

INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN EXPEDIENTE C/1092/20 BKS/ SOCIEDADES KAM

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 24 de enero de 2020, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) notificación relativa a la concentración consistente en la toma de control exclusivo sobre las sociedades BURGER KAM, S.L.U.; EXPLORATORY INVESTMENT 2007, S.L.U.; y EASY LUNCH, S.L.U. (“SOCIEDADES KAM”) por parte de BURGER KING SPAIN, S.L.U. (“BKS”).
- (2) La fecha límite para acordar iniciar la segunda fase del procedimiento es el 24 de febrero de 2020 inclusive. Transcurrida dicha fecha, la operación notificada se considerará tácitamente autorizada.

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

- (3) La operación notificada es una concentración económica en el sentido del artículo 7.1 b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- (4) De acuerdo con las notificantes, la operación no tiene dimensión comunitaria, al no cumplirse los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento del Consejo (CE) nº 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las operaciones de concentración.
- (5) La operación notificada cumple, sin embargo, los requisitos previstos por la LDC para su notificación, al superarse los umbrales previstos en el artículo 8.1.b) de la misma y cumple los requisitos previstos en el artículo 56.1 b) de la mencionada norma.

III. EMPRESAS PARTICIPES

III.1 BURGUER KING SPAIN, S.L.U (“BKS”)

- (6) BKS es una empresa dedicada a la restauración informal, designada por el Grupo Burger King como Master Franquiciado para España, Portugal, Gibraltar y Andorra. Explota [...] ¹ restaurantes propios bajo la enseña “Burger King” en régimen de franquicia en España.
- (7) En su condición de Master Franquiciado, ha celebrado acuerdos de sub-franquicia ² con terceros independientes, por los que estos terceros pasan a explotar establecimientos de esta enseña.

¹ Se insertan entre corchetes aquellas partes del informe cuyo contenido exacto ha sido declarado confidencial.

² A cierre de 2019, BKS mantiene [...] contratos de sub-franquicia ([...] en España, [...] en Portugal, [...] en Gibraltar y [...] en Andorra) celebrados por BKS con terceros independientes, lo que supone [...] restaurantes ([...] en España, [...] en Portugal, [...] en Gibraltar y [...] en Andorra) de la enseña “Burger King” explotados por dichos terceros en régimen de sub-franquicia. Esta cifra incluye los establecimientos de las Sociedades adquiridas mediante la presente operación.

- (8) Recientemente, ha adquirido MEGAFOOD, franquiciado de BKS, operación autorizada en el expediente C/0954/18 BURGER KING SPAIN/MEGAFOOD.
- (9) La actividad de BKS se centra en la restauración informal.
- (10) BKS es una sociedad íntegramente participada por RESTAURANT BRANDS IBERIA, S.L., siendo el accionista último de control del GRUPO BKS, QMI FONCIERE, S.L., que no está controlada por ninguna de las sociedades que posee participación en la misma.

III.2 SOCIEDADES KAM

- (11) Las SOCIEDADES KAM son BURGER KAM, S.L., EXPLORATORY INVESTMENT 2007, S.L.U. y EASY LUNCH, S.L.U. , empresas dedicadas a la explotación de [...] restaurantes en régimen de franquicia de la enseña “Burger King”, situados en Aragón, Cantabria, Castilla y León, Galicia, La Rioja, Navarra y País Vasco³.
- (12) La actividad de las SOCIEDADES KAM se centra en la restauración informal.

IV. RESTRICCIONES ACCESORIAS

- (13) La operación de concentración que ha dado lugar al expediente de referencia se articula mediante un Contrato de Compraventa de participaciones que contiene las siguientes restricciones accesorias:

IV.1. Cláusula de no competencia

- (14) Mediante esta cláusula el vendedor se obliga a no competir, durante un periodo [no > 2 años], personalmente o a través de terceras personas, con el Negocio, y en particular a no desarrollar en el mercado actividades de Restauración de Servicio Rápido en España.

IV.2. Cláusula de no captación

- (15) El vendedor se obliga, durante un período [no > 2 años], a no ofrecer empleo ni inducir a cualquier empleado de las Sociedades a cesar en su relación con ellas, con la excepción de los supuestos en que la relación con el empleado o profesional fue terminada a instancias de las Sociedades con posterioridad a la Fecha de Transmisión; o en respuesta a una aproximación directa por parte de una persona como resultado de la publicidad general del Vendedor o de cualquier sociedad de su grupo.

IV. 3 Valoración

- (16) 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”*. A su vez, la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03), considera que estas cláusulas sólo están justificadas por el objetivo legítimo de hacer posible la concentración cuando su duración, su ámbito

³ [...].

geográfico de aplicación, su contenido y las personas sujetas a ellas no van más allá de lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo y, con carácter general, deben servir para proteger al comprador.

- (17) En concreto, esta Comunicación señala en su párrafo 20 que *“Las 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. Cuando sólo se incluye el fondo de comercio, están justificadas por períodos de hasta dos años”*. Por su parte, el párrafo 22 establece que *“El ámbito geográfico de aplicación de una cláusula inhibitoria de la competencia debe limitarse a la zona en la que el vendedor ofrecía los productos o servicios de referencia antes del traspaso, toda vez que no es necesario proteger al comprador de la competencia del vendedor en territorios en los que éste no estaba presente”*.
- (18) Por su parte el párrafo 26 establece que las cláusulas de no captación tienen un efecto comparable al de las cláusulas inhibitorias de la competencia, por lo que se evalúan de forma similar.
- (19) En relación con el ámbito material y temporal de las cláusulas de no competencia y no captación, se considera que no van más allá de lo que, de forma razonable, exige la operación de concentración notificada y se considera que son accesorias y necesarias para la operación.
- (20) En relación con el ámbito geográfico, no deberá considerarse accesorias a la operación la cláusula de no competencia fuera de las localidades donde la vendedora venía operando, siendo, por tanto, excesivamente amplia la consideración de no competencia en toda España.
- (21) En conclusión, teniendo en cuenta los precedentes nacionales y comunitarios existentes en la materia y lo establecido en la citada Comunicación de la Comisión, se considera que el ámbito geográfico de la cláusula de no competencia, en lo que supera el ámbito municipal donde la vendedora venía operando, va más allá de lo que, de forma razonable, exige la operación de concentración notificada, quedando por tanto sujetas a la normativa general aplicable a los pactos entre empresas.

V. VALORACIÓN DE LA OPERACIÓN

- (22) Esta Dirección de Competencia considera que la presente concentración no alterará significativamente la estructura competitiva de estos mercados, al tratarse de franquiciados de la misma marca y no producirse solapamiento en ninguna localidad. Asimismo, la adición de cuota a nivel nacional no es significativa.

VI. 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.

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 tanto el ámbito material como el temporal, de las cláusulas de no competencia y no captación no van más allá de lo que, de forma razonable, exige la operación de concentración notificada y se considera que son accesorias y necesarias para la operación. En relación con el ámbito geográfico, no deberá considerarse accesorio a la operación la cláusula de no competencia fuera de las localidades donde la vendedora venía operando, quedando por tanto sujetas a la normativa general aplicable a los pactos entre empresas.