

RESOLUCIÓN
(Expediente Sancionador SNC/DC/0035/14 ESSILOR)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 31 de julio de 2014

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición *ut supra*, ha dictado **RESOLUCIÓN** en el marco del Expediente Sancionador SNC/DC/0035/14 ESSILOR, instruido por la Dirección de Competencia.

Han sido Ponentes los Consejeros Don Fernando Torremocha y García-Sáenz y Don Benigno Valdés Díaz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- ESSILOR INTERNATIONAL (COMPAGNIE GENERALE D'OPTIQUE) S.A., (ESSILOR) el día **26 de Noviembre del 2013**, en escrito presentado a la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, le **informaba** de la adquisición del 50% del capital social de la empresa POLYCORE OPTICAL (PTE) LTD (POLICORE) **comunicándole, además, que dicha operación ya había sido ejecutada el anterior día 8 de Julio del 2013.**

ESSILOR, en su comunicación, **ya había advertido** que la operación **podría** constituir una concentración sujeta a autorización ya que, tomando en consideración los datos de cuotas de mercado en valor, se superarían los umbrales establecidos en el Artículo 8.1.a) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (folios 8 al 13).

ESSILOR, también, **aportaba información relevante sobre la concentración habida**, señalando que estaba preparando un borrador de notificación para su sometimiento, lo antes posible, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

SEGUNDO.- El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día **6 de Marzo del 2014** dictó Resolución autorizando la operación de concentración C/0556/14 ESSILOR/POLICORE **en primera fase sin compromisos**.

La Dirección de Competencia, tanto en la Resolución como en el Informe elaborado en el marco del citado Expediente **concluyó** estableciendo que la operación de concentración era notificable por superar el umbral establecido en el Artículo 8.1.a) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- La Dirección de Competencia el día **7 de Marzo del 2014**, en cumplimiento de lo dispuesto en los Artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en concordancia con el Artículo 13.2 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, notificó a ESSILOR el **acuerdo de incoación de expediente sancionador SNC/DC/0035/14** al objeto de que pudiera presentar alegaciones frente a los cargos formulados.

Asimismo, se le requirió para que aportara información relativa a su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2013 (folios 14 al 16).

ESSILOR el día **25 de Marzo del 2014** presentó escrito de alegaciones (folios 30 al 53).

CUARTO.- La Dirección de Competencia, el día **28 de Mayo del 2014** elevó a esta Sala de Competencia una **Propuesta de Resolución** del siguiente tenor:

Primero.- Que por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se declare que la ejecución de la adquisición por ESSILOR INTERNATIONAL (COMPAGNIE GENERALE D'OPTIQUE) S.A., del control exclusivo de POLICORE OPTICAL (PTE) LTD, llevada a cabo el día 8 de Julio del 2013, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, supone una infracción grave del Artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a ESSILOR INTERNATIONAL (COMPAGNIE GENERALE D'OPTIQUE) S.A.

Segundo.- Que se imponga a ESSILOR INTERNATIONAL (COMPAGNIE GENERALE D'OPTIQUE) S.A., la sanción

establecida en el Artículo 63.1.b) de la citada Ley, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la multa propuestos.

QUINTO.- La Dirección de Competencia en el parágrafo **V.- Sanción** de su Propuesta de Resolución, literalmente establece:

(22) La LDC, en su Artículo 62.3.d) tipifica el ilícito analizado en el presente expediente como infracción grave y en el Artículo 63.1.b) de la LDC se establece el supuesto máximo de la sanción para las infracciones graves:

*“Los órganos competente **podrán imponer** a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, **deliberadamente o por negligencia**, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:*

b) las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

*(23) Teniendo en cuenta que la **facturación a nivel mundial de ESSILOR** en el año 2013 ascendió a 5.065.000.000 de €uros, **la sanción máxima sería de €uros 253.250.000***

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Son partes en este Expediente Sancionador:

1º ESSILOR INTERNATIONAL (COMPAGNIE GENERALE D’OPTIQUE) S.A., multinacional francesa dedicada a la industria oftálmica con una fuerte presencia internacional. Sus actividades son la fabricación y venta de lentes e instrumentos ópticos para su venta a ópticos minoristas, maquinaria óptica y consumibles para su venta a los laboratorios oftálmicos y gafas de lectura pregraduadas para su venta a farmacias y otras tiendas no especializadas.

2º POLYCORE OPTICAL (PTE) LTD sociedad ubicada en Singapur, dedicada a la fabricación de varios tipos de lentes, con o sin corrección, ya sean claras o tintadas (de sol).

