

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, dieciocho de abril de dos mil trece.

VISTOS:

1. El acuerdo extrajudicial sometido a la aprobación de este Tribunal, acompañado a fojas 88 y siguientes y que fuera reemplazado por el que rola a fojas 97 y siguientes de estos autos;
2. Lo dispuesto en el artículo 39 letra ñ) del Decreto Ley N°211;
3. Lo expuesto por la Fiscalía Nacional Económica, Nestlé S.A., Nestlé Chile S.A, Pfizer Inc. y Pfizer Chile S.A. en la audiencia celebrada el 4 de abril de 2013;

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que tal como lo consigna el acuerdo extrajudicial de fojas 97, Nestlé S.A. y Pfizer Inc. suscribieron un acuerdo de compra de acciones y activos de alcance internacional, por medio del cual Nestlé adquiere el negocio global de nutrición de Pfizer Nutrition (“Operación Internacional”); acuerdo que producirá efectos en el mercado local de fórmulas lácteas infantiles, en el cual, conforme con lo señalado por la FNE, la suma de las participaciones de Nestlé Chile y Pfizer Chile alcanzaría aproximadamente un 80% en promedio, y existiría una serie de elementos que obstaculizarían el ingreso o la expansión de competidores;

Segundo: Que conforme se señala en el Punto 10 del referido acuerdo extrajudicial, la Operación Internacional no se materializaría en ciertas jurisdicciones -incluida la chilena- mientras esté pendiente la autorización previa que exigen las respectivas autoridades locales de competencia. Luego el documento en cuestión prosigue describiendo los “compromisos” ofrecidos a la FNE por las partes de la Operación Internacional, los cuales habrían sido aceptados por ella en el entendido que resolverían adecuadamente los posibles riesgos que la implementación de esta Operación Internacional produciría en el mercado nacional. Esos compromisos, destinados a precaver los eventuales riesgos para la competencia en Chile derivados de la Operación Internacional, se denominan en el referido acuerdo extrajudicial como la “Solución Propuesta” y constan en las Secciones V y VI del mismo, rolante a fojas 97 y siguientes;

Tercero: Que según lo señalado en el referido acuerdo, la solución o mitigación propuesta estaría constituida por una cesión del negocio de fórmulas lácteas infantiles (FLI) de Pfizer en América Latina a un tercero independiente, por medio de un acuerdo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

global de alcance latinoamericano, que incluye a Chile. Por lo mismo, Nestlé ofrece asumir las siguientes obligaciones en relación a la cesión del negocio de FLI en Chile: (i) la transferencia de los activos intangibles que se describen en el acuerdo referido así como de los activos físicos muebles de Pfizer existentes en Chile y que sean necesarios para operar el negocio cedido de nutrición infantil; (ii) la transferencia de las instalaciones de Pfizer en Vallejo, México, donde se elabora parte importante de los productos de nutrición infantil de Pfizer comercializados en Latinoamérica. Respecto de aquellos productos que no son elaborados en Vallejo, Nestlé suscribiría un acuerdo de suministro adicional de transición con el cesionario, en términos y condiciones de mercado, que le permitiría contar -si así lo estima- con el suministro de los productos que actualmente comercializa Pfizer en Chile que no se importen desde Vallejo; (iii) la transferencia de los permisos, contratos de trabajo, registros del negocio, contratos, inventario, activos, pasivos y servicios transitorios que sean necesarios, con el objeto de velar por el correcto desenvolvimiento del cesionario en el mercado, según afirman las partes; (iv) el otorgamiento al cesionario de una licencia perpetua, de uso exclusivo durante diez años, sobre las fórmulas para elaborar los productos FLI, así como de los secretos comerciales y *know how* necesarios para desarrollarlos y fabricarlos; (v) el otorgamiento al cesionario de una licencia exclusiva sobre las marcas utilizadas por Pfizer para la comercialización de sus productos FLI en Chile, la que tendrá un plazo de diez años. Antes de que expire el plazo anterior, el cesionario tendrá el derecho y la obligación de llevar adelante la transición desde las marcas Pfizer a sus propias marcas; y, (vi) Nestlé y Nestlé Chile tendrán la prohibición de comercializar las fórmulas lácteas infantiles, por un plazo de diez años, a continuación del cual se implementará un período (denominado de *blackout*) de otros diez años, en el que Nestlé se compromete a no reintroducir en Chile las marcas especificadas en el acuerdo extrajudicial;

