

ANT: Asociación entre CMA CGM, COSCO SHIPPING Lines, COSCO SHIPPING Ports, SIPG, Hapag-Lloyd, PSA, Hutchinson Ports, OOCL y Qingdao Port Lines.
Rol FNE F243-2020.

MAT: Informe de aprobación.

Santiago, 7 de octubre de 2020.

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFA DE DIVISIÓN DE FUSIONES

De conformidad a lo preceptuado en el Título IV del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, y sus modificaciones posteriores (“**DL 211**”), presento a usted el siguiente informe (“**Informe**”), relativo a la operación de concentración del antecedente, recomendando su aprobación en forma pura y simple, en virtud de las razones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

A. Investigación

1. Con fecha 23 de julio de 2020, mediante documento de ingreso correlativo N°02629-20 (“**Notificación**”), se notificó a la Fiscalía Nacional Económica (“**Fiscalía**”) la eventual asociación entre CMA CGM S.A. (“**CMA CGM**”); COSCO SHIPPING Lines Co., Ltd. (“**COSCO SHIPPING Lines**”); COSCO SHIPPING Ports Limited (“**COSCO SHIPPING Ports**”); Shanghai International Port (Group) Co. Ltd. (“**SIPG**”); Hapag-Lloyd AG (“**Hapag-Lloyd**”); Hutchison Ports Development Ltd (“**Hutchison Ports**”); Orient Overseas Container Line Ltd. (“**OOCL**”); PSA i-Tech Pte. Ltd. (“**PSA**”); y Qingdao Port International Co., Ltd. (“**Qingdao Port**” y junto con CMA CGM, COSCO SHIPPING Lines, COSCO SHIPPING Ports, SIPG, Hapag-Lloyd, Hutchison Ports, OOCL y PSA, las “**Partes**” o los “**Constituyentes**”), para la creación de un *joint venture* (“**JV**” o “**Joint Venture**”) para el desarrollo y comercialización de una solución de digitalización del proceso comercial asociado al envío de carga marítima, a través de una nueva entidad que se constituirá al efecto (“**Nueva Entidad**”), con el objetivo de mejorar la visibilidad y la gestión de la documentación en la cadena de distribución de los envíos realizados a nivel global (“**Operación**”). Específicamente, el JV tendrá

como objeto establecer y desarrollar la plataforma de la Red Global de Negocios de Transporte Marítimo (“**Plataforma GSBN**”, por las siglas en inglés para Global Shipping Business Network), una iniciativa que tiene por finalidad acelerar el desarrollo de soluciones digitales en la industria del transporte marítimo.

2. Con fecha 5 de agosto de 2020, esta Fiscalía resolvió la falta de completitud de la Notificación de conformidad al artículo 50 del DL 211. Las Partes subsanaron los errores y omisiones de la Notificación que fueron identificados, mediante documento de fecha 11 de agosto del año 2020, correlativo de ingreso N°02849-20.
3. En consecuencia, con fecha 25 de agosto del año 2020, se ordenó el inicio de investigación bajo el Rol FNE F243-2020 (“**Investigación**”).

B. Partes de la Operación

4. CMA CGM es una sociedad constituida en Francia, miembro de un grupo internacional de empresas que participa en el transporte marítimo de contenedores, servicios de terminales y logística. En Chile, ciertas subsidiarias de CMA CGM desarrollan actividades de transporte marítimo de contenedores y de logística¹.
5. COSCO SHIPPING Lines es una sociedad constituida en China (Shanghai) y, también como parte de un grupo internacional de empresas, se dedica principalmente a los servicios de transporte marítimo nacional e internacional de contenedores y a otros negocios relacionados. En Chile, COSCO SHIPPING Lines realiza actividades en el transporte marítimo de contenedores y servicios complementarios, a través de una subsidiaria².
6. COSCO SHIPPING Ports es una sociedad constituida en Bermuda que se dedica principalmente al negocio de la administración y operación de terminales, así como a negocios relacionados. COSCO SHIPPING Ports no presta servicios en Chile.
7. OOCL es una sociedad constituida en Hong Kong, China, que proporciona servicios logísticos y de transporte marítimo de contenedores, además de participar en el uso de tecnología de la información y comercio electrónico para gestionar el proceso de carga³. A su vez, CargoSmart (Hong Kong) Limited (“**CargoSmart**”⁴) es una entidad

¹ En Chile, CMA CGM Chile S.A., subsidiaria de CMA CGM, lleva a cabo actividades de transporte de contenedores, como agente de CMA CGM. Adicionalmente, CMA CGM también está presente en Chile con CEVA Freight Management Logística de Chile Ltda. Párrafo 4 de la Notificación.

² En Chile, COSCO SHIPPING Lines realiza actividades en el transporte marítimo de contenedores y servicios complementarios a través de COSCO Shipping Lines (Chile) S.A. Párrafo 10 de la Notificación.

³ COSCO SHIPPING Lines, COSCO SHIPPING Ports, y OOCL son parte de COSCO SHIPPING Group.

⁴ CargoSmart proporciona soluciones de software de gestión de envíos globales a expedidores, consignatarios, proveedores de servicios logísticos, transportistas comunes no propietarios de buques (NVOCC) y transportistas marítimos para mejorar la planificación y las entregas puntuales. Párrafo 199 de la Notificación.

subsidiaria de propiedad exclusiva de OOCL, que prestará servicios tecnológicos al *Joint Venture* objeto de la Operación, además de desarrollar y alojar la plataforma GSBN, según se indicará. En Chile, COSCO Shipping Lines (Chile) S.A. también actúa como agente de OOCL.

8. SIPG es una sociedad constituida en China que actúa como operador portuario en dicho país, siendo su actividad principal la gestión y el traslado portuario de contenedores, carga a granel de gran tamaño y carga fraccionada. SIPG no presta servicios en Chile.
9. Hapag-Lloyd es una sociedad constituida en Alemania, y su actividad principal es el transporte marítimo de contenedores, y adicionalmente la prestación de servicios de carga especial, como el transporte de carga *break-bulk* y carga OOG (*out-of-gauge*) en sus buques portacontenedores. En Chile, Hapag-Lloyd controla ciertas sociedades que prestan servicios de transporte marítimo de contenedores⁵.
10. Hutchison Ports es una sociedad constituida en las Islas Vírgenes Británicas, siendo un operador portuario a nivel mundial, que se ha expandido a otros negocios relacionados con la logística y el transporte. Hutchison Ports no presta servicios en Chile.
11. PSA es una sociedad constituida en Singapur, parte del Grupo PSA Internacional, un grupo portuario mundial, con operaciones principales en Singapur y Amberes. PSA no presta servicios en Chile.
12. Finalmente, Qingdao Port es una sociedad constituida en China. Su principal actividad es la operación del Puerto de Qingdao, en el que opera cuatro áreas portuarias y más de 86 frentes de atraque. Qingdao Port no presta servicios en Chile.

C. Descripción de la Operación

13. La Operación consiste en la formación de un *Joint Venture*⁶ por las Partes, en los términos que contempla la letra c) del artículo 47 del DL 211. Según indica la Notificación, tras su cierre, dichas entidades concurrirán en la propiedad de la Nueva Entidad, en partes iguales, detentando cada una de ellas un noveno del total de las acciones y del capital social. El JV será administrado por un directorio de nueve integrantes, cada uno designado por cada Parte.

