INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓNEXPEDIENTE

BERKSHIRE HATHAWAY/PHILLIPS SPECIALTY PRODUCTS

I. ANTECEDENTES

(1) Con fecha 22 de enero de 2014 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) notificación de operación de concentración consistente en la adquisición por parte de BERKSHIRE HATHAWAY, INC. (en adelante BERKSHIRE) del control exclusivo sobre la sociedad PHILLIPS SPECIALTY PRODUCTS, INC. (en adelante PSPI), filial indirectamente participada en su totalidad por PHILLIPS 66.

(2) La fecha límite para acordar iniciar la segunda fase del procedimiento es el 22 de febrero de 2014, inclusive. Transcurrida dicha fecha, la operación notificada se

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

(3) La operación notificada es una concentración económica en el sentido del artículo 7.1 b) de la LDC.

(4) La operación no es de dimensión comunitaria, ya que no alcanza los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

(5) La operación notificada cumple los requisitos previstos por la LDC al superarse el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la misma.

III. RESTRICCIONES ACCESORIAS

(6) Las partes han acordado tres pactos que consideran necesarios para implementar debidamente la operación propuesta: i) un pacto de no competencia […][1], (ii) un pacto de no captación de personal […] y iii) un acuerdo de confidencialidad […].

(7) El […] establece que, durante un periodo de [>3 años] desde el cierre de la operación, PHILLIPS 66 no deberá ni deberá dejar que […] sus filiales[…], sin el consentimiento escrito previo de PSPI, directa o indirectamente, realice cualquier actividad competidora […]

(8) El […] establece que, durante un periodo de [≤ 3 años] desde la fecha de cierre, PHILLIPS 66 ni ninguna de sus filiales […] podrán dirigirse o abordar a cualquier empleado de PSPI con intención de contratarlo.

(9) El […] establece que ni PHILLIPS 66, ni ninguna de sus filiales […] podrán durante [>3 años] divulgar o revelar a terceros, sin el consentimiento previo escrito de PSPI o salvo lo previsto […], cualquier información confidencial de

[1] Se indica entre corchetes aquella información cuyo contenido exacto ha sido declarado confidencial.

PSPI respecto a su negocio presente o futuro […]. El compromiso de confidencialidad no se aplicará en el caso de que la información confidencial devenga pública o cuando su divulgación se exija por alguna normativa u organismo regulador. […].

(10) El artículo 10.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece que "en su caso, en la valoración de una concentración económica podrán entenderse comprendidas determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización".

(11) La Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03) considera que una clausula inhibitoria de la competencia en el contexto de la cesión de toda o parte de una empresa puede estar directamente vinculada a la realización de la concentración y necesaria a tal fin si corresponde a los productos, servicios y territorios cubiertos por la empresa adquirida. Asimismo, establece respecto a la tenencia o adquisición de acciones de una empresa competidora, que quedan excluidas cuando se trate de acciones para fines exclusivamente de inversión financiera que no le confieran directa o indirectamente funciones de dirección o influencia sustancial en la empresa. En el caso de las cláusulas de no captación y de confidencialidad, son aplicables los mismos principios que para las clausulas inhibitorias de la competencia.

(12) Respecto a la cláusula de no captación, se entiende que su contenido y duración entra dentro de lo que se considera necesario para la realización de la operación notificada, formando dicho acuerdo parte de la misma.

(13) Por el contrario, en este caso, la duración del pacto de no competencia y de confidencialidad se extienden más allá de los 3 años establecidos en la citada Comunicación.

(14) No obstante, en lo que a la duración de los Compromisos de No Competencia y de Confidencialidad se refiere, la notificante alega que tanto el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, como la extinta Comisión Nacional de la Competencia han reconocido con anterioridad que "no existe una norma absoluta para valorar la duración aceptable de las prohibiciones de competencia, que suele depender del producto afectado y de las circunstancias de cada caso". Asimismo, existen varios precedentes nacionales que han aceptado obligaciones de no competencia que iban más allá de los tres años cuando, en razón de las características de la operación en cuestión (tales como, por ejemplo, la complejidad de la tecnología utilizada en los mercados relevantes, la existencia de derechos de propiedad intelectual o las relaciones especiales entre las partes), esa mayor duración estaba justificada.

