

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Resolución N° 16/2006.

Santiago, diecisiete de agosto de dos mil seis.

PROCEDIMIENTO: NO CONTENCIOSO

ROL: NC N° 116-06

CONSULTANTE: EXXONMOBIL CORPORATION

OBJETO: CONSULTA DE EXXONMOBIL SOBRE ACUERDO DE DISTRIBUCIÓN.

VISTOS:

LA CONSULTA DE EXXONMOBIL

1. Con fecha 31 de enero de 2006, ExxonMobil Corporation, en adelante también "ExxonMobil", sometió a conocimiento de este Tribunal un modelo de programa de distribución de productos petroquímicos para la industria - excluida la industria minera- solicitando su aprobación sin condiciones. Los siguientes son los argumentos y antecedentes que aporta en su consulta:

1.1. El objetivo del modelo o programa consultado es el de entregar a un distribuidor especializado, a partir del presente año, la comercialización de productos químicos de uso industrial que ExxonMobil elabora, en diversos países de América Central y del Sur;

1.2. Mediante este modelo o programa, la consultante espera obtener mayores niveles de eficiencia, aprovechar sinergias, reducir los costos de operación y mejorar la logística y el servicio al cliente;

1.3. La empresa seleccionada por la consultante es BRENNTAG LATIN AMERICA, en Chile BRENNTAG CHILE COMERCIAL E INDUSTRIAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

LTDA., firma de origen alemán especializada en la distribución de productos químicos y que en adelante se nombrará como “Brenntag”;

1.4. La consultante describe el modelo en cuestión como un contrato marco de distribución, cuyo borrador obra en autos, en virtud del cual venderá -a través de su filial ExxonMobil Chemical Company- sus productos a Brenntag quien, a su vez, los revenderá al cliente final;

1.5. La distribución de productos químicos para la minería permanecerá bajo control de Esso Chile Petrolera Ltda. (Esso Chile), que es filial y representante en Chile de la Consultante;

1.6. El contrato de distribución consultado por ExxonMobil tendrá las siguientes características principales:

a) El distribuidor no tendrá exclusividad para adquirir y revender productos ExxonMobil;

b) ExxonMobil podrá nombrar otros distribuidores;

c) ExxonMobil podrá suspender o terminar la fabricación o elaboración de los productos, previo aviso a Brenntag;

d) Esso Chile Petrolera Ltda. transferirá sus funciones de distribución de productos químicos industriales a Brenntag y, en tres casos excepcionales donde existen contratos escritos, Esso Chile Petrolera Ltda. intentará cederle su posición contractual;

e) En cuanto a los precios de venta y reventa:

i.- Se acordará un procedimiento de determinación de precios entre las partes, considerando factores de cada uno de los mercados involucrados y pautas generales y objetivas; y

ii.- El precio y condiciones de reventa serán determinados libremente por Brenntag;

f) Brenntag podrá usar en sus labores de distribución las marcas de ExxonMobil;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

g) El distribuidor se obligará a la promoción y venta de los productos ExxonMobil y a su pago; sin embargo, no se le considerará agente o representante de esa empresa;

h) El contrato se regirá por las leyes del estado de Texas, Estados Unidos;

i) En cuanto a la duración del contrato:

i.- Se extenderá hasta el 31 de diciembre de 2010, renovable hasta el 31 de diciembre de 2013; y,

ii.- ExxonMobil tendrá la facultad de poner término anticipado al contrato en caso de incumplimiento o con previa noticia dada con 12 meses de anticipación y sin expresión de causa; y,

j) Eventualmente, se considera la transferencia a Brenntag de un inmueble de Esso Chile Petrolera Ltda. ubicado en la comuna de San Antonio, que sirve de terminal o bodega.

1.7. ExxonMobil define el mercado relevante como el de la comercialización de productos petroquímicos para la industria, sin hacer referencia al mercado desde el punto de vista geográfico.

La consultante informa que su participación en el mercado de la distribución de productos petroquímicos, en general, en cuanto a ventas monetarias totales es de 5,3% (US\$ 24 millones aproximadamente) y en volumen de ventas un 4,7% (25.000 toneladas, aproximadamente).