SEGUNDO.- La Dirección de Competencia establece indubitada y fehacientemente en su Propuesta de Resolución (parágrafo 5 Antecedentes) que *“con fecha 10 de Febrero del 2014 tuvo entrada la notificación relativa a la operación de concentración económica consistente en la adquisición por ESSILOR, a través de su sociedad participada OSA INVESTMENTS HOLDING PTE LTD., del 50% del capital social de POLYCORE OPTICAL (PTE) LTD., dando lugar al Expediente de Concentración C/0556/14 ESSILOR/ POLYCORE y dejando sin objeto las citadas actuaciones preliminares, que fueron cerradas”.*

La Dirección de Competencia establece indubitada y fehacientemente en su Propuesta de Resolución (parágrafo 6 Antecedentes) que *“con fecha 6 de Marzo del 2014 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó Resolución autorizando la operación de concentración C/0556/14 ESSILOR/POLYCORE en primera fase y sin compromisos”*.

El aserto de la Dirección de Competencia (*“dejando sin objeto las citadas actuaciones preliminares, que fueron cerradas”*) se refiere al establecimiento que conforma el anterior parágrafo 3 Antecedentes *“ a la vista de lo anterior y con el fin de determinar si la notificación de la citada operación era o no preceptiva conforme a lo establecido en los Artículos 7, 8 y 9 de la LDC”* [debemos entender que se refiere a la Ley 15/2007] *“esta Dirección de Competencia decidió la apertura de las actuaciones preliminares ACP-2013-015”*. Establecimiento que tiene su continuación en el aserto que conforma el siguiente parágrafo 4 Antecedentes *“con fecha 17 de Enero del 2014, esta Dirección de Competencia remitió escrito al representante de ESSILOR por el que se le requería, de oficio, para que en el plazo de 20 días a contar desde la recepción del escrito, notificara ante la CNMC la citada operación de concentración (folios 2 a 5)”*.

TERCERO.- La Dirección de Competencia, en su Propuesta de Resolución establece:

1º Dimensión y características del mercado afectado.- En la resolución del Procedimiento de Concentración C/0556/14 ESSILOR/POLYCORE quedó determinado que *“la operación de concentración afectaba a dos tipos de mercado de producto: (1) mercado de fabricación de lentes oftálmicas y (2) mercado de distribución y comercialización minorista de lentes”* [...] *“Y en cuanto al ámbito geográfico, en este expediente de concentración se concluyó que la fabricación de lentes oftálmicas es mundial, debido a que los costes de transporte no son relevantes, en términos relativos, de manera que la mayoría de empresas fabricantes producen las lentes terminadas y semiterminadas en aquellos lugares en que los costes de producción son inferiores, especialmente en Asia”* [...] *“En cuanto al mercado de distribución y comercialización de lentes es nacional”*.

2º Cuota de mercado.- La cuota de mercado de ESSILOR, a nivel mundial, en el mercado de fabricación de lentes oftálmicas *“alcanza la cifra del [30-40]”*. En cuanto a los tipos de lentes correctoras su cuota es del [30-40]% y del [50-60]% en valor y del [40-50]% en volumen [...] ***“Tras la operación de concentración la cuota de ESSILOR apenas sufre variación, tanto en valor como en volumen”***.

3º Alcance y duración de la infracción.- *“La transacción se ejecutó el 8 de Julio del 2013 y su notificación no tuvo lugar hasta el 10 de Febrero del 2014, si bien es cierto que ESSILOR con fecha 26 de Noviembre del 2013 había comunicado dicha ejecución. Por tanto la situación de irregularidad se ha mantenido durante siete meses hasta la notificación en forma pero cuatro*

meses y medio si se tiene en cuenta la comunicación efectuada por ESSILOR a la CNMC con anterioridad a la notificación”.

4º Efectos de la infracción sobre consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.- “En este concreto caso, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su Resolución de 6 de Marzo del 2014 en que autorizaba la concentración en primera fase y sin compromisos consideró que no cabía esperar que esta operación supusiera amenaza alguna para la competencia. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, cabe señalar que la misma **no se materializó en perjuicio concreto de los derechos de los consumidores o de otros operadores económicos, más allá de la sustracción injustificada de la transacción al preceptivo control administrativo**”.

5º Beneficios ilícitos obtenidos por consecuencia de la infracción (extemporaneidad).- “Dado que de haberse notificado en tiempo la operación habría sido autorizada en primera fase y sin compromisos, no ha quedado acreditado que ESSILOR haya conseguido **ningún beneficio ilícito**”.

6º Reconocimiento de los hechos y plena colaboración.- Tal como “ESSILOR alega, fue ella quien decidió, de manera totalmente voluntaria, poner en conocimiento de la autoridad de competencia este hecho a los efectos de subsanar de manera inmediata el error cometido, colaborando siempre con la mejor disposición y con la mayor transparencia [...]” Por ello, la Dirección de Competencia concede que “cabe asumir razonablemente que de no haber enviado ESSILOR el escrito en el que informaba de la ejecución de concentración, podría ser que la CNMC no hubiera detectado la comisión de la infracción o que lo hubiera hecho mucho más tarde”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia dispone en su **Art. 55 Notificación de concentración económica, Apartado 1**, que “el procedimiento de control de concentración económica se iniciará una vez recibida en forma la notificación de la concentración de acuerdo con el formulario de notificación establecido reglamentariamente”.

