051024_20310_en.pdf

[4] Véase: http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=07b1f2cc-d9b0-46af-b8ca-fbad3a34229f&groupId=10138

minorista como operador pequeño sin poder de mercado y a subrayar la existencia de dudas razonables para la aplicación de los distintos precedentes aducidos por la DI al expediente de concentración C/0489/12 ORANGE/SIMYO.

La posible existencia de dudas respecto a la aplicabilidad de los precedentes señalados al expediente podrá ser examinada al estudiar el principio de culpabilidad pero, en ausencia de argumentos que rebatan la definición de mercado acuñada por la regulación y los numerosos precedentes, este Consejo debe reafirmar, en coincidencia con lo expresado en la Resolución de 13 de febrero de 2013, que la operación consistente en la adquisición del control exclusivo de SIMYO por parte de ORANGE, exigía el cumplimiento del deber de notificación previa previsto en el art. 9 en relación al 8.1 a) LDC, al adquirir ORANGE una cuota del 100% en el mercado de mayorista de terminación en esa red móvil.

b) Notificabilidad de la operación por el volumen de negocios global en España de los partícipes en la concentración.

Respecto al criterio de notificación en función del umbral de volumen de negocios, como es sabido, serán también de notificación obligatoria aquellas operaciones en las que el volumen de negocios global en España del conjunto de los participantes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

ORANGE considera que tampoco en este caso se dan los requisitos de notificabilidad de la concentración que contiene el art. 8 1 b) de la LDC, al computar el importe del volumen de negocios de KPN España-SIMYO en España en 57 de millones de euros. ORANGE entiende, de conformidad con las cuentas auditadas de SIMYO, que los ingresos de los clientes cuya explotación (atención comercial y facturación) ha sido cedida a Ortel, aun cuando formalmente dichos clientes sean titularidad de SIMYO, deben ser registrados en la cuenta de pérdidas y ganancias de ORTEL.

La DI, por el contrario, considera que debe computarse en el volumen de negocios de SIMYO el correspondiente a los clientes gestionados bajo la marca Ortel, puesto que si bien la facturación a estos clientes la ha realizado directamente ORTEL, el proveedor de servicios es SIMYO. Conforme al cómputo que defiende la DI, el volumen de negocios de SIMYO en España en 2011 asciende a 61,6 millones de euros, superando por tanto el umbral de notificación del art. 8.1.b) LDC.

Para llegar a esta conclusión la DI tiene en cuenta que en el expediente de concentración quedó acreditado que, en el momento de la concentración ORANGE / SIMYO, los clientes gestionados bajo la marca Ortel eran titularidad de SIMYO, habían firmado contratos con SIMYO y recibían servicios de telefonía móvil de SIMYO, con independencia de que la atención comercial y la facturación a los mismos la realizase ORTEL (HP 14-17). En el propio contrato de compraventa origen de la operación de concentración, así como en el contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y ORTEL, se evidencian estos hechos. Así en el contrato

de colaboración estratégica entre SIMYO y ORTEL se establece que el proveedor de los servicios frente a los clientes gestionados bajo la marca Ortel será SIMYO, y que estos clientes serán legalmente propiedad de SIMYO, no existiendo certidumbre sobre su ulterior transferencia a ORTEL. Por ello, concluye la DI, cuando ORANGE adquiere el control de SIMYO, también está adquiriendo el control sobre los clientes gestionados bajo la marca Ortel.

ORANGE argumenta que ni del contrato de compraventa de 14 de diciembre de 2012 ni del acuerdo estratégico que lo complementa puede extraerse la consecuencia que la DI sostiene de que ORANGE adquiere de forma indefinida el control de los clientes gestionados bajo la marca Ortel y que ello obligue a sumar tal volumen de negocios. Dado que ORANGE no adquiere el control de Ortel España, el volumen de negocios de esta última sería irrelevante a efectos del cálculo del volumen de negocios de la empresa adquirida afectada por la operación.

Sostiene ORANGE que, puesto que los ingresos por clientes gestionados por Ortel son percibidos por Ortel y no por SIMYO-KPN España, el cálculo de volumen de negocio que pretende hacer la DI es contrario a la realidad económica que subyace a la definición del volumen de negocios como criterio para activar la obligación de notificación, puesto que en este caso la adición que la DI pretende no reflejaría verdaderamente la realidad de la capacidad económica de una de las partes en la operación de concentración.

