

RESOLUCION (EXPTE. S/459/13 RECARGAS TELEFONIA MOVIL)

CONSEJO

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

En Madrid, a 16 de julio de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0459/13 RECARGAS TELEFONÍA MÓVIL, en el que la empresa Targesystem, S.A. (TARGESYSTEM) formula denuncia contra Hits Telecom Spain, S.A.U. (HITS MOBILE), Comercial Servicios Quinielas, S.L. (CSQ), Vodafone España, S.A. (VODAFONE) y France Telecom España, S.A. (ORANGE), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Denuncia

1. El 8 de febrero de 2013 (folios 2 a 30) la empresa TARGESYSTEM presentó ante la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia contra HITS MOBILE, CSQ, VODAFONE y ORANGE por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en posibles acuerdos de distribución de servicios de recarga de teléfonos móviles prepago por parte de operadores móviles y distribuidores mayoristas directos que pudieran suponer una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Investigación

2. Con objeto de investigar la posible ilicitud de los hechos denunciados, el 14 de marzo de 2013 (folios 31 a 44) la Dirección de Investigación de la CNC (DI) se dirigió a TARGESSYSTEM, MOBILE, CSQ, VODAFONE y ORANGE para requerirles información acerca de los acuerdos de distribución mayorista de servicios de recargas de teléfonos móviles con tarjetas prepago. En el caso de VODAFONE y ORANGE además, se solicitó información sobre su política de distribución de recargas de móviles prepago. Las respuestas a dichas solicitudes se recibieron los días 27 de marzo, 3 de abril, y 4 de abril de 2013(folios 610 a 650).

Sobre las partes

La propuesta de archivo elevada por la DI a este Consejo contiene la siguiente descripción

de la denunciante y de las denunciadas en este expediente:

Denunciante

Targesystem, S.A. (TARGESYSTEM)

3. TARGESYSTEM es una empresa suministradora de servicios de recargas de teléfonos móviles prepago.

Esta empresa dispone de una plataforma de hardware y software que le permite la comercialización por vía electrónica, directamente y/o a través de sus distribuidores, de productos prepago de telefonía móvil.

Para determinados operadores de móviles TARGESYSTEM actúa como distribuidor directo, pero en la mayoría de los casos y en particular para los principales operadores, como son ORANGE, VODAFONE y MOVISTAR, actúa como revendedor contratando con un distribuidor directo de los anteriores operadores los servicios de recarga.

Denunciadas

Vodafone España, S.A. (VODAFONE)

4. VODAFONE es una filial del Grupo Vodafone, operador líder en telefonía móvil a nivel mundial. En España, su actividad principal es la explotación de servicios de telefonía móvil y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas fijas.

France Telecom España, S.A. (ORANGE)

5. ORANGE es una compañía controlada por el Grupo France Telecom; sus actividades en España son la prestación de servicios de telefonía fija, telefonía móvil y acceso a Internet.

Hits Telecom Spain, S.A.U. (HITS MOBILE)

6. HIS MOBILE es un operador móvil virtual; revende servicios de telefonía móvil de su operador *host*, VODAFONE. En España cuenta con menos de 100.000.

Comercial Servicios Quinielas, S.L. (CSQ)

7. CSQ es una empresa suministradora de servicios de recargas de teléfonos móviles prepago, y competidor directo de la denunciante.
8. Y respecto a los mercados afectados, y los hechos denunciados, la citada propuesta de archivo realiza la descripción que sigue:

Sobre los mercados afectados

“Las actividades económicas afectadas por la denuncia están relacionadas con el servicio de recargas de teléfonos móviles prepago, que se encuentra directamente vinculado a los servicios minoristas de telefonía móvil, en la medida que el servicio de recarga actúa como canal de distribución de estos servicios minoristas en la modalidad prepago.”

En lo que se refiere a los servicios minoristas de telefonía móvil, tanto a nivel nacional como a nivel comunitario las autoridades de competencia han considerado en reiteradas ocasiones¹ que no procede diferenciar estos servicios minoristas según si se prestan en modalidad prepago o postpago, por motivos de sustituibilidad por el lado de la oferta. En todo caso, a los efectos del presente expediente no es necesario pronunciarse sobre la delimitación exacta de los mercados de producto afectados que engloban los servicios minoristas de telefonía móvil, en la medida que esta cuestión no afecta a las conclusiones del análisis.

Por otra parte, los servicios de recarga de teléfonos móviles prepago son proporcionados por operadores muy diversos, entre los que se encuentran TARGESYSTEM y CSQ.