El **Art. 62 Infracciones**, establece en su **Apartado 3** que “son infracciones graves: [...] d) 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 [...]”.

Por tanto, a la luz de los HECHOS PROBADOS no existe duda de que ESSILOR ha infringido ese precepto de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- ESSILOR conoce la mecánica de concentraciones en lo que afecta a su relación con la autoridad española de competencia, actualmente la CNMC, porque realizó ese trámite en dos ocasiones en el pasado **con exquisita pulcritud** (Expediente C/0131/09 ESSILOR/SIGNET y Expediente C/0303/10 ESSILOR/SHAMIR). Estos antecedentes de pulcritud en la tramitación de sus otras notificaciones de concentración, dan valor a su alegación de que el no haberlo hecho con igual diligencia en este caso se debió a un mal cálculo inicial por su parte de la cuota de mercado **en valor**. La posible ausencia de mala fe cobra fuerza al considerar los siguientes hechos:

Primero, la propia ESSILOR, habiéndose dado cuenta del citado error de cálculo, lo comunicó a la CNMC.

Segundo, como la propia Dirección de Competencia admite, de no haberse producido esa comunicación voluntaria por parte de la empresa, es muy probable que la autoridad de competencia no hubiera podido enterarse de ello (concentración entre una multinacional extranjera, ESSILOR, con escaso volumen de actividad en España, y una empresa, POLYCORE, radicada en Singapur) o haberlo hecho cuando la infracción ya hubiera prescrito.

Tercero, la concentración no presentaba ningún problema en el contexto de la vigente legislación de Defensa de la Competencia, por lo que, una vez notificada, se aprobó en primera fase y sin condiciones.

Cuarto, por ello, la operación no causó ningún daño a los competidores y usuarios, y la empresa no obtuvo beneficio alguno de su –en este caso– descuidada actuación.

TERCERO.- No someter, cuando la Ley lo estipula necesario, una concentración al dictamen de la autoridad de competencia y obtener aprobación de ella con carácter previo a su ejecución, constituye una infracción de la Ley 15/2007. Dada la trascendencia que ese tipo de operaciones puede tener sobre la estructura del mercado, de ninguna manera puede quedar al arbitrio de las empresas afectadas la decisión de cómo y cuándo comunicarlas.

Las empresas deben tener esto muy presente. Y aunque en el caso que nos ocupa esta advertencia se le haga a quien no la necesita, debe quedar constancia de ella con generalidad.

Por consiguiente, lo expuesto en Apartado SEGUNDO de los FUNDAMENTOS de DERECHO no exime a ESSILOR del reproche que su –en este caso– descuidada actuación merece. Sin embargo, lo dicho en ese Apartado merece una especial consideración como elemento determinante de la sanción a imponer.

CUARTO.- En relación con ello, son de aplicación los siguientes preceptos: Primero, el Art. 63.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece lo siguiente:

“Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones: [...] b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa [...]

Segundo, el Art. 64.1 y 3 de la misma Ley, que establece los criterios para la determinación de la sanción relevantes para el caso que nos ocupa.

Tercero, la interpretación de la naturaleza sancionadora del mencionado Art. 63.1 realizada por la AN (por todas, SAN de 23 de diciembre de 2013, Recurso 188/2012), aplicada al caso que nos ocupa:

“Una interpretación del límite del [5%] conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo [5%] debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según los agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones [...] graves –hasta el 5%– [...] Nada impide que las [correspondientes] multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad de la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje”.

Sobre estas bases, y atendiendo a lo expuesto en el SEGUNDO Fundamento de DERECHO, procede imponer a ESSILOR INTERNATIONAL una sanción del 0,0001% sobre su facturación a nivel mundial en 2013, que asciende a 5.065.000.000 euros; es decir, 5.065 euros.

En virtud de todo lo anterior, esta **SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la Sesión Plenaria celebrada el día 31 de Julio del 2014

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar la existencia de una conducta incardinable en el Artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia de la que es responsable ESSILOR INTERNATIONAL (COMPAGNIE GENERALE D’OPTIQUE) S.A.

SEGUNDO.- Imponer a ESSILOR INTERNATIONAL (COMPAGNIE GENERALE D’OPTIQUE) S.A., una multa de €uros 5.065 en aplicación de los Artículos 63.1.b) y 64.1 y 3, de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- Ordenar a los Servicios de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la publicación en la página web de la Parte Dispositiva de esta Resolución.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, para que vigile el correcto y fiel cumplimiento de lo acordado en esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución administrativa a la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese fehacientemente a ESSILOR INTERNATIONAL (COMPAGNIE GENERALE D'OPTIQUE) S.A., haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en esta vía previa administrativa, pudiendo hacer en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de su notificación, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional.