

INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN**EXPEDIENTE C/0880/17 OTPP / MÉMORA**

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 9 de agosto de 2017 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia notificación de la concentración consistente en la adquisición de control exclusivo de MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.U. (en adelante, MÉMORA) por parte de ONTARIO TEACHERS' PENSION PLAN BOARD (OTPP).
- (2) La fecha límite para acordar iniciar la segunda fase del procedimiento es el 11 de septiembre de 2017, inclusive. Transcurrida dicha fecha, la operación notificada se considerará tácitamente autorizada.

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

- (3) La operación es una concentración económica en el sentido del artículo 7.1 b) de la LDC.
- (4) 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.
- (5) La operación notificada cumple los requisitos previstos por la LDC al superarse el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la misma, así como los requisitos previstos el artículo 56.1 a) para la presentación del formulario abreviado de notificación.
- (6) La operación está sujeta a la autorización de la autoridad de competencia de España y Portugal.

III. RESTRICCIONES ACCESORIAS**Pacto de no competencia**

- (7) La cláusula 10.1 del contrato de compraventa establece que la vendedora asume en nombre propio y en el de las empresas a ella asociadas la obligación de no invertir en ningún competidor de MÉMORA durante un periodo de doce meses a partir de la ejecución de la operación.

Cláusula de no captación

- (8) La cláusula 10.2 del contrato de compraventa establece que la vendedora asume en nombre propio y en el de las empresas a ella asociadas, y durante los dos años siguientes a la ejecución de la operación, la obligación de no contratar, o intentar contratar, a ninguno de los empleados señalados por las partes del Contrato de Compraventa como "empleados restringidos". Dicha restricción no se aplicará (i) a la contratación a través de anuncios generales de empleo publicados por la parte vendedora, si no van dirigidos a la contratación de un empleado restringido en concreto; (ii) en caso de que un empleado restringido se aproxime a la vendedora sin mediación de captación por parte de esta última; (iii) si la contratación se produce tras la terminación

de la relación laboral del empleado restringido en cuestión con MÉMORA sin que medie ninguna captación o estímulo por parte de la vendedora.

Valoración

- (9) 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”*.
- (10) En la cláusula 20 de 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) se establece 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”*.
- (11) En su cláusula 22, la citada Comunicación 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”*.
- (12) La Comunicación establece en su cláusula 25 que *“las cláusulas que limiten el derecho del vendedor a adquirir o tener acciones en una empresa que compita con la empresa cedida se considerarán directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin en las mismas condiciones que las cláusulas inhibitorias de la competencia, salvo que impidan que el vendedor adquiera o tenga acciones para fines exclusivamente de inversión financiera que no le confieran directa o indirectamente funciones de dirección o una influencia sustancial en la empresa competidora.”*
- (13) Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que la duración del acuerdo de no competencia analizado no va más allá de lo que de forma razonable exige la operación de concentración. No obstante, toda restricción que impida la adquisición o tenencia de acciones en una empresa, compita o no con la empresa adquirida, con fines exclusivamente de inversión financiera que no confiera directa o indirectamente funciones de dirección o una influencia sustancial en la empresa competidora, va más allá de lo razonable para la consecución de la operación, y no se considera ni necesaria ni accesorio, quedando por tanto sujeta, a la normativa sobre acuerdos entre empresas.
- (14) En relación al pacto de no captación, la citada Comunicación, en el párrafo 26, establece que las cláusulas de no captación tienen un efecto comparable al de las cláusulas inhibitorias de la competencia, evaluándose por tanto de forma similar.
- (15) En consecuencia, teniendo en cuenta la citada Comunicación, y los precedentes nacionales y comunitarios, se considera que en el presente caso, el contenido, alcance y duración del pacto de no captación no van más allá de

lo que de forma razonable exige la operación de concentración por lo que puede considerarse como restricción accesoria a la operación y necesaria para la misma.

IV. EMPRESAS PARTICIPES

IV.1. ADQUIRENTE: ONTARIO TEACHERS' PENSION PLAN BOARD (OTPP)

- (16) ONTARIO TEACHERS' PENSION PLAN BOARD es un fondo de pensiones registrado en Canadá, gestionado por su propio Consejo de Administración, dedicado a la realización de labores de inversión con el fin de rentabilizar las aportaciones de sus miembros.
- (17) OTPP no tiene participación alguna en empresas activas en el mercado de servicios funerarios en España, en el que opera la entidad adquirida, ni tampoco en empresas activas en mercados verticalmente relacionados con aquel.

IV.2. ADQUIRIDA: MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.U.

- (18) MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.U. es una empresa dedicada a la prestación de servicios funerarios en diversas regiones de España y Portugal. MÉMORA se encuentra participada al 100% por MÉMORA 2., S.á.r.l., sociedad constituida de conformidad con la legislación del Gran Ducado de Luxemburgo, y sujeta al control exclusivo de la sociedad de capital riesgo 3i GRUPO PLC¹.

V. VALORACIÓN DE LA OPERACIÓN

- (19) Esta Dirección de Competencia considera que la presente concentración no supone una amenaza para la competencia efectiva en los mercados, ya que no existe solapamiento horizontal o vertical alguno entre las partes de la operación.

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, 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, esta Dirección de Competencia considera que la cláusula de no competencia, en lo que se refiere a toda restricción que impida la adquisición o

¹ Tanto MÉMORA como 3i GROUP PLC ya han sido objeto previo de análisis por parte de la CNMC en los expedientes C-0343/11 3i GROUP(MEMORA)/ SERVEIS FUNERARIS BARCELONA y C/0097/08 3i/MÉMORA. Según el Consejo de la extinta CNC, "3i GROUP es una compañía británica de capital riesgo con proyección internacional que gestiona fondos de inversión en numerosos sectores industriales. En España, 3i GROUP ha realizado inversiones en diversos sectores como la logística, terminales portuarias, sistemas informáticos, residencias de la tercera edad y equipos de aire acondicionado" (C-0343/11 3i GROUP(MEMORA)/ SERVEIS FUNERARIS BARCELONA).

tenencia de acciones en una empresa, compita o no con la empresa adquirida, con fines exclusivamente de inversión financiera que no confiera directa o indirectamente funciones de dirección o una influencia sustancial en la empresa competidora, va más allá de lo razonable para la consecución de la operación, y no se considera ni necesaria ni accesorio, quedando por tanto sujeta, a la normativa sobre acuerdos entre empresas.