

INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN **EXPEDIENTE C-0593/14 LABORATORIOS REIG/NATRACEUTICAL**

I. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 11 de agosto de 2014 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia notificación de la concentración consistente en la fusión por absorción de LABORATORIOS REIG JOFRÉ, S.A.U. (LRJ) por parte de NATRACEUTICAL, S.A. (NTC) a través de la extinción de LRJ mediante su disolución sin liquidación y transmisión en bloque de su patrimonio social a NTC.
- (2) Dicha notificación fue realizada por LRJ y NTC según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por superar el umbral establecido en la letra a del artículo 8.1 de la mencionada norma. A esta operación le es de aplicación lo previsto en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
- (3) La fecha límite para acordar iniciar la segunda fase del procedimiento es el **11 de septiembre de 2014** inclusive. Transcurrida dicha fecha, la operación notificada se considerará tácitamente autorizada.

II. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN

La operación se ha notificado como la fusión por absorción de LABORATORIOS REIG JOFRÉ, S.A.U. (LRJ) por parte de NATRACEUTICAL, S.A. (NTC) a través de la extinción de LRJ mediante su disolución sin liquidación y transmisión en bloque de su patrimonio social a NTC. Posteriormente, NTC cambiará su denominación social actual a "Laboratorios Reig Jofré, S.A."

Con fecha 26 de junio de 2014 los respectivos órganos de administración de NTC y LRJ acordaron la aprobación de la fusión mediante la firma de un Protocolo de Fusión.

Como consecuencia de la fusión, se producirá un aumento de capital de NTC quedando la estructura accionarial de la entidad resultante de la siguiente forma: REIG JOFRÉ INVESTMENTS, S.L. (RJI) 74,00%; NATRA, S.A. 12,99% y resto de accionistas de NTC 13,01%.

NATRA, S.A. es el principal accionista de NTC con una participación directa e indirecta del 49,846%.

RJI es una sociedad holding, [...] ¹, que se constituye en cabecera del grupo LRJ, participada por seis socios de la misma familia con participaciones del 28,22%, 28,47%, 14,84% y 9,49% tres de ellos ². Según el notificante, ninguno de los socios mencionados ejerce el control sobre RJI en virtud de ningún pacto parasocial o en virtud de ningún otro acuerdo de otra naturaleza (verbal o escrito). La notificante

¹ Se indican entre corchetes aquellos datos cuyo contenido exacto ha sido declarado confidencial.

² Estos socios son los mismos que detentaban conjuntamente el 100% del capital social de LRJ

considera igualmente que los 6 socios, a pesar de detentar el 100% de LRJ, en ausencia de acuerdo entre las partes, no cabe considerar que controlaran dicha sociedad.

En el citado Protocolo de Fusión se ha acordado que, durante un plazo mínimo de 2 años, la composición del Consejo de Administración de la entidad resultante será la siguiente: 5 Consejeros independientes, 3 Consejeros nombrados por RJI y 1 Consejero nombrado por NATRA.

Asimismo, los accionistas de referencia NATRA y RJI se han comprometido a incrementar, antes de los dos años desde la fecha en que las nuevas acciones de NTC creadas en el marco de la fusión hayan sido admitidas a cotización, la difusión de las acciones de NTC de forma que el capital flotante de la sociedad resultante de la fusión represente, al menos, el 25% del capital social³ bien mediante operaciones de venta ordenada de acciones, bien mediante nuevas emisiones de capital y siempre que las condiciones del mercado permitan a dichos accionistas acometer tales operaciones de venta ordenada o ampliación de capital.

Por su parte, RJI ha asumido el compromiso de no aumentar su participación en la entidad resultante durante un plazo de dos años.

La operación está condicionada, entre otros aspectos, a la autorización de las autoridades de competencia de España y a la obtención de la CNMV de la exención de la obligación de formulación de OPA, en virtud del artículo 8 (g) del Real Decreto 1066/2007 de 27 de julio de Ofertas Públicas de Adquisición de Valores.

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

De acuerdo con la notificante, la operación no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, puesto que no se superan los umbrales de su artículo 1.

La operación notificada, no cumple el umbral de volumen de negocios establecido en el artículo 8.1.b. de la LDC.

Respecto al cumplimiento del requisito de cuota de mercado previsto en el artículo 8.1.a) de la LDC, la notificante estima que se cumple dicho umbral dado que LRJ ostenta cuotas superiores al 30% en determinados mercados relevantes.

La operación notificada entraría, además, dentro del supuesto de procedimiento abreviado previsto en el artículo 56.1.a) de la LDC, en la medida en que no existiría solapamiento horizontal o vertical entre las partes, porque ninguna de ellas realiza actividades en el mismo mercado de producto o en mercados verticalmente relacionados con aquéllos en los que opere cualquiera otra de las partícipes.

