

DECISÃO DE NÃO OPOSIÇÃO
DO CONSELHO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
AC – I – Ccent. 80/2005 – Farmindústria / JMP II / Alliance Santé / Alliance
Unichem

I – INTRODUÇÃO

1. Em 23 de Dezembro de 2005, as sociedades *Alliance Santé Europe, S.A.* (doravante “*Alliance Santé*”), a Farmindústria – Investimentos, Participações e Gestão, S.A. (doravante “Farmindústria”) e a José de Mello Participações II, SGPS, S.A. (doravante “JMP II”) (em conjunto “Notificantes”) notificaram à Autoridade da Concorrência a aquisição por parte da Farmindústria e da JMP II de acções representativas de 49% e 2%, respectivamente, do capital social da Alliance Unichem Farmacêutica, S.A. (doravante “Alliance Unichem”).
2. A referida notificação foi realizada em cumprimento do Despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência de 22 de Julho de 2005 (doravante “o Despacho”), proferido nos termos do n.º 2 do artigo 40.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (doravante “a Lei 18/2003” ou “Lei da Concorrência”).
3. O Despacho proferido pelo Conselho da Autoridade da Concorrência, resultou da avaliação da documentação que resultou da troca de correspondência que iniciou com a Associação Nacional de Farmácias (doravante “ANF”), e subsequentemente com a Farmindústria¹, realizada ao abrigo dos seus poderes de supervisão. Desta avaliação, a Autoridade considerou estar perante indícios suficientemente fortes de a transacção descrita no ponto 1 *supra* (doravante “Transacção”) poder ter levado à alteração de controlo sobre a Alliance Unichem, e poder constituir uma operação de concentração nos termos previstos na Lei da Concorrência.

¹ Conforme será demonstrado *infra*, a Farmindústria é detida directa e indirectamente pela ANF.

Nota: indicam-se entre parêntesis rectos as informações cujo conteúdo exacto haja sido considerado como confidencial.

4. Da avaliação da transacção e das circunstâncias de facto relevantes, a Autoridade da Concorrência conclui que a presente operação configura uma concentração de empresas na acepção da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei 18/2003, conjugada com o n.º 3 do mesmo artigo, e encontra-se sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, por preencher as condições enunciadas na alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º do mesmo diploma legal.

II – AS PARTES

2.1 Empresas Adquirentes

5. Conforme será claramente demonstrado na presente Decisão, as empresas que adquirem o controlo conjunto da Alliance Unichem, através da presente operação de concentração, são: a *Alliance Santé*, a Farmindústria e a JMP II.

2.1.1 Alliance Santé

6. A *Alliance Santé* tem por objecto social a gestão de participações sociais. Esta sociedade está activa, através das suas participadas, no mercado grossista da distribuição de drogaria, perfumaria, produtos químicos e farmacêuticos.
7. A *Alliance Santé* é uma das principais subsidiárias do *Grupo Alliance Unichem*, activo na distribuição por grosso e a retalho de produtos farmacêuticos, para-farmacêuticos e de saúde na Europa. Este grupo nasceu em 1997 através da fusão da *UniChem PLC* e da *Alliance Santé S.A.*
8. Para além da participação de 49% do capital social da Alliance Unichem, a *Alliance Santé* detém, ainda, em Portugal, a sociedade Alloga Portugal – Armazenagem e Distribuição Farmacêutica, Unipessoal, Lda.. Esta sociedade tem por actividade principal a prestação de serviços de *pre-wholesaling* para a área da saúde, nomeadamente serviços de natureza logística para a indústria farmacêutica localizada no território nacional, assegurando o armazenamento inicial do stock pós-produção, com vista ao seu subsequente fornecimento a empresas grossistas ou retalhistas.

9. Os volumes de negócios do *Grupo Alliance Unichem* calculados nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003 (incluindo, nesses mesmos termos, o volume de negócios realizado pela Alliance Unichem), foram os seguintes:

Tabela 1: Volumes de negócios do *Grupo Alliance Unichem*, nos anos de 2002, 2003 e 2004²:

	2004	2003	2002
Portugal	€[>150M]	€[>150M]	€[>150M]
EEE	€[>150M]	€[>150M]	€[>150M]
Mundial	€[>150M]	€[>150M]	€[>150M]

Fonte: Notificantes.

2.1.2 Farmindústria

10. A Farmindústria tem por objecto social: investimentos e gestão de bens imóveis e móveis, nomeadamente em participações no capital social de outras sociedades ou de instituições sem fins lucrativos; exploração de estabelecimentos industriais, comerciais ou de serviços, próprios ou alheios; prestação de serviços de assistência as empresas em geral.

11. A Farmindústria participa, maioritariamente, no capital social das seguintes sociedades:

a) Farmatrading 2., Produtos Farmacêuticos Unipessoal, Lda.(doravante “Farmatrading 2”) – Esta sociedade é responsável pela criação, gestão e desenvolvimento de uma central de compras de medicamentos e outros produtos de saúde (doravante “Central de Compras”). De acordo com os elementos trazidos ao procedimento pelas Notificantes, esta sociedade

² Refira-se a este propósito que entretanto o *Grupo Alliance Unichem* deu lugar ao *Grupo Alliance Boots*, após a fusão realizada a 31 de Julho de 2006, no entanto, atendendo a que estes valores de volumes de negócio foram fornecidos pelas empresas na notificação apresentada em Dezembro de 2005, em período anterior à fusão, e que a alteração dos referidos volumes de negócio em nada alterariam a presente análise, os números apresentados referem-se somente ao *Grupo Alliance Unichem*.

substituiu a Farmatrading, Produtos Farmacêuticos, Lda., neste papel de Central de Compras.

b) Consiste – Gestão de Projectos, Obras, Tecnologias de Informação, equipamentos e serviços, Lda (doravante “Consiste”). Esta sociedade tem por objecto: (i) a gestão de projectos de engenharia e de obras, a execução de trabalhos de construção civil e fornecimentos, a fiscalização de obras e sua manutenção por conta própria ou para terceiros; (ii) gestão e prestação de serviços de assessoria e consultoria informática, bem como a importação, exportação, representação, compra, venda, revenda, aluguer, distribuição e o comércio em geral de equipamentos de informática; (iii) prestação de serviços, importação, exportação, representação, compra, venda, revenda, aluguer, distribuição e o comércio em geral de equipamentos para as farmácias, empresas e instituições prestadoras de cuidados de saúde.

No exercício das suas actividades, a Consiste é responsável pela concepção, desenvolvimento e implementação do Sistema de Gestão das Farmácias Sifarma, o qual conta com 2494 instalações em Portugal³. Para além do Sistema Informático, a Consiste fornece ainda Assistência Técnica ao *hardware* (70.000 equipamentos), a Formação (10.000 utilizadores) e o Sistema de Comunicações (Farmalink)⁴.

12. A Farminústria controla ainda várias outras sociedades, entre as quais a RHM, *Management* de Recursos Humanos, Empresa de Trabalho Temporário, Sociedade Unipessoal Lda, a Ver Navios em Santa Catarina – Sociedade de Restaurantes, Lda, a Casa do Farmacêutico – Desenvolvimento e Gestão Social, Turística e Imobiliária, S.A., a Sociedade Agrícola da Quinta de Vale de Pereiras, Lda., e a IFAR-CT – Instituto Farmacêutico de Ciência e Tecnologia, que engloba o Centro Tecnológico do Medicamento (CETMED) e o Laboratório de Estudos Farmacêuticos (LEF).