Este Consejo no puede compartir la argumentación realizada por ORANGE, relativa al modo de cómputo del volumen de negocios de SIMYO a los efectos del cálculo que exige el art. 8.1 b) LDC. Es indiscutible que la cartera de clientes, aunque coyunturalmente no vaya acompañada de la facturación a los mismos, supone un elemento fundamental en cualquier operador, también particularmente en el caso de un operador móvil virtual completo, lo que implica que la titularidad de SIMYO sobre los clientes cuya contabilización se discute resulta un dato lo suficientemente relevante sobre la capacidad económica de ese operador como para que deba ser computado a los efectos de determinar la notificabilidad de la operación de concentración en cuestión. Aunque los clientes gestionados por Ortel sean facturados por este último, la titularidad de los mismos tiene un indudable valor que debe ser computado en el negocio de SIMYO adquirido por ORANGE y, a falta de otro criterio, cabe considerar el volumen de negocios correspondiente a los mismos como el elemento más proporcionado y objetivo para computar tal valor.

El examen del contrato de compraventa de 14 de diciembre de 2012 y de los contratos anejos al mismo, en especial el contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y ORTEL de la misma fecha, demuestran que, en el momento de la ejecución de la operación de concentración, SIMYO (KPN Spain) detentaba un control estable sobre los clientes gestionados por Ortel (denominados suscriptores), aunque los servicios fueran facturados inicialmente por ORTEL como comercializadora. La traducción al español del mencionado Contrato de Asociación Estratégica entre KPN Spain, S.L.U., Ortel Mobile España, S.L. y KPN Mobile

International Bv (recogido en los folios 281- 313 del presente expediente sancionador) acredita los siguientes hechos:

1) KPN Spain (SIMYO) prestaba los Servicios de KPN Spain a los suscriptores y era la contraparte del contrato para prestar servicios de telefonía móvil a los mismos; y ORTEL realizaba actividades de promoción y comercialización con respecto a los Servicios de KPN Spain con la Marca (cláusula 2.2)

2) ORTEL era responsable de realizar las actividades técnicas y operativas que se precisaran para los Servicios de KPN Spain, incluyendo facturación (cláusula 2.4) así como las actividades de atención al cliente y de posventa (cláusula 2.5).

3) ORTEL era también responsable de la distribución de su propio canal de ventas, con sus propios contratos de distribuidor mayorista y minorista con cualquier canal que pudiere considerar apropiado con respecto a su política comercial (cláusula 2.6). Asimismo era responsable de realizar las actividades necesarias para cobrar los cargos por los servicios de KPN Spain a los Suscriptores en estrecha cooperación con KPN Spain (cláusula 2.8).

4) Durante el período de vigencia del contrato de asociación estratégica, la propiedad legal de los suscriptores era de KPN Spain (cláusula 2.15).

5) Ambas partes acordaron expresamente que el contrato de asociación estratégica no podía considerarse en ningún caso un contrato mayorista o un contrato para la reventa de los servicios de telefonía móvil -minutos o tráfico- (cláusula 2.16).

6) Durante la vigencia del contrato de asociación estratégica, ORTEL tenía la opción de solicitar a KPN Spain la transferencia del Negocio de ORTEL ("Derecho de Opción de ORTEL", cláusula 3.3), sometido, entre otras condiciones, a obtener antes el consentimiento de todos los Suscriptores y/o, cuando fuera necesario o aplicable, cualquier aprobación previa de las autoridades reguladoras competentes (como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: CMT).

7) Aunque el contrato expresa que todas las comunicaciones que deban presentarse o acciones que deban emprenderse con respecto a los suscriptores en relación con el ejercicio del Derecho de Opción de ORTEL serían responsabilidad única y exclusiva de dicha empresa, así como los costes y gastos contraídos a este respecto, se recoge expresamente (cláusula 3.6) que "*KPN Spain es la contraparte del contrato para prestar los servicios de telefonía móvil con el Suscriptor";* por ello se acordó entre ambas partes que KPN Spain llevará a cabo cualesquiera de las comunicaciones o acciones pactadas en nombre y por cuenta de ORTEL y que KPN Spain debe aprobar previamente por escrito todas las comunicaciones o acciones llevadas a cabo.