Estos servicios son fundamentalmente prestados por distribuidores directos, que contratan con los operadores de telefonía móvil, y por revendedores de estos distribuidores, y para ello utilizan su propia red de puntos de venta al público o llegan a acuerdos para utilizar las redes de puntos de venta al público de terceros (bancos, locutorios, supermercados, etc.).

A los efectos del presente expediente, dado que no afecta a las conclusiones de la valoración de la conducta denunciada, no resulta necesario pronunciarse sobre la delimitación exacta del mercado producto afectado relativo a los servicios de recarga de telefonía móvil prepago.

Los ámbitos geográficos de los mercados de producto considerados son probablemente de dimensión nacional, dada la cobertura nacional de las redes de los operadores de telefonía móvil y de las estrategias de comercialización de los servicios de los operadores implicados. En todo caso, esta cuestión no afecta a las conclusiones del análisis”.

Sobre las conductas denunciadas e investigadas

9. La DI analiza en primer lugar la relación que ORANGE y VODAFONE establecen con los distribuidores de las recargas de teléfonos móviles con tarjetas prepago, de lo que se concluye lo siguiente:

Actualmente ORANGE y VODAFONE tienen contratos en vigor para la distribución de recargas de telefonía móvil prepago con 13 y 11 empresas distribuidoras directas respectivamente, entre las que no se encuentra TARGESYSTEM pero sí CSQ.

Los contratos de distribución mayorista de recargas firmados por VODAFONE (folios 208-586) y ORANGE (folios 108-143) con los distribuidores, aportados en el marco de una solicitud de información son acuerdos de naturaleza no exclusiva.

Los distribuidores mayoristas pueden revender las recargas a otros distribuidores mayoristas, según ha comprobado la Dirección de Investigación a

¹ Entre otros: Expediente concentración comunitaria COMP/M.5650 T-Mobile / Orange y Expediente sancionador nacional S/0248/10 Mensajes cortos.

partir de los contratos en vigor aportados por ORANGE y VODAFONE, en los que ninguno de los mismos prohíbe expresamente la reventa a terceros distribuidores mayoristas, ni se observa ninguna cláusula que limite las condiciones de venta y/o reventa de las recargas, más allá de reservarse a ORANGE y VODAFONE el derecho a no autorizar determinados puntos de venta. Si se observan ciertas medidas contractuales dedicadas a evitar el uso ilícito en la comercialización de recargas que pueden producirse cuando se venden estas, como son la exigencia al mayorista de contar con sistemas que controlen los volúmenes o número de recargas que se produzcan en los puntos de venta minorista, o el compromiso del mayorista de cesar en la distribución y venta de recargas a aquellos puntos de venta o distribuidores a los que suministre que realicen actividades consideradas fraudulentas.

Además, en los nuevos modelos de contratos que VODAFONE tiene intención de firmar con sus distribuidores (folios 594-615) se incluye de manera expresa la necesidad de garantizar la trazabilidad de los servicios de recarga.

10. El segundo análisis que realiza la DI se centra en los contactos acontecidos entre la denunciante, TARGESYSTEM, con ORANGE y VODAFONE, de lo que se conoce que:

Según ORANGE, durante los meses de enero a marzo de 2013 se produjeron diversos contactos con TARGESYSTEM como consecuencia de su solicitud para distribuir directamente los servicios de recarga de ORANGE, que actualmente revende a través del contrato que tiene firmado con un distribuidor directo de ORANGE.

ORANGE señala en su respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación que al menos durante el año 2013 no estaba interesada en ampliar el número de sus distribuidores de servicios de recarga y que así se lo transmitió a TARGESYSTEM en una reunión mantenida el 7 de marzo de 2013 (folios 97-102).

En cuanto a VODAFONE, el 27 de diciembre de 2012 la denunciante envió un burofax a VODAFONE mediante el cual solicita *“la conexión en directo con Vodafone para el suministro de recargas de teléfonos móviles”* (folios 591-593).

Según VODAFONE, no se denegó la condición de distribuidor mayorista directo sino que optó por no dar respuesta a la espera de que se clarificaran internamente cuestiones el dimensionamiento de su red de distribución o el nuevo modelo de contrato de distribución mayorista que desea implantar.

11. Y por último analiza la DI el acuerdo de distribución comercial entre HITS MOBILE, operador de móvil virtual, y CSQ, distribuidor mayorista de servicios de recargas de teléfonos móviles.

El 12 de diciembre de 2012 HITS MOBILE y CSQ firmaron un contrato de suministro de recargas telefónicas del servicio de telefonía móvil en prepago de la marca HITS MOBILE (folios 618-634).

El objeto del contrato es regular las condiciones del suministro con carácter no exclusivo de las recargas de HITS MOBILE a efectos de que CSQ las comercialice en España. HITS MOBILE se reserva la capacidad de designar otros distribuidores mayoristas en España así como distribuir directamente sus productos.

En el apartado segundo del contrato referido al ámbito, se señala que *“HITS TELECOM SPAIN se compromete con CSQ a que no permitirá a otros mayoristas revender el producto a otras empresas (mayoristas, hosts o resellers) que vayan a comercializar este producto en locutorios ubicados en España. Para ello HITS TELECOM SPAIN recordará a todos sus mayoristas actuales la prohibición de revender el producto a otras empresas.”*

En virtud de lo anterior, HITS MOBILE informó en dos ocasiones, 26 de diciembre de 2012 y 1 de febrero de 2013 a TARGESYSTEM (folios 17-30) que podían seguir vendiendo dicho producto a los puntos de venta y cadenas de establecimientos, con la salvedad de los locutorios.

“Nos ponemos en contacto con usted para comunicarle que a partir del próximo día 1 de Enero de 2013, entrará en vigor el contrato de exclusividad firmado con la mercantil CSQ para la explotación del servicio de recargas a través de distribuidores tipo "host" en el canal étnico (locutorios).

Por tanto y por medio de la presente, le solicitamos que deje de dar servicio de recargas de HITS MOBILE a cualquier distribuidor "host" que opere en el canal étnico, con lo cual únicamente podrá distribuir recargas de HITS MOBILE, a través de su canal directo y no a través de revendedores.

Esta limitación solo aplica a la red de locutorios.”

En el burofax de fecha 1 de febrero de 2013 HITS MOBILE recuerda a TARGESYSTEM que la reventa a mayoristas nunca ha estado permitida, salvo autorización expresa, tal y como figura en el contrato firmado entre ambas partes.

La solicitud de la Dirección de Investigación a TARGESYSTEM de una copia del anterior contrato, de fecha 10 de mayo de 2010, reveló que la cláusula cuarta señala *“Dichos productos serán adquiridos por TARGESYSTEM para su posterior comercialización en su propio nombre y por cuenta propia, haciendo que esto quede claro a los clientes”*, asimismo, en la cláusula novena se señala que *“las partes no podrán ceder los derechos y obligaciones dimanantes del presente contrato, ni total ni parcialmente o persona física o jurídica distinta de los otorgantes del presente contrato sin el previo consentimiento expreso y escrito de la otra. En todo caso, en el supuesto de cesión del contrato, la parte cedente será responsable solidaria de las obligaciones asumidas por razón del presente contrato frente a la no cedente”* (folios 69-95).

12. Y por lo que respecta a la estructura de los mercados afectados, la Propuesta de Archivo elevada por la DI la describe como sigue:

Las cuotas de mercado para los principales operadores en servicios minoristas de comunicaciones móviles en España, según figuran en el IV Informe Trimestral de 2012 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), son:

INGRESOS Y LÍNEAS DE COMUNICACIONES MÓVILES EN ESPAÑA				
	MOVISTAR	VODAFONE	ORANGE	RESTO
TELEFONÍA MOVIL PREPAGO				
Por ingresos	31%	21%	15%	33%
Por líneas	33%	26%	20%	21%
TELEFONÍA MÓVIL PREPAGO Y POSPAGO				
Por ingresos	41%	28%	21%	10%
Por líneas	37%	27%	21%	14%

Fuente: Elaboración propia a partir datos CMT

En relación con la distribución de las recargas de móviles prepago, se trata de un sector muy atomizado con gran número de distribuidores mayoristas y minoristas, donde de acuerdo con la información que dispone esta Dirección de Investigación, ningún distribuidor ostenta una cuota de mercado superior al 30%.

13. El contexto bajo el que deben ser valorados los hechos anteriormente descrito lo resume la DI a continuación, teniendo en cuenta la LDC, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Reglamento de la UE nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, de dicho tratado, desde la óptica de la Comunicación de la Comisión sobre las directrices relativas a las restricciones verticales (COM 2010/C 130/01).

El artículo 1.1 de la LDC establece que: *“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]”*.

Por su parte, el artículo 1.4 de la LDC establece que: *“La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.”*

El artículo 2.1 del Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, establece que *“Con arreglo al artículo 101,*

apartado 3, del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los "acuerdos verticales". Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan "restricciones verticales"."

Asimismo, el artículo 3.1 del Reglamento (UE) nº 330/2010 establece que "La exención prevista en el artículo 2 se aplicará siempre que la parte del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la parte del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales."