³ Dados apresentados pelas Notificantes na resposta de 7 de Julho de 2006, a pedido de informações da Autoridade.

⁴ Informação constante do site da Consiste: <http://www.consiste.pt/>.

13. Por seu turno, a Farminústria é detida, directa e indirectamente, pela Associação Nacional de Farmácias (doravante “ANF”), integrando deste modo, nos termos do artigo 2.º da Lei da Concorrência, a empresa ANF⁵.
14. A ANF é uma associação constituída nos termos do Decreto-Lei n.º 215-C/75, de 30 de Junho, que confere às entidades patronais o direito de se constituírem em associações patronais para defesa e promoção dos seus interesses empresariais.
15. De acordo com o artigo 4.º dos respectivos Estatutos, a ANF *«tem essencialmente por fim representar os legais proprietários de farmácias, com vista à defesa dos seus interesses comuns, tanto morais como profissionais e económicos, tomando para o efeito todas as iniciativas e desenvolvendo todas as actividades que se mostrem necessárias ou úteis, desde que não contrariem o disposto na lei ou nos presentes estatutos»*.
16. A ANF é a maior associação de farmácias do país, contando como seus Associados cerca de 97% de todas as farmácias actualmente em actividade⁶, ou seja aproximadamente 2700 farmácias.
17. Segundo as próprias Notificantes, a empresa ANF engloba: (i) uma área relativa à estratégia política e associativa com estruturas de suporte transversais a todos os serviços prestados pelos seus associados; (ii) uma outra área relacionada com a gestão do património imobiliário; (iii) uma área relativa ao investimento e organização empresarial; e, por último, (iv) uma área de estudos, investimento e desenvolvimento farmacêutico e de inovação profissional farmacêutica que é explorada pelo Instituto de Formação e Inovação Farmacêutica.

⁵ Como admitido pelas próprias Notificantes em vários documentos que juntaram ao processo – *vide*, a título de exemplo, a resposta 9) de 15 de Março de 2006, dada ao questionário da AdC de 25 de Janeiro de 2006.

⁶ Dados fornecidos pelas Notificantes na resposta enviada a 18 de Janeiro de 2007, em resposta à questão 15 do pedido de informações da Autoridade de 15 de Janeiro de 2007.

18. De acordo com as informações fornecidas pelas Notificantes, a ANF tem vindo a concretizar o seu plano de reorganização empresarial, que passa pela constituição de uma sociedade gestora de participações sociais (doravante “SGPS”) e pela criação de um fundo de investimento imobiliário (iniciou a sua actividade em 16 de Maio de 2006).
19. A criação da sociedade gestora de participações sociais, de acordo com a própria ANF, resulta da continuação da actuação da Farminústria e da sua transformação em SGPS.
20. Porquanto, a Farminústria encabeçará a área empresarial, que a ANF denomina como o “Universo ANF”, as Notificantes enviaram somente os volumes de negócios da Farminústria, calculados nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, que foram os seguintes:

Tabela 2: Volumes de negócios da Farminústria, nos anos de 2002, 2003 e 2004

	2004	2003	2002
Portugal	€51.907.362,79	€32.678.749,71	€19.937.688,87
EEE	€51.959.571,19	€32.685.985,71	€19.949.069,85
Mundial	€52.371.311,75	€32.767.493,14	€19.949.096,85

Fonte: Notificantes.

2.1.3 JMP II

21. A JMP II tem por objecto social a gestão de participações sociais noutras sociedades.
22. Esta sociedade, que é uma das sociedade gestoras de participações sociais do Grupo José de Mello, actua em diversas áreas de negócio, através das empresas em que participa e com as quais se encontra em relação de grupo ou domínio, designadamente na área da prestação de serviços de saúde (que inclui hospitais de gestão pública e privada), na produção e comercialização de adubos e de químicos industriais, na construção, na promoção e gestão de projectos imobiliários.

23. Na área da Saúde actua essencialmente através da José de Mello Saúde, SGPS, S.A. (doravante “José de Mello Saúde”). Esta empresa desenvolve a sua actividade em três áreas: (i) Prestação de cuidados de saúde através de unidades hospitalares com gestão privada, integradas no âmbito do Serviço Nacional de Saúde – Hospital Amadora-Sintra; (ii) Prestação de cuidados de saúde através de unidades hospitalares e de ambulatório de âmbito privado – Hospitais CUF e Clínicas CUF; (iii) Prestação de serviços de Medicina e Higiene no Trabalho, Tratamento Termal e Consultoria na área da saúde.

24. Ainda na área da saúde, embora relacionada também com a actividade do Grupo no sector da construção, encontramos também a José de Mello Residências e Serviços, SGPS, SA (doravante “JMRS”), que desenvolve soluções residenciais para a terceira idade, operando com as marcas *Domus Vida* e *Domus Clube*, e que presta cuidados domiciliários para a terceira idade sob a marca *Domus Care*.

25. Na área da construção, o Grupo José de Mello centra a sua actividade na coordenação e fiscalização de projectos imobiliários, na promoção e gestão imobiliária, e na gestão de fundos de investimento imobiliário através da sociedade José de Mello Imobiliária SGPS, SA e suas participadas.

26. Através da CUF – Consultadoria e Serviços S.A. que, por sua vez, detém 100% do capital social da CUF SGPS, SA, o Grupo José de Mello produz e comercializa vários tipos de adubos e químicos industriais.

27. Os volumes de negócios do Grupo José de Mello calculados nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003 foram os seguintes:

Tabela 3: Volumes de negócios do Grupo José de Mello, nos anos de 2002, 2003 e 2004

	2004	2003	2002
Portugal	€[>150M]	€[>150M]	€[>150M]
EEE	€[>150M]	€[>150M]	€[>150M]
Mundial	€[>150M]	€[>150M]	€[>150M]

Fonte: Notificantes.

2.2 A empresa comum – Alliance Unichem

28. A Alliance Unichem tem por objecto social: a distribuição e comércio de drogaria, perfumaria, produtos químicos e farmacêuticos e prestação de serviços; actividade de transporte e distribuição de mercadorias, nomeadamente especialidades farmacêuticas, por conta de outrem; formação profissional no âmbito da sua actividade comercial para destinatários internos e externos.

29. Os volumes de negócios da Alliance Unichem calculados nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, foram os seguintes:

Tabela 4: Volumes de negócios da Alliance Unichem, nos anos de 2002, 2003 e 2004

	2004	2003	2002
Portugal	€552.588.390,00	€492.184.753,00	€458.430.383,00
EEE	n.a.	n.a.	n.a.
Mundial	n.a.	n.a.	n.a.

Fonte: Notificantes.

