

RESOLUCIÓN (Expte. SNC/0022/12, VERIFONE/HYPERCOM)

CONSEJO

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

En Madrid, a 24 de Octubre de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente la consejera María Jesús González López, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador SNC/0022/12, VERIFONE/HYPERCOM, iniciado de oficio por la Dirección de Investigación, con fecha de 28 de mayo de 2012, contra VERIFONE SYSTEMS, INC (VERIFONE), por una posible infracción del artículo 62.3.d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 28 de mayo de 2012 la Directora de Investigación acordó incoar expediente sancionador contra VERIFONE SYSTEM INC, por la ejecución de una operación de concentración con carácter previo a su notificación y autorización, infracción tipificada en el artículo 62. 3d) de la LDC.

Dicho acuerdo fue notificado a VERIFONE SYSTEM INC, ese mismo día.

2. Con fecha 14 de junio de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones en relación con la incoación del expediente sancionador en nombre de VERIFONE SYSTEMS INC.
3. El 27 de julio de 2012 la DI emitió Propuesta de Resolución en el procedimiento sancionador SNC/0022/12, notificándose ese mismo día, en el que se decía:

“Primero: Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia declare que la adquisición por Verifone Systems, Inc. del control exclusivo de Hypercom Corporation el 4 de agosto de 2011, 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 Verifone Systems, Inc.

Segundo: Que se imponga a VERIFONE 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 VERIFONE en el ejercicio 2011, inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.”

4. Con fecha 22 de agosto de 2012 la representación de VERIFONE presentó en el registro de la CNC escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de 27 de julio de 2012.
5. El 12 de septiembre de 2012 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 VERIFONE para alegaciones el 27 de julio de 2012, junto a las alegaciones presentadas por la empresa y el resto del expediente SNC/0022/12.
6. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 17 de octubre de 2012.
7. Es parte interesada:
VERIFONE SYSTEMS INC (VERIFONE).

HECHOS PROBADOS

1. Con fecha 17 de noviembre de 2010 VERIFONE e HYPERCOM CORPORATION (HYPERCOM) firmaron un Acuerdo y Plan de Fusión que otorgaba a la primera empresa control exclusivo sobre la segunda.

Esta operación de concentración era de notificación obligatoria en España puesto que como consecuencia de la misma, la cuota de VERIFONE superaba los umbrales previstos en el artículo 8. 1a) de la LDC.
2. El 15 de enero de 2011 VERIFONE presentó en la CNC un borrador de notificación de la operación de concentración.

Posteriormente, los representantes de VERIFONE indicaron que la operación no iba a ser materializada en los términos inicialmente previstos y la notificación no llegó a presentarse.
3. Con fecha 11 de febrero de 2011 la Dirección de Investigación requirió a VERIFONE información sobre la nueva estructura de la operación de concentración y el calendario previsto para llevarla a cabo. En su respuesta de 23 de febrero de 2011, VERIFONE comunicó que HYPERCOM había iniciado un proceso de venta a un tercero de su negocio en España, que sería previa a la operación de fusión de VERIFONE e HYPERCOM.
4. Con fecha 2 de junio de 2011 tuvo entrada en la CNC la notificación de la operación consistente en la adquisición por Klein Partners Capital Corporation (KLEIN PARTNERS) del control exclusivo de Hypercom Spain, S.A.

(HYPERCOM SPAIN), notificación que dio lugar al expediente C/0363/11 KLEIN PARTNERS / HYPERCOM SPAIN.

5. Con fecha 20 de julio de 2011 el Consejo de la CNC, en aplicación del artículo 57.2.e) de la LDC, dictó resolución por la que se acuerda el archivo del expediente C/0363/11 por darse el supuesto contemplado en el artículo 44.b) de dicha Ley. El archivo del expediente C/0363/11 se basa en que la operación KLEIN PARTNERS/HYPERCOM SPAIN, tal como estaba configurada, no suponía un cambio estable en la estructura de control de la cuota de mercado de HYPERCOM en España, en el sentido del artículo 7.1 de la LDC. Además, en dicha resolución el Consejo de la CNC señaló la obligación de notificar la operación de concentración VERIFONE/HYPERCOM.
6. Con fecha 22 de julio de 2011, en vista de la Resolución de la CNC de 20 de julio de 2011, la DI comunicó a los representantes de VERIFONE que la operación de concentración VERIFONE/HYPERCOM debía ser notificada antes de su ejecución, en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la LDC.
7. El 5 de agosto de 2011, se recibió en la CNC un escrito de VERIFONE, manifestando que, en su opinión, no procedía notificar la operación VERIFONE/HYPERCOM, por no superar los umbrales previstos en el artículo 8 de la LDC, y que dicha operación había sido ejecutada el 4 de agosto de 2011.
8. El 16 de septiembre de 2011, en aplicación del artículo 9.5 de la LDC, la Dirección de Investigación requirió de oficio a VERIFONE para que en el plazo de 20 días notificase ante la CNC la operación de concentración VERIFONE/HYPERCOM.
9. El 3 de octubre de 2011 tuvo entrada en la CNC un escrito de VERIFONE, adjuntando nuevos contratos firmados entre KLEIN PARTNERS e HYPERCOM con posterioridad a la Resolución del Consejo de la CNC de 20 de julio de 2011 en el expediente C/0363/11, y solicitando que se dejara sin efecto el requerimiento de notificación de la Dirección de Investigación, por considerar que la operación no cumplía los umbrales previstos en el artículo 8.1 de la LDC. Al mismo tiempo, VERIFONE solicitaba una ampliación del plazo para la presentación del formulario de notificación. Con esa misma fecha, la Dirección de Investigación acordó conceder un plazo adicional de 10 días.
10. Con fecha 21 de octubre de 2011 tuvo entrada en la CNC un nuevo escrito de VERIFONE, remitiendo el formulario de notificación de la operación de concentración VERIFONE/HYPERCOM. En dicho escrito, VERIFONE solicita el archivo del expediente correspondiente, por no superar los umbrales previstos en el artículo 8 de la LDC.
11. El formulario de notificación presentado por VERIFONE no reunía los requisitos exigidos en el Anexo II del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Por ello, con fecha 24 de octubre de 2011, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2 del RDC, la Dirección de Investigación reiteró a VERIFONE el requerimiento de presentación del formulario de notificación debidamente cumplimentado, concediéndole un plazo de 5 días para su remisión.

- 12.** Con fecha 2 de noviembre de 2011, VERIFONE remitió una parte de la documentación requerida por la Dirección de Investigación.
- 13.** Con fecha 10 de noviembre de 2011 tuvo entrada en la CNC el resto de la documentación requerida por la Dirección de Investigación a VERIFONE, dándose por cumplido el trámite de presentación del formulario de notificación correspondiente a la operación de concentración consistente en la adquisición por VERIFONE del control exclusivo de HYPERCOM.
- 14.** Con fecha 29 de diciembre de 2011 el Consejo de la CNC dictó, en aplicación del artículo 57.2 b) de la Ley 15/2007, resolución en el expediente C-0410/11 VERIFONE/HYPERCOM subordinando la autorización de la concentración económica consistente en la adquisición por VERIFONE del control exclusivo de HYPERCOM al cumplimiento de los compromisos propuestos por el notificante.
- 15.** En cumplimiento de dichos compromisos, con fecha 14 de marzo de 2012, VERIFONE/HYPERCOM y KLEIN PARTNERS celebraron un contrato de licencia adicional para la Unión Europea que afectaba a los términos de la operación de adquisición por KLEIN PARTNERS de HYPERCOM SPAIN (ahora denominada SPIRE PAYMENTS S.A.), al eliminar la principal limitación a la capacidad de KLEIN PARTNERS para ejercer un control efectivo sobre la cuota de mercado de HYPERCOM en España. En virtud de dichos acuerdos la operación de concentración entre KLEIN PARTNERS/HYPERCOM fue notificada a la CNC con fecha 11 de abril de 2012, siendo autorizada en primera fase por el Consejo de la CNC, mediante resolución de 3 de mayo de 2012 (Expediente C/0436/12 KLEIN PARTNERS/SPIRE PAYMENTS).

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Sobre el objeto del expediente. La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DI en su Informe-Propuesta, VERIFONE ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 9 de la Ley 15/2007, en virtud del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución. De ser así esta conducta está tipificada en el artículo 62.3.d) como una infracción grave a la LDC, por lo que el Consejo de la CNC podría imponer sanciones por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora.

El artículo 7 de la LDC define lo qué debe entenderse por una concentración económica a efectos de aplicación de la normativa en vigor. El artículo 8 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. Alternativamente a este requisito 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.

Por su parte, el previamente citado artículo 62.3.d) de la LDC tipifica como infracción grave *“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.”*

De conformidad con lo establecido en la normativa transcrita, dos son los requisitos que deben concurrir para que resulte apreciable el elemento objetivo del tipo infractor: por un lado, que la operación de concentración en cuestión sea notificable con arreglo a lo dispuesto por la LDC y, por otro, que dicha notificación se haya efectuado con posterioridad a la ejecución de la operación jurídica a través de la cual se instrumenta la concentración.

SEGUNDO.- Sobre el elemento objetivo del tipo infractor previsto por el artículo 62.3.d) de la LDC. 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 Comisión Nacional de la Competencia previamente 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”*.

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 que se ha reseñado en el fundamento jurídico anterior.

El primero de los requisitos que debe examinarse para determinar la existencia del elemento objetivo del tipo infractor es el relativo a la notificabilidad de la operación. A lo largo de la tramitación de los sucesivos expedientes relacionados con esta operación el Consejo de la CNC advirtió claramente a todas las partes interesadas de la existencia de dicho deber de notificación de la adquisición de HYPERCOM por VERIFONE al superar el umbral previsto en el art. 8.1 a de la LDC.

En concreto la DI, en su informe propuesta de 15 de julio de 2011 -con el que el Consejo de la CNC se mostró de acuerdo en la resolución que puso fin al expediente- determinó claramente la exigencia legal de notificar ante la CNC la operación de concentración VERIFONE/HYPERCOM *antes de su ejecución*, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la LDC:

“(87) En conclusión, a la vista de los anteriores elementos, esta Dirección de Investigación considera que la operación notificada KLEIN PARTNERS / HYPERCOM SPAIN es simplemente un instrumento para eludir el análisis por la CNC de la operación de concentración de VERIFONE/HYPERCOM.

(88) De esta manera, la operación notificada simplemente serviría para hacer una transferencia temporal de la cuota de mercado de HYPERCOM en España y no daría lugar a una modificación del control de dicha cuota de mercado, que de facto seguiría dependiendo de HYPERCOM a través de los acuerdos de asistencia técnica.

(89) El hecho es que VERIFONE y HYPERCOM están aprovechando una insuficiencia del umbral de cuota de mercado del artículo 8.1.a) de la LDC, para evitar notificar la operación de concentración VERIFONE/HYPERCOM, en la medida que este umbral establece la notificabilidad cuando "se adquiriera o se incremente una cuota de mercado", algo que no se puede producir hasta que no se ejecute una operación de concentración.

(90) En este sentido, es relevante que KLEIN PARTNERS tenga previsto adquirir también el negocio de HYPERCOM en el Reino Unido, para evitar la notificación de la operación de concentración VERIFONE/HYPERCOM en este país, uno de los pocos países del EEE en los que esta operación es notificable, precisamente por el umbral de cuota de mercado.