(15) La notificante señala que, en el presente caso, la importancia con la que cuentan los derechos de propiedad intelectual en relación con las actividades de desarrollo y producción de DRAs, queda reflejada en el importante número de patentes[…]que se transmiten en el contexto de la Operación […]. En este

sentido, el importante know-how y la experiencia que PHILLIPS 66 ha adquirido en el desarrollo de DRAs durante los últimos 30 años, y dado el largo periodo de desarrollo de los mismos, el periodo estándar de 3 años de protección del comprador previsto en la citada Comunicación puede resultar insuficiente en la medida que PHILLIPS 66 podría hacer uso del referido know-how para intentar llevar a cabo de nuevo estas actividades, con el lógico perjuicio para BERKSHIRE.

(16) Asimismo, considera que, dado que PHILLIPS 66 va a continuar activa en actividades que podrían considerarse cercanas a las de desarrollo, producción y comercialización de DRAs, no le resultaría demasiado difícil ni tampoco demasiado costoso intentar (tras un periodo de únicamente tres años), volver a dedicarse a estas actividades o utilizar la información obtenida como actual propietario de PSPI, con el lógico perjuicio para BERKSHIRE.

(17) En lo que respecta a la cláusula de confidencialidad, esta Dirección considera que si bien supera el umbral habitual de los 3 años, en la medida en que está limitada temporalmente [>3 años] y dadas las características de la adquirente, no plantea problemas de competencia. Por el contrario, el pacto de no competencia superior a tres años no se considera razonable ni necesario ya que se trata de un mercado relativamente concentrado con 3 únicas empresas presentes actualmente en el mercado de producción y comercialización de DRAs a nivel mundial. En consecuencia, teniendo en cuenta las características específicas de este mercado, así como los precedentes existentes que limitan la duración de dichos pactos con carácter general a los 3 años por ser éste un plazo razonable para salvaguardar el valor del negocio transferido, se considera que la mayor duración del pacto de no competencia no resulta necesaria ni razonable, por lo que el pacto de no competencia quedará fuera de la operación y sujeto a la normativa sobre acuerdos entre empresas en lo que supere los 3 años .

IV. EMPRESAS PARTÍCIPES

IV.1 BERKSHIRE HATHAWAY, INC. (BERKSHIRE)

(18) BERKSHIRE Hathaway, Inc. es una empresa holding constituida al amparo del derecho de Estados Unidos, que controla más de cien empresas, activas principalmente en Estados Unidos, que están presentes en un amplio abanico de sectores, entre otros, seguro y reaseguro, transporte por ferrocarril, energía, industria manufacturera (diversos subsectores), comercio minorista, servicios y sector financiero. […].

IV.2. PHILLIPS SPECIALTY PRODUCTS, INC. (PSPI)

(19) PSPI es una filial indirecta, controlada actualmente al 100% por PHILLIPS 66 Company, compañía que, a su vez se encuentra controlada en exclusiva por PHILLIPS 66.

(20) Está dedicada a la producción y comercialización de agentes reductores de la fricción (Drag Reduction Agents o DRAs en adelante), que se utilizan para mejorar el funcionamiento de oleoductos y acueductos. PSPI vende sus agentes reductores de fricción a clientes situados en distintos puntos del mundo a partir de sus plantas de producción situadas en los EEUU.

V. VALORACIÓN

(21) Esta Dirección de Competencia considera que la operación de concentración notificada no supone una modificación de la estructura de los mercados ya que la operación no produce solapamiento horizontal ni vertical de actividades.

VI. PROPUESTA

En atención a todo lo anterior y en virtud del artículo 57.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia se propone autorizar la concentración, en aplicación del artículo 57.2.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.