III – NATUREZA DA OPERAÇÃO

3.1 Antecedentes

30. Tendo tomado oficiosamente conhecimento da Transacção, a Autoridade da Concorrência efectuou a 29 de Junho de 2005, no âmbito das atribuições que lhe foram cometidas, um pedido de informações à ANF, nos termos da alínea a) do n.º 1 artigo 17.º e artigo 18.º da Lei 18/2003, onde solicitava “*informação detalhada quanto à natureza e enquadramento da operação em causa*”.
31. Em resposta a 6 de Julho de 2005, a Farminústria, respondeu enviando a documentação referida nos pontos 38, 41 e 42, afirmando que “*é entendimento da Farminústria, e dos demais accionistas da Alliance Unichem, que a operação em referência não proporciona à Farminústria o controlo exclusivo, ou sequer conjunto, da Alliance Unichem pelo que não constitui uma operação de concentração na acepção do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, não havendo por isso lugar a notificação prévia nos termos do Artigo 9.º da referida lei*”.
32. Após análise da documentação referida *supra*, a Autoridade da Concorrência entendeu existirem indícios suficientemente fortes de estarmos perante uma operação de concentração, sujeita à obrigação de notificação prévia, nos termos do artigo 9.º da Lei 18/2003⁷, por considerar que a Farminústria e a JMP II (em conjunto) passariam a deter, com a Alliance Santé, o controlo conjunto da Alliance Unichem.
33. A Autoridade da Concorrência determinou, por Despacho de 22 de Julho de 2005, a abertura de um procedimento oficioso, nos termos previstos no n.º 2 do art. 40.º da Lei 18/2003, notificando a Farminústria, a JMP II e a *Alliance Santé* para

⁷ O conhecimento que a Autoridade da Concorrência detém sobre as empresas em causa - resultado da sua actividade, inclusive no controlo de concentração -, permitia-lhe considerar que o critério do volume de negócios das empresas em causa ultrapassaria, de forma significativa, o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência. Vide, a este respeito: Decisão proferida pela Autoridade no processo Ccent 12/2005 – ALLIANCE UNICHEM/ALLOGA, de 29 de Março de 2005.

proceder à notificação da operação de concentração em causa, nos termos previstos no artigo 9.º da mesma Lei.

34. Nessa sequência, a *Alliance Santé*, a Farminústria e a JMP II requereram ao Tribunal de Comércio de Lisboa⁸ que decretasse providência cautelar de suspensão de eficácia do referido Despacho.
35. Tendo sido proferidas três sentenças do Tribunal de Comércio julgando improcedentes as providências cautelares⁹, interpuseram ainda, a Farminústria e a JMP II, recursos das mesmas para o Supremo Tribunal de Justiça, que, entretanto, negou provimento ao recurso da Farminústria, por Acórdão de [...] no Processo N.º [...]. Já quanto ao recuso interposto pelo JMP II, o Supremo Tribunal de Justiça remeteu para o Tribunal da Relação de Lisboa que, por sua vez, negou provimento ao Agravo¹⁰, por Acórdão de [...]
36. As Notificantes interpuseram, a [data], no Tribunal de Comércio de Lisboa, acções principais para anulação do Despacho, não tendo ainda sido, até ao presente, proferida sentença em qualquer um destes processos.
37. Entretanto, a notificação da operação de concentração foi apresentada pelas Notificantes a 23 de Dezembro “*com o objectivo de dar cumprimento ao referido Despacho, não podendo ser interpretada, de forma alguma e para quaisquer efeitos, como consubstanciando uma alteração do entendimento das notificantes relativamente à questão jurídica em causa*”.

⁸ Todos os requerimentos a pedir o decretamento de providência cautelar deram entrada a [data] no Tribunal de Comércio de Lisboa, o Processo com a referência [números de processos], respectivamente.

⁹ As sentenças do Tribunal de Comércio de Lisboa foram proferidas a [datas], respectivamente.

¹⁰ Agravo n.º [...].

3.2 Enquadramento contratual

38. No momento anterior à Transacção, a Alliance Unichem era detida a 99,99% pela *Alliance Santé*, sendo os restantes 0,01% detidos pela *Unichem Warehousing Ltd* (outra sociedade do *Grupo Alliance Unichem*).
39. No dia 4 de Junho de 2005, a *Alliance Santé*, a *Unichem Warehousing Ltd.* e a Farminústria celebraram um Contrato-Promessa de Compra e Venda de Acções, nos termos do qual as duas primeiras prometeram vender, e a Farminústria prometeu comprar uma participação correspondente a 49% do capital social da Alliance Unichem.
40. Nessa mesma data, a *Alliance Santé* celebrou com a JMP II um Contrato-Promessa de Compra e Venda de Acções para a venda de uma participação correspondente a 2% do capital social da Alliance Unichem.
41. Em 28 de Junho de 2005, a *Alliance Santé*, a *Unichem Warehousing Ltd.*, a Farminústria e a JMP II celebraram um acordo intitulado “Conclusão dos Contratos-Promessa de Compra e Venda de Acções” (doravante “Contrato de Compra e Venda de Acções”) para a transmissão das participações sociais, estabelecendo-se, assim, que o capital social da Alliance Unichem ficaria repartido entre a *Alliance Santé* (49%), a Farminústria (49%) e a JMP II (2%). Ou seja, a Farminústria e a JMP II detêm, em conjunto, a maioria do capital social da Alliance Unichem, aliás 51%.
42. Ainda na mesma data, a *Alliance Santé*, a Farminústria e a JMP II celebraram um Acordo Parassocial que visava regular os direitos e obrigações dos três accionistas no quadro da Alliance Unichem (doravante “Acordo Parassocial”).
43. Da análise do Acordo Parassocial resulta que a *Alliance Santé* tem um direito de veto, no Conselho de Administração, na aprovação de um número de decisões da

Alliance Unichem¹¹, entre as quais se incluem, entre outros, [número de decisões comerciais estratégicas].

44. O Acordo Parassocial estabelece ainda que tanto a Alliance Santé como a Farminústria designarão [número de administradores] administradores para o Conselho de Administração da Alliance Unichem, designando a JMP II [número de administradores nomeados pela JMP II] do Conselho de Administração¹².
45. O mesmo Acordo Parassocial prevê ainda [mecanismo de nomeação de Conselho de Administração]¹³.
46. O Acordo Parassocial canoniza também um mecanismo de resolução de impasses [...] quer pela *Alliance Santé*, quer pela Farminústria e a JMP II actuando em conjunto¹⁴. Este artigo dispõe: [...].
47. [...]
48. Ou seja, da mesma forma que este mecanismo vem corporizar a possibilidade de bloqueio da *Alliance Santé*, sobre algumas matérias comerciais estratégicas (*vide* ponto 43), admite também a possibilidade de a Farminústria e a JMP II poderem, em conjunto, bloquear tomadas de decisões no seio da Alliance Unichem que possam ter impacto relevante na estratégia desta.
49. O mecanismo de impasse previsto no Acordo Parassocial incorpora, de seguida, um processo de tentativa de conciliação entre os dois “blocos” de accionistas (*Alliance Santé* sozinha, ou a Farminústria e a JMP II, em conjunto), que inclui [...]¹⁵.
50. [...]

¹¹ N.º 4 do Artigo 3.º do Acordo Parassocial.

¹² N.º 1 do Artigo 2.º do Acordo Parassocial.

¹³ Alínea t) do n.º 4 do Artigo 3.º do Acordo Parassocial.

¹⁴ Artigo 7º do Acordo Parassocial.

¹⁵ [descrição do mecanismo contratual para resolução de impasse]

51. Mantendo-se o desacordo [...] poderão accionar um mecanismo denominado no Acordo Parassocial como [designação de outro mecanismo]. Esta consiste na possibilidade [...].
52. Isto é, o Acordo Parassocial faculta à *Alliance Santé* e à Farminústria e JMP II (em conjunto) um verdadeiro mecanismo [de resolução de impasses], caso o impasse se refira à adopção de medidas com [impacto estratégico]¹⁶ e se as discordâncias entre os dois “blocos” se mantiverem, mesmo após um longo processo de tentativa de conciliação.