1.8. A juicio de la consultante, el modelo de distribución propuesto no afecta la libre competencia por las siguientes razones:

a) Existe una amplia cantidad y variedad de productos disponibles o que permanentemente están siendo ofertados en el mercado;

b) Presencia de innovación y desarrollo en todos los actores;

c) Competitividad en precio, calidad y eficiencia;

d) El aumento de participación de mercado de Brenntag de un 10% a un 12,5% no afectará el mercado, pues no habrá concentración económica;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

e) No existen barreras a la entrada en el mercado en cuestión, pues existiría libre importación de productos, producción barata, inexistencia de trabas o regulaciones, innecesidad de activos esenciales y permanente ingreso de nuevos actores;

f) El fácil ingreso de nuevos actores se fundaría en:

i.- bajos costos de instalación: capital de trabajo operacional mínimo y capacidad de almacenaje disponible;

ii.- El corto tiempo de instalación;

iii.- La capacidad de transporte y almacenaje disponibles;

iv.- La disponibilidad de medios de comunicación para marketing;

v.- La demanda permanente de productos por parte de la industria;

vi.- Que, en la práctica, las marcas comerciales no han constituido barreras.

g) La consultante competirá sin problemas con Brenntag en el mercado minero;

EL INFORME DE LA FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

2. A fs. 81 y siguientes, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) aportó antecedentes. Para ello tuvo a la vista jurisprudencia emanada de las Comisiones Preventiva Central y Resolutiva relacionadas con el mercado en el que incide la consulta, un estudio sobre este mismo mercado realizado por la División de Análisis Económico del organismo, basado en datos aportados por empresas, datos de importación del Banco Central, de venta de productos químicos proporcionados por la Empresa Nacional del Petróleo, ENAP, de consumos industriales de productos químicos e información comercial interna y antecedentes allegados a la investigación por otras empresas del mercado analizado;

2.1. El mercado de distribución de productos químicos para la industria y minería en Chile alcanzaría una cifra cercana a los 500 millones de dólares de ventas anuales. Gran parte de ese valor es importado de diversos países como Argentina, Brasil, China y algunos de Asia Central.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Para el análisis de esta consulta, la FNE propone como mercado relevante el de la comercialización de productos petroquímicos para la industria (excluyéndose los específicos para el área minera, que constituirían un mercado especial) en todo el territorio nacional;

2.2. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE analizó el mercado relevante de los productos que en la actualidad comercializan tanto ExxonMobil como Brenntag, en particular, para examinar las participaciones de mercado que resultarán de materializarse el acuerdo consultado. Sin embargo, la Fiscalía Nacional Económica no dispuso de antecedentes que le permitieran establecer la existencia de sustitutos o productos alternativos a los mismos.

Revisados los productos químicos para la industria que distribuyen ExxonMobil y Brenntag y sus competidores, la FNE elaboró la siguiente matriz:

	Prod	IPA	MEK	MIB C	MIB K	PM	ELSOL 2046 AR	TOLUENE	NAPHTA 4	AGUARRAS	XILENO
Competidores											
EXXONMOBIL MOBIL CHILE		X	X				X				
BRENNTAG CHILE		X	X	X		X	X				
OXIQUIM S.A.		X	X		X		X	X	X	X	X
SOLIMPEX S.A.		X	X		X			X		X	X
REPSOL YPF								X		X	X
PASSALACQUA LTDA. (PASSOL)		X	X					X			X
DOW QUIMICA CHILENA S.A.		X				X					
REFINERÍA PETROLEO CONCON (ENAP)									X	X	X
SHELL		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.3. Teniendo presente lo anterior, la participación de mercado conjunta de ExxonMobil y Brenntag en el de distribución de productos químicos para la industria, en general, llegaría a un 12,5%, correspondiendo un 10% a esta última y un 2,5% a la primera;

2.4. Respecto a los productos incorporados en el convenio de distribución, aquellos que se denominan IPA, MEK y SOLES, ya eran distribuidos por Brenntag. Sin embargo existen otras firmas que los distribuyen en el mercado interno, lo que sería a juicio de la FNE un indicador de competencia;

2.5. En el Artículo I del proyecto de contrato, titulado “Derechos Otorgados”, se establecen los siguientes puntos:

i.- **Derecho no exclusivo de compra** para los productos químicos listados en el **Anexo A** (modificable con aviso previo) para su reventa a clientes ubicados en países de Centro y Sud América listados en el **Anexo B** (modificable con aviso previo).

ii.- **Derecho a suspender la fabricación de productos** (con aviso previo).

iii.- **Clientes Designados**, incluyendo pero no limitados a los listados en el **Anexo C**.

iv.- **Clientes Reservados para el consultante**, listados en el **Anexo F**.

v.- **Exclusividad**: Brenntag será el único autorizado para distribuir algunos productos ExxonMobil de marca en algunas partes de la Geografía – ubicación de clientes- como se indica en los **Anexos A y B**, sin perjuicio de que la consultante se reserva el derecho a venderle a cualquier cliente en la Geografía.

vi.- **Posibilidad de agregar a Chile sujeto a la aprobación del TDLC**.