8) Asimismo, KPN Spain tenía la opción, a su absoluta discreción, de vender, transferir, enajenar, ceder, cancelar, rescindir, cerrar y/o liquidar todos y

cualesquiera activos y pasivos pertenecientes al Negocio de ORTEL bajo determinadas condiciones ("Derecho de Opción de KPN Spain", cláusula 4.1), entre ellas, cuando los Suscriptores no hubieren otorgado su consentimiento para llevar a cabo la transferencia a ORTEL o, en la medida necesaria, en caso de que la autoridad competente no hubiera autorizado esta transferencia.

9) Desde un punto de vista de la normativa de protección de datos, ambas partes reconocían que KPN Spain era el responsable del tratamiento de la base de datos de suscriptores, ya que KPN Spain era parte de los contratos de servicio con los suscriptores (cláusula 16). Así, los datos personales de los Suscriptores que contratasen los Servicios de KPN Spain en virtud del Contrato de Asociación estratégica se incluían formalmente en la Base de Datos de clientes de KPN Spain, aunque esta última aceptaba que en todos los contraltos de Suscriptores haya una disposición que informe a los mismos de que sus datos personales se cedían a ORTEL con el fin de obtener el consentimiento obligatorio a dicha cesión.

Al examinar las características de la relación contractual entre SIMYO y ORTEL que acaban de reproducirse no cabe olvidar que el objetivo de establecer en el artículo 8.1 b) de la LDC un determinado volumen de negocios como umbral de notificación para operaciones de concentración es permitir evaluar aquellas operaciones en que tomen parte operadores económicos con una determinada presencia y capacidad en el mercado. A este respecto y vistas las condiciones en las que se prestaban los servicios de telefonía móvil a través de ORTEL, no puede obviarse que SIMYO no solo prestaba dicho servicio y era contraparte en el contrato con los suscriptores, sino que mantenía un control estable sobre los mismos a través de los diferentes instrumentos previstos en el contrato de asociación estratégica (como, por ejemplo, la inclusión de los mismos en su base de datos de clientes). Este control sobre los clientes que consumían sus servicios de telefonía móvil y de los que SIMYO era contraparte en el contrato, es lo que debe considerarse relevante a efectos de la notificabilidad de la operación de concentración, más allá los criterios sobre la facturación inicial de los servicios prestados por parte de la comercializadora.

En consecuencia, la operación consistente en la adquisición del control exclusivo de SIMYO por parte de ORANGE, exigía el cumplimiento del deber de notificación previa previsto en el art. 9 en relación al 8.1 b) de la LDC, al superar cada uno de los partícipes en la concentración un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

En definitiva, el Consejo considera que los hechos tipificados como infracción administrativa por el artículo 62.3.d) de la LDC concurren en el presente caso y que, por lo tanto, la conducta ilícita existe desde el 14 de diciembre de 2012, fecha en que se ejecutó la concentración, al 13 de febrero de 2013, cuando el Consejo de la CNC autorizó la operación en primera fase.

c) Carácter no cumulativo de los umbrales del artículo 9 de la LDC.

Por último, conviene insistir en que los umbrales a los que sujeta la imposición de la obligación de notificación de una operación de concentración, y la consiguiente suspensión de su ejecución hasta la autorización de la misma, tienen carácter no cumulativo. Bastará que se dé uno de ellos (sea el de cuota de mercado, sea el de volumen de negocios) para que la operación resulte de obligada notificación.

A este respecto, el tenor literal del artículo 8.1 de la LDC no deja lugar a duda: "*El procedimiento de control previsto en la presente Ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes: […]*"

TERCERO.- Sobre el carácter doloso o negligente de la conducta.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo viene afirmando que los principios del derecho penal son de aplicación, con matizaciones, al derecho administrativo sancionador.

En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso de, al menos, un principio de culpa (vid., por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre de 1991), aun a título de simple inobservancia (artículo 130.1 de la Ley 30/1992).