3.3. Da classificação desta Transacção como concentração de empresas

3.3.1. Posição das Notificantes

53. As Notificantes defendem na notificação apresentada que a “*operação subjacente à presente notificação não constitui uma operação de concentração de empresas na acepção do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003*”¹⁷.
54. As Notificantes alegam que o Acordo Parassocial apenas confere à *Alliance Santé* poderes de veto sobre matérias comerciais estratégicas no seio da *Alliance Unichem*. Tal implica, de acordo com as Notificantes, que a *Alliance Santé* continuará a exercer o controlo exclusivo sobre a *Alliance Unichem*¹⁸.
55. Para sustentar esta posição as Notificantes invocam o parágrafo 39 da Comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas em conformidade com o Regulamento do Conselho (CEE) n.º 4046/89, relativo ao controlo de operações de concentração de empresas¹⁹ (doravante a “Comunicação

¹⁶ N.º 1 do Artigo Acordo Parassocial, já citado no ponto 46.

¹⁷ P. 2 da Notificação apresentada, sob o título “Nota prévia”.

¹⁸ Página 15 da Notificação e p. 3 da resposta de 02 de Agosto de 2006, enviada pelas Notificantes em sede da Audiência de Interessados.

¹⁹ J.O. C 66, p. 5

da Comissão”), afirmando que “*o poder de bloquear a tomada de decisões comerciais estratégicas pode igualmente ser fonte de controlo exclusivo*”²⁰.

3.3.2. Posição da Autoridade da Concorrência

56. Em termos gerais, uma operação de concentração configura uma alteração duradoura da qualidade de controlo de uma empresa, ou seja, uma alteração estrutural da empresa.
57. Para efeitos da Lei da Concorrência, o conceito de controlo é definido nos termos do n.º 3 do artigo 8.º da mesma Lei, como sendo a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa, o que pode resultar tanto de circunstâncias de facto ou de direito²¹.
58. Da leitura conjunta do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 8.º da Lei 18/2003 bem como da prática constante da Autoridade da Concorrência, resulta ainda claro que a passagem do controlo exclusivo de uma empresa para o controlo conjunto da mesma, consubstancia uma concentração, nos termos e para os efeitos da Lei 18/2003.
59. É prática consolidada da Autoridade da Concorrência²² e da Comissão Europeia que o controlo exclusivo é caracterizado pela possibilidade de determinar as decisões estratégicas comerciais de uma empresa, enquanto o controlo conjunto advém da possibilidade de bloquear a tomada de decisões estratégicas, isto é, de

²⁰ Página 3 da resposta de 02 de Agosto de 2006, enviada pelas Notificantes em sede da Audiência de Interessados

²¹ Vide o n.º 3 do artigo 8.º da Lei da Concorrência que refere que “o controlo decorre de qualquer acto, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa”.(negrito nosso)

²² Vide, por exemplo, o parágrafo 21 da Decisão da Autoridade da Concorrência no processo Ccent. 23/2005 – Mundo Vip / Elovia / Soliférias, e Decisão da Autoridade da Concorrência no processo Ccent 41/2004 Espírito Santo Viagens – Sonae Turismo / Ibéria / Mundo VIP, entre outras.

obrigar os outros accionistas a tomar em consideração a sua posição na tomada dessas mesmas decisões comerciais estratégicas²³.

60. Ora, tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito do caso em apreço, a Autoridade conclui que, em virtude da presente Transacção, assiste-se a uma alteração na estrutura de controlo da Alliance Unichem. Esta sociedade deixa de ser controlada exclusivamente pela *Alliance Santé*, para passar a ser controlada conjuntamente pela *Alliance Santé*, por um lado, e a Farmindústria e a JMP II, por outro.
61. Como em seguida se demonstra, após a concretização da presente Transacção, a *Alliance Santé* será forçada a tomar em consideração a posição da Farmindústria e do JMP II, sempre que pretender propor qualquer medida comercial estratégica, perdendo, assim, o controlo exclusivo, que detinha até então.
62. De facto, não contesta a Autoridade que a *Alliance Santé* detém um direito de veto sobre matérias comerciais estratégicas da Alliance Unichem, simplesmente não pode considerar, atentas as circunstâncias de facto que analisou, que esse direito de veto lhe confira o controlo exclusivo.
63. Com efeito, a Farmindústria e a JMP II detêm, em conjunto, 51% do capital social da Alliance Unichem e a maioria [...] dos administradores no Conselho de Administração da Alliance Unichem.
64. Ora, os Estatutos da Alliance Unichem prevêm que a Assembleia Geral possa deliberar por maioria de votos expressos, resultando, pois, que, com a maioria dos votos, a Farmindústria e a JMP II têm a possibilidade de, actuando em conjunto,

²³ Vide, neste sentido ainda o parágrafo 19 da Comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas em conformidade com o Regulamento do Conselho (CEE) n.º 4046/89, relativo ao controlo de operações de concentração de empresas, J.O. C 66, p. 5. (doravante “Comunicação da Comissão”) que refere que “[a]o invés do controlo exclusivo, que confere a um accionista específico o poder de determinar as decisões estratégicas numa empresa, o controlo conjunto caracteriza-se pela possibilidade de uma situação de impasse decorrente do poder de duas ou mais empresas-mãe rejeitarem as decisões estratégicas propostas.” (negrito nosso).

frustrar a adopção de qualquer decisão proposta pela *Alliance Santé* na Assembleia Geral.

65. Já, nos termos do Acordo Parassocial, a *Alliance Santé* e a Farminústria têm o poder de nomear [número de Administradores] Administradores para o Conselho de Administração, tendo a JMP II o poder de nomear [restantes Administradores] Administrador²⁴. Ou seja, também no Conselho de Administração da *Alliance Unichem*, a Farminústria e a JMP II têm a possibilidade de, actuando em conjunto, frustrar a adopção de qualquer proposta da *Alliance Santé*, incluindo as decisões comerciais estratégicas referidas no paragrafo 43 *supra*.
66. Refira-se que quando existe impasse na nomeação [nomeação de administradores]²⁵. O que constitui mais um indicador de que a *Alliance Santé* não detém, pós-operação, o controlo exclusivo da *Alliance Unichem*²⁶.
67. O mecanismo de resolução de impasses descrito *supra* pode ser despoletado quer pela *Alliance Santé*, quer pela Farminústria e a JMP II actuando em conjunto²⁷, que pode ser resolvido, caso o impasse se mantenha mesmo após um número de negociações previstas no Acordo Parassocial, através da denominada [outro mecanismo].
68. Esta implica que, caso a *Alliance Santé* isoladamente, ou a Farminústria e o JMP II, em conjunto, continuem a bloquear as decisões estratégicas na *Alliance Unichem*, tanto a *Alliance Santé*, por um lado, e Farminústria e JMP II, em conjunto²⁸, por outro, poderão ter de [...]. Este é mais um indicador de que a *Alliance Santé* não detém o controlo exclusivo sobre a *Alliance Unichem*.
69. Mais, o próprio facto de os accionistas terem escolhido desenhar e incluir uma cláusula com este mecanismo de impasse, revela que as Notificantes consideraram

²⁴ N.º 1 do Artigo 2.º.