(91) Por ello, en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, esta Dirección de Investigación entiende que la operación de concentración KLEIN PARTNERS / HYPERCOM SPAIN es una simulación para evitar notificar en España la operación VERIFONE/HYPERCOM, por lo que procede acordar el archivo de las actuaciones, en la medida que la operación notificada no da lugar a una modificación estable de la estructura de control de la cuota de mercado de HYPERCOM en España.

(92) El archivo de las actuaciones de referencia implica que la operación de concentración VERIFONE / HYPERCOM debe ser notificada en España antes de su ejecución, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la LDC.

Asimismo, con fecha 20 de julio de 2011, el Consejo de la CNC dictó Resolución en el expediente de concentración C-0363/11 KLEIN PARTNERS/HYPERCOM SPAIN, en la que se mostró de acuerdo con la propuesta de la DI y reafirmó el deber legal de notificar la operación VERIFONE/HYPERCOM antes de su ejecución: "estando de acuerdo con el informe y la propuesta de la DI procedía el archivo de del expediente, indicándose expresamente a la empresa que "A la vista de las circunstancias excepcionales en las que el Consejo ha acordado el presente archivo, y que la operación de concentración VERIFONE/HYPERCOM debe ser notificada a la CNC antes de su ejecución, debe procederse a la publicación del informe y propuesta junto a esta resolución de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 de la LDC".

Posteriormente, con fecha 22 de julio de 2011, la DI comunicó a la representación de VERIFONE que, por Resolución del Consejo de la CNC de 20 de julio de 2011 y en aplicación del art. 57.2.e) de la LDC, se había archivado el expediente de concentración C-0363/11 KLEIN PARTNERS/HYPERCOM SPAIN, al darse el supuesto contemplado en el art. 44.b) de la misma Ley.

Dicha comunicación finalizaba indicando expresamente a VERIFONE la obligación de notificar la operación de concentración por la que adquiriría el control exclusivo de HYPERCOM antes de su ejecución en los siguientes términos: "A la vista de lo anterior, y de acuerdo a lo dispuesto en la citada Resolución, le comunicamos que en las actuales circunstancias la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de VERIFONE del control exclusivo de HYPERCOM debe ser notificada a la CNC antes de su ejecución, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la LDC."

Finalmente este Consejo, al autorizar la operación de concentración mediante su Resolución de 29 de diciembre de 2011 (C/0410/11, VERIFONE/HYPERCOM) reafirmó de nuevo la obligación de notificar la operación, al constatar que, como consecuencia de la concentración, la cuota de mercado de VERIFONE superaba los umbrales previstos en el artículo 8.1.a) de la LDC. En su informe sobre la operación, la DI constató que la concentración notificada, sin la adopción de remedios suficientes, podía tener efectos significativos, tanto unilaterales como coordinados, sobre la competencia efectiva en los distintos mercados de terminales de pago electrónico considerados. En su resolución de 29 de diciembre de 2011, el Consejo de la CNC se mostró de acuerdo con la valoración efectuada sobre los riesgos para la competencia efectiva derivados de la operación. Como consecuencia de los problemas de competencia detectados este Consejo subordinó la autorización de la concentración al cumplimiento de los compromisos propuestos por el propio notificante. Por ello, con fecha 14 de marzo de 2012, VERIFONE/HYPERCOM y KLEIN PARTNERS celebraron un contrato de licencia adicional para la UE que afectaba a los términos de la operación de adquisición por KLEIN PARTNERS de HYPERCOM SPAIN (ahora denominada SPIRE PAYMENTS S.A.), al eliminar la principal limitación a la capacidad de KLEIN PARTNERS para ejercer un control efectivo sobre la cuota de mercado de HYPERCOM en España. En virtud de dichos acuerdos la operación de concentración entre KLEIN PARTNERS/HYPERCOM fue notificada a la CNC con fecha 11 de abril de 2012, siendo autorizada en primera fase por el Consejo de la CNC, mediante resolución de 3 de mayo de 2012 (Expediente C/0436/12 KLEIN PARTNERS/SPIRE PAYMENTS).

