

ANT.: Adquisición del Consumer Health Business de Merck KGaA por parte de Procter & Gamble.
Rol FNE F141-2018.

MAT.: Informe de aprobación.

Santiago, 17 AGO. 2018

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

DE : JEFA DIVISIÓN DE FUSIONES (S)

De conformidad a lo establecido 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 respectivas modificaciones (el "DL 211"), presento a usted el siguiente informe relativo a la operación de concentración del Antecedente (la "Operación"), recomendando la aprobación de la misma, de forma pura y simple, por las razones que a continuación se explican:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 6 de junio de 2018, mediante correlativo de ingreso N° 02340-18, Merck Kommanditgesellschaft auf Aktien ("Merck KGaA") y The Procter & Gamble Company ("P&G"), notificaron ante la Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía") una operación de concentración consistente en la adquisición del *Consumer Health Business* de Merck KGaA, el que es administrado principalmente por Merck Consumer Health Holding Germany GMBH ("Merck CHH") por parte de P&G. Dicha operación se materializará en Chile a través de la adquisición de determinados activos de Merck S.A. ("Merck Chile") por P&G Chile Limitada ("P&G Chile", junto con P&G, Merck KGaA, Merck CHH y Merck Chile, las "Partes") (la "Notificación").

2. Con fecha 20 de junio de 2018, se dictó por esta Fiscalía una resolución por falta de completitud de la Notificación, la que fue comunicada por correo electrónico a las Partes en la misma fecha. Posteriormente, las Partes complementaron la Notificación mediante presentación de fecha 28 de junio de 2018, correlativo de ingreso N° 02667-18, subsanando las omisiones de la misma.
3. En consecuencia, con fecha 5 de julio de 2018, esta Fiscalía dictó resolución ordenando instruir investigación, bajo el Rol FNE F141-2018 ("Investigación"), teniéndose por completa la Notificación presentada.

a. Las Partes

4. Merck KGaA es una compañía alemana, que opera como holding multinacional de productos farmacéuticos y químicos, matriz de distintas sociedades que participan de los mercados farmacéutico y cuidado de la salud, *Life Sciences* y *Performance Materials*, unidades de negocio diferenciadas a nivel global. Ellas ofrecen, entre otros, medicamentos con y sin receta médica (estos últimos, también denominados *Over the Counter* u "OTC" por sus siglas en inglés)¹, terapias oncológicas y cardio-metabólicas, agentes biofarmacéuticos, sustancias activas y pigmentos para cosméticos².
5. Merck CHH es una compañía alemana, que opera como la sociedad holding del *Consumer Health Business* de Merck KGaA, el cual es desarrollado por entidades que participan a nivel mundial en la investigación, desarrollo, fabricación y comercialización de productos de salud del consumidor. El *Consumer Health Business* de Merck KGaA, objeto de la operación, está compuesto por una cartera que incluye principalmente vitaminas, productos para el dolor, el resfrío y cuidado nervioso y actualmente se encuentra dentro de la división de Farmacéuticos y Cuidado de la Salud del Grupo Merck KGaA³.
6. Merck Chile es una sociedad anónima chilena que, junto con otras actividades relacionadas a los negocios de Merck KGaA, importa, fabrica y comercializa los productos químicos y farmacéuticos del *Consumer Health Business* de Merck KGaA⁴.

¹ Si bien el término *Consumer Health* se emplea en la industria farmacéutica para hacer referencia a la línea de medicamentos OTC de una compañía, en este caso se ha preferido conservar la denominación que emplean las Partes, por existir productos del *Consumer Health Business* de Merck que, aun cuando en otros países son OTC, deben ser comercializados bajo receta médica conforme a la regulación chilena vigente.

² Notificación, p. 11.

³ Notificación, p. 13.

⁴ Notificación, p. 14.

7. P&G es una sociedad anónima estadounidense, que opera como holding de un grupo global de sociedades que fabrican bienes de consumo, incluyendo productos para el cuidado de telas y cuidados domésticos, artículos de cuidado personal, cuidado de la salud, productos para bebés, femeninos y de cuidado de la familia.
8. P&G Chile es una sociedad anónima chilena dedicada a la fabricación y comercialización al por mayor tanto de bienes producidos localmente como importados, activa en las mismas categorías de producto que P&G⁵.
9. Por último, respecto a la participación de P&G en el mercado de productos farmacéuticos, cabe señalar que recientemente fue aprobada por la Comisión Europea ("CE") una operación consistente en la disolución de PGT *Healthcare* ("PGT"), *Joint Venture* a nivel global que mantenían P&G y Teva Pharmaceutical Industries Ltd., una sociedad farmacéutica internacional con sede en Israel, con un amplio portafolio de productos farmacéuticos. En caso de materializarse dicha operación, P&G incorporará a su portafolio una gama de productos del área de *Consumer Health*⁶⁻⁷.

b. Descripción de la Operación.

10. La Operación consiste en la adquisición a nivel mundial por parte de P&G del *Consumer Health Business* de Merck KGaA, a través de un Contrato de Compraventa de Acciones y Activos ("SAPA", por sus siglas en inglés) ("Operación Global")⁸.
11. A nivel nacional, P&G Chile adquirirá todos los activos relacionados con el *Consumer Health Business* de Merck que actualmente pertenecen a Merck Chile. A este respecto, la Notificación señala que la Operación se enmarca dentro de lo dispuesto en el Artículo 47 letra d) del DL

⁵ En particular, el negocio de P&G en Chile comprende las siguientes marcas, según las categorías de productos indicadas en la Notificación: (i) Cuidado de telas: Ariel, Ace, Tide, Downy, Grain, Dreft, Bounce; (ii) Cuidado del hogar: Magistral, Dawn, Cascade; (iii) Cuidado de cabello: Head & Shoulders, Pantene, Herbal Essences, Herbal Classic; (iv) Antitranspirantes/desodorantes: Gillette, Old Spice; Secret; (v) Cuidado de bebé: Pampers; (vi) Afeitado y depilación: Gillette, Venus, Wilkinson, Satin Care; (vii) Cuidado femenino: Always, Naturella, Tampax; (viii) Cuidado oral: Oral B, Duralon, Fixodent; (ix) Cuidado del aire: Febreze.

⁶ Esta operación de concentración fue analizada por la CE, case COMP/M.8889. Mayor información respecto a la misma puede encontrarse en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/competition/ejojadefiseff/case_details.cfm?proc_code=2_M_8889 [última visita: 14 de agosto de 2018].

⁷ En Chile, dichos productos corresponden a: Metamucil, Vick Vaporub, Vick Griptotal 24/7, Vick Freshmel propóleo, Vick Freshmel tos y Vick TrataTos. Para efectos del presente informe, dichos productos se entenderán como parte del negocio de P&G en Chile.

⁸ Notificación, p. 6.

211, por cuanto consiste en la adquisición del control total por P&G Chile sobre ciertos activos pertenecientes a Merck Chile⁹.

12. Sin perjuicio de lo anterior, las Partes señalaron que la Operación también cabe dentro de las operaciones comprendidas en el artículo 47 letra b) del DL 211, toda vez que a nivel global comprende la adquisición directa de derechos que le permiten a P&G ejercer influencia decisiva en la administración de Merck Selbstmedikation GmbH, sociedad parte del grupo empresarial de Merck KGaA que será transferida en el marco de la Operación¹⁰. Esta Fiscalía coincide con tales clasificaciones.
13. En Chile, conforme a la información entregada en la Notificación, los productos que componen el *Consumer Health Business* de Merck KGaA, objeto de la Operación, son: Bion 3, BBion 3 Mini, Bion 3 Senior, Bion BB Gotas, Neurobion DC, Neurobionta, Dolo-Neurobionta, Bion Allergo, Bion Allergo (Masticables), Bion Transit, Bion Intime, Vivera, Diabion, Cebion gotas fresa, Cebion comprimidos efervescentes, Nasivin e Iliadin. De estos, la mayoría son productos OTC, con excepción de Neurobion DC, Dolo-Neurobionta e Iliadin, que son comercializados bajo receta médica.

II. ANÁLISIS COMPETITIVO

14. Las Partes sostuvieron en la Notificación que no existe traslape horizontal o vertical entre ellas, o cualquier entidad de sus respectivos grupos empresariales¹¹. Al respecto, dado que la Operación Global se refiere al mercado de *Consumer Health* de Merck KGaA, sólo cabe considerar en el análisis competitivo horizontal aquellos productos que las Partes comercializan y que están comprendidos en dicho mercado¹², y aquellos que eventualmente comercializará P&G como consecuencia de la disolución de PGT.
15. En lo que respecta a la definición del mercado relevante, esta Fiscalía ha sostenido que tratándose de medicamentos OTC, la misma se encuentra determinada por la finalidad

⁹ Notificación, p. 7.