⁵ En Chile, Hapag-Lloyd controla CSAV Austral SpA y es propietario de las acciones y derechos sociales de Hapag-Lloyd Chile SpA y de Southern Shipmanagement (Chile) Ltda. Párrafo 31 de la Notificación.

⁶ Las Partes señalan que el JV no tendrá fines de lucro, en el sentido que las utilidades se reinvertirán por las Partes para efectuar desarrollos dentro del mismo JV. Párrafo 155 de la Notificación.

14. Conforme a lo señalado por las Partes, y de acuerdo a lo verificado por esta Fiscalía⁷, la Operación daría origen a un agente económico independiente de éstas, que ejercería sus actividades de forma permanente y autónoma. Dicha autonomía, según de expondrá *infra*, se genera tanto desde una perspectiva funcional – en cuanto a su soberanía jurídica y patrimonial – como económica, toda vez que dispondrá de recursos para operar en el mercado, con una administración y personal propio dedicada a sus operaciones diarias⁸.
15. Para dichos efectos, se constituirá una sociedad en Hong Kong, independiente de las Partes, con un gobierno corporativo propio, con capacidad de obligarse ante terceros y que dispondrá de recursos aportados como capital por las Partes, así como de los ingresos que obtenga de sus usuarios. Además, dispondrá de una administración propia, compuesta por ejecutivos que serán designados una vez constituida la sociedad. Por otra parte, los documentos constitutivos del JV darían cuenta de la permanencia de esta sociedad⁹. Estos antecedentes satisfacen los criterios de permanencia y autonomía establecidos previamente por esta Fiscalía¹⁰.
16. Adicionalmente, conforme a lo expuesto en la Notificación, ni las matrices ni las empresas relacionadas al JV se encuentran activas en Chile en dicho servicio, ni éste conforma su actividad principal en el mundo.
17. En particular, de perfeccionarse la Operación, la Nueva Entidad operará en el desarrollo y comercialización de la Plataforma GSBN, que ofrecerá servicios para facilitar la digitalización de los procesos actuales a todas las partes interesadas de la industria del transporte marítimo, en particular en relación con la documentación del transporte (por ejemplo, las cartas de porte marítimo) y procesos como la liberación de la carga¹¹.
18. Según indica la Notificación, cabe destacar que un elemento clave de la plataforma GSBN será el uso de soluciones habilitadas por *blockchain*¹² en la digitalización e

⁷ A la luz de los criterios de la Guía de Competencia de la FNE, de junio de 2017, pág. 22 y siguientes.

⁸ Conforme a los términos y condiciones acordados en el documento llamado *GSBN Formation & Shareholders Agreement*, los denominados *Articles Of Association* del JV (aún por constituirse en Hong Kong, China) y en otros documentos del expediente, acompañado a la Notificación según consta en expediente F243-2020.

⁹ Conforme a los términos y condiciones acordados en el documento llamado *GSBN Formation & Shareholders Agreement*, los denominados *Articles Of Association* del JV (aún por constituirse en Hong Kong, China) y en otros documentos del expediente, acompañado a la Notificación según consta en expediente F243-2020.

¹⁰ Véase al efecto, por ejemplo, Resolución Rol FNE F206-2019 y Resolución Rol FNE 237-2020, sobre criterios de permanencia y autonomía.

¹¹ “En particular, se espera que la aplicación de liberación de carga facilite la racionalización del proceso de liberación de carga en el transporte marítimo a fin de permitir interacciones más eficientes entre los futuros miembros de la red, incluidos los transportistas marítimos, los operadores de terminales, los consignatarios, los agentes de carga y el transporte intermodal (por ejemplo, los camioneros)”. Párrafo 237 de la Notificación.

¹² “En términos generales, la tecnología de blockchain permite la creación de una base de datos descentralizada, o “libro mayor digital”, a la que se puede acceder mediante una red de equipos. Las transacciones que se producen en blockchain son verificadas (sic) por todas las partes en la red por medios

intercambio de datos que permiten la gestión de las cadenas de suministro¹³, y para la creación de una fuente de esos datos que sea fiable y segura. En efecto, conforme sostienen las Partes, uno de los principales beneficios que la tecnología *blockchain* puede ofrecer al sector del transporte marítimo sería la digitalización de los documentos y procesos de transporte, y junto con lo anterior, nuevas aplicaciones relacionadas podrían desarrollarse con posterioridad, como parte de la Plataforma GSBN.

19. Adicionalmente, dentro del JV, CargoSmart desarrollará, alojará, mantendrá y proporcionará servicios operativos para la Plataforma GSBN¹⁴, además de que será **Nota confidencial [1]** de la misma.
20. En cuanto a la relación comercial de la Nueva Entidad con las Partes, resulta relevante que éstas indican que además de constituyentes, serán usuarias de la Plataforma GSBN¹⁵. Esto, sin perjuicio de la relación de prestación de servicios y **Nota confidencial [3]**, entre otros, que mantendrá el *Joint Venture* con CargoSmart, filial de OOCL, por un período de **Nota confidencial [10]**. Por su parte, respecto de terceros, este JV ofrecerá sus servicios a terceros de manera abierta, sin acceso restringido, de modo que todos los usuarios interesados puedan participar en la Plataforma GSBN¹⁶.
21. Finalmente, las Partes indican que el monto de la Operación ascendería a un aporte anual de las Partes de un total de **Nota Confidencial [4]** aproximados al año, por dos años, que comprende el aporte en dinero efectivo a la Nueva Entidad.

criptográficos antes de que la transacción pueda ser verificada y registrada. De este modo, esta verificación distribuida por la red significa que se crea una única "versión de la verdad" verificada para la transacción en toda la red". Párrafos 229 y 230 de la Notificación.

¹³ En específico, la información que se transferiría a través de la Plataforma GSBN, consistiría en: (i) información necesaria para la liberación de la carga (eventos de liberación/descarga en la terminal y la orden de entrega sin papel); (ii) estado de hitos de tránsito de la carga (como la carga de un contenedor en un buque); (iii) identidad de los usuarios de la plataforma encargados de cumplir determinados roles respecto de una determinada transacción (transportista, consignatario/agente de carga, agente marítimo, terminal o camionero); y (iv) datos de documentos de la carga (datos de la carta de porte marítimo que pueden ser leídos por otros usuarios asignados al envío que están autorizados), entre otros, según el desarrollo de la plataforma. Al respecto, véase párrafo 50.

¹⁴ "Con respecto a la tecnología subyacente para la plataforma GSBN que será desarrollada por CargoSmart, se prevé que la plataforma GSBN se basará (al menos inicialmente) en una solución blockchain ofrecida por Oracle Corporation". Párrafo 241 de la Notificación.

¹⁵ De acuerdo a lo indicado por las Partes, la Nueva Entidad no pactará obligaciones que pudieren limitar cualquier competencia entre las éstas. Adicionalmente no hay restricción para las Partes para utilizar o desarrollar otras plataformas. Así, por ejemplo, **Nota confidencial [2]** Párrafo 178 de la Notificación.

¹⁶ A este respecto, la admisión de nuevos miembros y el acceso a la GSBN, incluida la base sobre la que se determinen las cuotas y los costos de afiliación, se hará en condiciones justas, razonables y no discriminatorias. Párrafo 154 de la Notificación. Los potenciales usuarios de esta plataforma son compañías navieras, transportistas marítimos, freight forwarders, operadores de terminales portuarios, consignatarios, agentes de carga y del transporte intermodal, empresas de logística y expedidores.

II. INDUSTRIA Y MERCADO RELEVANTE

A. Servicios de tecnología de la información para la industria del transporte marítimo

22. Las Partes indican que el mercado específico en el que operará la Plataforma GSBN corresponde a la prestación de servicios de IT a la industria del transporte marítimo. Asimismo, éstas señalan que la Plataforma GSBN puede considerarse como un servicio consistente en el desarrollo de actividades que se clasifican dentro de la categoría de *software* de aplicación empresarial para la gestión de cadenas de suministro (“**SCM EAS**” por las siglas en inglés para *Supply Chain Management – Enterprise Application Software*)¹⁷, dentro de la industria de servicios de tecnología de la información (“IT”).
23. Los servicios de IT abarcan una amplia gama de servicios relacionados con la utilización de tecnologías de la información, que en términos generales se refiere a la utilización de computadoras, programas y sistemas informáticos para almacenar, recibir, transmitir y administrar datos o información. Los servicios de IT suelen prestarse a las operaciones comerciales para la gestión o las comunicaciones y el almacenamiento de datos, entre otras aplicaciones. Respecto de segmentaciones del mercado de servicios de IT, es posible distinguir según el sector industrial en que se emplean, siendo uno de ellos la industria del transporte marítimo.
24. Los servicios de IT que pertenecen a la categoría de SCM EAS corresponden a un tipo de software cuya finalidad es automatizar los procesos de planificación, producción y entrega de bienes o servicios al mercado. Al igual que en la categoría general de servicios de IT, es posible distinguir según el sector industrial en que se emplean.
25. De este modo, de manera conservadora, puede definirse el mercado de producto como el desarrollo de servicios que se clasifican dentro de la categoría de software de aplicación empresarial para la gestión de cadenas de suministro SCM EAS en la industria naviera, dado que esta definición maximizaría los riesgos asociados a la Operación. En efecto, una definición de mercado más amplia involucraría a múltiples empresas que desarrollan servicios de IT para diversos sectores industriales¹⁸,

¹⁷ Esta Fiscalía ha considerado respecto de una plataforma similar (TradeLens) que esta corresponde a la categoría de SCM EAS: “Adicionalmente, conforme a lo expuesto en la Notificación, la Nueva Entidad se encontraría dedicada a un giro (...), consistente en el desarrollo de actividades que se clasifican dentro de la categoría de software de aplicación empresarial para la gestión de cadenas de suministro (“SCM EAS”), que corresponde a un tipo de software cuya finalidad es automatizar los procesos de planificación, producción y entrega de bienes o servicios al mercado”. Informe de aprobación caso Rol FNE F122-2018.

¹⁸ Por ejemplo, Microsoft, Oracle, IBM, Accenture, SAP, entre otras.

diluyendo las participaciones de las Partes y sus relacionadas. Según se expondrá, las Partes no participan directamente en dicho mercado¹⁹.

26. Respecto al mercado relevante geográfico, las Partes señalan que éste sería de alcance mundial, ya que los usuarios de la industria naviera normalmente requieren de servicios globales, dada la naturaleza internacional de la industria.

B. Transporte marítimo

27. Como se mencionó, los Constituyentes corresponden a empresas activas en el mercado de transporte marítimo de contenedores (“**Constituyentes Navieras**”, (a saber, CMA CGM, COSCO SHIPPING Lines, Hapag-Lloyd y OOCL) y a operadores portuarios (“**Constituyentes Puertos**”).
28. Por consiguiente, para efectos de evaluar potenciales riesgos que conllevaría el perfeccionamiento de la Operación, resulta necesario describir el ámbito de producto en el que las Partes desarrollan sus actividades. En específico, esto es importante respecto de las Constituyentes Navieras, toda vez que los Constituyentes Puertos no son competidores porque desarrollan sus actividades en mercados geográficos o áreas de influencia que no se traslapen entre sí, al estar ubicados en distintas ciudades y países²⁰.
29. El transporte marítimo de carga a través de contenedores se caracteriza - a diferencia de otros medios de transporte marítimo - por su aptitud para transportar carga de manera fragmentada²¹ y, en particular, los servicios denominados ‘de línea’ o *liner*, en contraposición con los servicios de transporte de carga a granel o *bulk*, - se destacan por ofrecer servicios en determinadas frecuencias operadas con regularidad²².
30. En la industria de transporte marítimo de línea, y atendido a las economías de escala con que usualmente operan las empresas navieras son habituales distintas formas de cooperación entre ellas, con diversos alcances²³. Con respecto a las Constituyentes Navieras, en este caso existen - como se expondrá - diversos acuerdos para compartir capacidad de carga para rutas específicas, generalmente

¹⁹ Sin perjuicio de tener algunos desarrollos para su operación interna y de cierta participación en desarrollos y en diferentes actividades en la industria de IT.

²⁰ Ver al efecto, Resolución de aprobación Rol FNE F189-2019 que establece que “*En cuanto al segmento portuario, el mercado relevante ha sido definido anteriormente por la FNE como el conjunto de los distintos servicios ofrecidos por aquellos puertos que comparten la misma zona de influencia, que en este caso correspondería a los puertos de San Antonio y Valparaíso*”.

²¹ Esto permite transportar carga mediante la consolidación de la misma, generalmente a través de actores de la industria denominados como *freight forwarders*.

²² Teniendo un programa preestablecido, incluyendo fecha de salida, puertos de recaladas, duración del viaje y tiempos de tránsito.

²³ Véase al efecto, por ejemplo, Informe de archivo Rol FNE F27-2014.

del tipo *vessel sharing agreement*, conocidos también como consorcios²⁴⁻²⁵ o bien alianzas²⁶. En los consorcios, los miembros pueden acordar, entre otros aspectos del servicio, la capacidad, la frecuencia del servicio, los tiempos de tránsito y los puertos de escala. Asimismo, OOCL, COSCO SHIPPING Lines y CMA CGM son parte de una de las alianzas del comercio marítimo mundial, denominada *Ocean Alliance*, que involucra también a Evergreen.

31. La Tabla N°1 a continuación resume los acuerdos actuales en los que participan las Constituyentes Navieras en las rutas que incluyen a puertos de Chile²⁷.

Tabla N°1: Resumen acuerdos de Constituyentes Navieras²⁸

Ruta
Tipo de acuerdo
Miembros

Fuente: Elaboración propia, en base a información acompañada en la Notificación.

32. Como puede observarse, las Constituyentes Navieras se superponen en su actividad en diversas rutas que incluyen a puertos de Chile, por lo que resulta necesario definir cuáles serían los mercados relevantes que podrían verse afectados por la Operación.

33. La industria naviera ha sido analizada y descrita por esta Fiscalía en decisiones anteriores²⁹, habiéndose definido como mercado relevante de producto al transporte marítimo de carga a través de contenedores, segmentándose entre carga seca y carga refrigerada, en aquellas rutas en que la carga refrigerada (REE) supera el 10%

²⁴ Ver Informe de aprobación Rol FNE F83-2017.

²⁵ "A efectos del presente Reglamento, un acuerdo de consorcio consiste en un acuerdo, o grupo de acuerdos separados pero interrelacionados entre empresas de transporte marítimo regular, conforme al cual las partes gestionan el servicio conjunto". Reglamento (CE) No 906/2009 de 28 de septiembre de 2009 sobre la aplicación del artículo 81 (101), apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios).

