

RESOLUCIÓN (Expte. SNC/0009/11, DORF KETAL)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, 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

En Madrid, a 22 de julio de 2011.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador SNC-0009/11, DORF KETAL, iniciado de oficio por la Dirección de Investigación, con fecha de 17 de marzo de 2011, contra DORF KETAL, 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 16 de septiembre de 2010 tuvo entrada en la Dirección de Investigación (DI) la notificación de la adquisición por DORF KETAL Chemicals AG, filial suiza de DORF KETAL Chemicals (India) Private Limited ("DORF KETAL"), del control exclusivo sobre el negocio de titanatos y zirconatos de Johnson Matthey (Expediente de concentración C-0279/10 DORF KETAL /JOHNSON MATTHEY). En el marco de este expediente la DI tuvo noticia de la previa adquisición, por parte de DORF KETAL, de INTEC y del negocio de catalizadores especiales de DuPont que podrían ser notificables conforme a los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC); sin que en su momento fueran notificadas a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), por lo que la DI, conforme a lo establecido en el artículo 55.3 de la LDC, procedió a iniciar las actuaciones preliminares ACP/014/10 con el fin de determinar si dichas operaciones de concentración debieron haberse notificado.
2. Con fecha 30 de noviembre de 2010 y en el marco de las actuaciones ACP/014/10 la DI remitió a DORF KETAL un requerimiento de información cuya contestación tuvo entrada con fecha 15 de diciembre de 2010.
3. Con fecha 18 de enero de 2011, la DI notificó a DORF KETAL que la operación de concentración consistente en la adquisición del negocio de titanatos y

zirconatos de DuPont por DORF KETAL, ejecutada con fecha 31 de diciembre de 2009, entraba dentro del ámbito de aplicación del artículo 9 de la LDC y era notificable ante la CNC, ya que como resultado de la misma se superaba el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC en el mercado nacional de fabricación y venta de titanatos. En dicha notificación se indicó que, en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la LDC, DORF KETAL estaba obligada a notificar la citada operación a la mayor brevedad posible, conforme a las disposiciones de la LDC y del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por RD 261/2008, de 22 de febrero. Así mismo se notificó que la adquisición de INTEC por DORF KETAL no estaba sujeta a la obligación de notificar.

4. Con fecha 16 de marzo de 2011 tuvo entrada en la CNC la notificación de la concentración económica consistente en la adquisición por DORF KETAL del negocio de catalizadores especiales de DuPont ("Negocio DUPONT") dando lugar al expediente C-0342/11 DORF KETAL/DUPONT.
5. Con fecha 17 de marzo de 2011, la Directora de Investigación acordó incoar expediente sancionador contra DORF KETAL por la posible comisión de la infracción prevista en el artículo 62.3.d) de la LDC, notificándose dicho acuerdo ese mismo día a DORF KETAL.
6. Con fecha 4 de abril de 2011, tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones en relación con la incoación del expediente sancionador de autos en nombre de DORF KETAL Chemicals (India) Private Limited.
7. Con fecha 12 de abril de 2011 el Consejo de la CNC dictó resolución autorizando la operación de concentración C-0342/11 DORF KETAL /DUPONT.
8. El 7 de junio de 2011, la DI emitió Informe-Propuesta en el procedimiento sancionador SNC/0009/11, notificado el día 9 de junio de 2011, en el que se propone:

***“Primero:** Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia se declare que la ejecución de la adquisición por DORF KETAL del negocio de titanatos y zirconatos de E.I. du Pont de Nemours & Company ("Negocio DuPont") el 31 de diciembre de 2009, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, supone una infracción grave del artículo 62.3.d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a DORF KETAL CHEMICALS (India) PRIVATE LIMITED.*

***Segundo:** Que se imponga a DORF KETAL CHEMICALS (India) PRIVATE LIMITED 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”.*

9. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 20 de julio de 2011.
10. Es parte interesada:
 - DORF KETAL CHEMICALS (India) PRIVATE LIMITED (DORF KETAL).

HECHOS PROBADOS

1.- Con fecha 31 de diciembre de 2009 DORF KETAL ejecutó una concentración económica, de acuerdo con la definición de concentración prevista en el artículo 7 de la LDC, consistente en la adquisición del negocio de catalizadores especiales de productos químicos y fluorados de E.I. du Pont de Nemours & Company.

