INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN
EXPEDIENTE C/0489/12 ORANGE / SIMYO

I. ANTECEDENTES

(1) Con fecha 28 de diciembre de 2012 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) notificación por parte de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE) de la operación de concentración económica consistente en la adquisición del control exclusivo de KPN SPAIN, S.L. (SIMYO), mediante la compraventa del 100% de su capital social.

(2) Dicha notificación ha sido realizada por ORANGE según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por superar los umbrales establecidos en el artículo 8.1.a) y b) de dicha Ley, si bien ORANGE defiende que no se superan dichos umbrales. A esta operación le es de aplicación lo previsto en el Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

(3) Con fecha 2 de enero de 2013, esta Dirección de Investigación solicitó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) el informe previsto en el artículo 17.2.c) de la LDC, en relación con el expediente de referencia.

(4) En virtud de lo dispuesto en el artículo 37.2.d) de la LDC, la solicitud de dicho informe suspendió el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia.

(5) El informe de la CMT tuvo entrada en la CNC el 8 de febrero de 2013, y en el mismo la CMT plantea su opinión sobre los mercados afectados y los efectos sobre la competencia de la operación de concentración notificada.

(6) Según lo anterior, la fecha límite para acordar iniciar la segunda fase del procedimiento es el **6 de marzo de 2013**, inclusive. Transcurrido el plazo para resolver en primera fase, la operación notificada se considerará tácitamente autorizada.

II. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN

(7) La operación de concentración notificada consiste en la adquisición por ORANGE del control exclusivo de SIMYO, mediante la compraventa del 100% de su capital social.

(8) La operación se articula mediante un contrato de compraventa de 14 de diciembre de 2012, ejecutado ese mismo día, que ha sido complementado con un contrato de licencia de la marca Simyo, un contrato de prestación transitoria de servicios, así como con un contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y Ortel Mobile España, S.L. (ORTEL), todos ellos de la misma fecha.

(9) La operación, en los términos presentados, sería una concentración económica conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1.b) de la LDC.

III. EMPRESAS PARTÍCIPES

III.1 FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE)

(10) ORANGE es uno de los principales operadores de servicios de comunicaciones electrónicas en España, ofertando servicios de telefonía móvil, telefonía fija y televisión de pago.

(11) ORANGE 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 OMV, completos y revendedores, entre otros SIMYO.

(12) Según la notificante, el volumen de negocios de ORANGE en España en 2011, conforme al artículo 5 del RDC, fue de:

VOLUMEN DE NEGOCIOS DE ORANGE EN 2011 (millones euros)		
MUNDIAL	**UE**	**ESPAÑA**
[>2.500][1]	[>250]	[>60]

Fuente: Notificante

III.2 KPN SPAIN, S.L. (SIMYO)

(13) SIMYO 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.

(14) A la hora de determinar el perímetro de SIMYO, la notificante ha excluido los clientes gestionados bajo la marca Ortel, sobre la base de que el contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y ORTEL es equivalente a una adquisición transitoria de los clientes de gestionados bajo la marca Ortel, por lo que no deben ser computados dentro de SIMYO.

(15) Antes de la concentración, la gestión de los clientes de SIMYO bajo la marca Ortel se encomendaba a ORTEL, una filial al 100% de la vendedora, Kpn Mobile International, B.V.

(16) Estos clientes gestionados bajo la marca Ortel son clientes de prepago orientados a las llamadas internacionales.

(17) No obstante, desde un punto de vista contractual, su relación comercial es con SIMYO, en la medida que ORTEL no cuenta con un acuerdo con un operador host que le permita prestar servicios de telefonía móvil a clientes finales.

(18) De hecho, el contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y ORTEL anteriormente mencionado prevé expresamente que […].

[1] Se recoge entre corchetes la información declarada confidencial por la Comisión Nacional de la Competencia.

(19) Tras la ejecución de la concentración, los clientes gestionados bajo la marca Ortel van a mantener su relación contractual con SIMYO. No obstante, el contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y ORTEL, […], prevé que ORTEL se ocupe de las labores de comercialización y de atención a los clientes gestionados bajo la marca Ortel. En todo caso, según el contrato de colaboración estratégica […].

(20) Este contrato también […].

(21) […].

(22) […].

(23) A la vista de lo anterior, a juicio de esta Dirección de Investigación, el contrato de colaboración estratégica entre SIMYO y ORTEL no desvirtúa que ORANGE adquiere de forma indefinida el control de los clientes gestionados bajo la marca Ortel.

(24) En particular, este contrato de colaboración estratégica deja claro que la titularidad de estos clientes seguirá siendo de SIMYO, y que será este operador el que proporcione los servicios de telefonía móvil a estos clientes, ocupándose de forma transitoria ORTEL de las labores de marketing y atención al cliente, no teniendo ORTEL autonomía para modificar las condiciones de comercialización […].