²⁶ De acuerdo al Informe de aprobación Rol FNE F83-2017, una alianza consiste en un acuerdo de cooperación equivalente a un consorcio, respecto de varias rutas comerciales.

²⁷ La mayoría de estos acuerdos son del tipo *vessel sharing agreement*, indicados infra, siendo también algunos de ellos del tipo slot charter agreements. En virtud de un contrato de *slot charter agreement*, una empresa naviera ("charterer") "arrienda" un número predeterminado de espacios para contenedores en un buque de otra empresa naviera a cambio de dinero (*slot charter agreement* normal) o slots o espacios en sus propios buques (*slot-exchange*). Los *slot charter agreements* normalmente no implican la toma de decisiones conjuntas sobre marketing, puertos de escala, horarios o el uso de las mismas terminales portuarias. En Decisión de la Comisión Europea N°7268 - Csav/ Hgv/ Kühne Maritime/ Hapag-Lloyd Ag.

²⁸ **Nota Confidencial [5].**

²⁹ Ver, por ejemplo, Informes de las investigaciones Rol FNE F27-2014, Rol FNE F35-2014, Rol FNE F82-2017 y Rol FNE F83-2017.

del volumen de la carga transportada. En cuanto al ámbito geográfico, este se ha definido en casos anteriores como cada ruta comercial, determinado por el rango de puertos servidos en los dos extremos de un servicio, distinguiéndose además por la direccionalidad dentro de cada ruta³⁰. Para este caso, se utilizarán estas definiciones de mercado relevante como marco de análisis de los eventuales riesgos de la Operación, sin perjuicio de que, como se detallará, la definición estricta de mercado relevante no modifica el análisis de los riesgos.

34. De esta forma, de acuerdo a las rutas en que traslapan sus actividades las Constituyentes Navieras, serían mercados relevantes afectados por la Operación aquellos que involucran el transporte de marítimo de carga a través de contenedores en las siguientes rutas: (i) Costa Oeste de Sudamérica a Norte de Europa, (ii) Costa Oeste de Sudamérica al Mediterráneo, (iii) Costa Oeste de Sudamérica a Lejano Oriente, (iv) Costa Oeste de Sudamérica a Centroamérica y el Caribe, (v) Costa Oeste de Sudamérica a Costa Este de Sudamérica, (vi) Costa Oeste de Sudamérica a Norteamérica, (vii) Costa Oeste de Sudamérica al subcontinente Indio, (viii) Costa Oeste de Sudamérica a Costa Oeste de África, (ix) Costa Oeste de Sudamérica a Costa Sur de África, y (x) Costa Oeste de Sudamérica a Costa Este de África. En cada caso, existen 3 mercados por cada ruta, a saber: importación de carga (sin distinción entre carga seca y refrigerada)³¹, exportación de carga seca, y exportación de carga refrigerada.

III. ANÁLISIS COMPETITIVO

35. Del examen del impacto competitivo de la Operación en el mercado, se ha determinado que la misma podría conllevar principalmente dos riesgos para la competencia: la eliminación de un competidor potencial y riesgos de coordinación entre algunas de las Partes del JV, específicamente las Constituyentes Navieras.

A. Riesgo de eliminación de un competidor potencial

36. De acuerdo a la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de esta Fiscalía (“Guía”)³², y según consta en decisiones anteriores, una operación que implique la desaparición de un competidor potencial podría generar riesgos a la competencia, para lo cual se requiere evaluar: (i) la probabilidad de que la empresa se hubiera convertido en un competidor efectivo, lo que comprende tanto la intención de entrada como la calidad de la misma; y (ii) el potencial contrapeso de los competidores, en términos que si una vez perfeccionada la Operación, existirían otros actores capaces de ejercer una presión competitiva equivalente³³.

³⁰ Informe de aprobación Rol FNE F83-2017.

³¹ Por cuanto la carga refrigerada representa menos del 10% de la carga total transportada en dichas rutas direccionales.

³² Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, de octubre del año 2012.

³³ Informe de Aprobación caso Rol FNE F217-2019.

37. En cuanto al primer requisito, esta División examinó si alguna de las Partes desarrollaba las actividades del JV o si contaba con planes concretos de entrar al mercado en que se desenvolvería el *Joint Venture*, en ausencia de la Operación. De acuerdo a lo recabado durante la Investigación, ninguna de las Partes actualmente desarrolla de manera principal estas actividades y tampoco tenía en sus planes comerciales el desarrollo de este tipo de tecnologías³⁴, similares al desarrollo de la Plataforma GSBN³⁵⁻³⁶.
38. Adicionalmente, las Partes señalaron que no tenían intenciones o planes inmediatos de comercializar ningún servicio informático, o bien, que su equipo de tecnologías de la información se centra principalmente en el apoyo interno de IT³⁷. Lo anterior, sin perjuicio de ciertas empresas relacionadas a algunas de las Partes, como CargoSmart, que prestan ciertos servicios en el ámbito de las tecnologías de la información³⁸.
39. Por consiguiente, los antecedentes evaluados dan cuenta de que las Partes no tenían planes de ingreso al mercado de manera independiente, por lo que el JV no eliminaría – en principio - a un competidor potencial.
40. Sin perjuicio de ello y en cuanto a la calidad de una potencial entrada, tanto CargoSmart como cualquier otro agente económico requeriría para tal efecto del aporte de las empresas navieras y operadores de terminales portuarias para el desarrollo de esta plataforma³⁹, ya que le proveerían de *inputs* necesarios para su desarrollo, como experiencia, información, relaciones con usuarios de la cadena logística y conocimiento de sus operaciones. Además, este tipo de plataformas sería

³⁴ Esto, sin perjuicio de que CMA CGM respondiera en su respuesta al Oficio Ord. N° 1571-2020 que ha adquirido **Nota Confidencial [6]**, un proveedor de eCommerce **Nota Confidencial [7]**.

³⁵ Por ejemplo, en respuesta a Oficio Ord. N° 1571-2020, una Parte indica que invierte en tecnología de *blockchain* a través de GSBN con la única intención de acelerar el suministro de las soluciones digitales previstas para sus clientes.

³⁶ A mayor abundamiento, todos las Constituyentes Navieras tienen algún sistema tecnológico, ya sea interno o contratado con terceros, con mayor o menor grado de digitalización de procesos. Estos sistemas pueden manejar, por ejemplo, información como el “*número de reserva, número de bill of lading, número de contenedor, fechas de los principales hitos a lo largo del envío de origen a destino, información declarada previa al embarque, partes involucradas, tipo de carga, entre otras*” (Respuesta al Oficio Ord. N° 1683-2020.) No obstante, estos sistemas no se relacionan directamente con lo que realizaría la Plataforma GSBN y se centran principalmente en procesos de funcionamiento interno, facilitando el intercambio de datos mediante sistemas de intercambio de información (como el EDI tradicional). En respuesta al Oficio Ord. N° 1683-2020 se da cuenta de esto: “*Procesar solicitudes de reservas de clientes de acuerdo a lo indicado por estos en diversas plataformas EDI como Intra, GTNexus, CMS o la misma web de Hamburg Süd*”.

³⁷ Respuesta a los Oficios Ord. N° 1570-2020 y N°1571-2020.