¹⁰ Lo anterior, sin perjuicio que los efectos en Chile de dicha operación se limiten a la transferencia de activos intangibles que se refieren a productos comercializados en Chile. Notificación, p. 7.

¹¹ Notificación, pp. 72-76.

¹² Sin perjuicio que en este informe no se profundiza en el tema dado que no resulta necesario definir el mercado relevante de manera precisa, pues en ningún caso se generan efectos para la competencia, esta División, con anterioridad ha señalado que el alcance geográfico del mismo es nacional. Por lo que el análisis competitivo que se presenta a continuación se restringe a dicho territorio. Ver: Informe de archivo del Acuerdo de colaboración entre MSD y Laboratorios Saval S.A. Rol FNE F25-13, disponible en: <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/06/Trabajo-2.pdf>> [última visita: 16 de agosto de 2018].

terapéutica buscada por el consumidor, a diferencia de los medicamentos denominados "éticos", cuya definición de mercado relevante se realiza sobre la base del principio activo de los mismos¹³. En ese mismo sentido, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"), al referirse a la definición de mercado relevante de producto de este tipo de medicamentos, ha sostenido que: *"los medicamentos de venta directa u OTC son escogidos directamente por el consumidor que busca aliviar los síntomas asociados a una dolencia o enfermedad específica, por tanto, es esperable que la decisión del consumo de los productos OTC se base en la finalidad terapéutica buscada a diferencia de los medicamentos éticos, en los cuales la prescripción del médico es determinante en la compra"*¹⁴⁻¹⁵.

16. Teniendo a la vista las consideraciones precedentes, esta División ha analizado los productos del mercado de *Consumer Health* que las Partes comercializan en Chile¹⁶, y no ha detectado traslape alguno, utilizando para ello la visión más conservadora, según la cual serían parte de un mismo mercado aquellos productos que se encuentran en la misma clasificación ATC3. En este sentido, esta División no considera necesario adoptar una definición precisa de mercado relevante, pues la Operación no generaría riesgo horizontal en ninguno de los escenarios posibles.
17. Esta División también analizó la eventual existencia de riesgos de conglomerado, por tratarse de agentes activos en mercados estrechamente relacionados. En particular, esta Fiscalía identificó que las Partes comercializan parte importante de sus productos con un mismo grupo de clientes, lo que en este caso ocurre en el canal de farmacias¹⁷.
18. Luego de las diligencias investigativas realizadas, esta División ha podido descartar dichos riesgos, dadas las características de los mercados afectados por la Operación y el rol de las Partes en los mismos.

¹³ Ver Acuerdo Extrajudicial celebrado entre la FNE y Fiscalía Nacional Económica, Abbott Laboratories de Chile Limitada, Abbott Laboratories (Chile) Holdco (Dos) S.p.A. y CFR Pharmaceuticals S.A., con fecha 5 de agosto de 2014, p. 22 y Fiscalía Nacional Económica, Informe de archivo sobre adquisición de Laboratorios Andrómaco S.A. por Grünenthal S.A., Rol FNE F120-2013, párrafo 10.

¹⁴ Sentencia n°59/2007 del TDLC, del caso Rol C-109-06, Considerando 18°.

¹⁵ Asimismo, la CE ha considerado el Sistema de Clasificación Anatómica, Terapéutica, Química ("ATC" por sus siglas en inglés) como referencia para la delimitación de los mercados relevantes de producto en el mercado farmacéutico. Dentro de los niveles de clasificación del sistema ATC, la CE ha señalado el tercer nivel (ATC3, que se refiere a la finalidad terapéutica) como el punto de partida básico para definir el mercado relevante de producto, sin perjuicio de eventuales subsegmentaciones que podrían realizarse Ver CE. Sanofi-Boehringer Ingelheim, case COMP/M.7919, párrafos 11 y 12.

¹⁶ Aporte de información de las Partes, Correlativo de Ingreso N° 03212-18.

¹⁷ Respuesta de Merck a oficio Ord. 1552, Correlativo de ingreso N°02987-18. Véase Nota Confidencial N°[1]. En adelante, los números puestos entre corchetes ("[...]") remiten a información con el carácter de confidencial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 letra a) del DL 211, disponible en el Anexo Confidencial de este informe.