²⁵ Alínea t) do n.º 4 do Artigo 3.º do Acordo Parassocial.

²⁶ Alínea t) do n.º 4 do Artigo 3.º do Acordo Parassocial.

²⁷ Artigo 7º do Acordo Parassocial, ver *supra* no ponto 45.

²⁸ N.º 6 do Artigo 7.º do Acordo Parassocial.

como provável a actuação conjunta de bloqueio por parte da Farminústria e da JMP II.

70. Já não consideraram necessário a previsão de uma disposição equivalente para a JMP II e *Alliance Santé* (que, em conjunto, também deteriam 51% das participações sociais da Alliance Unichem) ou entre a Farminústria e a *Alliance Santé* a actuar em conjunto.
71. Aliás, a Autoridade não pode deixar de referir que as próprias Notificantes admitem explicitamente tal possibilidade quando referem que “*a referida solução [mecanismo de impasse] pretendeu plasmar o controlo exclusivo que a Alliance Santé quis manter, através da exigência de que todos os outros accionistas da Alliance Unichem só possam conseguir em conjunto aquilo que a Alliance Santé pode conseguir isoladamente*” (sublinhado nosso)²⁹.
72. Ou seja, as Notificantes reconhecem que desde que actuem em conjunto a Farminústria e a JMP II detém equivalentes poderes de controlo sobre a Alliance Unichem que a Alliance Santé, pós-operação.
73. Tal parece, aliás, inconsistente com o que asseveram as Notificantes, que a intenção da *Alliance Santé* seria a de não perder o controlo exclusivo da Alliance Unichem, não juntando qualquer suporte documental ou outro que lhes permitam sustentar tal afirmação.
74. Deste modo, a situação *sub judice* não pode ser enquadrada no paragrafo 39 da Comunicação da Comissão, ao contrário do que defendem as Notificantes³⁰, pois

²⁹ Página 4 da resposta de 2 de Agosto de 2006, enviada pelas Notificantes em sede da Audiência de Interessados.

³⁰ O Parágrafo 39 da Comunicação da Comissão estipula que: “*Verifica-se uma situação excepcional sempre que apenas um accionista possa vetar decisões estratégicas numa empresa embora este accionista não tenha poderes, por si só, para impor tais decisões. Esta situação ocorre quando um accionista tem 50% de uma empresa, enquanto os 50% remanescentes são propriedade de dois ou mais accionistas minoritários, ou quando é exigido um quórum para a tomada de decisões estratégicas que, na realidade, confere um direito de veto apenas a um único accionista minoritário mesmo nível de influência de que normalmente beneficiam vários accionistas que dispõem do controlo conjunto, ou seja, o poder de bloquear a adopção de decisões estratégicas. Contudo, este accionista não usufrui dos*

este não só tem aplicação meramente excepcional, como tem aplicação somente a situações onde só um accionista tenha possibilidade de bloquear a tomada de decisões.

75. Aliás, não se poderá deixar de referir a posição claramente expressa pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no sentido da presente decisão da Autoridade, quando afirma de forma taxativa que “*ao invés do alegado pela Agravante, do acordo Parassocial decorre uma passagem de controlo exclusivo da Alliance Santé sobre a Alliance Unichem para um controlo conjunto desta por aquelas e pela Farmindústria, [...]*”³¹
76. Acresce que, como se verá de forma inequívoca, não só existem os mecanismos (já descritos) que permitem à Farmindústria e a JMP II bloquearem em conjunto a tomada de decisões comerciais estratégicas na Alliance Unichem, como tal, atentos os importantes interesses comuns existentes verificados, sucederá de forma estável e duradoura.
77. Destes interesses comuns, concluiu-se, como se comprova de seguida, que existe um controlo conjunto *de facto*, sobre a Alliance Unichem, exercido pela *Alliance Santé*, por um lado, e pelo “bloco” Farmindústria e JMP II, por outro.

Do controlo conjunto de facto

78. Ora, a Autoridade da Concorrência recolheu elementos que permitem confirmar a existência entre a Farmindústria e JMP II de importantes interesses comuns tais que, no exercício dos seus direitos de voto em matéria de decisões comerciais estratégicas na Alliance Unichem, aquelas não desejariam prejudicar-se mutuamente.

poderes normalmente conferidos numa empresa com controlo exclusivo, isto é, o poder para impor decisões estratégicas. Dado o facto de este accionista poder provocar uma situação de impasse comparável aos casos normais de controlo conjunto, adquire uma influência determinante e, por conseguinte, o controlo na acepção do regulamento das concentrações.” (negrito nosso)

³¹ Vide, [...].

79. Estes interesses comuns são, aliás, de tal forma significativos, que não só levam as empresas a não quererem prejudicar-se mutuamente, como ainda servem de incentivo para que, de forma estável e duradoura, estas não votem em sentido diferente nessas mesmas matérias.
80. Para efeitos de determinar a existência de interesses comuns, deverão ser tidas em consideração as relações prévias à Transacção entre a Farmindústria e a JMP II e a acção concertada na aquisição das participações sociais da Alliance Unichem por parte daquelas³².
81. A este propósito não se poderá deixar de referir-se, as palavras do Supremo Tribunal de Justiça já considerou, a propósito da presente Transacção, “*que o controlo conjunto considerado decorre da possibilidade de duas empresas com interesses comuns, como é indubitavelmente o caso da Farmindústria e da JMP II, aquela com participações de 30% nesta, rejeitarem as decisões estratégicas propostas*”³³ – negrito nosso.

Relações prévias à Transacção entre a Farmindústria e a JMP II

82. A Farmindústria e a JMP II têm importantes e duradouras ligações entre si.
83. Estas ligações são consubstanciadas em participações da Farmindústria na José de Mello Saúde e JMRS³⁴, que embora minoritárias, são significativas (cerca de 30%

³² Vide, neste sentido o paragrafo 33 da Comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas em conformidade com o Regulamento do Conselho (CEE) n.º 4046/89.

³³ Vide, Douro Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, no Processo n.º 246/06-7, de 7 de Julho de 2006, pelo qual a Recorrente Farmindústria perdeu a causa contra a Recorrida Autoridade da Concorrência, no Recurso intentado contra as Decisões de indeferimento das providências cautelares não decretadas pelo Tribunal de Comércio, em Primeira Instância, relativamente ao Despacho da Autoridade da Concorrência de notificação oficiosa do procedimento ora em análise.

³⁴ Como afirma, aliás, o Presidente do Conselho de Administração da Farmindústria e Presidente da Direcção da ANF, o Dr. João Cordeiro, em declarações contidas na Acta da Assembleia Geral de Delegados da ANF de 4 de Junho 2005 (p. 38) –“*portanto, outra coisa que vos queria dizer: nós comprámos 49%, a José de Mello Participações SGPS comprou 2%, portanto é uma estrutura com a qual, já sabem, nós temos uma relação muito intensa e muito positiva na área da saúde, que manifestaram total concordância na participação neste negócio*”(negrito nosso).

do capital social de cada uma destas sociedades). Atente-se, que as referidas participações minoritárias permitem à Farminústria nomear administradores para os Conselhos de Administração da José de Mello Saúde e JMRS, e ainda de um número de sociedades por estas controladas.