(25) Adicionalmente, […].

(26) Asimismo, […].

(27) Según la notificante, el volumen de negocios de SIMYO en 2011, conforme al artículo 5 del RDC, fue de [<60] millones de euros en España, la Unión Europea y a nivel mundial.

(28) Si se incluyese el volumen de negocios correspondiente a los clientes gestionados bajo la marca Ortel, que fue según la notificante de [<60] millones de euros en 2011, este volumen de negocios en España, la Unión Europea y a nivel mundial sería de [>60] millones de euros en 2011.

IV. MERCADOS RELEVANTES

IV.1 MERCADOS DE PRODUCTO

a) Mercados minoristas

(29) Los precedentes nacionales y comunitarios en el ámbito de la telefonía móvil han diferenciado los mercados relevantes del sector de la telefonía móvil según su carácter mayorista o minorista.

(30) En el ámbito minorista, en el precedente nacional más cercano[2], la CNC ha diferenciado los servicios de telefonía móvil por tipología de servicio: voz, SMS, MMS y datos.

[2] Ver Resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2012 en el expediente S/0248/10.

(31) La justificación de esta diferenciación es que, desde el punto de vista de la demanda, estos servicios no son sustitutivos (aunque esta diferenciación está desapareciendo gradualmente entre mensajes cortos y datos), y desde el punto de vista de la oferta, están sometidos a diferentes configuraciones comerciales y regulatorias.

(32) No obstante, existe una tendencia a ofertar todos estos servicios conjuntamente en el marco de tarifas planas, por lo que los condicionantes comerciales a los que se ven sometidos son cada vez más parecidos.

(33) Adicionalmente, los precedentes comunitarios más cercanos[3] no han considerado diferenciar los distintos servicios minoristas de telefonía móvil, aunque sí han dejado claro que no son sustitutivos con los servicios fijos.

(34) Por estos motivos, podría estar justificado delimitar con carácter prospectivo un único mercado de servicios minoristas de telefonía móvil. En todo caso, no sería necesario pronunciarse de forma definitiva sobre esta cuestión a los efectos del presente expediente, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis.

b) Mercados mayoristas de servicios de terminación

(35) Los precedentes nacionales y comunitarios anteriormente mencionados son unánimes a la hora de delimitar mercados diferenciados de servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales en las redes de cada operador, incluidos los OMV completos, que prestan estos servicios de terminación a terceros. La misma diferenciación se ha hecho para los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos.

(36) Esta diferenciación se ha justificado sobre la base de que desde el punto de vista de sustituibilidad por el lado de la demanda, cuando un cliente de un operador de servicios de comunicaciones electrónicas cursa una llamada o un mensaje corto a un cliente de una red de telefonía móvil de un operador de red o un OMV completo, el primer operador se ve obligado a contratar los servicios mayoristas de terminación de llamadas o mensajes cortos del operador de la red móvil de destino, no existiendo otras alternativas que permitan encaminar la llamada o el mensaje corto al cliente de destino sin contratar estos servicios mayoristas de terminación.

(37) Asimismo, tampoco existen alternativas desde un punto de vista de sustituibilidad de la oferta para que un tercer operador distinto del operador de la red de telefonía móvil destino de la llamada o el mensaje corto pueda comenzar a prestar estos servicios mayoristas de terminación.

(38) Por otra parte, en el ámbito de la regulación ex ante de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles, la CMT también ha delimitado mercados diferenciados de servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales en las redes de cada operador, incluidos los OMV completos[4], entre ellos

[3] Entre otros, el expediente M.6497 – HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA.

[4] Ver apartado III del anexo 1 de la Resolución de la CMT de 10 de mayo de 2012 por la cual se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder

SIMYO, no habiendo manifestado la CNC públicamente su disconformidad con esta delimitación de los mercados de producto relevantes[5].

(39) ORANGE defiende que a efectos de determinar la notificabilidad de una operación de concentración, no procede delimitar mercados relevantes de servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos en la red móvil de SIMYO, sobre la base de que SIMYO es un operador pequeño que no dispone de poder de mercado, por lo que la operación no tendría efectos sobre el mercado. Para justificar su posición, ORANGE hace referencia a distintos precedentes del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), así como interpreta las conclusiones de la CNC en el expediente S/0248/10.

(40) Sin embargo, estos precedentes del SDC y TDC no son de aplicación en el presente caso o no justifican la argumentación de ORANGE, entre otras razones, porque ORANGE mezcla el análisis del poder de mercado que un determinado operador pueda tener en un mercado concreto con la delimitación de los mercados relevantes.