En conclusión, a lo largo de la tramitación de los sucesivos expedientes de autorización relacionados con esta operación de concentración el Consejo de la CNC se ha pronunciado siempre afirmando sin margen de duda la existencia del deber legal de notificar la operación VERIFONE/HYPERCOM *antes de su ejecución*, al superar el umbral previsto en el art. 8.1 a de la LDC. Dicho deber de notificación fue comunicado debidamente a la representación legal de VERIFONE con fecha 22 de julio de 2011, indicando expresamente a VERIFONE la obligación de notificar la operación de concentración por la que adquiriría el control exclusivo de HYPERCOM.

En relación con el segundo de los requisitos, relativo a que la notificación se efectúe con posterioridad a la ejecución de la operación jurídica a través de la cual se instrumenta la concentración, este Consejo coincide con la DI, a la vista de los hechos acreditados en el expediente, que la operación de concentración fue ejecutada con anterioridad a su notificación a la CNC.

Si bien la LDC no contiene una definición expresa del concepto de ejecución de una operación de concentración, el mismo puede ser inferido, ya sea de forma directa o indirecta -por remisión a otros preceptos-, examinado varios artículos de la LDC. Así el art. 7.1 de la LDC dispone que *“A los efectos previstos en esta Ley se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas...”* A continuación, el apartado 2 del mismo precepto especifica que *“el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confiera la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa... En todo caso, se considerará que ese control existe cuando se den*

los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores” (LMV).

De las disposiciones citadas, por tanto, se infiere 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.

En el supuesto que nos ocupa, el hecho de que la operación de concentración fuera ejecutada con anterioridad a su notificación en la CNC es un hecho que es reconocido por la empresa; así, en su escrito de 5 de agosto de 2011, VERIFONE manifestó que en su opinión no procedía notificar la operación VERIFONE/HYPERCOM por no superar los umbrales de notificación previstos en el artículo 8 de la LDC y que dicha operación había sido ejecutada el 4 de agosto de 2011.

VERIFONE en ningún momento niega que procedió a ejecutar la operación de concentración antes de su autorización, sino que basa sus alegaciones, en primer lugar, en la fecha en que debe determinarse el cumplimiento de los umbrales de notificación y, por lo tanto, la jurisdicción de la CNC y, en segundo lugar, en que la operación de VERIFONE/HYPERCOM no superaba los umbrales de notificación.

Las alegaciones de VERIFONE, en ningún caso desvirtúan los hechos acreditados en el expediente. Con independencia de la fecha que se tome en consideración para determinar la jurisdicción de la CNC, ya sea el 17 de noviembre de 2010, fecha en que se firmó el acuerdo y el plan de fusión, o la fecha de notificación como sostiene la representación de VERIFONE, resulta incuestionable que, a fecha 4 de agosto de 2011, como reconoce la propia empresa, la operación de concentración había sido ejecutada sin haberse notificado, a pesar de haber sido advertida de su obligación legal de hacerlo el día 22 de julio. Como consta en los hechos acreditados la notificación completa a la CNC no tuvo lugar hasta el 10 de noviembre de 2011, tras un nuevo requerimiento expreso a VERIFONE por parte de esta Comisión para que notificase (16 de septiembre de 2011) y sucesivas ampliaciones de plazo de presentación (3 de octubre de 2011) y reiteraciones del requerimiento de presentación (23 de octubre de 2011) por parte de la DI.

En lo que se refiere a la obligación de notificar la operación no puede obviarse que la resolución de este Consejo de 20 de julio de 2011 archivó el expediente C/0363/11 al considerar que la operación KLEIN PARTNERS / HYPERCOM SPAIN, tal como quedó configurada, no suponía un cambio estable en la estructura de control de la cuota de mercado de HYPERCOM en España.