2.6. La FNE no hace reparos a la cláusula en la que ExxonMobil otorgará al distribuidor el derecho no exclusivo de comprarle ciertos productos químicos, listados en un Anexo A, para su reventa a clientes ubicados en países de América Central y del Sur, listados en un Anexo B del acuerdo, ni a la que establece que los precios de reventa serán fijados exclusivamente por el distribuidor. Tampoco objeta que la relación entre ExxonMobil y Brenntag

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

será la de vendedor y comprador, ni que esta última empresa, sus empleados y agentes no podrán, bajo ninguna circunstancia, ser considerados empleados o agentes de ExxonMobil, ni que el distribuidor ni la consultante tendrán derecho a celebrar ningún contrato o compromiso en el nombre de, ni a favor del otro, o comprometer al otro en ningún respecto.

2.7. Sin embargo, la FNE aconseja la eliminación de las cláusulas en que se establecen clientes designados, bajo un Anexo C, clientes reservados, bajo un Anexo D, y se asigna la calidad de único distribuidor a Brenntag para algunos productos de marca en algunas partes de la geografía, según un Anexo A. (cláusulas 1.3, 1.4, 1.5 y 1.6, respectivamente, del artículo I, denominado Derechos Otorgados).

2.8. Lo anterior en consideración a que al establecerse clientes designados, el contrato está coartando la libertad comercial del distribuidor, quien por ser un comprador y revendedor de productos, independiente del proveedor, debiera poder determinar libremente a quienes venderá. Lo mismo puede decirse de la cláusula que establece clientes reservados para ExxonMobil.

Estas cláusulas pueden, entonces, originar restricciones a la competencia si devienen en reparto de mercado entre competidores.

2.9. Respecto a la distribución exclusiva de algunos productos de marca, de difícil sustitución, ésta merece para la FNE reparos en sí misma, ya que puede afectar el comercio en mayor medida que si se tratara de productos sin marca, pues tiende a aumentar la diferenciación de productos, reduciendo la sustitución. Lo anterior acarrearía una menor elasticidad de la demanda y aumentaría la posibilidad de incrementos de precios.

2.10. Con todo, la FNE expresa que debe tenerse en cuenta que la importación es una alternativa real para gran parte de los productos que distribuiría Brenntag, por lo que considera que en este mercado no se observan barreras a la entrada.

2.11. Concluye la FNE haciendo presente que la consultante no aportó antecedentes sobre la mayor eficiencia, sinergias, menores costos de operación y mejoras en la logística y servicio al cliente que serían consecuencia del acuerdo consultado. Además podría existir riesgo de abuso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en los mercados particulares de productos (que podrían ser mercados relevantes en sí mismos). En estos mercados se unificará la distribución, con alta participación conjunta de productos de difícil sustitución.

Además, a juicio de la FNE, podrían producirse, a partir de la relación que generará el contrato consultado, eventuales conductas colusorias en mercados adyacentes en los que las partes son competidoras, como es el caso del mercado minero, donde, en algunos casos, alcanzan conjuntamente participaciones del orden del 65%.

3. La FNE acompañó a sus antecedentes en carácter reservado un documento que detallaría los principales productos que comercializan las empresas más importantes que participan en este mercado, como también la incidencia relativa de cada uno de ellos (Cuaderno de documentos reservados de la FNE, en 16 fojas).

4. A fojas 99 y siguientes, la consultante realiza algunas observaciones a los antecedentes aportados por la FNE, las que, muy sintéticamente, consisten en:

4.1. El contrato consultado no aumentará la coordinación de las partes en el mercado minero, ya que éste opera en base a licitaciones que derivan en contratos de largo plazo. Además en este mercado la libre importación implica la inexistencia de barreras a la entrada. En materia minera, estas empresas operan con filiales distintas a las que participarían del acuerdo consultado.