(41) En este sentido, la argumentación de ORANGE confunde lo que es el análisis de los efectos de una operación de concentración con la delimitación de los mercados relevantes a efectos de la notificabilidad de una operación de concentración.

(42) Así, en ningún momento justifica ORANGE, desde un punto de vista de sustituibilidad por el lado de la demanda o por el lado de la oferta, por qué los servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos que oferta SIMYO son sustitutivos con los servicios mayoristas de terminación que prestan terceros operadores en sus respectivas redes de telefonía móvil.

(43) ORANGE tampoco justifica por qué las definiciones de mercados relevantes adoptadas en expedientes sancionadores o en la regulación ex ante no deben aplicarse en este caso, especialmente de cara a determinar la notificabilidad de la operación de concentración, más allá de mencionar que en el marco de un expediente de control de concentraciones es posible separarse de ellas.

(44) En lo que respecta a la interpretación que ORANGE hace de la Resolución del expediente S/0248/10, ORANGE obvia en sus argumentos que tanto la Dirección de Investigación durante la instrucción de dicho expediente como el Consejo de la CNC en su Resolución son categóricos a las hora de diferenciar mercados mayoristas de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos para las distintas redes móviles, incluidos los OMV completos.

(45) Por otra parte, a la hora de citar los precedentes comunitarios de control de concentraciones, ORANGE omite citar que en estos precedentes se han cerrado

---

significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (MTZ 2011/2503)

[5] Ver Informe de la CNC 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 poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, aprobado por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

las definiciones de mercados diferenciados de terminación de llamadas vocales en las redes móviles de cada operador[6].

(46) De hecho, ORANGE es perfectamente consciente de esta situación, pues cuando entro en el sector de la telefonía móvil de España a través de la adquisición de AMENA, la Comisión Europea ya llegó a esta misma conclusión[7].

(47) En definitiva, a los efectos del presente expediente, esta Dirección de Investigación considera que cabe definir como mercados relevantes diferenciados los mercados mayoristas de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos en la red móvil de SIMYO.

(48) Asimismo, cabe definir como mercados afectados vertical y horizontalmente relacionados los mercados mayoristas de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos en la red móvil de ORANGE.

(49) Estas conclusiones son consistentes con la delimitación de mercados de producto diferenciados para los servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales en las redes móviles de cada operador que la CMT propone en su informe sobre el expediente de referencia.

c) Otros mercados mayoristas

(50) En el presente caso, no es previsible que la operación de concentración afecte a los servicios mayoristas de acceso y originación de telefonía móvil, en la medida que SIMYO tiene un peso relativamente reducido como demandante de los mismos, ORANGE es su operador host, y la cuota de ORANGE como oferente se sitúa cerca del [15-25]%. Por ello, no es necesario analizar en el marco del presente expediente la delimitación de los mercados relativos a los servicios mayoristas de acceso y originación de telefonía móvil.

IV.2 MERCADOS GEOGRÁFICOS

(51) Los precedentes anteriormente mencionados delimitan los mercados de producto considerados como de ámbito nacional, entre otras razones por la cobertura de las redes, el diseño de las políticas comerciales y la regulación nacional específica existente.

(52) Por lo tanto, a los efectos del presente expediente se considerará que los distintos mercados de producto relevantes y afectados identificados anteriormente tienen una dimensión nacional en España.

V. ANÁLISIS DE LOS MERCADOS

(53) 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

[6] Ver entre otros el párrafo 37 de la Decisión de la Comisión Europea de 1 de marzo de 2010 en el expediente M.5650 T-MOBILE / ORANGE y el párrafo 69 de la Decisión de la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2012 en el expediente M.6497 – HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA.

[7] Ver párrafo 10 de de la Decisión de la Comisión Europea de 24 de octubre de 2005 en el expediente M.3920 FRANCE TÉLÉCOM / AMENA.

que en términos de valor se sitúan cerca del [15-25]%, mientras que MOVISTAR se sitúa por encima del [35-45]% y VODAFONE en cerca del [20-30]%.

(54) SIMYO tiene una presencia reducida en el ámbito minorista, con una cuota por debajo del [0-10]% en 2011 y los tres primeros trimestres de 2012. Las políticas comerciales de SIMYO están basadas en la oferta aislada de servicios de telefonía móvil con precios que intentan situarse por debajo de la media del mercado.

(55) A gran distancia de MOVISTAR, VODAFONE y TELEFÓNICA existen diversos operadores móviles, entre los que cabe destacar a YOIGO, que cuenta con licencias sobre frecuencias de espectro radioeléctrico para telefonía móvil de cobertura nacional, y que ha desplegado una red propia en gran parte del territorio nacional, si bien su cobertura es completada a través de un acuerdo de itinerancia nacional con MOVISTAR. Las cuotas de mercado en el ámbito minorista en 2011 y los tres primeros trimestres de 2012 de YOIGO en términos de valor se sitúan alrededor del [0-10]%.

