



Directrices para el intercambio de información competitivamente sensible, en el marco del análisis de oportunidades de negocio y fusiones y adquisiciones con competidores.



I. Introducción.

Este documento establece las directrices para el intercambio de información que Aerosan y sus filiales podrían intercambiar con competidores en el contexto del análisis de oportunidades de operaciones de concentración, es decir, en el contexto de una posible fusión, adquisición (venta) de derechos o activos de competidores, o acuerdos de colaboración o joint ventures (en adelante una “Transacción”). Este intercambio de información se puede dar al momento de la evaluación inicial de la Transacción, al momento de realizar el due diligence, o bien durante las negociaciones posteriores.

Adicionalmente, se analiza la figura del gun jumping y el intercambio de información sensible previo a la aprobación de una Transacción.

II. Consideraciones generales.

Por regla general, las empresas aspiran a mantener en confidencialidad toda información que permita distinguirla de su competidor. Lo anterior, por cuanto la entrega de este tipo de información puede tener efectos anticompetitivos en un mercado y por eso es importante tomar resguardos frente a un proceso que inevitablemente implicará el intercambio de dicha información.

La FNE entiende como información comercialmente sensible aquella «información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado.» Así, la definición comprende aquella información que, por su propia naturaleza, deba considerarse como información comercialmente sensible desde el punto de vista competitivo y que no sea de conocimiento público. En este sentido, el término incluye, pero no se limita a: (i) precios, cualquier componente de fijación de precios que no esté disponible al público, análisis de tendencias de precios

o estrategias de determinación de precios y descuentos; (ii) estructuras de costos, volúmenes de adquisición e información de proveedores; (iii) estrategias comerciales y de posicionamiento; (iv) planes de desarrollo de productos o servicios, de crecimiento, marketing e inversión; (v) volúmenes de venta, márgenes de ganancias y análisis de rentabilidad; (vi) información de clientes; (vii) condiciones laborales de dependientes, salarios y planes de incentivo; y, (viii) en general, cualquier otra información que pueda ser potencialmente relevante para el desempeño competitivo actual, potencial o futuro.

En Chile, el artículo 3º del DL 211 no incluye de manera expresa como ilícito anticompetitivo el intercambio de información sensible, pero sí contempla una infracción general (inciso primero) dentro de la cual tal intercambio podría encuadrarse, en caso que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos.

El intercambio de información entre competidores podría (i) constituir un plus factor o factor adicional a una conducta paralela que podría permitir inferir la existencia de un acuerdo colusorio entre competidores; (ii) consistir en el acuerdo colusorio propiamente tal si tiene por objeto materializar el acuerdo; o (iii) configurar el ilícito de gun jumping al traspasarse información con anterioridad a la aprobación de una operación de concentración por parte de la FNE.

Si bien es evidente -y así lo reconocen incluso las autoridades de libre competencia- que es necesario un cierto nivel de intercambio de información para la evaluación, negociación y realización de posibles transacciones con competidores, es necesario que para ello las partes adopten estrictas medidas y procedimientos destinados a resguardar el uso adecuado y restringido de información que se intercambie.



El establecimiento del deber de notificación previa de una operación de concentración precisamente tiene como fundamento evitar el traspaso irreversible de información confidencial entre agentes económicos y garantiza que las partes de una operación de concentración sigan actuando como agentes independientes hasta que las autoridades de competencia aprueben la operación.

Lo anterior reviste de gran relevancia al cuidado que Aerosan debe tener en las conversaciones preliminares antes de concretar una operación de concentración, y por ello, los colaboradores que participen en éstas deben estar perfectamente informados de qué información puede intercambiarse, y cómo llevar a cabo estas conversaciones.

La expresión Gun Jumping se utiliza como una analogía a aquella situación en que un atleta comienza la carrera antes del disparo de salida. En materia de libre competencia, constituye un ilícito anticompetitivo consagrado en el artículo 3º bis del DL 211 consistente en la infracción al deber de notificación de una operación de concentración, como también a la contravención del deber de no perfeccionar una operación de concentración mientras esta no haya sido debidamente aprobada por la FNE.

III. Reglas esenciales para el intercambio de información entre competidores.

Los colaboradores que participen en las negociaciones de una Transacción deben tener siempre presente lo siguiente:

- i. el intercambio de información debe circunscribirse a lo indispensable para evaluar la potencial Transacción;

- ii. la divulgación debe efectuarse a un número limitado de personas previamente definido y que son los encargados del análisis de la Transacción. Los colaboradores encargados de la operación del día a día, especialmente aquellos vinculados a la determinación de variables competitivas, deben ser excluidos de los equipos de trabajo; y
- iii. la divulgación no debe afectar que las empresas se sigan comportando de manera independiente en sus respectivos negocios.

Jamás se debe intercambiar información competitivamente sensible sin buscar asesoría legal previa y/o en ausencia de un acuerdo de no divulgación y un protocolo específico para el intercambio de información sensible, según se explicará a continuación.