4.2. Observa respecto de los productos indicados lo siguiente:

IPA: Al dejar ExxonMobil de comercializar este producto a través de Esso Chile y transferirlo a Brenntag, la participación de esta última no alcanzará a superar el 56% del mercado. Además en este producto existen cinco competidores y una amplia oferta en el mercado internacional.

MEK: este producto no es vendido actualmente por Brenntag por lo que, producto del acuerdo, sólo se sustituye a Esso Chile por esa firma. Este producto se comercializa por otros actores y tiene como sustituto el acetato de etilo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SOLES: Estos productos no son comercializados actualmente por Brenntag, por lo que no cabe sumar participaciones.

Menciona marcas de productos especiales que tendrían mayor sofisticación tecnológica y con los que pretende reemplazar a los productos que el mercado demanda actualmente, mediante una labor de convencimiento a las empresas de sus ventajas.

4.3. Respecto de los clientes designados, la consultante expresa que se abstendrá de venderles productos a través de Esso Chile, pero que eso no implica que estas empresas no sean libres para elegir de quién adquieren los productos.

4.4. Respecto de los clientes reservados, éstos se refieren solamente a los que pertenecen a la industria de la minería y que seguirán siendo atendidos por Esso Chile Petrolera Limitada.

4.5. En lo concerniente a la distribución exclusiva de algunos productos, la consultante expresa que se trata de la entrega a Brenntag del derecho al uso exclusivo de las marcas de ExxonMobil Corporation por parte de dicha compañía, pudiendo otras compañías comercializar dichos productos bajo otras marcas. Además los productos referidos no son de difícil sustitución.

5. La consultante acompañó en carácter reservado a los autos gráficos y tablas de cálculo que respaldarían los antecedentes aportados (Cuaderno de documentos reservados ExxonMobil en 16 fojas).

CONSIDERANDO:

Primero: Que ExxonMobil Corporation solicitó a este Tribunal que se pronuncie respecto de si las cláusulas contenidas en el contrato denominado “Acuerdo de Distribución”, a ser celebrado entre dicha compañía y la distribuidora Brenntag Chile Comercial e Industrial Limitada, pueden infringir la legalidad en materia de libre competencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Segundo: Que el contrato marco de distribución objeto de la consulta en cuestión, obligará a Brenntag a revender los productos comprados a ExxonMobil en diversos países de América Central y del Sur;

Tercero: Que el objeto de dicho contrato se referirá a la distribución y comercialización de productos químicos para la industria, quedando excluidos los productos para la industria minera, los que seguirán siendo distribuidos por ExxonMobil, a través de su filial Esso Chile Petrolera Limitada;

Cuarto: Que en la convención en cuestión, se entregará al distribuidor el derecho no exclusivo de comprar un listado de productos químicos, para su reventa en una serie de países. Se establece además que los precios de reventa serán determinados por el distribuidor de forma independiente. Por otro lado, en anexos del contrato se establecerá una serie de “clientes designados” que actualmente son clientes de ExxonMobil y que pasarían a ser clientes del distribuidor. Además, se establecerá un listado de “clientes reservados”, a los cuales el distribuidor no podrá vender productos, pues estos clientes son y seguirán siendo de ExxonMobil.

Si bien la consultante designará a Brenntag como distribuidor exclusivo de los productos con marcas de propiedad de ExxonMobil considerados en el acuerdo, esta última compañía se reserva el derecho de nombrar a otras empresas como distribuidoras de productos sin marca fabricados por ella;

Quinto: Que, para resolver adecuadamente la cuestión planteada, en primer lugar se analizará la estructura de este mercado;

En cuanto a la estructura de mercado

Sexto: Que, de acuerdo a lo informado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 86 y siguientes, la participación conjunta de ExxonMobil y Brenntag en el mercado de la venta final de los productos químicos para la industria en general llegaría a un 12,5%;

Séptimo: Que sin embargo, en principio, debe considerarse que los productos químicos a que se refiere el contrato de distribución serían de uso muy específico; así, a falta de información detallada, resulta razonable y prudente adoptar, por razones prácticas, una perspectiva conservadora en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

enfoque metodológico para definir el mercado relevante, por lo cual se presumirá un escenario de baja sustitución entre los distintos productos químicos que abarca el contrato de distribución.