De esta forma, sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que infrinjan lo dispuesto en la LDC, ya sea deliberadamente, ya sea por negligencia (artículo 63.1 de la LDC).

La conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento de culpabilidad el dolo (en cualquiera de sus grados), sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica diligencia (vid., a título de ejemplo, sentencia del TS –Sala de lo Civil– de 16 de noviembre de 1990).

Asimismo, cabe señalar que tanto en el ámbito del derecho penal como en el ámbito del derecho administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en una posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente (así, sentencia del TS –Sala de lo civil– de 20 de octubre de 2011).

En su último escrito de alegaciones, fechado el 30 de abril de 2013, ORANGE centra las mismas sobre la concurrencia de este requisito de la culpabilidad al concluir su escrito afirmando que "*las discusiones relativas a la definición de mercados y contabilización de ingresos no deben empañar la discusión real de este expediente: determinar si existía o no una duda razonable sobre el cumplimiento de los umbrales de notificación establecidos en la LDC*".

La representación procesal de ORANGE afirma la existencia de esta duda razonable y la subsiguiente falta de responsabilidad de la operadora de comunicaciones electrónicas tanto respecto al umbral de cuota de mercado, como respecto al umbral de volumen de negocios.

Respecto del umbral de cuota de mercado, ORANGE justifica su ausencia de responsabilidad en la existencia de dudas razonables sobre la notificabilidad de la operación, fundamentándola en tres razones:

- Por la existencia de precedentes nacionales en material de control de concentraciones que expresamente rechazan la existencia de un mercado de servicios de terminación en la red de un operador. ORANGE cita el Expte N-05079 Ono/AUNA, en el que, en fecha de 29 de agosto de 2005, el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante SDC) decidió no remitir al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) el expediente de adquisición por parte de GRUPO CORPORATIVO ONO, S.A. (en adelante ONO) del control exclusivo de AUNA TELECOMUNICACIONES, S.A.U. (AUNA).
- Por la existencia de precedentes nacionales posteriores en materia de control de concentraciones relativos a la adquisición de OMVs completos que no hacen mención alguna a la existencia de estos mercados, ni como causa de notificación (imprescindible dado que en caso de existir estos mercados la cuota adquirida sería del 100%) ni dentro del análisis material (anómalo teniendo en cuenta que con independencia de la existencia de solapamientos la cuota sería del 100%). Añade ORANGE que existiendo estos claros precedentes nacionales no era obligado ni razonable que tuviera en cuenta precedentes comunitarios.
- Finalmente porque los precedentes comunitarios o los precedentes en materia de conductas restrictivas referidos a mercados de terminación no pueden trasladarse al presente caso y no desvirtúan la ausencia de responsabilidad de ORANGE. Los precedentes comunitarios en los que se hace referencia a los mercados mayoristas de terminación no son extrapolables directamente a la operación de concentración ORANGE-SIMYO, puesto que el ordenamiento comunitario no prevé umbral de notificación relativo a la cuota de mercado. Por otra parte la definición de mercado en un expediente en el ámbito de conductas no tiene un traslado automático al control de concentraciones.

En segundo lugar, respecto al umbral del volumen de negocios, ORANGE también alega dudas razonables que evidenciarían su ausencia de responsabilidad:

- Porque, salvo que concurran circunstancias realmente excepcionales, la jurisprudencia comunitaria ha declarado que es contrario al principio de seguridad jurídica pretender realizar una revisión de la contabilidad auditada de la empresa por circunstancias conocidas en el momento de formular las cuentas anuales. La política contable realizada ha sido además refrendada por los auditores de KPN España y por el Director Financiero de ORANGE.

- Porque la construcción ideada por la DI es artificial y contraria a la racionalidad económica que subyace en la determinación del umbral de negocios como criterio para determinar la obligación de notificación de una determinada transacción.
- Porque incluso aunque se admitiera a efectos dialécticos que la atribución a KPN España del volumen de negocios de Ortel España que lleva a cabo la DI es compatible con el ordenamiento jurídico, no se le puede atribuir responsabilidad a ORANGE a efectos sancionadores. ORANGE no podía anticipar que la DI llevaría a cabo una revisión de la contabilidad auditada por circunstancias plenamente conocidas por los auditores en el momento de llevar a cabo la verificación de las cuentas anuales.