(56) Por otra parte, existen operadores móviles virtuales completos alternativos, todos ellos con cuotas de mercado reducidas que no suelen superar el [0-10]% en términos de ingresos. Algunos de ellos se especializan en llamadas internacionales (i.e. LYCAMOBILE), otros que sólo ofertan servicios de telefonía móvil empaquetados con servicios de comunicaciones electrónicas fijas (i.e. JAZZTEL, Cableros), mientras que otros desarrollan estrategias comerciales parecidas a SIMYO (i.e. MÁS MÓVIL).

(57) En el ámbito mayorista, ORANGE y SIMYO tienen cuotas del 100% en la terminación de llamadas y mensajes cortos en sus respectivas redes de telefonía móvil.

(58) No obstante, en el ámbito del conjunto de servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos, la cuota de ORANGE se sitúa cerca del [25-35]% y la de SIMYO por debajo del [0-10]%, siendo las cuotas de sus competidores parecidas a las que disponen en el nivel minorista.

VI. APLICABILIDAD DE LA LEY 15/2007 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(59) De acuerdo con la notificante, la operación no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento CE nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de concentraciones entre empresas, por no alcanzar el volumen de negocios de las partes los umbrales establecidos en el artículo 1 del anterior Reglamento.

(60) 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.

(61) La notificante defiende que la operación de concentración no supera los umbrales establecidos en el artículo 8.1 de la LDC, por lo que no sería notificable ante la CNC.

(62) En relación con el umbral de cuota de mercado del artículo 8.1.a) de la LDC, como se ha visto anteriormente, ORANGE defiende que no cabe definir mercados relevantes de terminación de llamadas y mensajes cortos en la red de SIMYO, por lo que no habría ningún mercado relevante en España donde la entidad resultante superase una cuota de mercado del 30%.

(63) Sin embargo, como ya se ha señalado, esta Dirección de Investigación considera que en línea con los precedentes nacionales y comunitarios anteriormente citados, existen mercados relevantes de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos en la red de SIMYO, en los que este operador tiene una cuota de mercado del 100%, por lo que se superaría el umbral de cuota de mercado del artículo 8.1.a) de la LDC.

(64) En lo que respecta al umbral de volumen de negocios del artículo 8.1.b) de la LDC, ORANGE excluye del volumen de negocios de SIMYO el correspondiente a los clientes gestionados bajo la marca Ortel.

(65) No obstante, como se ha indicado anteriormente, esta Dirección de Investigación considera que con la concentración ORANGE adquiere de forma indefinida el control de los clientes gestionados bajo la marca Ortel.

(66) Por ello, si se imputa a SIMYO el volumen de negocios correspondiente a los clientes gestionados bajo la marca Ortel, el volumen de negocios de SIMYO en 2011 superaría los 60 millones de euros en 2011, por lo que la operación de concentración notificada también superaría el umbral de volumen de negocios del artículo 8.1.b) de la LDC.

VII. VALORACIÓN DE LA OPERACIÓN

(67) La operación de concentración notificada da lugar a solapamientos horizontales relativamente reducidos, dado que la cuota de mercado de SIMYO se sitúa por debajo del [0-10]%, por lo que no se altera sustancialmente la posición de ORANGE como tercer operador en el mercado.

(68) Por otro lado, tras la desaparición de SIMYO, existen terceros operadores alternativos a MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE que pueden replicar la presión competitiva que venía desarrollando SIMYO, entre los que cabe destacar a YOIGO, que cuenta con una estrategia comercial parecida a la de SIMYO y una red de telefonía móvil propia, que sólo es completada parcialmente a través de un acuerdo de itinerancia nacional con MOVISTAR.

(69) Por estos motivos, no es previsible que la desaparición de SIMYO como operador independiente vaya a generar efectos horizontales unilaterales o coordinados significativos.

(70) En lo que respecta a los efectos verticales, el escaso peso de SIMYO en el sector de la telefonía móvil implica que el reforzamiento de la capacidad negociadora de ORANGE en los servicios mayoristas de terminación de llamadas vocales y mensajes cortos en redes móviles va a ser reducido tras la operación de concentración.

(71) En conclusión, no cabe prever que la operación notificada vaya a suponer un obstáculo a la competencia en los mercados considerados.

VIII. PROPUESTA

En atención a todo lo anterior y en virtud del artículo 57.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia se propone **autorizar la concentración**, en aplicación del artículo 57.2.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Todo ello sin perjuicio de que al haber ejecutado la concentración notificada el 14 de diciembre de 2012, ORANGE podría haber infringido lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el deber de notificar las operaciones de concentración antes de su ejecución.