

INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

EXPEDIENTE C/0993/18 MASMOVIL/BYMOVIL

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 30 de noviembre de 2018 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), notificación relativa a la operación de concentración económica consistente en el paso de control exclusivo de THE BYMÓVIL SPAIN S.L.U. (TBS), empresa perteneciente a la matriz TOWER VALLEY, S.L. (TWV) por parte de MÁSMÓVIL IBERCOM S.A. (MMI), a través de su filial XFERA MÓVILES, S.A. (YOIGO).
- (2) La fecha límite para acordar iniciar la segunda fase del procedimiento es el 31 de diciembre de 2018, inclusive. Transcurrida dicha fecha, la operación notificada se considerará tácitamente autorizada.

II. RESTRICCIONES ACCESORIAS

- (3) Del clausulado del contrato de compraventa que ha dado lugar a la operación notificada, se derivan las siguientes restricciones de competencia.

II.1. Cláusula de no competencia

- (4) La cláusula octava del acuerdo de concentración, contiene una obligación de no competencia superior a 3 años, en la que el vendedor se compromete a abstenerse de hacer competencia durante el tiempo y espacio geográfico estrictamente necesarios para que el comprador consolide el control sobre el negocio propio de la Sociedad que se adquiere. En particular, se compromete a no llevar cabo, ni directa ni indirectamente, las siguientes actividades: (i) venta de productos y servicios de telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas en el mercado español, tanto a residencial como a empresas, para el canal de tiendas físicas o similar; (ii) asesorar, administrar o controlar terceras personas que realicen tales actividades; (iii) tomar participación suficiente para adquirir su control o desempeñar en ellas empleo o cargo, o dirigirlas o representarlas, bien sea de forma retribuida o no. Se recogen algunas excepciones expresas y se recoge la posibilidad de que el comprador dé conformidad.

II.2. Valoración

- (5) El artículo 10.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece que *“en su caso, en la valoración de una concentración económica podrán entenderse comprendidas determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización”*.
- (6) La Comunicación de la Comisión Europea sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03) señala que, con carácter general, estas restricciones obedecen a la necesidad de obtener el valor íntegro de la empresa adquirida y, en consecuencia, deben servir para proteger al comprador.

- (7) La Comunicación considera que las cláusulas inhibitorias de la competencia garantizan la cesión al comprador del valor íntegro de los activos transferidos, que, por lo general, comprende tanto activos materiales como inmateriales, como el fondo de comercio y los conocimientos técnicos desarrollados por el vendedor. Y aclara que estas cláusulas sólo están justificadas por el objetivo legítimo de hacer posible la concentración cuando su duración, su ámbito geográfico de aplicación, su contenido y las personas sujetas a ellas no van más allá de lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo.
- (8) De acuerdo con la Comunicación, estas cláusulas inhibitorias de la competencia están justificadas durante un máximo de tres años cuando la cesión de la empresa incluye la transferencia de la clientela fidelizada como fondo de comercio y conocimientos técnicos. Si solo incluye fondo de comercio, dos años.
- (9) De la lectura de la cláusula octava del contrato se desprende que la misma obedece a la necesidad de preservar el valor total del negocio transferido, no obstante, el período superior a 3 años desde la fecha de cierre supera el plazo máximo justificado conforme a la Comunicación de la Comisión Europea 2005/C 56/03.
- (10) En la medida que la notificante no ha justificado suficientemente la necesidad de este plazo más amplio, esta Dirección de Competencia considera que la duración de este pacto de no competencia va más allá de lo que es necesario para garantizar el valor del negocio adquirido.
- (11) Por lo tanto, esta cláusula sólo sería accesorio a la operación durante sus tres primeros años de vigencia.

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

- (12) La operación notificada es una concentración económica de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
- (13) La operación no es de dimensión comunitaria, ya que no alcanza los umbrales establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.
- (14) La operación notificada cumple los requisitos previstos por la LDC, al superarse el umbral establecido en el artículo 8.1.b) de la misma.
- (15) La operación notificada cumple los requisitos previstos en el artículo 56.1.a) de la LDC para tramitarse mediante formulario abreviado, de acuerdo con lo descrito en el artículo 57.1.b) del RDC. Las partícipes en la concentración no alcanzan una cuota conjunta superior al 15% en el mismo mercado de producto.

IV. EMPRESAS PARTÍCIPES

II.1 ADQUIRENTE: MASMOVIL IBERCOM S.A. (MMI)

- (16) MMI es una entidad mercantil española cuya actividad principal es la provisión de servicios de comunicaciones electrónicas móviles y fijas en el mercado

minorista a clientes residenciales y empresariales y, en menor medida, en mercados mayoristas de comunicaciones fijas y móviles. MMI dispone de diversas marcas comerciales entre las que se encuentran MásMóvil, Yoigo, Pepephone y Llamayá. YOIGO, la filial de MMI adquirente de TBS, es la única de las marcas que dispone de concesiones de uso del espectro radioeléctrico y de red propia para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas móviles.

- (17) MMI, fundamentalmente a través de YOIGO, también opera en el mercado de distribución mayorista de terminales móviles y tabletas y en el minorista de comercialización estos dispositivos, que ofrece a precio subvencionado empaquetados con la contratación de sus servicios de comunicaciones electrónicas.

II.2 ADQUIRIDA: THE BYMÓVIL SPAIN S.L.U. (TBS)

- (18) TBS es una entidad empresarial española que ejerce la mayor parte de su actividad comercial en virtud de un contrato de agencia con YOIGO, a través del cual, realiza la promoción y comercialización de sus productos y servicios a cambio de una comisión y la promoción y venta de tabletas y terminales móviles subvencionados por YOIGO con motivo de su comercialización en paquete con uno o varios de los servicios de comunicaciones electrónicas de YOIGO. TBS también comercializa accesorios de los citados dispositivos y, en menor medida, terminales móviles y tabletas sin subvención.
- (19) TBS desarrolla sus funciones principalmente a través de una red de sub-franquicias, de las que es máster franquiciador, y también de tiendas propias. Las sub-franquicias reciben de TBS servicios de formación de productos y sistemas y de implantación de procedimientos comerciales y de marketing. TBS actúa también como distribuidor de las sub-franquicias a las que revende los teléfonos móviles y tabletas.

V. VALORACIÓN DE LA OPERACIÓN

- (20) Esta Dirección de Competencia considera que la operación de concentración notificada no representa una amenaza para la competencia efectiva ya que incluso considerando la definición del mercado en que se podría dar un mayor solapamiento efectivo entre las partes, la comercialización minorista (presencial y no presencial) de terminales móviles y tabletas electrónicas en el territorio nacional, la cuota de la entidad resultante estaría en el rango [0-10]% tanto en valor como en volumen. En ningún otro mercado se producen adiciones de cuota y ninguna de las partes ostenta una cuota superior al 25% en mercados verticalmente relacionados.

VI. PROPUESTA

- (21) 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 limitando la cláusula octava relativa a la no competencia a una duración máxima de tres años.

- (22) Asimismo, y teniendo en cuenta la Comunicación de la Comisión Europea sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03) y la práctica de las autoridades nacionales de competencia, se considera que, en el presente caso, en lo que afecta a España, el pacto de no competencia sólo sería accesorio a la operación en lo que no exceda de tres años desde la fecha de cierre, y estaría sometido, en su caso, a la normativa de acuerdos entre empresas en lo que supera este límite temporal.