Cuarto: Que además de lo anterior y atendido que, según señalan las partes del referido acuerdo, la implementación de la solución o mitigación propuesta no será inmediata, tanto Pfizer como Nestlé aceptaron asumir obligaciones adicionales tendientes a asegurar la viabilidad y competitividad del negocio cedido. En dicho contexto se enmarcarían las obligaciones de no integración y de preservación de la competitividad del negocio nutricional de Pfizer en Chile;

Quinto: Que en el referido acuerdo se señala, además, que la supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas por Pfizer y por Nestlé será facilitada mediante la designación de un auditor independiente que audite e informe a la FNE sobre el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes. Además, Nestlé

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se obliga a no desacreditar al cesionario, sus productos, marcas o el negocio cedido, a transferir al cesionario los contratos de trabajo de los trabajadores que participen de forma principal en el negocio de nutrición infantil de Pfizer en Chile, y a no contratar a tales trabajadores por dos años contados desde la fecha en que quede firme esta resolución;

Sexto: Que a lo señalado en la consideración precedente se suman ciertas obligaciones de informar a la FNE, con el objeto de que el referido organismo pueda verificar que el negocio sea transferido a un cesionario adecuado -entendiendo por tal un competidor viable, efectivo, autónomo, independiente y a largo plazo que pueda competir eficazmente en Chile-, antes del 31 de marzo de 2014;

Séptimo: Que, en opinión de las partes, la mitigación propuesta tiene por objeto que en Chile no se produzcan los efectos de esta operación de concentración, toda vez que la empresa adquirente decide desprenderse en su totalidad del negocio de la empresa adquirida, en todo el plazo que a su juicio sería relevante para un análisis de libre competencia -desinversión completa, casi equivalente a una prohibición, salvo porque las marcas desinvertidas retornarán a Nestlé veinte años después-. Dicho de otra forma, Nestlé estaría dispuesta a ceder la operación chilena de Pfizer, como parte de la operación latinoamericana involucrada, para lo cual ha propuesto un acuerdo de cesión de alcance regional. Agregan además que, como consecuencia de la cesión propuesta, la implementación de la Operación Internacional en Chile no afectará las oportunidades de los competidores existentes para expandirse o para la introducción de marcas propias y que, en definitiva, cualquier temor de daño a la competencia que pudiera haber surgido en relación a la Operación en Chile, debiera quedar resuelto mediante la cesión propuesta y de las obligaciones adicionales asumidas por Pfizer;

Octavo: Que, por otra parte, tanto Pfizer como la FNE afirmaron, en sus respectivas intervenciones en la audiencia de fecha 4 de abril de 2013, que la operación objeto del acuerdo extrajudicial es una transacción de un monto más bien exiguo en un mercado relativamente pequeño, fundados en que las ventas anuales en Chile de todas las marcas de productos FLI, a nivel mayorista, suman alrededor de 47 millones de dólares, estimándose en 10 millones de dólares el precio de adquisición del negocio local de Pfizer, lo que en definitiva permitiría someter esta operación de menor entidad al conocimiento de este Tribunal por la vía de un acuerdo extrajudicial, especialmente si se considera, además, que la concreción local de la transacción internacional representa menos del 0,1% del precio total pactado en la Operación Internacional;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Noveno: Que a continuación este Tribunal analizará si el acuerdo extrajudicial materia de autos debe o no ser aprobado, para lo cual tomará en consideración los antecedentes acompañados, las características propias de la operación de concentración de autos y si los compromisos asumidos en el acuerdo a su respecto son suficientes para cautelar la libre competencia en los mercados afectados, todo ello con independencia del tamaño del mercado en el que incide el referido acuerdo;

Décimo: Que en el breve plazo establecido por la ley para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, es muy difícil efectuar un análisis acabado del mercado relevante y de los efectos para la libre competencia de una operación de concentración, y más aun establecer cuáles son las condiciones más adecuadas para compensar debidamente sus riesgos. Sin embargo, en el caso de autos este Tribunal aprobará el acuerdo atendida la circunstancia de que la solución propuesta en el mismo importaría, en los hechos, que prácticamente no aumente la concentración en el mercado local de fórmulas lácteas infantiles porque se establecen las condiciones para permitir el ingreso de un nuevo operador a este mercado, en reemplazo de Pfizer, todo ello por las consideraciones que se indican a continuación;