³⁸ Como se explica más abajo, CargoSmart, una empresa relacionada a COSCO SHIPPING Group y que prestará servicios de desarrollo y alojamiento de la plataforma al *Joint Venture*, comenzó el desarrollo técnico de la plataforma y es justamente este desarrollo el que será el punto de partida de la Plataforma GSBN. Además de PSA, a través de derechos en GeTS. Párrafo 263 de la Notificación.

³⁹ En específico, CargoSmart fundó su necesidad de asociarse con otras empresas del rubro para el desarrollo de la plataforma, en la existencia de importantes efectos de red en el mercado de la plataforma que pretende implementar el *Joint Venture*, adquiriendo mayor valor a medida que la base de sus usuarios sea más amplia. Específicamente, señaló que en este caso se requiere establecer cierta estandarización en normas técnicas, para lo que es necesaria una adopción amplia de ellas a efectos de que la plataforma sea viable.

un esfuerzo que requiere de la integración e interacción⁴⁰ con los procesos, sistemas de información y otros recursos de sus diferentes usuarios -incluidos en este caso las Partes-, que son relevantes para la prueba de concepto de las soluciones y servicios a prestarse por estas plataformas⁴¹.

41. Si bien no se cumple el primer requisito, debido a que no habría planes de entrada, en cuanto al segundo requisito, relativo al eventual contrapeso de los competidores, antecedentes tenidos a la vista dan cuenta de la existencia de otros competidores que -asociándose con otros participantes de este mercado- podrían expandirse. Se observa que al ser un mercado incipiente, en una etapa de desarrollo inicial, diferentes actores de la industria de servicios de IT para el transporte marítimo en todo el mundo y, en específico, en el mercado de SCM EAS, podrían eventualmente tener un interés en participar⁴²⁻⁴³. En específico, los antecedentes de la Investigación dan cuenta de la existencia de ciertas plataformas y proyectos alternativos al de la Plataforma GSBN⁴⁴, siendo la más similar a este proyecto, el de la plataforma TradeLens⁴⁵⁻⁴⁶. Adicionalmente, existirían otras empresas navieras y puertos que no tienen relaciones de propiedad con estas plataformas⁴⁷.

⁴⁰ En respuesta a Oficio 1683-20 se ha señalado por un competidor de las Constituyentes Navieras que "(...) consideramos relevante resaltar la importancia de (por ejemplo) la interoperabilidad y el uso de normas abiertas para estos sistemas en general. En principio, consideramos que la creación de tales sistemas no resulta problemática desde el punto de vista del derecho de la competencia; por el contrario, generalmente mejoran la oferta de servicios y reducen los costos".

⁴¹ Con todo, es relevante destacar que este análisis obedece y se efectúa sobre la base de las condiciones actuales de un mercado incipiente, cuya particular evolución en el tiempo no es previsible por parte de esta División.

⁴² Párrafos 265 y siguientes de la Notificación: "(...) las Partes Notificantes creen que hay numerosos proveedores en el mercado mundial de servicios de IT, incluidos muchos de los que prestan servicios a los clientes que operan en la industria de los servicios". "Además, las Partes Notificantes reiteran que hay numerosos proveedores en el mercado mundial de servicios de IT. Dado el grado de sustituibilidad de la oferta que define el mercado de los servicios de IT, como se ha señalado anteriormente, las Partes Notificantes no descartan que los proveedores de servicios de IT u otras partes interesadas de la industria puedan haber introducido o estén desarrollando otras plataformas similares. Entre esos proveedores pueden figurar los que ya se dedican a proporcionar soluciones informáticas a clientes de la industria del transporte marítimo, entre otros, CargoWise, E2Open / INTTRA, GT Nexus, Dakosy, CargoSphere y PLS". En p.267 de la Notificación.

⁴³ En respuesta a Oficio Ord. 1683-2020, se indicó que una iniciativa actual es INTTRA, que "Es un sistema digital neutral que posee una red integrada en la cual se provee información, se generan interacción entre las distintas partes de la cadena logística permitiendo a todos sus participantes ser parte de una plataforma que alberga los principales procesos necesarios para el envío de cargas". Asimismo, en una declaración del expediente F243-20, un representante de una empresa naviera dio cuenta de varias otras iniciativas y competidores activos en esta industria.

⁴⁴ Ver al efecto, por ejemplo, proyectos indicados en el número 2.2.4 "Existing Initiatives of Blockchain in Shipment Tracking", en Blockchain Technology and Maritime Shipping, Ob. Cit. p. 22.

⁴⁵ TradeLens es una colaboración entre Maersk, la mayor línea naviera del mundo por su capacidad desplegada e International Business Machines Corporation (IBM). Párrafo 266 de la Notificación. Para más antecedentes, véase en <https://www.tradelens.com/> [última visita: 28.09.2020].

⁴⁶ En respuesta al Oficio Ord. N° 1571-2020, se mencionó a SecureCargo como una plataforma similar a GSBN y TradeLens, que se encuentra en un nivel más incipiente de desarrollo. Asimismo, en respuesta Oficio Ord. 1683-2020, se indicó que ciertas herramientas, softwares y sistemas permiten "Procesar solicitudes de reservas de clientes de acuerdo a lo indicado por estos en diversas plataformas EDI como Intra, GTNexus, CMS o la misma web" de las empresas navieras.

⁴⁷ Como, por ejemplo, las navieras MSC, Evergreen, One y otros operadores portuarios.

42. Además, se observa que los costos iniciales de desarrollo de un proyecto en esta industria no serían tan elevados - especialmente a la luz de los potenciales beneficios asociados - lo que de cierto modo queda en evidencia al considerarse el monto de capital comprometido para la puesta en marcha de la Plataforma GSBN.
43. De este modo, se estima que los actores incumbentes en este mercado podrían haber ejercido un contrapeso efectivo al potencial entrante⁴⁸, por lo que la posible eliminación de las Partes como competidores potenciales en esta industria no significaría un deterioro relevante de los procesos competitivos en ella.
44. En conclusión, conforme lo expuesto es posible descartar la existencia de un riesgo de eliminación de un competidor potencial, con ocasión de la Operación.

B. Riesgos coordinados

45. Como se señaló previamente, las Constituyentes Navieras, además de la actividad que realizarán en el JV, son competidores entre sí en algunas rutas con destino u origen en puertos de Chile, por lo que se requiere evaluar si la Operación facilitaría un comportamiento de carácter coordinado entre ellas, en dichos mercados.
46. De acuerdo con la Guía, existen ciertos factores que pueden facilitar la coordinación de competidores en los mercados⁴⁹. Respecto del caso en análisis, y según se ha indicado en decisiones anteriores en esta sede, varios de dichos factores se presentan en esta industria, los que aumentarían la probabilidad de coordinación en ella. Por ejemplo, se observan altos niveles de concentración en algunas rutas en que las Constituyentes Navieras se traslapan, además de un número limitado de actores alternativos de características similares a éstas⁵⁰. Por otra parte, los servicios ofrecidos son bastante homogéneos dentro de cada ruta, existiendo además contacto multi-mercado y diversas instancias de interacción entre los diferentes

⁴⁸ De hecho, la plataforma TradeLens cuenta con más de 100 usuarios. Además, existirían otras empresas de tecnología y otras que participan en el mercado de transporte naviero, que podrían ejercer presión a las Partes.