A la hora de analizar si la conducta de ORANGE, en los hechos que motivan el presente expediente, es culpable, existen una serie de circunstancias que, a juicio de este Consejo, son manifiestamente reveladoras de la ausencia de dudas razonables sobre la notificabilidad de la operación, lo que implicaría su responsabilidad en la infracción tipificada en el artículo art. 62.3 d) LDC.

Así, en lo que se refiere al criterio relativo a la cuota de mercado, la Audiencia Nacional ha precisado que "*En un procedimiento sancionador por ausencia de notificación de una operación sujeta a control por superar el umbral de la cuota de mercado, la definición del mercado y la cuota de mercado debe quedar probada fuera de toda duda razonable. Es decir en caso de dudas o de insuficiencia en las pruebas aportadas prevalece el derecho a la presunción de inocencia y por tanto no cabría declarar la existencia de la infracción y por tanto la imposición de una sanción"* (así, sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 28 de octubre de 2012).

Como se desprende del análisis de sus alegaciones, ORANGE defiende su posición de que no existen realmente mercados mayoristas de terminación limitados a la red de cada operador. No obstante, centra su argumentación en la consideración de que, en todo caso, ORANGE no habría incurrido en responsabilidad al no apreciar la existencia de tales mercados mayoristas de terminación diferenciados, puesto que ningún precedente de la autoridad española de competencia en materia de control de concentraciones, a la fecha de ejecución de la concentración analizada, aludía a los mercados de terminación como mercados separados a los efectos de determinar el deber de notificación.

Corresponde aquí analizar si las dudas manifestadas por ORANGE respecto a la aplicabilidad de los precedentes estudiados pueden dar lugar a la exclusión de responsabilidad que reclama la operadora de telecomunicaciones.

Pues bien, este Consejo considera que en el supuesto que se analiza, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE) estaba en una posición de conocimiento especializado y específico sobre la cuota del 100% correspondiente a SIMYO, dada su condición cualificada de tercer operador móvil en el mercado español, perfectamente conocedor de la posición del regulador ex ante (CMT) sobre la

cuestión de los mercados mayoristas de terminación en redes móviles, parte interesada en el Expediente S/0248/10 resuelto por la CNC, y también parte en los expedientes comunitarios de concentración en donde se han examinado estos mercados.

ORANGE centra su argumentación en la ausencia de expedientes nacionales de control de operaciones de concentración en los que se determine la notificabilidad de una operación referida a un OMV completo en virtud del umbral de cuota de mercado prevista en el art. 8.1 a) LDC. Cita asimismo la existencia de un precedente de 2005 en materia de control de concentraciones (Expte N-05079 Ono/AUNA), en el que el antiguo SDC descartó la existencia de mercados mayoristas diferenciados para la terminación de llamadas vocales en las redes fijas de cada operador, antes de decidir no remitir al extinto TDC el expediente referido a la adquisición por parte de ONO del control exclusivo de AUNA. Y a esto añade una falta de mención específica de la notificabilidad de la operación analizada en virtud del umbral de cuota de mercado en los expedientes C/0114/08 CAIXANOVA / R CABLE y C/0404/11 CARLYLE / TELECABLE, que afectaban a OMV completos.

Sin embargo el expediente N-05079 Ono/AUNA alegado por ORANGE no puede considerarse un precedente que permitiera a ORANGE albergar dudas sobre la definición de mercado y la notificabilidad de una operación, dado que su criterio respecto al mercado fue superado el mismo año por la Decisión de la Comisión Europea de 24 de octubre de 2005 (Expte. M.3920 FRANCE TÉLÉCOM/AMENA), en el que fue parte la propia ORANGE. Este criterio ha sido mantenido en posteriores expedientes comunitarios en materia de control de concentraciones en los que ORANGE ha sido parte (así, las ya citadas Decisiones de la Comisión Europea de 1 de marzo de 2010, Expte. M. 5650 T-MOBILE/ORANGE, y de 12 de diciembre de 2012, Expte. M. 6497-HUTCHISON 3G AUSTRIA/ORANGE AUSTRIA) que mantienen la definición de mercados diferenciados de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos en las redes móviles de cada operador. Frente a este conocimiento directo sobre la posición de la autoridad de competencia comunitaria en la definición de los mercados de terminación de llamadas en las redes móviles de cada operador ORANGE únicamente opone la inexistencia de umbral de cuota de mercado en el ámbito comunitario. Se trata esta de una cuestión exclusivamente procedimental y no sustantiva, lo que impide considerarla relevante para que ORANGE pudiera estimar razonable que la CNC se apartaría del criterio expuesto de forma continuada por la Comisión Europea desde 2005 hasta la actualidad para definir el mercado de terminación de llamadas y asumiera un criterio expuesto en una resolución del antiguo SDC ya superada y anterior, en todo caso, a dichos precedentes comunitarios.