Sin embargo, en el caso de que LRJ, a través de RJI, pueda ejercer el control de hecho de la entidad resultante como se analizará posteriormente, no se cumpliría el requisito

³ Tras la fusión es del 13,01% en manos de antiguos accionistas de NTC.

de cuota de mercado previsto en el artículo 8.1.a) de la LDC y, por tanto, la operación no sería notificable.

IV. EMPRESAS PARTICIPES

IV.1 NATRACEUTICAL, S.A. (NTC)

NTC es una compañía que cotiza en la Bolsa española desde 2002. Se encuentra activa en el sector de los complementos nutricionales de venta en farmacia y parafarmacia, principalmente a través de su filial, de nacionalidad monegasca Laboratoires Forté Pharma, laboratorio farmacéutico referente en Francia en el sector de los complementos nutricionales de venta en farmacia y parafarmacia y que desarrolla su actividad a nivel internacional en dicho sector.

NTC no está controlada por ninguna persona física o jurídica, siendo su principal accionista la empresa NATRA con una participación directa en el capital social de NTC del 46,11% y una participación indirecta del 3,736% derivada de la opción de compra y venta recíproca que Carafal Investments, S.L.U. y NATRA se han concedido en la actualidad.

El volumen de negocios de NTC en el ejercicio económico de 2013, conforme al Art. 5 del R.D. 261/2008 es, según la notificante, el siguiente:

VOLUMEN DE NEGOCIOS DE NTC 2013		
(M. Euros)		
MUNDIAL	UE	ESPAÑA
[<2500]	[<250]*	[<60]

Fuente: Notificación * El notificante indica que prácticamente la totalidad del volumen de negocios mundial se realiza en la UE

IV.2. LABORATORIO REIG JOFRÉ, S.A.U. (LRJ)

LRJ constituye en la actualidad uno de los principales grupos líderes en el sector farmacéutico europeo en formulación y desarrollo de especialidades farmacéuticas, con presencia en más de 50 países a través de cuatro divisiones; (i) División de Productos Propios con distribución propia (ii) División de Productos Propios con Distribución externa y/o Licenciarios (iii) Productos desarrollados por LRJ con licencia vendida a terceros y (iv) División de Fabricación de productos de terceros (productos con altos requerimientos tecnológicos para su fabricación).

Los accionistas de LRJ son las mismas personas físicas, miembros de la familia [...], que participan en RJI ([...]) y con las mismas participaciones en ambas sociedades.

El volumen de negocios de LRJ en el ejercicio económico de 2013, conforme al Art. 5 del R.D. 261/2008 es, según la notificante, el siguiente:

VOLUMEN DE NEGOCIOS DE LRJ 2013 (M. Euros)		
MUNDIAL	UE	ESPAÑA
[<2500]	[<250]	[<60]

Fuente: Notificación

V. VALORACIÓN

Estructura de control de LRJ y de RJI

Las partes acordaron en el Protocolo de Fusión que la ejecución de la operación quedará condicionada, entre otros aspectos, al cumplimiento de la siguiente condición suspensiva: *“La obtención de la exención por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la obligación de lanzar una Oferta Pública de Adquisición, en virtud de lo establecido en el artículo 8.g) del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de ofertas públicas de adquisición de valores, en el supuesto de que, como consecuencia de la fusión, alguno de los accionistas pasara a ostentar una participación de control en la Sociedad Absorbente, en los términos establecidos en la normativa sobre ofertas públicas de adquisición, por lo que el acuerdo de aprobación, en caso de producirse, no surtirá efecto alguno si con posterioridad a su adopción no se obtuviera la mencionada exención”*.

Conforme a dicho artículo⁴, la solicitud y obtención de la exención de formular una OPA a la CNMV deberá basarse en la justificación de que la operación no tiene como objetivo principal la toma de control sino un objetivo industrial o empresarial, lo cual no impide que cualquiera de las partes de la operación adquiera el control de hecho o de derecho.

En los nuevos Estatutos previstos para la entidad resultante no se prevé que ninguno de los accionistas tenga derecho de veto alguno ni se ha acordado ningún pacto entre ellos de política común sobre la entidad resultante. Además, en el artículo 18 de dichos Estatutos se establece que *“cada accionista asistente a la Junta General, tendrá un voto por cada acción que posea o represente en ella”*.