IV. Protocolo para la Transacción.

Aerosan debe asumir que todos los documentos creados referidos a una Transacción propuesta podrían ser revisados por la autoridad de libre competencia y, por lo tanto, se debe tener especial cuidado con la redacción de todos los documentos.

Para evitar problemas, tenga en consideración los siguientes consejos:

- a. Dudas sobre documento sensibles y potencialmente sujetos a secreto profesional. Si considera que los documentos que está preparando son potencialmente sensibles y podrían estar sujetos a secreto industrial, márkuelos como “Borrador preliminar –para revisión por un asesor legal externo –privilegiado y confidencial” y distribúyalos al asesor legal para su revisión. Si tiene alguna duda sobre la creación, el contenido o la gestión de un documento, solicite asesoramiento jurídico.



- b. Evite crear documentos innecesarios. Los documentos relativos a la Transacción solo deben crearse cuando sean estrictamente necesarios.
- c. Aplique la Regla del Periódico al crear documentos. Esta regla propone revisar si es que la publicación de su documento en la portada de un periódico causaría preocupación. En consecuencia, evite crear documentos que por sus expresiones o lenguaje puedan ser interpretados negativamente por las autoridades de libre competencia.
- d. Adopte todas las medidas necesarias para preservar el secreto profesional de los asesores legales. Marque claramente los materiales preparados con el fin de obtener asesoramiento jurídico. Evite (i) parafrasear o citar el contenido de cualquier asesoramiento jurídico; (ii) incluir el asesoramiento jurídico en documentos no privilegiados; o (iii) circular el asesoramiento jurídico de forma generalizada.

V. Anexo: Protocolo de intercambio de información restringida.

Insertamos un borrador de «Protocolo de Intercambio de Información Restringida», a ser firmado por las partes de una eventual transacción.

«Protocolo de Intercambio de Información Restringida»

El presente protocolo (el «Protocolo») se suscribe con fecha [*], entre [*], en representación de [*], Rol Único Tributario N.º [*], con domicilio en [*]; y [*], cédula nacional de identidad número [*], en representación de [*], Rol Único Tributario N.º [*], domiciliado en [*], («Vendedores»), por una parte; y por la otra,

don [*], cédula de identidad n.º [*], en representación de [*], rol único tributario n.º [*], con domicilio en [*] (el «Comprador», y junto con los Vendedores, las «Partes», y cada uno, individualmente, una «Parte»), por la otra.

Este Protocolo establece los lineamientos para el eventual intercambio de Información Sensible (según se define este término a continuación) de [*], Rol Único Tributario N.º [*] y Subsidiarias, consideradas dentro de éstas últimas, las empresas en las que tiene participación o que son consolidadas en [*] (en adelante, «[*]») -sociedad actualmente de propiedad de los Vendedores-, y del Comprador, y la comunicación e interacción entre las Partes, desde la fecha de este instrumento y hasta la eventual celebración de [*] o el término definitivo de las negociaciones entre ellas (el «Contrato»).

Se entenderá a estos efectos como «Información Sensible» toda aquella información que, por su propia naturaleza, deba considerarse como información comercialmente sensible desde el punto de vista competitivo y que no sea de conocimiento público. En este sentido, el término incluye, pero no se limita a: (i) precios, cualquier componente de fijación de precios que no esté disponible al público, análisis de tendencias de precios o estrategias de determinación de precios y descuentos; (ii) estructuras de costos, volúmenes de adquisición e información de proveedores; (iii) estrategias comerciales y de posicionamiento; (iv) planes de desarrollo de productos o servicios, de crecimiento, marketing e inversión; (v) volúmenes de venta, márgenes de ganancias y análisis de rentabilidad; (vi) información de clientes; (vii) condiciones laborales de dependientes, salarios y planes de incentivo; y, (viii) en general, cualquier otra información que pueda ser potencialmente relevante para el desempeño competitivo actual, potencial o futuro de [*].



Toda Información Sensible que requiera ser intercambiada para evaluar la celebración del Contrato será proporcionada exclusivamente a las personas especialmente designadas por cada una de las Partes («Personas Involucradas»), según lo dispuesto en este Protocolo.

Con el propósito de asegurar un tratamiento de dicha Información Sensible en estricto cumplimiento con la normativa de libre competencia, las Personas Involucradas designadas por cada una de las Partes que se indican a continuación conformarán un clean team (el «Clean Team»), cuyo funcionamiento se sujetará a los lineamientos que se singularizan en este Protocolo.

1. Miembros del Clean Team.

Las Personas Involucradas que conforman el Clean Team son los siguientes:

[*]

Cualquier cambio en la composición del Clean Team deberá ser informado a la otra Parte por escrito. Todos los miembros del Clean Team deberán cumplir estrictamente este Protocolo y firmar la declaración de reconocimiento que se adjunta como Anexo A.

2. Funcionamiento del Clean Team y acceso a la Información Sensible.

Las Partes podrán intercambiar únicamente aquella Información Sensible que resulte estrictamente necesaria para la materialización del Contrato y la eventual preparación de las notificaciones a la autoridad que correspondiese.