Si al conocimiento directo de ORANGE de los mencionados expedientes comunitarios se une la existencia de otros precedentes que asumen igual criterio en el ámbito regulatorio y de control de conductas restrictivas de la competencia, la inconsistencia de los planteamientos de ORANGE se revela en toda su extensión.

No es necesario insistir en la relevancia que para los operadores móviles como ORANGE tiene una delimitación de mercado como la realizada por la CMT mediante Resolución de 10 de mayo de 2012 (antes citada), de la que son plenamente conscientes, no sólo por participar mediante la aportación de alegaciones en la información pública que precede a la adopción de tal Resolución sino, sobre todo, por los relevantes efectos de toda índole que supone que se les declare operadores con poder significativo en tal mercado. No resulta plausible que un precedente regulatorio de tanta trascendencia para un operador del tamaño, experiencia en el mercado y especialización de ORANGE, resulte sin embargo desconocido para ese mismo operador en el contexto de una operación de concentración.

Respecto de la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2012 en el Expte. S/0248/10, Mensajes Cortos, en la que se delimita claramente los mercados mayoristas de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos en cada una de las redes de telefonía móvil, si bien esta Resolución es cinco días posterior a la ejecución de la operación de concentración, ORANGE, como interesada en el procedimiento, tenía perfecto conocimiento, no sólo de cuál era la opinión de la DI en relación con esta cuestión sino, lo que es más relevante a nuestros efectos, sobre la posibilidad de que los mercados mayoristas de terminación fueran efectivamente definidos por la CNC de forma diferenciada para cada red.

ORANGE sostiene en sus alegaciones que su *responsabilidad "no puede basarse en argumentos artificiosos cuya propia complejidad no hacen sino demostrar que la definición de mercado utilizada no podía ser razonablemente prevista por mi representada".* El análisis de los precedentes expuestos procedentes de distintos ámbitos y todos coherentes en la definición del mercado que determinaba la notificabilidad de la operación, evidencia la ausencia de complejidad del análisis requerido para un operador que actuara diligentemente en el mercado. Por el contrario, es el pretendido desconocimiento respecto de una definición de mercado reiterada por parte de las distintas autoridades competentes y la apelación a precedentes aislados (en realidad, uno solo), lo que constituye precisamente una construcción artificiosa que no resulta verosímil en un operador de la experiencia, posición en el mercado e implantación internacional como las que ha alcanzado ORANGE.

En consecuencia, este Consejo no puede considerar diligente el comportamiento de ORANGE en su valoración del elemento de la cuota de mercado de la operación de concentración a efectos de notificación. A la vista de los precedentes existentes de los era perfectamente conocedora ORANGE podía razonablemente haber anticipado la interpretación sostenida por la DI y que este Consejo refrendó en su resolución de 13 de febrero de 2013 de autorización de la concentración ORANGE/SIMYO.

En segundo lugar, este Consejo aprecia la concurrencia del principio de culpabilidad en la conducta examinada también respecto del criterio del volumen de negocios. La propia articulación de la operación de la adquisición por ORANGE de control exclusivo de SIMYO pone de manifiesto la relevancia, para los partícipes en la concentración, de la existencia de los clientes titularidad de SIMYO gestionados bajo

la marca Ortel, como revela el que al contrato de compraventa de 14 de diciembre de 2014 se acompañe un contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y ORTEL, en el que se precisa que los clientes gestionados bajo la marca Ortel son legalmente propiedad de SIMYO. No resulta razonable que un elemento que se considera significativo y relevante por ORANGE para articular la operación de concentración y que obliga a la firma de un contrato específico con múltiples cláusulas y previsiones específicas, deje de serlo a efectos de valorar la obligatoriedad de la notificación previa a la autoridad de competencia de tal operación.