La Fiscalía informa que existen sólo tres productos químicos que hoy son distribuidos tanto por Brenntag como por ExxonMobil (alcohol isopropílico o IPA, metil etil cetona o MEK, y solventes denominados SOLES). Es decir, en caso de aprobarse el contrato de distribución consultado, sólo aumentaría la concentración en el mercado de distribución en estos tres productos. La Fiscalía informa, en todo caso, que existen otras empresas que distribuyen estos tres productos en el mercado interno, por lo que es posible presumir que existirá competencia en dichos mercados individuales;

Octavo: Que, por su parte, la consultante informa a fojas 101 y siguientes que, en el caso del alcohol isopropílico, Esso Chile tiene actualmente una participación de mercado de 52%, y Brenntag de 4%. Luego, la participación resultante para Brenntag no superaría el 56%. Adicionalmente, informa que existen cinco competidores nacionales en este producto específico, además de una amplia oferta internacional. En el caso de la metil etil cetona, ExxonMobil informa que Brenntag no vende actualmente dicho producto, por lo que sólo existiría una sustitución de proveedor. Por último, en el caso de SOLES, menciona que estos productos no son vendidos actualmente por Brenntag, y la participación actual de Esso Chile en el mercado de solventes es de aproximadamente un 5%;

Noveno: Que, además de la competencia interna que enfrentan Esso Chile y Brenntag, existe libertad de importación de productos químicos para la industria. Por lo tanto, es posible estimar que de aprobarse la celebración del contrato consultado, en principio, no existirían mayores peligros de abuso de poder de mercado por parte de Brenntag en el mercado relevante, dada la competencia efectiva y potencial que enfrenta;

En cuanto a los “clientes designados” y los “clientes reservados”

Décimo: Que, respecto de la cláusula de “clientes designados” por Esso Chile para ser atendidos por Brenntag, la Fiscalía Nacional Económica argumenta que la existencia de la misma coarta la libertad comercial del distribuidor, quien debería poder decidir libremente a qué clientes vender.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por su parte, la consultante arguye a fojas 104 que los “clientes designados” son aquellos que no continuarán siendo atendidos por Esso Chile, debiendo Brenntag esforzarse para hacerlo, de acuerdo a lo indicado en el proyecto de contrato que se somete a consulta. Así las cosas, estos clientes serán libres para elegir a su proveedor, por lo que los “clientes designados” podrían también denominarse “clientes disponibles en el mercado”.

Este Tribunal considera que la cláusula referente a los “clientes designados”, ha sido ideada para cumplir con el objetivo original de ExxonMobil de entregar la distribución de ciertos productos a Brenntag y no constituye en sí un peligro para la libre competencia, toda vez que no impediría que otras empresas puedan proveer de los productos respectivos a los clientes que así lo requieran;

Undécimo: Respecto a la cláusula de “clientes reservados”, la Fiscalía Nacional Económica asevera que ésta limita la libertad del distribuidor de decidir soberanamente a quién revender sus productos. Por consiguiente, dichas cláusulas pueden dar lugar a prácticas restrictivas de la competencia; en particular, a un reparto de mercado.

Este Tribunal estima que esta cláusula en particular no representaría una amenaza a la competencia en el mercado de productos químicos para la industria minera, habida consideración de la competencia ya existente, y de la posibilidad de importar libremente productos de cualquier marca, los que podrían competir con los provistos por Esso Chile;

Duodécimo: Que ninguna otra empresa aportó antecedentes en esta consulta, lo que podría estimarse un indicio de que otros agentes del mercado respectivo no considerarían amenazada la libre competencia;

Decimotercero: Que, tomando en cuenta las razones esgrimidas por la consultante en autos, y teniendo a la vista lo informado por la Fiscalía Nacional Económica, este Tribunal aprobará el proyecto de “Acuerdo de Distribución” que se ha sometido a su conocimiento, a ser celebrado entre ExxonMobil Corporation y la distribuidora Brenntag Chile Comercial e Industrial Limitada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 18º, número 2), y 31º del Decreto Ley N° 211, **SE RESUELVE** aprobar el proyecto de contrato consultado por ExxonMobil Corporation a fojas 05 en el sentido que las cláusulas del proyecto de contrato de “Acuerdo de Distribución”, a ser celebrado entre ExxonMobil Corporation y la distribuidora Brenntag Chile Comercial e Industrial Limitada no son, en sí mismas, contrarias a la libre competencia.

Notifíquese a la consultante y a la Fiscalía Nacional Económica. Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 116-06.

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres.