

RESOLUCIÓN (S/0078/08, eBay)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejero
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 23 de febrero de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición arriba expresada, y siendo ponente D^a. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0078/08 eBay que trae causa del escrito recibido en esta Comisión Nacional de la Competencia, en el que se denuncia a EBAY EUROPE SARL (eBay) por infracción del artículo 2 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 16 de enero de 2008 tuvo entrada en el Consejo, remitido por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, una Propuesta de Archivo en el expediente S/0078/08 eBay, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC.
2. En dicha Propuesta de Archivo se destacan los siguientes Antecedentes de Hecho:

- i. *“El 12 de mayo de 2008 tuvo entrada en esta Dirección de Investigación un escrito de [...] por el que denunciaba a EBAY EUROPE SARL (eBay) por supuesto abuso de posición de dominio consistente en un empaquetamiento obligatorio de sus servicios con el sistema de pago de PAY-PAL EUROPE SARL, perteneciente al mismo grupo empresarial que eBay.*

Esta Dirección de Investigación asignó a la citada denuncia, con fecha 26 de mayo de 2008, el número de expediente S/0078/08. Asimismo, con objeto de conocer en lo posible la realidad de los hechos denunciados y determinar si pudiera haber indicios de infracción, de conformidad con el artículo 39.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, esta Dirección de Investigación inició una información reservada, antes de resolver la iniciación o no de expediente sancionador.

Según la denuncia, los hechos supondrían una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE).

- ii *Con fecha 19 de septiembre de 2008 esta Dirección de Investigación dirigió un requerimiento de información a eBay. La contestación a dicho requerimiento por parte de eBay tuvo entrada en esta Dirección de Investigación el 7 de octubre de 2008”.*

3. El resultado de las diligencias realizadas por la DI le llevan a establecer los siguientes Hechos:

3.1 Identidad de los denunciados y descripción de la actividad denunciada, que la DI describe como sigue:

- *“EBAY EUROPE SRL (eBay) es una empresa dedicada a la compra y venta on-line, que ofrece una plataforma de intercambio a través de Internet en la que compradores y vendedores pueden intercambiar información y negociar la compraventa de todo tipo de artículos, ya sea a precio sometido a subasta o a precio fijo. Cuando*

se pone en venta un artículo en eBay, se carga una tarifa de publicación de anuncio que oscila entre 0,10-2,65 euros, en función del precio del artículo. Adicionalmente, si el artículo se vende se cobrará una comisión por venta realizada que en ningún caso supera el 5% del valor total del artículo. Los servicios de eBay para el comprador son gratuitos.

- *PAYPAL EUROPE SARL (PayPal) opera como un proveedor de servicios de pago en transacciones on-line entre individuos, permitiendo transacciones financieras sin proporcionar a la otra parte información financiera sensible. Si bien PayPal pertenece al grupo eBay desde 2002 y la mayor parte de su volumen de negocios lo obtiene a través del mismo, este sistema de pagos se utiliza cada vez más en otros sitios web de comercio electrónico (como por ejemplo Pixmania) y por otros profesionales que operan fuera de Internet, entre los que se incluyen abogados o contratistas.*

Para utilizar PayPal como medio de pago on-line es necesario que tanto compradores como vendedores se creen una cuenta PayPal. Así, al acordarse una venta, el comprador enviará la cantidad acordada desde una cuenta bancaria o tarjeta de crédito previamente asociada a su cuenta PayPal de manera que el vendedor recibirá dichos fondos en su propia cuenta PayPal sin conocer en ningún momento la información financiera del comprador. Además, si se utiliza PayPal como medio de pago para comprar artículos ofrecidos en eBay se ofrece una protección adicional a los compradores en supuestos de no recepción del artículo o recepción de artículos defectuosos o distintos a su descripción en eBay. En estos casos PayPal compensará a los compradores devolviendo el importe del pago hasta un límite dependiendo de la calificación del riesgo del vendedor.

Por otra parte, si bien los compradores pueden realizar pagos de forma gratuita, los vendedores deben pagar una comisión por cada pago recibido, que en el caso de pagos nacionales supone una cantidad fija de 0,35 euros más un porcentaje en función del volumen de sus ventas mensuales, que oscila entre un 1,9% y un 3,4% de la cantidad recibida. PayPal también actúa como

intermediario en la resolución de disputas entre comprador y vendedor”.