Undécimo: Que, en primer término, este Tribunal concuerda con las partes en el sentido que el acuerdo produciría similares efectos en la libre competencia que aquellas medidas que eventualmente hubieran podido imponerse en los procedimientos tramitados conforme a los artículos 19 y siguientes o 31 del D.L. N° 211; incluso si este Tribunal estimase la operación como altamente riesgosa para la libre competencia en el mercado relevante;

Duodécimo: Que, en efecto, en su conjunto las condiciones propuestas en el acuerdo producirían, a juicio de este Tribunal, un efecto muy similar a los de una desinversión completa, que equivale a privar de efectos a la Operación Internacional respecto del mercado chileno;

Decimotercero: Que el mercado en que incide el acuerdo extrajudicial es uno de importación de bienes que en el contexto mundial pasarán a ser de propiedad de Nestlé y en dicho contexto la importancia relativa del mercado chileno es pequeña. Por ello, si este Tribunal, conociendo de la misma dejara sin efecto la operación respecto del mercado chileno y ordenara la desinversión total, nada aseguraría que Pfizer continúe como un competidor viable de Nestlé con las mismas garantías que se establecen en el acuerdo, pues dicha empresa podría decidir cerrar sus operaciones en Chile, en cuyo caso su participación de mercado podría repartirse entre la competencia, la que incluye a Nestlé. Del mismo modo, aun en el caso que igualmente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se decidiera vender los activos de Pfizer en Chile, ello tampoco aseguraría que dicha venta se realice conjuntamente con los restantes activos de Pfizer en Latinoamérica, que incluyen las instalaciones en Vallejo, México, lo que disminuiría los incentivos para eventuales compradores y su competitividad en el mercado latinoamericano;

Decimocuarto: Que, por lo anterior, a juicio de este Tribunal, en este caso los términos del acuerdo descritos precedentemente efectivamente podrían ser aun más positivos para la libre competencia que la hipótesis alternativa de desinversión, pues pretenden asegurar, con mejores garantías que esta última, la subsistencia de un competidor viable de Nestlé en el mercado relevante;

Decimoquinto: Que la única condición establecida en el acuerdo que, considerada individualmente, podría ser menos gravosa que la orden de desinvertir, es la de entregar licencias de las marcas al comprador de la operación de Pfizer en Latinoamérica por un plazo de diez años, más un periodo denominado de *blackout* de otros diez. Al respecto, este Tribunal estima que los plazos antes indicados son razonables para que el adquirente del negocio de FLI de Pfizer en Chile pueda desarrollar y migrar hacia marcas propias, especialmente si se considera que tendrá además las fórmulas y el *know how* para elaborar dichos productos, la propiedad de la planta industrial que produce la mayoría de los mismos (instalaciones en Vallejo) y la posibilidad de un acuerdo de suministro respecto de los restantes;

Decimosexto: Que lo anterior resulta necesario en este mercado debido a las dificultades para ingresar al mercado que identificó la FNE, consistentes, principalmente, en la reputación de las marcas, que da garantías a los médicos sobre la seriedad y calidad de los productos, lo que permite que sean estos últimos quienes recomienden una determinada FLI. Lo anterior sumado a las restricciones para invertir en publicidad para aquellos productos FLI que son sustitutos de la leche materna, otorga gran ventaja a las empresas ya establecidas, en desmedro de quienes quieran desarrollar nuevos productos; y,

Decimoséptimo: Que, por todo lo anterior, es posible afirmar que las condiciones pactadas en el acuerdo extrajudicial permitirán resguardar las condiciones de competencia en el mercado relevante de mejor manera que si se rechazara el mismo, y sin los costos que una consulta puede implicar;

SE RESUELVE:

Aprobar el acuerdo extrajudicial rolante a fojas 97 y siguientes, alcanzado entre la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fiscalía Nacional Económica, Nestlé Chile S.A., Nestlé S.A., Pfizer Chile S.A., y, Pfizer Inc., sin que lo anterior implique pronunciamiento alguno de este Tribunal sobre los hechos que motivaron dicho acuerdo, ni limitación a eventuales derechos de terceros en relación con los mismos.

Notifíquese por el estado diario.

Rol AE N° 07-13

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Enrique Vergara Vial y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.
Autorizada por la Secretaria Abogado (s) Srta. Carolina Horn Küpfer.

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.