A tales efectos cabe recordar que, en caso de dudas sobre la notificabilidad de una operación de concentración, la LDC permite en su artículo 55.2 b) LDC efectuar una consulta previa sobre si una operación supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el art. 8. La Audiencia Nacional ha declarado en su de 28 de septiembre de 2012 que dicha consulta previa *"Es un procedimiento que las empresas pueden utilizar voluntariamente cuando tienen dudas sobre si una determinada operación debe ser notificada con carácter previo a su ejecución. No es obligatorio y su no utilización no puede ser interpretada como una negligencia o de otra forma cambiar la carga probatoria en un procedimiento sancionador"*. No obstante, en el presente caso, la ausencia de consulta previa por parte de ORANGE no invierte la carga probatoria ya que en el presente expediente ha quedado suficientemente acreditado que los múltiples antecedentes expresados eran suficientemente conocidos por ORANGE, la posición de dicha empresa como tercer operador móvil en el mercado español y su volumen de negocios y especialización, impedían que pudiese desconocer que la operación que ejecutaba el 14 de diciembre de 2013 superaba los umbrales de notificabilidad previstos en el artículo 8 de la LDC.

En consecuencia, no cabe duda que concurre en la conducta enjuiciada el presupuesto de la culpabilidad a título al menos de negligencia, ya que ORANGE ejecutó la operación de concentración debiendo tener conocimiento del carácter obligatorio de su notificación previa.

CUARTO.-Sobre el importe de la sanción.

En conclusión, este Consejo considera que la empresa notificante ha infringido el art. 9 de la LDC, por haber ejecutado una operación de concentración de las previstas en el art. 7.1. a) y b), sin haberla notificado previamente a la CNC y, por tanto, sin contar con la autorización preceptiva.

La infracción a la LDC por incumplimiento del art. 9 está tipificada como infracción grave en el art. 62.3 d) de la misma, por lo que el límite máximo de la sanción, conforme a lo previsto en el art. 63.1 b) puede alcanzar el 5% del volumen de negocios total de la empresa o empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

La DI no aprecia ninguna circunstancia atenuante. Sin embargo, este Consejo aprecia que determinados comportamientos de ORANGE pueden ser calificados como atenuantes de su conducta, a los efectos de matizar el importe de la sanción, en el sentido del artículo 64.3 LDC.

Efectivamente, la noticia de la existencia de la operación es trasladada por el propio operador a la DI y, una vez que ésta puso de manifiesto informalmente su apreciación de que la concentración estaba sujeta a notificación obligatoria, ORANGE manifestó inmediatamente su disposición a colaborar con la DI y a notificar tal operación, pese a decir no compartir el criterio de la DI, y tal notificación voluntaria se realizó en unos márgenes de tiempo breves, y de forma diligente y correcta, manteniendo FRANCE TELECOM-ORANGE una gestión independiente de KPN España-SIMYO durante el proceso de autorización, para evitar el acceso de la primera a información comercial de la segunda.

Para el cálculo de la sanción este Consejo ha tomado en consideración el peso en cuota de mercado y volumen de negocios en el mercado relevante de la empresa adquirida, SYMIO. Igualmente, ha tenido en cuenta la especial predisposición a colaborar con este organismo por parte de ORANGE pese a no compartir el criterio de la DI, así como la brevedad y diligencia con las que ORANGE realizó la notificación voluntaria a la DI y la gestión independiente mantenida por ORANGE en relación con SIMYO durante el proceso de autorización. Por tanto, este Consejo considera que el tipo a aplicar para el cálculo de la sanción debe de ser igual al 0,1% del volumen de negocios en el mercado relevante de la empresa adquirida, SYMIO, que según consta en el expediente fue de 61,6 millones de euros en el año 2011, previo a la ejecución de la operación, de lo que resulta una sanción de 61.600 euros.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE), haciéndole saber que contra la

misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.