3.2. Identificación del funcionamiento de la práctica denunciada, y su peso en el mercado, que la DI describe como sigue:

- *“EBay es un centro de compra y venta on-line que admite una amplia gama de medios de pago (tarjeta de crédito y débito, pago a la entrega, cheques o giros bancarios, transferencia bancaria, giro postal, otros servicios de pago on-line como moneybookers.com o allpay.net) que escogen y aceptan en cada caso los vendedores y compradores. Entre estos medios de pago se encuentra PayPal, sistema de pago on-line del grupo eBay.*

En 2007 eBay canalizó en España compraventas por un valor de [...] millones de euros, lo que según estimaciones de eBay, representa el 3,85% del total de transacciones on-line en España.

Si se utilizan datos del estudio sobre el comercio electrónico entre empresas detallistas on-line y los consumidores finales, realizado por el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (ONTSI), que señala que el comercio electrónico ha generado en España en 2007 un volumen de negocio que supera los 4.700 millones de euros, la cuota de eBay asciende al (<1%).

El mismo estudio señala que en el año 2007 el 11% sobre el total de facturación del comercio electrónico está ligado a bienes o servicios adquiridos a través de subastas on-line, lo que implica que la cuota de eBay en este segmento sería aproximadamente del (>25%).

Según eBay, la práctica totalidad de los vendedores pueden escoger los medios de pago que aceptan para cada transacción de entre todos los medios de pago disponibles. Cuando el vendedor ofrece un artículo deberá informar a los compradores sobre los

medios de pago que ha seleccionado como “medios de pago aceptados” para la transacción.

eBay matiza que sólo en circunstancias excepcionales se exige a categorías específicas de vendedores que acepten PayPal como único y exclusivo medio de pago. La política de “sólo PayPal” que en España y en varios países del EEE se introduce en la primera mitad de 2008, se aplica en las siguientes situaciones:

- *Cuando intervienen categorías de vendedores identificados como de alto riesgo:*

 - o *vendedores con una calificación de satisfacción de clientes previos inferior a 50 (o con una calificación negativa, según sea el caso).*
 - o *vendedores con una calificación de riesgo “C/D” Los vendedores que se sitúan en los segmentos C y D son considerados como los de mayor riesgo para los compradores, debido a su escaso historial reciente y/o al bajo nivel de satisfacción de los compradores en transacciones anteriores.*
 - o *vendedores identificados por el Servicio de Atención al Cliente de eBay.*

- *Para determinadas transacciones que se identifican de alto riesgo, principalmente pujas de un solo día.*
- *Para determinados sectores de productos o servicios (ej. Teléfonos móviles, electrónica de consumo, audiovisual, entretenimiento, etc).*
- *En los que las transacciones económicas a través de Internet presentan un elevado riesgo de fraude.*

Según eBay la modificación en su política de pagos tiene como objetivo combatir el fraude y mejorar el flujo de comprobación de transacciones y de satisfacción de los clientes.

En España, el volumen de ventas atribuible a la política de “sólo PayPal” en el primer semestre de 2008 es de un [...] y el número total de vendedores afectados supone un [...] del total.

Con respecto a futuras modificaciones en su política de pagos en España, eBay señala que podría considerar la posibilidad de introducir la obligación de incluir necesariamente, pero no de forma exclusiva, PayPal entre los diversos medios de pago aceptados por el vendedor (política “siempre PayPal”). Dicha regla (“siempre PayPal”) se aplica desde abril de 2008 en www.ebay.es, aunque limitada a los productos/servicios incluidos en la categoría “Entretenimiento”. En el resto de categorías el vendedor puede escoger o no PayPal como medio de pago aceptado, (excepto en los supuestos en que la política es “sólo PayPal”, anteriormente mencionados).

- *El volumen de ventas realizado a través de PayPal en España en 2007 ascendió a [...] millones de euros, de los cuales [...] millones se canalizaron a través de eBay, lo que significa casi un [...] del total.*

Así, PayPal es el medio de pago elegido por los compradores en un [...] de las transacciones realizadas en eBay en España, lo que contrasta con un [...] en el Reino Unido o un [...] en Alemania.

Por último, en cuanto a la posición de PayPal en el mercado, según eBay el [...] del total de transacciones on-line que se realizan en España se pagan utilizando este sistema y un [...] en el EEE.

Si se utilizan datos del estudio del ONTSI, la cuota de PayPal sobre el total de medios de pago de transacciones on-line asciende al [...]”.

4. La DI en su análisis sobre el mercado relevante de producto y geográfico en este expediente, en el que valora tanto la opinión del denunciado como el contexto en el que se produce la denuncia, *“considera... que el contexto económico ha variado considerablemente en los últimos años,.. [y] que el rápido desarrollo del comercio electrónico y su mayor complejidad hace necesario ... tomar como punto de partida, como máximo, las transacciones on-line”*. Señala en su propuesta de archivo que: *“En este sentido, conviene tener en cuenta que la autoridad de competencia australiana inició un expediente (N93365 eBay INTERNATIONAL, disponible en <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/823668>) en respuesta a una solicitud de eBay para que se le autorizase exigir a todos sus clientes registrados utilizar sólo los servicios de pago de PayPal (Con fecha 12 de junio de 2008 la autoridad de competencia australiana emitió una propuesta provisional de negativa a autorizar la solicitud de eBay. En respuesta a dicha propuesta provisional, eBay retiró su solicitud de autorización con fecha 3 de julio de 2008.) (“sólo PayPal” en todos los casos)... la autoridad de competencia australiana concluía que el mercado relevante en el que opera eBay es el de servicios de plataforma de mercado on-line en Australia”*.

Sigue la DI argumentando que: *“Esto implica que una definición razonable del mercado de producto en el que opera eBay podría quedar circunscrita a los servicios de plataforma de mercado on-line. Cabe añadir, que las empresas que ofrecen este servicio lo hacen mayoritariamente a través del sistema de subastas on-line, como es el caso de eBay.*

En lo que respecta a PayPal, el mercado de producto en el que esta compañía opera es el de medios de pago para transacciones on-line”.

Y a resultas de este análisis la DI concluye que: *“No obstante, a efectos del presente expediente, no es necesario un análisis más exhaustivo para delimitar cuáles son los mercados de producto relevantes en los que operan eBay y PayPal, pudiéndose dejar abierta en ambos casos. En particular, como se verá a continuación, porque incluso en el supuesto de que existiese posición de dominio, las conductas denunciadas no parecen presentar un carácter abusivo”*.

Por lo que respecta al mercado geográfico señala la DI que: *“...la existencia de patrones lingüísticos y culturales nacionales podría justificar una definición nacional, circunscrita en este caso a España. Sin embargo, tampoco se puede omitir el hecho de que existe cierto volumen de transacciones on-line de carácter transnacional, por lo que teniendo en cuenta la existencia de costes de transporte y derechos aduaneros se podría justificar asimismo una definición de mercado geográfico circunscrito al EEE.*

En todo caso, en este caso tampoco es necesario cerrar la definición del ámbito geográfico relevante, en la medida en que no afecta a las conclusiones del análisis”.

5. Concluye la DI en su propuesta de archivo con una valoración jurídica que manifiesta que teniendo en cuenta lo regulado tanto en el artículo 1 de la Ley 15/2007 como en el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, cabe deducir que: *“los elementos claves para poder apreciar una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007 o del artículo 82 del TCE son que el operador denunciado, en este caso eBay, disponga de una posición de dominio en algún mercado relevante, y que éste haya incurrido en una explotación abusiva de dicha posición de dominio.*

En el presente caso, bajo una definición de mercado relevante más estrecha que la del conjunto de transacciones on-line, como sería la del mercado de servicios de plataforma de mercado on-line en España, en principio la cuota de mercado de eBay no sería demasiado elevada. Acotando aún más, esta cuota se puede aproximar al 37% si se toma como referencia la del comercio electrónico canalizado mediante subastas on-line en España.

Sin embargo, no es necesario pronunciarse sobre si éste es el mercado de referencia o sobre si la mencionada cuota otorgaría a eBay una posición de dominio en el mismo, dado que con independencia de que se determine o no que eBay dispone de una posición de dominio en algún mercado relevante que comprenda España, esta Dirección de Investigación no considera que existan indicios de que eBay haya incurrido en prácticas de explotación abusiva.

En particular, de la información recabada por la Dirección de Investigación, no se deduce la acreditación de que la obligación impuesta a determinados vendedores de ofrecer única y exclusivamente PayPal como medio de pago en sus transacciones a través de eBay, sea abusiva.

En primer lugar, ni en España ni en el resto de países del EEE se aplica una política de exclusividad con respecto a PayPal para el total de transacciones llevadas a cabo a través de la plataforma on-line de eBay.

La política de “sólo PayPal” está orientada únicamente a determinados vendedores identificados de alto riesgo y a determinadas categorías de productos y sectores, habiendo proporcionado eBay una serie de justificaciones, en principio objetivas, para la selección de estos vendedores. Asimismo, la fijación de un medio de pago es un elemento imprescindible para poder realizar transacciones on-line, por lo que difícilmente se puede considerar que sea una prestación complementaria que no guarde relación con el objeto del contrato entre eBay y los vendedores.

En todo caso, el número de vendedores en eBay afectados por esta política “sólo PayPal” es reducido, siendo según eBay el volumen de ventas canalizados por vendedores de alto riesgo del 6,8% en España durante el primer semestre de 2008 y el total de vendedores afectados por dicha política del 1,9%.

Adicionalmente, esta Dirección de Investigación ha constatado en la página de www.ebay.es , a través de una muestra aleatoria, que la mayoría de los artículos consultados permiten formas de pago alternativas a PayPal....”

6. Por todo lo señalado en los anteriores AH la DI eleva al Consejo de la CNC la siguiente Propuesta: *“Por ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por [...] , por considerar que no hay indicios de*

infracción de la mencionada Ley 15/2007. A estos efectos, se remiten la denuncia y las actuaciones practicadas por esta Dirección.”

7. El Consejo deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de 11 de febrero de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La presente Resolución viene a determinar si de la denuncia presentada contra eBay, y las posteriores diligencias realizadas por la DI, se desprenden indicios para acordar la incoación del correspondiente procedimiento sancionador, en aplicación del artículo 49.1 de la Ley 15/2007, o si por el contrario nos encontramos ante el supuesto contemplado en el número 3 del artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia, que dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación cuando considere que no hay indicios de infracción de la LDC.

Segundo.- El expediente se origina por la denuncia presentada ante la Dirección de Investigación de la CNC por la supuesta existencia de “*bundling [empaquetamiento] obligatorio de servicios por una empresa en posición de dominio*”. En opinión del denunciante, “*eBay en España es el principal y casi único operador del servicio de compraventa electrónica mediante subasta*” y “*PayPal, que es una forma de pago electrónica, está vinculada a eBay desde su adquisición en 2002*. Señala también el denunciante que “*Desde fecha indeterminada -ha sucedido en la primera quincena de mayo- dado que no ha habido comunicación formal de eBay a sus usuarios vendedores, eBay ya sólo admite como forma de pago el sistema PayPal*.”

Impone por tanto un segundo servicio de su grupo empresarial que no es imprescindible, sino que por el contrario es costoso y no deseado por los vendedores –el sistema alternativo de transferencia bancaria es gratuito en España para transferencias nacionales y a la Unión Europea-. Y ello lo logra sólo en virtud de la posición de dominio que ostenta en el mercado. Es decir, pretende lograr imponer el servicio PayPal como único sistema de pago por la

fuerza, dado que no lo ha logrado hasta ahora por sus bondades comerciales”.

Por su parte la DI, tras recabar toda la información que consideró necesaria y analizarla, concluye que la obligación impuesta a ciertos vendedores del uso único y exclusivo de PayPal como medio para llevar a cabo la transacción de cobro y pago de su producto ofertado no está acreditado que sea una práctica abusiva, y ello porque la exclusividad en el uso de PayPal no se exige a la totalidad de transacciones que se realizan por eBay, sino que sólo a determinados vendedores considerados como de alto riesgo y a ciertas categorías de productos; en los casos que se exige exclusividad eBay ha ofrecido una serie de justificaciones que se han valorado en principio como objetivas; y la fijación de un medio de pago en este contexto es una actividad complementaria a la propia actividad de compra venta on-line, pues en su ausencia no se puede completar la transacción, y guarda por tanto relación con el objeto del contrato entre eBay y los vendedores.

Este Consejo está de acuerdo con la apreciación de que no existen indicios de que la conducta pueda ser constitutiva de un abuso, y ello sin necesidad expresa de delimitar el ámbito geográfico y de producto en el que se desarrolla la misma, pues la exclusividad en el uso del medio de pago PayPal sólo es exigible a un reducido número de usuarios vendedores y a una cierta categoría de transacciones, como ha comprobado la DI, y eBay ha justificado que la exclusividad se exige en aquellos casos en los que se valora la existencia de riesgo de fraude, bien por la ausencia de garantías del vendedor, bien por la existencia de información negativa sobre el vendedor, bien por tratarse de transacciones en actividades que se han valorado como arriesgadas por la experiencia acumulada en el pasado.

No se requiere pues, coincidiendo con el criterio de la DI, llegar a delimitar el mercado relevante, pues no es preciso valorar la posición de eBay en el mismo, puesto que sea ésta cual sea, las condiciones que en este momento concreto está aplicando eBay, y que aparecen reflejadas en el expediente, con respecto al medio de pago PayPal, filial suya al 100%, no son susceptibles de ser consideradas como abusivas.

Por ello, tras valorar la Propuesta de Archivo elevada por la DI, este Consejo considera que no hay indicios que permitan apreciar que la conducta denunciada, con independencia de los intereses privados que se pudieran lesionar, cuya protección correspondería a otro ámbito jurisdiccional, pueda ser valorada como una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, y por ello

considera que la Propuesta formulada por la Dirección de Investigación analiza adecuadamente los hechos denunciados y sus consecuencias jurídicas en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación como consecuencia del escrito recibido en la CNC firmado por [...] por supuestas prácticas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 2 de la LDC, por considerar que en los hechos que se denuncian no se aprecian indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al denunciante y al denunciado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.