

[English version](#)

[Versión en español](#)

MERGER CONTROL: THE SPANISH COMPETITION AUTHORITY OBTAINS BEHAVIOURAL COMMITMENTS ON THE EXCHANGE OF SENSITIVE INFORMATION IN A CONTEXT OF MINORITY SHAREHOLDINGS

Executive summary

On December 5, 2019, CNMC approved, subject to commitments, the purchase by MIH Food Delivery Holdings of Just Eat. This transaction affects the segment for the management of food orders at home through online platforms.

According to the CNMC, the buyer holds a non-controlling minority shareholding in a competitor of the target.

The commitments will be valid for 3 years (extendable for another year) and will have as their main objective to ensure that the Naspers/MIH group: (i) do not have access to strategic information; nor (ii) participates in making decisions that affect Glovo's strategy, due to the risk of restrictive effects of competition that, pursuant to CNMC, could derive from either.

Pablo Figueroa (+34 91 210 67 86, Pablo.Figueroa@Garrido.es)

Julia González Fernández (+34 91 319 60 62, Julia.Gonzalez@Garrido.es)

I. Background

On December 5, 2019, the *Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia* (“**CNMC**”) authorized the purchase of Just Eat, an online food delivery platform, by MIH Food Delivery Holdings, part of the Naspers group. The operation was authorised after a first phase investigation of slightly less than one month (the transaction was notified on 7 November 2019) and subject to a number of commitments.

On October 22, 2019 MIH announced a takeover bid for MIH. Earlier in the year, on 19 September, the CNMC had authorised, this time unconditionally, a competing takeover bid by Just Eat for Takeaway, a Dutch company, as CNMC considered that the operation did not lead to horizontal or vertical overlaps (C/1061/19 *TAKEAWAY / JUST EAT*).

II. Jurisdiction

The transaction was notified to the CNMC in application of the market share threshold provided for in Article 8.1 a) of the Spanish Competition Act (Ley 15/2007, of 3 July, on the Defence of Competition.)

III. Substantive analysis

This operation falls within the sector of online food delivery via the Internet and mobile devices to an online platform. This industry has the following characteristics according to the CNMC:

- It is "*relatively concentrated*";
- It is characterised by indirect network effects; and
- It is forecasted that, in the coming years, demand will "*continue to grow at significant rates*".

For the approval of this operation, the CNMC analysed the implications of the existence of a minority shareholding of the acquirer (MIH) in Glovo. According to CNMC, Glovo is the main competitor in Spain of the acquired company (Just Eat). Also according to CNMC, the purchase of these shareholdings may involve a risk of anti-competitive exchanges of information. More specifically, following the transaction, MIH would have access to the information made available to the boards of both Just Eat and Glovo. Also, and always according to CNMC, the presence of MIH in the board of Just Eat's main competitor creates an incentive in MIH to "*prevent the expansion of this competitor's business*" (presumably, in order to increase prices).

IV. The Commitments and their objectives

In these circumstances, CNMC subordinated its clearance of the concentration to the fulfilment of a number of commitments. The primary objective of these commitments is to ensure that MIH (Naspers Group) does not have access to Glovo's strategic information and cannot influence decisions that may relate to Glovo's business strategy.

More specifically, and always according to CNMC, the commitments:

- make it impossible for MIH to influence the strategy developed by Glovo in markets where Glovo is or may be a competitor of Just Eat in Spain.
- ensure that MIH cannot access commercial information that is sensitive of Glovo.
- prevent Glovo from accessing Just Eat's sensitive information.

The duration of these commitments is set at 3 years. The CNMC has the possibility of extending them for a further year if it deems their continuation to be justified. In that assessment, the CNMC has indicated that will particularly consider the possibility of entry into the Spanish market of new competitors, particularly in the case of Glovo. In addition, in order to help the CNMC to ensure that MIH complies with its commitments, MIH must periodically send information to the CNMC so that the latter may check that its commitments have been effectively complied with.

V. Comments

This operation raises a number of interesting points, both in terms of jurisdiction and substantive analysis:

- As we have highlighted in previous alerts, the CNMC continues to vigorously apply the market share threshold. Until December 1, this year 2019, 44 transactions were notified to the authority pursuant to this threshold (58% of the total reviewed in 2019).

- With this transaction, the CNMC joins a number of competition authorities expressing concerns about non-controlling minority shareholdings (e.g., in the case of the European Commission, *inter alia*, the provisions on “common ownership” in case M.7932 DOW / DUPONT).
- The CNMC's relatively interventionist stance on exchanges of information is arguably not so surprising in relation to a market that CNMC describes as “*concentrated*”. The CNMC itself has recently imposed sanctions for exchanges of information between competitors (Case S/DC/0607/17 TABACOS). EU law on information exchanges is more stringent than that of other jurisdictions (most notably the US). Spain tends to apply the EU rules in a particularly formalistic manner.
- In the light of this, it may surprise some that purely behavioral commitments were accepted. It should be recalled in this respect that the European Commission Notice on Remedies clearly prefers structural commitments (divestitures) to behavioral commitments.¹ It could be argued that the commitments affect Napster's opportunities to favor cooperation, but not its incentive (which, after remedies, remains to coordinate the behavior of its two participated competitors).
- Finally, the acceptance by the parties of the commitments is not surprising in relation to the second of the two competing takeover bids, which may place CNMC in a particularly strong negotiating position.
- As we have indicated in previous alerts, the main (and, in general, relatively minor) intervention by CNMC generally occurs in Phase I.

*

*

*

¹ Commission Notice on remedies admissible under Council Regulation (EC) No 139/2004 and Commission Regulation (EC) No 802/2004 (Text with EEA relevance), (2008/C 267/01).

LA CNMC OBTIENE COMPROMISOS DE COMPORTAMIENTO SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN SENSIBLE EN UN CONTEXTO DE PARTICIPACIONES MINORITARIAS

Resumen ejecutivo

El pasado día 5 de diciembre, la CNMC aprobó, sujeta a compromisos, la compra por parte de la empresa MIH Food Delivery Holdings de Just Eat. Esta operación afecta al mercado de gestión de los pedidos de comida a domicilio a través de plataformas online.

Los compromisos asumidos tendrán una vigencia de 3 años (prorrogables por otro año más) y tendrán como objetivo primordial asegurar que el grupo Naspers/MIH: (i) no acceda a información estratégica; ni (ii) participe en la toma de decisiones que incidan en la estrategia de Glovo, por el riesgo de efectos restrictivos de la competencia que, según la CNMC, podrían derivarse de ello.

Pablo Figueroa (+34 91 210 67 86,
Pablo.Figueroa@Garrido.es)

Julia González Fernández (+34 91 319
60 62, Julia.Gonzalez@Garrido.es)

I. Contexto

El pasado 5 de diciembre, la CNMC autorizó la compra de Just Eat, una plataforma de comida a domicilio, por parte de MIH Food Delivery Holdings, perteneciente al grupo de empresas Naspers. La operación se ha autorizado tras una primera fase de algo menos de un mes (la operación se notificó el 7 de noviembre de 2019) y, condicionada al cumplimiento de una serie de compromisos.

El 22 de octubre, se anunció una OPA (oferta pública de adquisición), de MIH por Just Eat. Anteriormente, el 19 de septiembre de este mismo año, la CNMC había autorizado, esta vez sin compromiso alguno, una OPA competidora por Just Eat de Takeaway, una empresa holandesa, al considerar la CNMC que la operación no daba lugar a solapamientos horizontales o verticales (C/1061/19 TAKEAWAY/JUST EAT).

II. Jurisdicción

La operación fue notificada a la CNMC en aplicación del umbral de cuota de mercado previsto en el artículo 8.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

III. Análisis sustantivo

Esta operación se encuadra en el sector de gestión de pedidos de comida a domicilio a través de internet y de dispositivos móviles a una plataforma online. Dicho mercado presenta las siguientes características según la CNMC:

- se encuentra “relativamente concentrado”;
- está caracterizado por efectos de red indirectos; y
- la previsión en este mercado es que en los próximos años la demanda “continúe creciendo a tasas significativas”.