⁴⁹ De acuerdo a la Guía, en su apartado 1.2.6.2. de efectos coordinados, “Una operación de concentración puede reducir los niveles de competencia en el o los mercados relevantes cuando facilita o puede hacer más efectivo el comportamiento coordinado de la entidad concentrada con sus competidores”. Y “En condiciones de competencia, las empresas tienen incentivos para ofrecer a sus clientes productos más baratos, variados o innovadores. Los cambios estructurales que involucra una operación pueden afectar esos incentivos, haciendo más rentable acomodar el comportamiento al de los demás actores que ofrecer a los consumidores un mejor trato y con ello ganar mercado. En suma, existen operaciones que hacen más rentable para las empresas abstenerse de competir en uno o más aspectos que rivalizar con sus competidores”. Además, se indican en la Guía los factores que pueden incidir en esta posibilidad de coordinación.

⁵⁰ En casos anteriores, esta Fiscalía consideró que empresas navieras de gran tamaño sólo podían ser disciplinadas competitivamente por otras empresas de características similares. Informe de aprobación Rol FNE F83-2017.

actores⁵¹. Adicionalmente, se ha examinado que en esta industria existirían barreras a la entrada⁵².

A la luz de lo anterior, el análisis de esta División da cuenta que el perfeccionamiento de la Operación podría conllevar una instancia adicional de contacto potencialmente riesgosa entre competidores directos, que podría facilitar el comportamiento coordinado de las Constituyentes Navieras. Ello se podría materializar, en principio, de dos formas distintas: (i) mediante la utilización de la propia Plataforma GSBN, toda vez que el uso de la plataforma podría dar a las Constituyentes Navieras, en su calidad de miembros del JV, acceso a información comercial sensible y estratégica de sus competidores; y (ii) en las instancias de administración conjunta del *Joint Venture*, toda vez que las Constituyentes Navieras son rivales directos en las rutas mencionadas *supra*⁵³⁻⁵⁴.

B.1. Utilización de la Plataforma GSBN

47. De acuerdo a lo señalado por las Partes, la Nueva Entidad se encontraría activa en el desarrollo y comercialización de la Plataforma GSBN, que como se mencionó, ofrecerá a sus usuarios, inicialmente, los servicios o funciones de ayuda para la racionalización de la función de liberación de la carga, y para la digitalización de los documentos y procesos de transporte marítimo.
48. En relación a los servicios señalados, las Partes indican que no se prevé que la información comercialmente sensible de los usuarios de la plataforma (como, por ejemplo, los precios de los envíos) se maneje o se transfiera a través de la Plataforma GSBN⁵⁵. Adicionalmente, sostienen que la información almacenada en la solución de

⁵¹ Esto puede apreciarse en las múltiples rutas en que se traslapan las Constituyentes Navieras. Ver también Informe de aprobación Rol FNE F82-2017 y el Informe de aprobación Rol FNE F83-2017.

⁵² Adicionalmente se ha analizado la existencia de barreras a la entrada a esta industria. Por ejemplo, se ha señalado por esta Fiscalía, en un mercado relacionado, de transporte marítimo de autos, que "(...) *el mercado supone altos costos fijos (adquisición de naves y tiempo de construcción, además de la inexistencia de mercado de reventa de naves), lo que genera economías de escala, y concluye que ello implica que existen barreras a la entrada que dificultan el ingreso de nuevos actores que podrían competir en el mercado*". En Vistos 1.7.1. de la sentencia N°171/2019 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 24 de abril de 2019. En el mismo sentido, véase el párrafo 149 del Informe de archivo Rol FNE F27-2014, que dispone que "(...) *los antecedentes recabados durante la investigación dan cuenta que el transporte de carga contenerizada en servicios de línea presenta barreras de entrada significativas relacionadas al costo de inversión, costos hundidos, economías de escala y, en el corto plazo, los contratos que vinculan a las compañías navieras y los clientes más relevantes de un tráfico*".

⁵³ Véase párrafo 33 de este Informe.

⁵⁴ Lo que se conoce en la doctrina como efectos expansivos de un *joint venture*, o *spill-over effects*, los que son evaluados no sólo en los mercados relacionados a aquel donde participa el *joint venture*, sino también en el mercado donde las partes se concentran. Este efecto ha sido analizado con anterioridad por esta División (Informe de aprobación Rol FNE F199-19, párrafos 27 y 37). Al respecto, ver también: Bennet m., Gonzalez Díaz F., et al: *Horizontal cooperation agreements*. En: Faull & Nickpay. *The EU Law of Competition*., p.896. En el mismo sentido. COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation).

⁵⁵ "Las aplicaciones de la plataforma GSBN que se prevén actualmente no prevén que la información sensible desde el punto de vista de la competencia, por ejemplo el precio que se cobra por un envío o la

blockchain de la Plataforma GSBN no será accesible en general ni intercambiada por todos los usuarios de la plataforma GSBN⁵⁶.

49. En específico, la información que se transferiría a través de la Plataforma GSBN, consistiría en: (i) información necesaria para la liberación de la carga (eventos de liberación/descarga en la terminal y la orden de entrega sin papel); (ii) estado de hitos de tránsito de la carga (como la carga de un contenedor en un buque); (iii) identidad de los usuarios de la plataforma encargados de cumplir determinados roles respecto de una determinada transacción (transportista, consignatario/agente de carga, agente marítimo, terminal o camionero); y (iv) datos de documentos de la carga (datos de la carta de porte marítimo que pueden ser leídos por otros usuarios asignados al envío que están autorizados), entre otros, según el desarrollo de la plataforma⁵⁷.
50. A mayor abundamiento, los notificantes sostienen que parte de la información que se transferiría mediante la Plataforma GSBN ya se transfiere actualmente. En ese sentido, lo que permitiría la plataforma es que flujos de información que ahora se realizan entre dos partes, se hagan a futuro entre varios usuarios, a través de la misma plataforma.
51. Conforme a la información recabada durante la Investigación, fue posible corroborar que la información compartida a través de la plataforma GSBN se encontrará encriptada y sólo será accesible para las partes de una transacción, sin que las Constituyentes puedan acceder a ella, a menos que participen directamente de dicha transacción (esto es, cliente y empresa naviera)⁵⁸. Lo anterior, por cuanto la plataforma utilizará una solución privada y autorizada de *blockchain*⁵⁹ contratada con un tercero independiente con experiencia, y cuya tecnología *blockchain* ha sido adoptada por la industria.

capacidad, se comparta a través de la plataforma GSBN. En cambio, la información de las aplicaciones de la plataforma GSBN se referirá típicamente a envíos específicos (como el tipo y el estado de la carga, entre otros). Los tipos específicos de información que serán compartidos dependerán de la aplicación particular utilizada en la plataforma GSBN". En respuestas a Oficio Ord. N° 1571-2020, y a Oficio Ord. N° 1570-2020.

⁵⁶ En respuestas al Oficio Ord. N° 1571-2020 y N° 1570-2020.

⁵⁷ Los tipos específicos de información que serán compartidos dependerán de la aplicación particular utilizada en la plataforma GSBN. En respuestas a Oficios N° 1570-2020 y N° 1571-2020.