19. Por un lado, se tuvo en cuenta la existencia de competidores, con presencia a nivel global y de gran tamaño, para la mayor parte los productos del *Consumer Health Business* de Merck, los que asimismo cuentan con un gran portafolio de productos, tales como Bayer S.A., Pfizer Chile S.A. o Abbott Laboratorios Chile Limitada¹⁸⁻¹⁹. Asimismo, pudo constatar que mantener un mínimo de marcas distintas para el mismo producto constituye una práctica generalizada en el canal de farmacias²⁰.
20. Junto con lo anterior, otra característica de las cadenas de farmacias, que es replicada por sus proveedores que poseen un variado portafolio de productos, es que la comercialización y adquisición de distintas categorías de productos tiene lugar a través de áreas separadas entre sí²¹. De este modo, los equipos que negocian productos del área de consumo masivo, y los que negocian productos del área de medicamentos, no confluyen en las mismas instancias, sino que lo hacen de manera independiente²²⁻²³, circunstancia que también podría obstaculizar la adopción de una estrategia exclusoria por parte de P&G producto de la Operación²⁴.
21. Por último, cabe destacar que, consultados clientes y competidores²⁵ por los potenciales efectos negativos de la Operación en los mercados afectados, ninguno de ellos manifestó reparo alguno. En virtud de lo anterior, y sin perjuicio de que P&G y Merck sean actores relevantes en algunas categorías de productos, no se aprecia como probable que P&G pueda llevar a cabo una estrategia exclusoria de apalancamiento de los productos del *Consumer Health Business* de Merck al portafolio de P&G, ni viceversa, una vez materializada la Operación.

¹⁸ Aporte de información de las Partes, Correlativo de Ingreso N°03212-18.

¹⁹ Respecto del producto Neurobionta, si bien su relevancia en el mercado es mayor a la de otros productos, se replican las características de la industria, lo que dificultaría la estrategia de apalancamiento para excluir competidores. A mayor abundamiento, y como señaló uno de sus principales competidores, no existirían economías de escala en la producción del producto competidor, lo que implicaría que ante una estrategia de exclusión siempre existiría la amenaza del competidor de menor tamaño. Al respecto, véase Nota Confidencial N°[2].

²⁰ Véase Nota Confidencial N°[3].

²¹ Véase Nota Confidencial N°[4].

²² Se ha reportado que en ocasiones es posible llevar a cabo campañas "*Cross Category*" que involucran todo el portafolio de algún proveedor. Sin embargo, estas son circunstancias que ocurren de manera esporádica, y siempre como consecuencia de una campaña que las partes llevan adelante de mutuo acuerdo, muchas veces impulsada por las mismas farmacias, las que suelen variar en cuanto al proveedor con el que llevan adelante estas promociones. Ello estaría dado, precisamente, por la existencia de diversos proveedores con portafolio variado de productos. Véase Nota Confidencial N°[5].

²³ Esto último ocurre tanto para los equipos de las cadenas de farmacias, como así también para los equipos de los proveedores. Véase Nota Confidencial N°[6].

²⁴ Junto con lo anterior, en el caso de Neurobion DC, Dolo-Neurobionta e Iliadin, su característica de ser productos que en Chile deben venderse bajo receta médica obstaculiza de manera considerable el desarrollo de una estrategia de venta conjunta con los demás productos del portafolio de P&G. En efecto, el Decreto N°3 de la Subsecretaría de Salud Pública del año 2010, que aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, en su artículo 201 prohíbe cualquier publicidad de respecto de productos cuya condición de venta sea bajo receta, como es el caso de dichos productos.

²⁵ Véase Nota confidencial N°[7].

22. Así, en base a lo expuesto y los antecedentes recabados en esta investigación, esta División considera que la Operación no genera efectos anticompetitivos.

III. CONCLUSIONES:

23. De este modo, salvo el mejor parecer del señor Fiscal, conforme al análisis realizado, se recomienda la aprobación de la Operación de forma pura y simple, por estimar que la misma no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de esta Fiscalía de velar permanentemente por la libre competencia en los mercados.

Saluda atentamente a usted,

MPH
MPH


CAROLINA BAWLITZA FORES
JEFA DIVISIÓN DE FUSIONES (S)