Para la aprobación de esta operación se ha analizado las implicaciones que tiene la existencia de una participación minoritaria, de la adquirente (MIH), en Glovo. Según la CNMC, Glovo es el principal competidor en España de la adquirida (Just Eat). También según la CNMC, la compra de estas participaciones puede suponer un riesgo de intercambios de información anticompetitivos. Más concretamente, tras la transacción MIH tendría acceso a la información puesta a disposición de los consejos de administración tanto de Just Eat como de Glovo. Asimismo, y siempre según la CNMC, la presencia indirecta de MIH en el consejo de administración del principal competidor de Just Eat crea un incentivo en MIH a prevenir la expansión del negocio de este competidor.

IV. Los Compromisos y sus objetivos

En tales circunstancias, la CNMC subordinó su autorización de la concentración al cumplimiento de una serie de compromisos. El objetivo primordial de estos compromisos es garantizar que MIH (Grupo Naspers) no tenga acceso a información estratégica de Glovo y que tampoco pueda incidir en la adopción de decisiones que puedan estar relacionadas con la estrategia comercial de Glovo.

Más concretamente, y siempre según la CNMC, los compromisos:

- Imposibilitan que MIH influya en la estrategia desarrollada por Glovo en mercados en los que Glovo resulte o pueda resultar competidora de Just Eat en España.
- Aseguran que MIH no pueda acceder a la información comercial que resulte sensible de Glovo.
- Impiden a Glovo acceder a la información sensible de Just Eat.

Se establece una duración de 3 años de estos compromisos. La CNMC tiene la posibilidad de prorrogarlos por un año más en caso de que estime justificada su continuación o lo considere adecuado. Para ello, la CNMC valorará en especial una eventual entrada en el mercado español de nuevos competidores, particularmente en el caso de Glovo. Además, para ayudar a la CNMC a velar porque MIH cumpla con los compromisos fijados, MIH debe remitir periódicamente información a la CNMC para que ésta contraste el cumplimiento efectivo de sus compromisos.

V. Comentario

Esta operación suscita varias cuestiones interesantes, tanto en materia de jurisdicción como de análisis sustantivo:

- Como hemos destacado en anteriores alertas, la CNMC sigue aplicando de forma vigorosa el umbral de cuota de mercado. Hasta 1 de diciembre de 2019, en el 2019, fueron autorizadas 44 operaciones en aplicación de este umbral (un 58% del total).
- La CNMC se une con esta operación al conjunto de autoridades de competencia que expresan preocupación por las participaciones minoritarias que no confieren control (así, en el caso de la Comisión Europea *inter alia* asunto M.7932 DOW / DUPONT.)
- La postura, relativamente intervencionista, de la CNMC en relación con los intercambios de información no es tan sorprendente (en la UE) en relación con un mercado que la propia

CNMC califica de “concentrado”. La propia CNMC ha impuesto recientemente sanciones por intercambios de información entre competidores (asunto S/DC/0607/17 *TABACOS*).

- A la luz de lo cual, acaso sorprenderá a alguno que se acepten compromisos puramente conductuales (*behavioural*). Ha de recordarse, a este respecto, que la Comunicación de la Comisión Europea sobre compromisos prefiere claramente los compromisos estructurales (desinversiones) a los compromisos de comportamiento.² Los compromisos obtenidos afectan a las oportunidades de Napster de favorecer la cooperación, pero no a sus incentivos (que pasan a ser la coordinación entre las dos empresas competidoras).
- Por lo demás, la aceptación por parte de las partes de los compromisos no sorprende en relación a la segunda de dos OPAs competidoras, lo que puede colocar a la CNMC en una posición negociadora particularmente fuerte. Como hemos indicado en anteriores alertas, la principal (y, en general relativamente escasa) intervención de la CNMC se produce generalmente en Fases I.

*

*

*

² Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión (Texto pertinente a efectos del EEE), (2008/C 267/01).