Por tanto, a fecha de 4 de agosto de 2011, la adquisición de la cuota de HYPERCOM en el mercado relevante en el ámbito nacional español era de obligatoria notificación a la CNC con carácter previo a la ejecución de la adquisición, al superar dicha cuota el 30 % del mercado relevante previsto en el art. 8.1 a de la LDC.

En su Resolución de 29 de diciembre de 2011 (C/0410/11, VERIFONE/HYPERCOM) este Consejo consideró que el control sobre dicha cuota de mercado

por parte de VERIFONE se produjo en la operación de concentración ejecutada el 4 de agosto de 2011 y notificada finalmente a la CNC el 10 de noviembre de 2011.

Por tanto, a fecha de 4 de agosto de 2011, cuando fue ejecutada la operación, la obligación de notificación con carácter previo por parte de VERIFONE existía, ya que, como consecuencia de la concentración y la adquisición del control exclusivo sobre HYPERCOM, la cuota de mercado de VERIFONE superaba los umbrales previstos en el artículo 8.1. a) de la LDC.

En definitiva, el Consejo puede afirmar, sin margen alguno a error, 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 5 de agosto de 2011, fecha en que se ejecutó la concentración, al 29 de diciembre de 2011, cuando el Consejo de la CNC autorizó la operación con condiciones. Cuestión aparte, que se analizará a continuación, es la relativa al elemento subjetivo del tipo y carácter doloso o negligente de la conducta del imputado.

TERCERO.- Elemento subjetivo del tipo: carácter doloso o negligente de la conducta. En cuanto al elemento subjetivo del tipo, la culpabilidad, 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 (STC 246/1991; STS 26-03-86 entre otras).

De esta forma, sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.

La conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo (en cualquiera de sus grados); sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica negligencia. (STS 20-12-96).

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.

Pues bien a la hora de analizar si la conducta de VERIFONE en los hechos que motivan el expediente es culpable, existe una serie de circunstancias que, a juicio, de este Consejo son manifiestamente reveladoras de su responsabilidad.

Según ha quedado acreditado en el expediente, VERIFONE conocía la obligatoriedad de notificar la operación de concentración, tanto a través del informe propuesta emitido por la DI el 15 de julio de 2011, como por la resolución dictada por este Consejo el 20 de julio del mismo año y, sobre todo por la comunicación de dicha resolución a la representación de VERIFONE efectuada con fecha 22 de julio

de 2011. Como se ha señalado dicha comunicación finalizaba indicando expresamente a VERIFONE la obligación de notificar la operación de concentración por la que adquiriría el control exclusivo de HYPERCOM en los siguientes términos: *“A la vista de lo anterior, y de acuerdo a lo dispuesto en la citada Resolución, le comunicamos que en las actuales circunstancias la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de VERIFONE del control exclusivo de HYPERCOM debe ser notificada a la CNC antes de su ejecución, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la LDC.”*

A la vista de estos hechos, VERIFONE conocía el criterio del Consejo de que la operación de concentración VERIFONE/HYPERCOM, superaba los umbrales establecidos en el artículo 8. 1 a) de la LDC, y por lo tanto era de notificación obligatoria ante la CNC, dado que la operación KLEIN PARTNERS/HYPERCOM SPAIN, no daba lugar a una modificación estable de la estructura de control de la cuota de mercado de HYPERCOM en España.

A pesar de ello, la operación de concentración fue ejecutada por VERIFONE el 4 de agosto de 2011, sin haber sido previamente notificada y sin contar con la autorización de la CNC, no produciéndose la notificación completa de la operación hasta el 10 de noviembre de 2011, tras serle reiterado el requerimiento. Por Resolución del Consejo de fecha 29 de diciembre de 2011, fue autorizada, en primera fase, con compromisos.