Una vez completada la Fusión, el capital social de la entidad resultante NTC quedaría distribuido de la siguiente manera:

⁴ Art.8.g) « En caso de fusión, estarán exentos de la obligación de formular una oferta pública de adquisición los accionistas de las sociedades o entidades afectadas cuando, como consecuencia de la fusión, alcancen en la sociedad cotizada resultante, directa o indirectamente, el porcentaje de derechos de voto señalado en el artículo 4 (≥ 30%) y siempre que no hubiesen votado a favor de la fusión en la junta general correspondiente de la sociedad afectada y que pueda justificarse que la operación no tiene como objetivo principal la toma de control sino un objetivo industrial o empresarial ».

Accionista	Capital social (%)
Reig Jofre Investments, S.L. ("RJI")	74,00%
Natra, S.A. ("Natra") ⁽¹⁾	12,99%
Resto de accionistas de Natraceutical, S.A. (redenominada "Laboratorio Reig Jofre, S.A." tras la Fusión)	13,01%
Total	100,00%

⁽¹⁾ En el porcentaje de Natra, S.A. se incluye la participación del 1% que corresponde a la participación que está comunicada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como participación indirecta de Natra, S.A. a través de Carafal Investment, S.L. ajustada tras la Fusión.

En consecuencia, en principio, RJI podría controlar la nueva sociedad con un 74% del capital de la entidad fusionada.

Sin embargo, las partes argumentan que no habrá control porque a pesar de la mayoría de votos de RJI en la Junta General, se ha previsto que los accionistas de RJI no tengan la mayoría en el Consejo de Administración de la nueva entidad sino que durante un plazo mínimo de 2 años de un total de 9 consejeros, solamente 3 consejeros serán nombrados a propuesta de RJI.

Asimismo, las partes han adoptado el compromiso de que, al menos en la "Comisión de Nombramientos y Retribuciones" sean mayoría los consejeros independientes y en la "Comisión de Auditoría", por lo menos un tercio.

No obstante, no todas las decisiones estratégicas de una empresa se toman en el Consejo de Administración y, de hecho, [...]. Al contrario, en dichos Estatutos se establece que la Junta General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad.

Las partes señalan que además de que la fusión tiene únicamente un objetivo industrial y empresarial, ninguno de los socios de RJI ejerce en la actualidad el control sobre la sociedad absorbida LRJ, por lo que tampoco lo ejercerá en el futuro sobre la entidad resultante, al no existir ningún pacto parasocial ni ningún otro acuerdo entre los socios de LRJ.

No obstante lo anterior, el artículo 7.2 de la LDC establece que "*el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, (...), confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa*".

Conforme a la práctica nacional y comunitaria en este sentido, la posibilidad de ejercer una influencia decisiva en una empresa depende de la dispersión de las participaciones en el capital social, los estatutos de la sociedad, los pactos entre accionistas y la propia realidad de las votaciones en los órganos de gobierno de la empresa.

En este caso, se trata de una sociedad participada por 6 únicos accionistas, todos ellos pertenecientes a la misma familia ([...]). Por su parte, las Actas de las Juntas Generales de LRJ de los últimos [...] años demuestran que los socios asistentes a las mismas han aprobado todos sus acuerdos [...], por lo que puede afirmarse que ya detentaban el control económico “de hecho” de LRJ y, por tanto, es de prever que lo harán en RJI, accionista mayoritario de la entidad resultante con un 74%.

En el caso VUELING/CLICKAIR⁵ la Comisión Europea también trató una cuestión de control “de facto” sobre una entidad resultante de una fusión entre dos sociedades preexistentes. La operación consistía en la fusión por absorción entre VUELING (sociedad absorbente) y CLICKAIR (sociedad absorbida) y se consideró que IBERIA, principal accionista de CLICKAIR, a pesar de quedar como accionista minoritario en la entidad resultante, adquiriría el control “de facto” de la entidad fusionada. Así, la Comisión señaló: “..., tras la concentración Iberia poseerá el 45,8% del capital de la entidad resultante de la fusión de Clickair y Vueling (Nueva Vueling). Iberia tendrá 4 consejeros (sobre un total de 12) y, por tanto, una presencia minoritaria en el Consejo de Nueva Vueling. Los accionistas no han celebrado ningún acuerdo para ejercer de forma común su derecho de voto. Así pues, en principio ningún accionista controlará a Nueva Vueling de iure. Sin embargo, dado el nivel de participación de Iberia en el capital de Nueva Vueling y en vista del índice de asistencia de los accionistas dispersos (free float) a las Juntas Generales de Vueling en los últimos tres años, es muy probable que Iberia logre una mayoría estable de voto en las reuniones de accionistas. Debe por lo tanto considerarse que Iberia controlará de facto a Nueva Vueling”.