84. Dos elementos recolhidos, resulta que três administradores da Farminústria pertencem ao Conselho de Administração da José de Mello Saúde e um dos seus administradores ao Conselho de Administração da JMRS. A Farminústria está ainda representada num número de conselhos de administração de outras sociedades controladas pela JMP II – alguns desses administradores ocupando importantes posições de destaque nas respectivas administrações.
85. Veja-se o exemplo do membro do Conselho da Administração da Farminústria e Vice-Presidente da Direcção da ANF, o Dr. João Gonçalves da Silveira que é administrador da José de Mello Saúde.
86. Outro exemplo: o Dr. Rui Assoreira Raposo, que além de ser administrador da Farminústria e membro da Direcção da ANF, é administrador da José de Mello Saúde e da JMRS, estando, e/ou tendo estado até muito recentemente, presente nos conselhos de administração de um número significativo de sociedades controladas por estas últimas, nomeadamente na ISU – Estabelecimentos de Saúde e Assistência, S.A.; na S.G.H.D. – Sociedade Gestora do Hospital das Descobertas, S.A.; no Hospital das Descobertas, S.A. (nestas até 28.02.2005); na José de Mello Saúde – Prestação de Serviços de Saúde, Lda.; na Clínica de São Bento, Lda (até 01.03.2005); na José de Mello, Clínicas Privadas, S.G.P.S., S.A.; na PPPS – Parecerias Públicas Privadas na Saúde, S.G.P.S., S.A.; na Companhia das Águas Mediciniais da Felgueiras, S.A.; na JMS – Prestação de Serviços Administrativos e Operacionais, ACE, Hospital Amadora / Sintra – Sociedade Gestora, S.A., e na SPSI, S.A., SPSD, S.A..
87. Acresce, que os cargos de administração ocupados pelos administradores da Farminústria nos conselhos de administração da José Mello Saúde e JMRS, ou empresas por estas controladas, constituem posições chaves nas respectivas administrações.

88. Assim, o Dr. João Gonçalves da Silveira ocupa o cargo da Vice-Presidência no Conselho de Administração da José de Mello Saúde.
89. Neste contexto, realça-se o facto de o Dr. Rui Assoreira Raposo da Farminústria não só ser o Vice-Presidente do Conselho de Administração do Hospital Amadora Sintra, Sociedade Gestora, S.A., e bem assim o Presidente do Conselho Executivo desta sociedade. Saliente-se que esta é a sociedade mais importante, em termos de volume de negócios, das sociedades que integram a José de Mello Saúde³⁵. Por seu lado, a José de Mello Saúde representa aproximadamente metade do volume de negócios da JMP II em Portugal³⁶.
90. O Dr. Rui Assoreira Raposo, administrador da Farminústria, é ainda Presidente da Comissão Executiva da S.P.S.I – Sociedade Portuguesa de Serviços de Apoio e Assistência a Idosos, S.A, e da PPPS – Parcerias Públicas Privadas na Saúde. SGPS, S.A.³⁷ (todas sociedades da JMRS³⁸).
91. A importância destes administradores da Farminústria na José de Mello Saúde e JMRS é também admitida e reconhecida pelo Presidente do Conselho de Administração da Farminústria e da ANF quando afirma que: “*o Dr. Salvador de Mello entendeu que deveria desafiar o Rui para assumir a responsabilidade do Presidente do Conselho de Administração do [Hospital] Amadora-Sintra...*” e

³⁵ Esta sociedade representa, de acordo com apresentação do Dr. Rui Assoreira Raposo à Assembleia Geral de Delegados da ANF de 5 de Março de 2005 (ver resposta das notificantes à questão 1 do pedido de informações de 5 de Junho de 2006), aproximadamente 52% do volume de negócios da José de Mello Saúde.

³⁶ Calculo efectuado pela Autoridade com base no relatório e Contas da José de Mello Saúde para o ano de 2004 e nos volumes de negócio apresentados na Notificação (p. 10).

³⁷ Esta sociedade desenvolve a construção e gestão de novas unidades hospitalares em regime de PPPs, tendo, de acordo com o Relatório e Contas da José de Mello Saúde de 2005, participado na totalidade dos concursos abertos com a apresentação de propostas de grande qualidade para os hospitais de Loures, Cascais e Braga, pelo que se prevê possa vir a ter crescente importância dentro da José de Mello Saúde.

³⁸ Como se poderá verificar da resposta das notificantes à questão 20 do pedido de informações da Autoridade da Concorrência de 25 de Janeiro de 2006, este administrador da ANF e Farminústria foi ainda Presidente do Conselho de Administração da S.P.S.D. – Sociedade Portuguesa de Serviços Domiciliários, S.A., entre inúmeras outras sociedades que integram o universo José de Mello Saúde.

que tal “*significa também o peso que nós através do Rui temos tido no grupo [José de Mello Saúde]*”³⁹.

92. Aliás, esta relação com o Grupo José de Mello é classificada pelo Presidente do Conselho de Administração da Farminústria e da Direcção da ANF como “***uma relação muito intensa e muito positiva na área da saúde***” (negrito nosso)⁴⁰.
93. Acresce que a parceria entre a JMP II e a Farminústria, além de estável e duradoura, já é longa e subsistiu num quadro de criação e forte expansão da José de Mello Saúde e JMRS, o que exigiu um grande investimento por parte destes dois accionistas, Farminústria e JMP II. Ou seja, esta parceria apresenta todas as características de uma parceria estratégica como aliás é qualificada pelo Presidente do Conselho de Administração da Farminústria e da Direcção da ANF⁴¹.
94. De acordo com informações fornecidas pelas Notificantes, a Farminústria entrou para o capital social da José de Mello Saúde em 1998, tendo sido, inclusive, accionista fundador - com a JMP II - da JMRS, em Junho de 2000⁴².
95. Acrescente-se que, desde 1998, a Farminústria, de forma constante e regular, já prestou, enquanto accionista das sociedades José de Mello Saúde e JMRS, um número significativo de prestações acessórias, prestações suplementares e suprimentos⁴³.
96. Sobre os interesses comuns identificados pela Autoridade, as Notificantes limitaram-se a contestar a susceptibilidade das participações sociais detidas pela

³⁹ Vide, da Acta da Assembleia Geral de Delegados da ANF de 5 de Março de 2005 (p. 27).

⁴⁰ Vide, nota de rodapé 34.

⁴¹ O Dr. João Cordeiro afirmou em AG de Delegados de 4 de Junho que a JMP II é “... *um parceiro estratégico para nós na área da Saúde...*”, ver Acta da Assembleia Geral de Delegados da ANF de 4 de Junho 2005 (p. 48).

⁴² Vide, entre outras, a resposta a resposta das notificantes à questão 12, 13 e 14 do pedido de informações da Autoridade da Concorrência de 5 de Junho de 2006

⁴³ Vide, as respostas das notificantes às questões 12, 13, 14 do pedido de informações da Autoridade da Concorrência de 25 de Janeiro de 2006, e da questão 3 e 36 do pedido de informações da Autoridade da Concorrência de 5 de Junho de 2006.

Farminústria na José de Mello Saúde e JMRS poderem configurar um interesse comum em agir em conjunto no seio da Alliance Unichem, e levar, por isso, à alteração de controlo desta.