14. Así, la DI, teniendo en cuenta el contexto arriba indicado, analiza si los distintos acuerdos verticales de VODAFONE, ORANGE y HITS MOBILE con sus distribuidores de servicios de recarga de telefonía móvil prepago son contrarios a la LDC. Concluyendo que:

Sobre los contratos de distribución de los operadores de móvil:

De la información disponible en el expediente de referencia no se desprenden indicios de que VODAFONE y ORANGE estén limitando a sus distribuidores directos de servicios de recargas de telefonía móvil prepago la reventa de los servicios de recarga a terceros distribuidores mayoristas. En cambio, sí parecen existir elementos que indican que VODAFONE y ORANGE limitan el número de distribuidores directos con los que contratan, por lo que se podría estar ante un supuesto en el que VODAFONE y ORANGE podrían estar implantando un sistema de distribución selectiva de los servicios de recarga de su telefonía móvil prepago.

Según el párrafo 176 de la Comunicación de la Comisión sobre las directrices relativas a las restricciones verticales (COM 2010/C 130/01), la distribución selectiva es una restricción vertical que desde el punto de vista de la competencia corre el riesgo de debilitar la competencia intramarca, si bien, entraría en juego la presunción de legalidad contemplada en el Reglamento (UE) nº 330/2010 cuando la cuota de mercado del proveedor y la del comprador no excedan ninguna de ellas del 30%, y no se combine con otras restricciones verticales especialmente graves.

De los datos de los que se dispone se desprende (i) que ninguno de los operadores móviles denunciados, VODAFONE, ORANGE e HITS MOBILE, tienen una cuota superior al 30% en los servicios minoristas de telefonía móvil prepago, ni en los servicios minoristas de telefonía móvil en general, como tampoco los distribuidores de recargas en los servicios de recargas de teléfonos móviles prepago, al tratarse de un sector muy atomizado; y (ii) que ninguno los contratos de distribución analizados recoge restricciones especialmente graves contempladas en los artículos 4 y 5 del Reglamento (UE) nº 330/2010 que pudieran llevar a la aplicación del artículo 1.1 de la LDC a los mismos.

Sobre el contrato de distribución del operador de móvil HITS MOBILE con su distribuidor CSQ

HITS MOBILE ha reservado a CSQ la distribución de las recargas de sus servicios de telefonía móvil prepago a través locutorios, requiriendo a TARGESYSTEM de que se abstuviera de vender los servicios de recarga de HITS MOBILE a locutorios. Ello supone que HITS MOBILE habría implantado una asignación exclusiva de una determinada categoría de clientes, los locutorios, a CSQ en perjuicio de TARGESYSTEM.

Según el párrafo 169 de la Comunicación comunitaria anteriormente señalada, los posibles riesgos de competencia derivados de la asignación de cliente exclusivo residen principalmente en la menor competencia intramarca y la partición del mercado, lo que puede facilitar, en particular, la discriminación de precios. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, la asignación de cliente exclusivo también goza de una exención en el Reglamento (UE) nº 330/2010 cuando tanto la cuota de mercado del proveedor como del comprador no supera el umbral del 30%, lo que concurre en este caso puesto que CSQ tampoco tendría una cuota superior al 30% en los servicios de recarga de teléfonos móviles prepago, al tratarse, como ya se ha señalado anteriormente de un sector muy atomizado. Asimismo tampoco se han detectado cláusulas especialmente graves en el contrato de CSQ con HITS MOBILE que impidieran la aplicación de la exención.

15. El Consejo finalizó la deliberación y falló esta resolución el 10 de julio de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 49.1 de la LDC dispone que la Dirección de Investigación incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley. En el número 3 del citado artículo 49 se añade que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción.

Por consiguiente, el objeto de esta Resolución es resolver si la Propuesta de Archivo formulada por la Dirección de Investigación es conforme a Derecho, por cuanto en las actuaciones realizadas por el órgano instrucción no se observan indicios racionales de infracción de la LDC ni del TFUE.

SEGUNDO.- La Dirección de Investigación, en la propuesta de Archivo que eleva a este Consejo, valora que, analizados los hechos denunciados, no se aprecian indicios de infracción que fundamenten la incoación de un expediente sancionador. Los hechos que deben ser valorados se han expuesto suficientemente en los epígrafes 9 a 12 de los Antecedentes de Hechos de ésta resolución, y la valoración de los mismos ha sido ampliamente fundamentada en el epígrafe 14. El Consejo comparte las conclusiones alcanzadas por la DI por las mismas razones por ella argumentadas, por lo que no cabe sino declarar que procede el archivo de las actuaciones desarrolladas hasta el momento en el marco del presente procedimiento sancionador al no apreciarse indicios de infracción para la incoación de un expediente sancionador de la LDC.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Consejo

HA RESUELTO

ÚNICO.- Sobre la base del artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas en el expediente S/0409/13 RECARGAS TELEFONIA MOVIL.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a denunciante y denunciados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.