⁵⁸ "La *blockchain* de la GSBN se basa en la premisa de que toda la información será accesible sólo en base a un permiso estricto. Esto significa que sólo las partes en una transacción (es decir, un envío) pueden acceder a la información relacionada con esa transacción. En cambio, sólo las partes interesadas pertinentes a un envío específico, como el operador del buque, el transportista y la terminal específicos, tendrán acceso a la información relativa al envío. A este respecto, los derechos de acceso a la información relativa a un envío se definen con arreglo a reglas predefinidas basadas en las funciones en las aplicaciones y el esquema de la base de datos pertinentes (es decir, sólo será visible la información necesaria para una parte que desempeñe una función determinada en un envío)". En respuestas a Oficios N° 1570-2020 y N° 1571-2020.

⁵⁹ De acuerdo a lo investigado, las soluciones de *blockchain* pueden ser públicas o privadas, considerando para esto si requieren de autorizaciones para su acceso o no. En *Blockchain Technology and Maritime Shipping*, Ob. Cit. p. 23. Las Partes en este caso han señalado que se requiere de permisos estrictos para el acceso a la Plataforma GSBN.

52. Asimismo, según información pública tenida a la vista⁶⁰, la mayoría de los sistemas *blockchain* utilizados en el seguimiento y rastreo de envíos en el sector marítimo utiliza un sistema basado en *blockchain* privado y autorizado⁶¹. Este sistema privado de *blockchain* también ha sido utilizado por la plataforma TradeLens⁶², que ya se encuentra prestando servicios a diferentes usuarios en esta industria.
53. Adicionalmente, las Partes han señalado frente a autoridades marítimas de un país⁶³ qué información sensible no se compartirá en la Plataforma GSBN, incluyendo, por ejemplo, información sobre capacidad de los buques, términos y condiciones bajo los cuales cualquier Parte proporciona servicios de transporte marítimo a clientes individuales e información sobre tarifas, cargos u otros términos y condiciones acordados por una Parte y sus clientes.
54. De este modo, de acuerdo a los antecedentes recabados en la Investigación, es posible concluir que, dado que el acceso a la información sería otorgado sólo a los partícipes de una determinada transacción de transporte y que, además, la información disponible en la Plataforma GSBN no sería sensible competitivamente, ni accesible por parte de competidores de las empresas navieras. A la luz de ello, sería posible descartar que la utilización de la Plataforma GSBN facilite la coordinación entre las Constituyentes Navieras u otros competidores.

B.2. Administración conjunta del *Joint Venture*

55. De acuerdo a los antecedentes de la Investigación, la configuración de la administración del JV podría, preliminarmente, conllevar riesgos competitivos ya que, en caso de no adoptarse los resguardos necesarios, podría constituir una instancia de comunicación entre las Constituyentes Navieras, que a su vez son competidores directos en mercados de transporte marítimo de carga de contenedores, como se indicó *supra*. Por lo anterior, es necesario verificar la estructura del JV relativo a la administración del JV y a su relación con los Constituyentes, determinando si ella contempla una estructura que pueda prevenir la materialización de dichas aprensiones.

⁶⁰ En el mismo sentido, declaración de Gerente de empresa Terminal Pacifico Sur Valparaíso S.A.

⁶¹ Traducción propia de: “*Most blockchain systems used in shipment tracking and tracing in the maritime sector use (or plan to use) a private, permissioned blockchain-based system*”. En Blockchain Technology and Maritime Shipping, Ob. Cit. p. 23.

⁶² “*TradeLens, la asociación IBM-Maersk, utiliza un sistema basado en blockchain (...). Este sistema permitirá al remitente, al transportista y a cualquier otra parte pertinente y autorizada ver el envío, el equipo de transporte y los documentos, según lo permitan los permisos (TradeLens, 2020). TradeLens usa un sistema privado, autorizado y basado en blockchain*”. Traducción propia. En Blockchain Technology and Maritime Shipping, Ob. Cit. p. 31.

⁶³ De acuerdo a documento registrado ante la *Federal Maritime Commission* de Estados Unidos, respecto de la Plataforma GSBN. En www2.fmc.gov, [última visita: 02.10.2020].

56. En primer lugar, las instancias de administración del JV serían el directorio⁶⁴, los comités del directorio⁶⁵, y los ejecutivos⁶⁶ que conforman la administración del mismo. Los directorios y los comités del directorio se reunirían, en principio, una vez cada trimestre, por lo que la participación de las Constituyentes Navieras en las instancias de administración y de dirección del *Joint Venture* sería, en principio, poco habitual⁶⁷.

57. Respecto del posible intercambio de información competitivamente sensible en estas instancias, de acuerdo al pacto de accionistas del *Joint Venture*, las Partes han acordado que éste no se permite, salvo en casos autorizados por la legislación⁶⁸, y han dejado previamente establecido en los documentos corporativos del JV la información que se podría transferir entre los diferentes miembros de la administración del mismo⁶⁹. Para estos efectos, se define la información competitivamente sensible de un modo relativamente amplio⁷⁰ y se establece la adopción de ciertos resguardos y compromisos para prevenir que se comparta información competitivamente sensible⁷¹.

⁶⁴ El directorio del *Joint Venture* (sociedad a constituirse en Hong Kong, según sus leyes), está conformado por los 9 Constituyentes, de las cuales 4 son empresas navieras (COSCO SHIPPING Lines, CMA GMM, OOCL y Hapag-Lloyd). Por su parte, el directorio debe reunirse al menos una vez cada trimestre.

⁶⁵ En cuanto a los comités de directores, éstos deben reunirse al menos una vez al trimestre, su composición se hará de acuerdo a lo que decida el directorio, y son los siguientes: Comité de Estrategia, Comité de Producto, Comité de Tecnología y Comité de Auditoría y Finanzas.

⁶⁶ De acuerdo a lo revisado en la Investigación, los 10 a 15 ejecutivos del JV serán en general profesionales del área de TI y serán elegidos en el mercado.

⁶⁷ Cabe considerar que la frecuencia de las interacciones es un factor a considerar, ya que puede influir en la materialización de riesgos coordinados.

⁶⁸ De acuerdo al punto 3 del pacto de accionistas del *Joint Venture*: “No obstante cualquier otra disposición en contrario en este Acuerdo, un Miembro Fundador no debe compartir con ningún otro Miembro Fundador ninguna Información Competitivamente Sensible, excepto en la medida permitida o requerida por la ley, regla o regulación aplicable”. En el mismo sentido, véase también, respuesta al Oficio Ord. N° 1571-2020.

⁶⁹ Por ejemplo, esto se indica en los números 11.5 y 19.3 del pacto de accionistas del *Joint Venture*, que dan cuenta de la información del JV que se puede traspasar a los directores y accionistas del mismo, para el cumplimiento de sus funciones.

⁷⁰ Para esos efectos, se define la información competitivamente sensible de un modo relativamente amplio que incluye, como referencia, información confidencial; información sobre precios o cantidades de oferta de productos o servicios; información sobre costos; información de clientes; información sobre estrategia de negocios y planes de negocios; e información en relación con los términos, incluido el precio, para la adquisición de productos o servicios. De acuerdo al punto 3 del pacto de accionistas del *Joint Venture*.