97. Aliás, as Notificantes, sem fundamentação que o sustente, afirmam que o facto da Farminústria e da JMP II operarem em negócios distintos “*impede por definição um alinhamento dos mesmos*”. Ora, como é evidente, o facto de actuarem em negócios distintos, não permite, por si só, excluir a possibilidade destas empresas actuarem em conjunto no seio da Alliance Unichem.
98. Contestaram ainda as Notificantes o critério utilizado pela Autoridade da Concorrência para aferir do controlo conjunto de facto como sendo “*indevidamente abrangente*”, e de não corresponder ao teste propugnado na Comunicação da Comissão.
99. Para as Notificantes o teste da referida Comunicação seria o da existência de “*importantes interesses comuns [que impeçam os accionistas] de se oporem uns aos outros*”
100. No entanto, uma leitura atenta da Comunicação da Comissão nas várias línguas⁴⁴, como seja em língua inglesa, espanhola, francesa ou alemã⁴⁵, teria esclarecido o equívoco em que incorrem as Notificantes. Deste modo, não obstante a

⁴⁴ Técnica interpretativa esta, aliás, sustentada num número de decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, relativas à interpretação de instrumentos jurídicos comunitários traduzidos nas diversas línguas – como é o caso, entre muitos outros, do Acórdão proferido em 5 de Dezembro no processo 19/67 - *Bestuur der Sociale Verzekeringsbank / J.H. van der Vecht*, ou o Acórdão proferido a 12 de Novembro no processo 29/69 - *Erich Stauder / Ville d’Ulm* - Neste Acórdão o Tribunal de Justiça afirmava (vide para 3) que uma interpretação uniforme da decisão em causa excluía que uma das versões fosse considerada de forma isolada, exigindo que a decisão fosse interpretada em função tanto da vontade real do seu autor como do objectivo deste, à luz, nomeadamente das versões nas restantes línguas.

⁴⁵ Veja-se, a título de exemplo, o parágrafo 32 da Comunicação da Comissão na versão Espanhola: “*Muy excepcionalmente podrá llevarse a cabo una acción concertada de facto cuando los accionistas minoritarios tengan importantes intereses comunes y no deseen, por tanto, perjudicarse mutuamente al ejercer sus derechos sobre la empresa en participación.*”(sublinhado nosso). Ou ainda na língua Inglesa “*Very exceptionally, collective action can occur on a de facto basis where strong common interests exist between the minority shareholders to the effect that they would not act against each other in exercising their rights in relation to the joint venture.*”(sublinhado nosso)

Comunicação da Comissão não obrigar a Autoridade da Concorrência, que, em matéria de concentrações, aplica exclusivamente a Lei da Concorrência, a Autoridade da Concorrência utilizou um critério que, ao contrário do que defendem as Notificantes, é conforme ao que também é defendido pela própria Comissão e acolhido na referida Comunicação.

101. De qualquer modo, a intensidade e duração do relacionamento descrito entre a Farminústria e a JMP II, claramente resultante dos elementos acima descritos, demonstra a existência de interesses comuns tais que, não só estas não desejam prejudicar-se mutuamente aquando da votação de matérias comerciais estratégicas no seio da Alliance Unichem, como têm fortes incentivos para que a Farminústria e a JMP II votem em conjunto estas matérias - pois de outro modo poderiam fazer perigar a forte relação existente na José de Mello Saúde e JMRS.

Acção concertada na aquisição das participações sociais na Alliance Unichem

102. Para além destes incentivos para que actuem em conjunto no seio da Alliance Unichem, acresce que a aquisição das participações sociais da Alliance Unichem foi feita em conjunto e concertadamente pela Farminústria e JMP II.

Senão vejamos:

103. Foi a Farminústria que despoletou a presente operação, apresentando-se junto da *Alliance Santé* para a compra das participações sociais, tendo-lhe sugerido a JMP II como adquirente de 2% do capital social⁴⁶.
104. Foi depois também a Farminústria a desenvolver todos os contactos com a JMP II⁴⁷ necessários para a concretização desta operação.

⁴⁶ Vide, declarações do Dr. João Cordeiro contidas na Acta da Assembleia-geral de Delegados da ANF de 4 de Junho 2005 (p. 37) relativo a uma conversa mantida com o representante do “Board” da “Alliance” “vou-lhe fazer uma proposta: a proposta é adquirirmos com um outro parceiro nosso, cinquenta e um por cento”.

⁴⁷ Vide, declarações do Dr. João Cordeiro contidas na Acta da Assembleia Geral de Delegados da ANF de 4 de Junho 2005 (p. 48) – “porque é um parceiro estratégico [José de Mello] para nós na área da

105. Estes contactos culminaram na realização dos contratos promessa e de compra e venda (conforme descritos *supra* nos pontos 38 e seguintes) na mesma data e em simultâneo⁴⁸. Assim, por um lado, os contratos promessa foram celebrados no mesmo dia 4 de Junho de 2005, e por outro, as Notificantes formalizaram, no dia 28 de Junho, num só contrato, a compra e venda das acções em causa⁴⁹.
106. Sublinha-se, que, logo após a celebração do Contrato de Compra e Vendas de Acções, foi nomeado para o cargo de presidente do Conselho de Administração da Alliance Unichem o Presidente do Conselho de Administração da Farminústria e da Direcção da ANF, o Dr. João Cordeiro.
107. Assim, além dos importantes interesses comuns entre a Farminústria e JMP II, anteriormente referidos, demonstra-se agora que estas empresas agirem de forma concertada na aquisição da maioria do capital social da Alliance Unichem.

Conclusão

108. Deste modo, ficou amplamente comprovado que a *Alliance Santé* será “obrigada” a chegar a um entendimento comum com a Farminústria e JMP II sobre a estratégia comercial da Alliance Unichem, ou seja, a Farminústria e a JMP II, por um lado, e a Alliance Santé, por outro, exercem uma influência determinante sobre a Alliance Unichem de forma estável e duradoura.
109. Não se pode deixar de referir que este é, aliás, o entendimento do próprio Presidente do Conselho de Administração Farminústria (e da Direcção da ANF)

Saúde e resolvemos também que ele apanhasse esta boleia” e na p. 38 do mesmo documento “que manifestaram total concordância na participação neste negócio” (negrito nosso). Ver ainda a resposta das notificantes à questão 19 do pedido de informações da Autoridade da Concorrência de 5 de Junho de 2006.

⁴⁸ Ver a resposta das notificantes à questão 20 do pedido de informações da Autoridade da Concorrência de 5 de Junho de 2006.

⁴⁹ A inclusão, logo nos Contratos-Promessa, do Acordo Parassocial em anexo, com redacção muito semelhante ao que veio a ser assinado afinal, é também revelador das negociações constantes entre as partes e uma acção conjunta concertada.

ao afirmar, em Assembleia de Delegados da ANF, e quando explicava a compra e venda de acções da Alliance Unichem aos associados, que: [...] ⁵⁰.

Em resumo:

110. Conclui-se que a argumentação deduzida pelas Notificantes, no sentido de que existe um controlo exclusivo da *Alliance Santé* sobre a Alliance Unichem, não pode proceder.
111. A Farminústria e a JMP II têm, em conjunto, 51%, ou seja, a maioria do capital social da Alliance Unichem, pelo que poderão, em conjunto, bloquear decisões estratégicas na Alliance Unichem.
112. Essa possibilidade encontra-se fortalecida contratualmente por um número de disposições contidas no Acordo Parassocial Este prevê a possibilidade da Farminústria e a JMP II nomearem [maioria] administradores do Conselho de Administração da Alliance Unichem, e a consagração explícita de um mecanismo de resolução de impasse descrito [...], onde a *Alliance Santé*, por um lado, e a Farminústria e a JMP II, por outro, têm os mesmos poderes de bloqueio. Prevê, ainda, também este Acordo Parassocial, que [...].
113. A actuação em bloco da Farminústria e JMP II, é amplamente demonstrada pela existência de importantes interesses comuns entre estas empresas. Importantes interesses comuns, tais que, no exercício dos seus direitos de voto em matéria de decisões comerciais estratégicas na Alliance Unichem, a Farminústria e JMP II nunca desejariam prejudicar-se mutuamente.
114. Estes interesses comuns consubstanciam-se, entre outros, em participações da Farminústria, que embora minoritárias, são significativas na José de Mello Saúde e JMRS.