- Con fecha 23 de diciembre de 2009 DORF KETAL y E.I. du Pont de Nemours & Company firmaron un contrato de compraventa de activos en virtud del cual la segunda transfería a la primera la titularidad del negocio de desarrollo y suministro de titanatos y zirconatos.

- La fecha de ejecución de la compraventa no queda determinada en el contrato de compraventa.

- Con fecha 31 de diciembre de 2009 se ejecutó el contrato de compraventa descrito en el punto anterior, adquiriendo DORF KETAL el negocio de titanatos y zirconatos de E.I. du Pont de Nemours & Company ("Negocio DuPont") según declaró DORF KETAL a requerimiento de la DI, tanto en el marco de las actuaciones ACP/014/10 como en el del expediente de concentración C-0342/11 DORF KETAL /DUPONT.

2.- La concentración era de obligada notificación por superar el umbral previsto en el artículo 8.1.a) de la LDC.

- Con fecha 16 de marzo de 2011 DORF KETAL notificó la operación de concentración descrita (registro de entrada n° RG 1811) dando lugar al expediente C-0342/11 DORF KETAL /DUPONT.

- Según la información aportada en el formulario de notificación, las partes alcanzaron como resultado de la operación, una cuota conjunta en el mercado español de fabricación y venta de titanatos del 58,6% (adición del 14,7%) en 2009.

- Con fecha 12 de abril de 2011 el Consejo de la CNC dictó resolución autorizando en primera fase la citada operación de concentración. Esta resolución y el informe propuesta de la Dirección de Investigación que la acompaña ponen de manifiesto:

- (i) Que DORF KETAL adquirió el control exclusivo del Negocio DuPont en el sentido del artículo 7.1.b) LDC, siendo dicha operación notificable por superarse el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la misma Ley.

- (ii) Que *"La operación se ejecutó con fecha 31 de diciembre de 2009"*.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Sobre el objeto del expediente

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DI en su informe-propuesta, DORF KETAL 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 que 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.

Por lo que respecta al primero de los requisitos, el relativo a la notificabilidad de la operación, este Consejo al autorizar la operación de concentración mediante su Resolución de 12 de abril de 2011 (C/0342/11, DORF KETAL/DUPONT), ha dejado claro que obligación de notificación existía, ya que, como se señala en el Informe-Propuesta de la Dirección de Investigación, la operación de concentración superaba el umbral del 30% establecido en el artículo 8.1 a) de la LDC.

En relación con el segundo de los requisitos, el Consejo no alberga duda alguna sobre su apreciación, ya que resulta un hecho indiscutido en el seno del presente

expediente que la operación de concentración DORF KETAL/DUPONT fue ejecutada por DORF KETAL el 31 de diciembre de 2009, y que la misma no fue notificada a la CNC hasta el 16 de marzo de 2011.

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. Cuestión aparte, que se analizará a continuación, es la relativa al carácter con el que ha intervenido en dicha conducta el 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 DORF KETAL, en los hechos que motivan el presente expediente, es culpable, existen una serie de circunstancias que, a juicio del Consejo, son manifiestamente reveladoras de su responsabilidad.

(1) En primer lugar, una actuación diligente de DORF KETAL en relación con el análisis de la notificabilidad de la operación de concentración DORF KETAL/DUPONT le debería haber suscitado dudas sobre si existía o no la obligación de notificar o no la operación que podría haber consultado con la CNC. Sobre todo, teniendo en cuenta que el dato relativo al tamaño del mercado español de titanatos que manejó DORF KETAL en un primer momento -de entre 650 y 700 toneladas- suponía que la cuota conjunta resultante tras la adquisición del Negocio DuPont se

situaría entre el 28,1% y el 30,3%; es decir en el margen del umbral del artículo 8.1.a) de la LDC.

En este sentido, este Consejo ya señaló en su Resolución de 20 de julio de 2010 (Expte. SNC/0006/10, BERGÉ/MARÍTIMA CANDINA), que la normativa de defensa de la competencia pone a disposición de las empresas determinados instrumentos, como es la prenotificación y la consulta previa previstas respectivamente por los artículos 56.2 y 59 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que permiten verificar la notificabilidad de la operación de concentración y que, en el presente caso, DORF KETAL no ha utilizado.

A la vista de las circunstancias descritas, el hecho de que, a una empresa con los conocimientos técnicos y medios materiales y humanos de DORF KETAL, no le llegase a surgir la más mínima duda sobre la notificabilidad de la operación o, al menos, decidiera acudir ante la propia Administración solicitando información, especialmente teniendo en cuenta los cauces específicos previstos por la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia, impide considerar que, por su parte, se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones que, en materia de control de concentraciones, incumben a toda empresa que realiza operaciones jurídicas que, por su naturaleza, pueden quedar sometidas a autorización de la CNC.

(2) En segundo lugar, en el marco de la concentración C-0279/10 DORF KETAL /JOHNSON MATTHEY, DORF KETAL facilitó a la CNC estimaciones de ventas procedentes de Johnson Matthey ya que consideró que serían más fiables que las suyas, dada la implantación de esta empresa en los mercados europeos. Estos datos "revisados" sugerían que la transacción DuPont habría rebasado el umbral del 30% de cuota en el mercado español de producción y venta de titanatos, percatándose DORF KETAL de lo imprecisa que había sido su percepción del mercado español y siendo conscientes de que habían cometido un error en la valoración de la obligación de notificar la adquisición del Negocio DuPont. En estas circunstancias DORF KETAL debió de haber notificado por su propia iniciativa dicha operación puesto que fue consciente de que la operación DORF KETAL/DUPONT era notificable a la luz de los nuevos datos de los que disponía.

Sin embargo, la notificación de la adquisición del Negocio DuPont no se produjo hasta el 16 de marzo de 2011 y después de que la DI se dirigiera a DORF KETAL, mediante escrito de 18 de enero, recordándoles la obligación de notificar la citada operación.

Por todo ello, no cabe duda de que el elemento subjetivo de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa, al menos en su forma más leve de negligencia.

CUARTO.- Sobre el importe de la sanción.

Resuelta la existencia de una infracción a la LDC por incumplimiento de su artículo 9, el Consejo de la CNC puede imponer al responsable de dicho incumplimiento, sobre la base del artículo 63 de la LDC, una sanción.

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 a la sanción debe situarse en el 5% del volumen de negocios total de la empresa o empresas infractoras.

La DI no aprecia la existencia de ninguna circunstancia atenuante, ni tampoco el Consejo. A este respecto debemos recordar la postura de este Consejo respecto de las notificaciones extemporáneas tras el requerimiento de la CNC, ya manifestado en la Resolución de 26 de enero de 2010 (Expte. SNC/0003/09 ABERTIS-TRADIA) 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”*.

Este Consejo toma en consideración que lo que se sanciona en este expediente es el incumplimiento del artículo 9; es decir, una infracción al procedimiento de control de concentraciones, y que no hay ninguna otra circunstancia que deba ser tomada en cuenta de manera adicional. Así como que la situación de irregularidad se mantuvo durante más de 14 meses (de 31 de diciembre de 2009, fecha de la ejecución de la transacción, hasta su notificación el 16 de marzo de 2011), que ha sido cometida por una gran empresa con experiencia en materia de competencia, que no se aprecia la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes y que se trata de una operación de concentración autorizada en primera fase por la Resolución de este Consejo de 12 de abril de 2011 en la que no se aprecia la materialización de perjuicios concretos a los consumidores ni a otros operadores del mercado.

Así mismo, al tiempo de determinar la base de cálculo de la sanción, el Consejo ha tenido en cuenta que la operación afecta a mercados de producto con un volumen de negocio relativamente reducido, cuyo ámbito geográfico es mundial, que no existen barreras de entrada técnicas, económicas o legales significativas, y que el volumen de negocios de la adquirente y de los activos adquiridos en el mercado español es escaso.

Por todo ello, en este caso, el Consejo considera adecuado tomar como base de cálculo de la multa la suma del volumen de negocios de la adquirente y la adquirida en España, estableciendo su cuantía en el porcentaje del 3% de la misma, que alcanza la cifra de 35.400 €.

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 adquisición por DORF KETAL CHEMICALS (INDIA) PRIVATE LIMITED del negocio de catalizadores especiales de productos químicos y fluorados (titanatos y zirconatos) de E.I. du Pont de Nemours & Company (NEGOCIO DUPONT) el 31 de diciembre de 2009, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de 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 DORF KETAL CHEMICALS (INDIA) PRIVATE LIMITED, en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.1 del citado texto legal.

SEGUNDO.- Imponer a DORF KETAL CHEMICALS (INDIA) PRIVATE LIMITED la sanción de 35.000 Euros conforme al artículo 63.1.b) de la citada Ley.

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 DORF KETAL, haciéndoles 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.