⁷¹ De acuerdo al punto 3 del pacto de accionistas del *Joint Venture*: “Los Miembros Fundadores deben hacer todos los esfuerzos razonables para lograr que la Compañía tome los siguientes pasos tan pronto como sea posible después de su incorporación:

- i. Desarrolle políticas y procedimientos de manejo de información, e implemente esos arreglos de acuerdo con las leyes de competencia aplicables;
- ii. Garantice que no se comparta o se ponga a disposición de ningún otro miembro fundador o usuario de la Plataforma GSN información competitivamente sensible sobre ningún miembro fundador o usuario de la Plataforma GSN, excepto en la medida en que lo permitan las leyes, normas y reglamentos aplicables.

Cada miembro fundador reconoce sus respectivas obligaciones, deberes y restricciones en virtud de todas las leyes de competencia y antimonopolio aplicables a ese miembro fundador y cumplirá con sus propias obligaciones y deberes bajo estas leyes. En particular, cada miembro fundador reconoce que la incorporación de la Compañía no restringirá la competencia entre los miembros fundadores. En consecuencia, nada en este acuerdo requiere que un miembro fundador limite su capacidad o ventas, asigne mercados o clientes, o fije precios cuando venda servicios a terceros”.

58. Adicionalmente, las Partes se han comprometido en el pacto de accionistas a designar a un oficial de cumplimiento y a elaborar un protocolo⁷² que rijan sus relaciones en el *Joint Venture*, para asegurar el cumplimiento de la normativa de libre competencia⁷³.
59. De lo anterior, esta División considera que los resguardos adoptados en los documentos tenidos a la vista serían, en principio, suficientes para que las instancias de administración del JV no faciliten la coordinación entre las Constituyentes Navieras.
60. A mayor abundamiento, y desde una perspectiva conservadora, en el escenario de que se produjera a futuro algún incumplimiento contractual y que las partes no dieran cumplimiento a los resguardos contenidos en los documentos corporativos antes expuestos, resulta preciso analizar si resultaría posible para las Constituyentes Navieras desplegar algún comportamiento coordinado y generar con ello algún impacto en el mercado.
61. Al respecto, se pudo observar que existen ciertos factores específicos a considerar, en este caso en particular, que podrían potencialmente disminuir la probabilidad de una eventual coordinación. En primer lugar, la relevancia del mercado en que se produce la Operación, toda vez que el desarrollo del *Joint Venture* se hace en un mercado distinto a aquel que intervienen las Constituyentes Navieras, en el que la participación de las Partes sería limitada y en el que se trata de un mercado incipiente⁷⁴⁻⁷⁵, muy menor en su relevancia y tamaño respecto de los mercados en que participan las Constituyentes Navieras⁷⁶⁻⁷⁷.

⁷² Respuesta al Oficio Ord. N° 1570-2020 y al Oficio Ord. N° 1571-2020: “El JV nombrará a un oficial de cumplimiento cuya función consistirá en velar por el cumplimiento de los protocolos de cumplimiento de las leyes de competencia y antimonopolio de la empresa conjunta”. Asimismo, se indica que “Como se señala en el SHA, la función del oficial de cumplimiento incluirá la garantía del cumplimiento de los protocolos de competencia y antimonopolio de la JV, incluidos los que se aplican entre los miembros fundadores y todos los futuros usuarios de la plataforma GSBN”.

⁷³ Sin embargo, no se acompañaron durante esta Investigación antecedentes concretos sobre los contenidos específicos de dicho protocolo.

⁷⁴ Por otra parte, el *Joint Venture* no proveería de un insumo esencial para las Partes, ya que se trataría de un desarrollo tecnológico incipiente, que además puede ser obtenido por otros medios, a través de otras plataformas e iniciativas disponibles en el mercado. De este modo, en principio, no se podría intentar por las partes una estrategia de bloqueo a sus competidores, dada su participación en el *Joint Venture*.

⁷⁵ El uso de la tecnología de *blockchain* para apoyar al sector de la navegación se encuentra actualmente en una fase relativamente temprana de desarrollo. Párrafo 231 de la Notificación.

⁷⁶ A mayor abundamiento, el aporte anual de las Partes al JV, que operará de forma mundial, será de **Nota Confidencial [8]** de USD, mientras que las ventas en los mercados navieros potencialmente afectados son más de **Nota Confidencial [9]** veces dichos montos. Véase, Anexos Notificación.

⁷⁷ La doctrina comparada ha considerado que la presencia de constituyentes que no tengan actividades en los mercados potencialmente sujetos a coordinación podría actuar como un mitigante a dichos riesgos. Véase, por ejemplo, Transactions and Practices: EU Joint Ventures by Alex Nourry and Dan Harrison, Clifford Chance LLP. Disponible en: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/11073702?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstP](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/11073702?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstP)

62. En segundo lugar, y según se ha pronunciado esta Fiscalía en decisiones anteriores⁷⁸, la existencia de acuerdos previos en algunas rutas entre las Constituyentes Navieras, haría -en principio- que la creación de una nueva instancia de comunicación entre ellas no tenga un impacto competitivo significativo⁷⁹ o, en otros términos, que la probabilidad de un eventual comportamiento coordinado que podrían sostener dichos miembros del JV no se incrementaría por la nueva instancia que se crea con ocasión de la Operación.
63. Del análisis efectuado por la FNE se tiene que, en la mayoría de los mercados afectados, esta instancia de comunicación adicional entre las Constituyentes Navieras no representaría una diferencia relevante respecto de la situación actual, en que las Constituyentes Navieras ya se encuentran vinculadas por diversos acuerdos navieros⁸⁰, por lo que de perfeccionarse la Operación y constituirse el JV, no se observa que ello facilite una posible coordinación entre dichas Partes, ni que con ello se reduzca sustancialmente la competencia en los mercados afectados.

IV. CONCLUSIONES

64. En atención a los antecedentes antes señalados y a que la Operación no implica la pérdida de un competidor potencial en el mercado, ni que la Nueva Entidad pueda facilitar el comportamiento coordinado entre las Constituyentes Navieras, miembros del JV, esta División ha llegado a la conclusión que la Operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia. Por lo tanto, se recomienda aprobar la Operación de manera pura y simple, salvo el mejor parecer del señor Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 32 del DL 211 y de la facultad de la Fiscalía para velar permanentemente por la libre competencia en los mercados analizados.

Saluda atentamente a usted,

Francisca Javier
Levín Visic

Firmado digitalmente por
Francisca Javier Levín Visic
Fecha: 2020.10.07 10:06:22
-03'00'

FRANCISCA LEVIN VISIC
JEFA DE DIVISIÓN DE FUSIONES

FIP

age=true#co_pageContainer (p. 31). [última visita: 28.09.2020]. “[en algunos casos no existiría] ningún incentivo económicamente significativo para la coordinación (por ejemplo, debido [... a que] una de las partes no está activa en el mercado de la otra parte o empresa conjunta en un grado notable)”, p. 42.

⁷⁸ Resolución de archivo de investigación Rol FNE N°2101-2012.

⁷⁹ En este sentido, se pronuncia, respecto de otros mercados de transporte naviero, el Informe de aprobación Rol FNE F82-17, en que se indica que “*En concreto, se analizó si la Operación aumentaba significativamente los riesgos de coordinación en estos mercados por su potencialidad de servir como canal de comunicación entre competidores. Al respecto, esta División es de la opinión que la Operación no contribuye a aumentar sustancialmente este tipo de riesgos, toda vez que los mercados de transporte de automóviles y granel cuentan con instancias propias de comunicación, sin que parezca necesario recurrir a la estructura del JV*”.

⁸⁰ Según se expuso en la Tabla N°1 *supra*.