El intercambio de Información Sensible estará restringido al Clean Team. En ese sentido, la Información debe intercambiarse a través de canales de comunicación exclusivamente reservados para el Clean Team, quienes tendrán el deber de mantener la estricta confidencialidad de toda Información Sensible que reciban y de no compartir información de esta clase en una forma no censurada o agregada con la otra Parte o sus empleados.

Excepcionalmente, y sólo en caso de resultar estrictamente necesario para evaluar la celebración del Contrato, el Clean Team podrá revelar Información Sensible a otros empleados que no conformen el Clean Team, siempre que dichos empleados no tengan (ni sea razonablemente probable que tengan en un futuro próximo) responsabilidades relativas a la planificación estratégica, la fijación directa de precios, las ventas y el marketing u otras funciones que les pudieren permitir utilizar cualquier Información Sensible que se les revele de forma anticompetitiva, en beneficio de alguna de las Partes. En estos casos excepcionales, se deberá informar previamente a la otra Parte, por escrito, (i) qué Información Sensible requiere que sea revelada a los otros empleados; (ii) las razones por las cuales requiere que dicha Información Sensible sea entregada a los otros empleados; y (iii) los nombres y cargos de los otros empleados. Sólo una vez que se otorgue su consentimiento expreso, el que no podrá ser denegado sin causa justificada, los miembros del Clean Team podrán revelar la Información Sensible específica de que se trate a los otros empleados.

Estos empleados deberán resguardar estrictamente la confidencialidad de la Información Sensible recibida y usarla únicamente para los fines relacionados a la celebración del Contrato. Además, deberán firmar la declaración de reconocimiento del Anexo A, obligándose a observar estrictamente lo dispuesto en este Protocolo en cuanto al uso y resguardo de la Información Sensible que reciban, en los mismos términos que los miembros del Clean Team.



3. Tratamiento de la Información Sensible y confidencialidad.

Cada vez que los miembros del Clean Team o cualquier otro empleado reciba Información Sensible, deberán adoptar medidas estrictas de seguridad con el objeto de prevenir que terceros no autorizados accedan a ella.

Los miembros del Clean Team (o cualquier otro empleado, en su caso) deberán mantener en estricta reserva la información de las Partes. De esta forma, no podrá (i) revelarla ni suministrarla a ningún tercero no autorizado, ni (ii) transmitirla a las Partes que no sean titulares de la información recibida, salvo que se encuentre autorizado y no contravenga lo dispuesto en el presente instrumento ni en la normativa de libre competencia.

4. Otras disposiciones.

Este Protocolo constituye el convenio total existente entre las Partes, y no se desprende en éste ningún derecho u obligación distinta a aquellos expresamente descritos. Nada de lo aquí establecido podrá interpretarse como una obligación o intención entre las Partes de celebrar el Contrato, mientras no firmen un acuerdo definitivo sobre el particular.

En el evento que la celebración del Contrato no se lleve a cabo por cualquier motivo, los miembros del Clean Team de cada una de las Partes deberán devolver y/o destruir toda la Información Sensible recibida de forma escrita o tangible, incluidas las copias, reproducciones u otros soportes (sean digitales o no) que contengan dicha Información Sensible, en un plazo de 30 (treinta) días hábiles a partir de la recepción de la petición.

El presente instrumento tendrá validez y aplicación hasta que se haya verificado la eventual celebración del Contrato o hasta la fecha en que fallen definitivamente las negociaciones tendientes a la celebración del Contrato, sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior para este último caso. Cada Parte procurará implementar de buena fe todas las medidas que fueren conducentes a evitar que se vulneren las normas de defensa de la libre competencia durante cada una de las etapas referidas.

Cualquier conflicto, dificultad o controversia que surja entre las Partes, por cualquier motivo y bajo cualquier circunstancia, relacionada directa o indirectamente con el presente Protocolo, o con cualquiera de sus cláusulas o efectos y, en especial, pero sin que lo que sigue implique limitación, las que digan relación con su vigencia, aplicación, interpretación, cumplimiento, incumplimiento, validez o invalidez, nulidad o resolución, existencia o inexistencia, se resolverá, cada vez, conforme al procedimiento y en los términos acordados entre las Partes en la cláusula [*] de [*] celebrado con fecha [*].



FIRMAN EN SEÑAL DE CONOCIMIENTO Y ACEPTACIÓN:

[*]

Anexo A

Declaración de Reconocimiento

Yo, _____, reconozco que he leído y comprendido el Protocolo para Cumplimiento de Libre Competencia (el «Protocolo») suscrito el [*] entre [*], por una parte; y [*], por la otra, y acepto estar irrevocablemente obligado(a) por los términos del Protocolo.

Por lo tanto, me comprometo a mantener la confidencialidad de toda la Información Sensible (tal y como se define en el Protocolo) y a no divulgarla, ni ponerla a disposición o utilizarla de otro modo, salvo de conformidad con los términos del Protocolo.

Nombre completo: _____

Cargo: _____

Firma: _____





Directrices para el intercambio de información competitivamente sensible, en el marco del análisis de oportunidades de negocio y fusiones y adquisiciones con competidores.