En el presente caso, si bien RJI tendrá una presencia minoritaria en el Consejo de la entidad fusionada para la cual no se ha previsto ningún pacto entre los accionistas ni derechos de veto pero es que, sí será accionista mayoritario de la entidad fusionada, a diferencia de VUELING.

Por otra parte, el hecho de que los accionistas de LRJ hayan adoptado todos sus acuerdos [...] en las Juntas Generales de los [...] últimos años no hace sino demostrar que existen intereses comunes entre los miembros de la familia sin querer perjudicarse mutuamente al ejercer sus derechos sobre la empresa en participación⁶. Más aún cuando en la sociedad RJI [...] participa cada uno de los miembros con el mismo número de acciones que en LRJ y no existe ningún pacto que limite sus derechos de voto en las decisiones tomadas en Junta⁷.

Además, son varias las legislaciones que consideran que la existencia de vínculos familiares puede implicar la existencia de un grupo de control⁸. Asimismo, el criterio de

⁵ Ver Asunto M.5364 IBERIA / VUELING / CLICKAIR.

⁶ Ver expediente C-0490/13 EMBOTELLADORES COCA COLA.

⁷ Por el contrario, en el precedente C-0088/08 CAMPOFRÍO / SMITHFIELD, consistente también en una fusión por absorción en la que los accionistas del grupo absorbido “Smithfield” adquirirían una participación superior al 50% en el conjunto de la entidad resultante, se procuraba que ninguno de los accionistas tuviera el control de la ésta mediante una serie de restricciones que limitaban sus derechos de voto derivados de las participaciones resultantes.

⁸ Resolución “Conosur Comunicaciones S.A. e Inverinter S.A. s/ Consulta Interpretación Ley 25.156 (OPI 992)”, Expte. N° S01:0447642/12. Resolución N°40 de fecha 8 de mayo de 2013 del Secretaría de Comercio Interior (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Argentina), conforme Dictamen N° 992 de fecha 30 de abril de

la Comisión Europea ha sido el de efectuar un tratamiento caso por caso al momento de analizar los vínculos familiares, considerándolos según las circunstancias en el marco de un control “de facto”.

Las normas fiscales son las primeras que han definido el concepto de empresa familiar. La Exposición de Motivos del RD 171/2007⁹ señala que son empresas familiares “*aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí*”. El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas español ante una consulta sobre si determinadas sociedades participadas mayoritariamente por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco, constituyen un grupo de sociedades de los previstos en el artículo 42 del Código de Comercio contesta: “*la posibilidad de “actuación conjunta” es más que evidente dado el reducido número de socios que conforman el accionariado y la ausencia de intereses contrapuestos que cabe inferir del vínculo de parentesco que los entrelaza*”.

En este caso, se trata de seis únicos accionistas, todos ellos pertenecientes a la misma familia, y que durante los últimos [...] años han asistido y votado [...] las decisiones de LRJ y que pasarán a ostentar las mismas participaciones sobre RJI, sociedad que a su vez detendrá el 74% de la entidad fusionada y, por tanto, una participación mayoritaria de la misma.

Por todo lo anterior, en opinión de esta Dirección, la presente operación supondrá la toma de control “de hecho” por parte de los miembros de la familia [...] de la empresa creada RJI al igual que lo tenían de LRJ y por tanto, de la entidad resultante de la fusión entre LRJ y NTC ya que en ausencia de otros pactos, es muy probable que estos socios logren conjuntamente una mayoría estable de voto en las reuniones de accionistas de la nueva entidad.

No obstante, esta Dirección manifiesta expresamente que dicho control es únicamente a los efectos del artículo 7.2. de la LDC sin perjuicio de que, al tratarse de un control económico *de facto* y no *de iure*, pueda resultar de aplicación, en su caso, la exención del artículo 8 (g) del Real Decreto 1066/2007 de 27 de julio de Ofertas Públicas de Adquisición de Valores.

Cumplimiento del umbral de cuota de mercado artículo 8.1.a) de la LDC

La operación no produce solapamiento horizontal ni vertical de actividades. La empresa LRJ está activa en el sector de especialidades farmacéuticas o medicamentos y NTC en el sector de los complementos nutricionales de venta en farmacia y parafarmacia.

La operación de adquisición de control por parte de los accionistas de LRJ de NTC no supondrá adquisición ni incremento de cuota superior al 30% ya que la cuota adquirida de NTC es [<5] % en todos los mercados.

En consecuencia, la operación no cumple ninguno de los umbrales previstos en el artículo 8.1. para ser notificable, procediendo el archivo de las actuaciones.

2013 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina

⁹ R.D. 171/2007 de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

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 **archivar** la concentración en aplicación del artículo 57.2 e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.