En consecuencia, no cabe duda de que el elemento subjetivo de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa a título de dolo ya que VERIFONE ejecutó la operación de concentración VERIFONE/HYPERCOM con pleno conocimiento del carácter obligatorio de su notificación, según el criterio expresado por el Consejo de la CNC en su resolución de 20 de julio de 2011, y tras haber sido expresa y directamente advertida de su obligación de notificarla mediante la comunicación de 22 de julio dirigida a su representación legal. La comisión de la infracción (la ejecución de la operación de concentración con anterioridad a su notificación en la CNC) fue, por tanto, una decisión plenamente consciente y voluntaria por parte de VERIFONE, que debe ser sancionada como tal.

CUARTO.- Sobre el importe de la sanción. En conclusión, este Consejo, considera que la empresa notificante ha cometido una infracción del artículo 9.2 de la LDC, por haber ejecutado una operación de Concentración de las previstas en el artículo 7.1.b), sin haberla notificado previamente a las Autoridades de competencia y por tanto, sin contar con la autorización preceptiva.

Resuelta la existencia de una infracción a la LDC por incumplimiento de su artículo 9, y como se señala en la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2011 (P.O. nº 219/2010), una infracción de esta clase está tipificada como una infracción grave en el artículo 62.3.d), por lo que el límite máximo de la sanción de acuerdo con lo previsto en el artículo 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 la imposición de la multa.

La DI no aprecia la existencia de ninguna circunstancia atenuante, ni tampoco el Consejo. A este respecto debemos recordar el criterio de este Consejo respecto de

las notificaciones extemporáneas tras el requerimiento de la CNC, ya manifestado en la Resolución de 10 de abril de 2012 (Expte. SNC/0017/11 ISOLUX) cuando se señala que *“la Ley establece que el momento en el que debe presentarse la notificación de una operación de concentración ante la CNC debe ser anterior a su ejecución, y eso es lo que se ha incumplido por parte de las actoras. No pueden pretender estas que el haber notificado después de ejecutarla y previa comunicación de la CNC de que la operación era susceptible de notificación obligatoria, pueda ser ahora considerado como circunstancia atenuante”*.

Por el contrario a juicio de este Consejo, en este caso, el incumplimiento del artículo 9 por parte de VERIFONE, al ejecutar la operación sin la previa autorización de la CNC, ha sido realizado con pleno conocimiento del carácter antijurídico que suponía la ausencia de notificación y de autorización, como queda acreditado en el Hecho Probado nº 6, lo que implica una conducta dolosa.

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 HYPERCOM, la empresa adquirida por VERIFONE. Y a los efectos del tipo a aplicar, el Consejo ha tenido en cuenta la duración de la infracción, y que se trata de una operación de concentración que si bien fue autorizada en primera fase por Resolución de este Consejo de 29 de diciembre de 2011, necesitó de la adopción de compromisos para resolver los problemas de competencia que, de haberse realizado la operación en las condiciones en que fue notificada, se hubieran planteado.

Este Consejo, atendiendo a los principios de disuasión y de proporcionalidad que deben regir la imposición de las sanciones pecuniarias, y teniendo en cuenta la especial manifestación de resistencia que ha demostrado VERIFON, ejecutando la operación días después de que la CNC le comunicara que la misma seguía siendo notificable, considera que el reproche a VERIFONE debe ser superior al que le hubiera correspondido de haberse producido un incumplimiento de notificación por mera negligencia y por tanto que el tipo a aplicar para el cálculo de la multa pecuniaria no puede ser inferior al 2% del volumen de negocios en el mercado relevante de la empresa adquirida, HYPERCOM, que según consta en el expediente, fue de 14,3 millones de euros en el año 2010, previo a la ejecución de la operación, lo que resulta en una sanción de 286.000 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 VERIFONE SYSTEMS, INC, del control exclusivo de HYPERCOM CORPORATION, con carácter previo a su notificación y autorización por la CNC constituye una infracción del artículo 9.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a VERIFONE SYSTEMS, INC.

SEGUNDO.- Imponer a VERIFONE SYSTEMNS INC una multa de 286.000 euros (doscientos ochenta y seis mil 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 VERIFONE SYSTEMS, INC, 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.