⁵⁰ Vide Acta da Assembleia Geral de Delegados da ANF de 04 de Junho 2005 (p. 51).

115. Tanto assim, que a Farmindústria tem administradores seus em importantes posições no Conselho de Administração das referidas empresas do Grupo José de Mello – sendo, por exemplo o Vice-Presidente da ANF também Vice-Presidente da José de Mello Saúde, ou ainda um administrador da Farmindústria o presidente do Conselho Executivo do Hospital Amadora Sintra, Sociedade Gestora, S.A. – uma das mais importantes sociedades detidas pela José de Mello Saúde.
116. Outro facto que demonstra a existência de interesses comuns, para efeitos de controlo conjunto, foi que a forma como a Farmindústria e JMP II, em conjunto, ao mesmo tempo e de forma concertada, procederam à aquisição de participações na Alliance Unichem.
117. Por estas razões, a *Alliance Santé* será “obrigada” a chegar a um entendimento comum com a Farmindústria e JMP II sobre a política comercial da Alliance Unichem, detendo, por isso, através da presente Transacção o controlo conjunto desta última, em conjunto com a *Alliance Santé*.
118. Invoca-se, mais uma vez, a este propósito a asserção inequívoca do Tribunal da Relação a propósito da presente Transacção: “*ao invés do alegado pela Agravante [JMP II], do acordo Parassocial decorre uma passagem de controlo exclusivo da Alliance Santé sobre a Alliance Unichem para um controlo conjunto desta por aquelas e pela Farmindústria.*”⁵¹ [...](sublinhado nosso).
119. Nestes termos, e na medida em que a *Alliance Santé* deixa de deter um controlo exclusivo sobre a Alliance Unichem, partilhando agora esse controlo com a Farmindústria e a JMP II, actuando em conjunto, operou-se uma alteração estrutural na Alliance Unichem, pelo que a presente operação constitui uma operação de concentração, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 8.º da Lei 18/2003, conjugado com o n.º 3 do mesmo artigo.

⁵¹ Vide, [...]

IV – DA OBRIGATORIEDADE DE NOTIFICAÇÃO

120. A obrigatoriedade de notificação prévia de uma concentração decorre do cumprimento de, pelo menos, uma das condições previstas no n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, designadamente:

- a) Em consequência da sua realização se crie ou reforce uma quota superior a 30% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste.
- b) O conjunto das empresas participantes na operação de concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 150 milhões de euros, líquidos dos impostos com este directamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas seja superior a dois milhões de euros.

121. Com efeito, por um lado, e conforme resulta dos Quadros 1, 2 e 3 *supra* a operação projectada preenche, desde logo, os requisitos de aplicação da alínea b), do n.º 1, do art. 9, da Lei da Concorrência, condição relativa “ao limiar do volume de negócios”. Com efeito, o conjunto das empresas participantes na operação de concentração, realizaram, em Portugal, no ano de 2005, um volume de negócios bastante superior a 150 milhões de euros, líquidos dos impostos com estes directamente relacionados.

V – CLÁUSULAS RESTRITIVAS ACESSÓRIAS

122. Da avaliação efectuada pela Autoridade ao Acordo Parassocial, verificou-se que esta contém uma cláusula de não concorrência (artigo 1º do Acordo Parassocial com epígrafe “Âmbito de actividade da Sociedade; Não Concorrência”), pelo que importa analisar se esta deverá ser considerada abrangida pelo artigo 12.º, n.º 5 da

Lei da Concorrência. Isto é, importa analisar se esta disposição contratual deverá ser considerada directamente relacionada e necessária à realização da concentração.

123. Nos termos do referido Artigo 1.º do Acordo Parassocial [Cláusula de não concorrência].
124. Ora, resulta da prática da Autoridade⁵² que cláusulas restritivas poderão ser consideradas como acessórias a operações de concentração (i) se, na ausência de tais disposições a operação de concentração não se realizaria, na medida em que aumentaria, de forma inaceitável, as dificuldades na sua concretização e (ii) teria que estar economicamente relacionada com a concentração.
125. Deste modo, e na estrita medida em que uma cláusula de não concorrência seja a expressão da saída do mercado onde se encontra activa a empresa comum, por parte das empresas que a controlam, esta cláusula poderá ser considerada como necessária e directamente relacionada à operação de concentração e por isso abrangida pelo artigo 12.º n.º 5 da Lei da Concorrência.
126. Resulta ainda que, só poderia ser considerada como necessária e directamente relacionada à operação de concentração a obrigação de não concorrência enquanto a *Alliance Santé*, Farmindústria e JMP II, deterem o controlo da Alliance Unichem.
127. Não se encontra, desta forma, abrangida pelo n.º 5 do artigo 12.º da Lei da Concorrência, a obrigação de não concorrência sob análise, para além do período em que as empresas mães em causa deixem de ter o controlo da Alliance Unichem.

⁵² Vide, a título de exemplo, as Decisões proferidas no âmbito dos processos Ccent. 33/2005 – *HPIA (Baxi)* / *ROCA AQUECIMENTO*, Ccent. 21/2006 – GRUPO PESTANA / INTERVISA, entre outros.

VI – MERCADO RELEVANTE

6.1. *Introdução*

128. A Alliance Unichem está activa, em Portugal, no sector da prestação de serviços de compra, aprovisionamento e distribuição grossista de medicamentos e de outros produtos de saúde.
129. A Alliance Unichem abastece-se junto dos laboratórios produtores de medicamentos e especialidades farmacêuticas armazenando esses produtos nos seus sete (7) centros de distribuição que lhe permitem ter uma cobertura nacional e realizar entregas diárias aos seus clientes, farmácias e outros estabelecimentos de distribuição retalhista⁵³.
130. Neste sentido, a presente Decisão, tendo em linha de apreciação a actividade desenvolvida pela empresa adquirida, a Alliance Unichem, terá em consideração o sector da prestação de serviços de distribuição grossista (que inclui necessariamente a respectiva compra junto dos produtores e o aprovisionamento) de medicamentos e de outros produtos de saúde.

6.2 *Posição das Notificantes quanto aos mercados relevantes*

131. As Notificantes entendem que o mercado relevante para efeitos da apreciação da presente Transacção é o mercado da distribuição por grosso de produtos farmacêuticos, o que, acrescentam as notificantes, “*segue a prática decisória da Autoridade da Concorrência*”.⁵⁴
132. Ainda assim, as Notificantes consideram que não será necessário chegar a uma conclusão definitiva quanto à definição do mercado relevante, uma vez que, qualquer que seja a definição adoptada ao nível do mercado do serviço ou ao nível

⁵³ De forma muito residual, a Alliance Unichem oferece ainda serviços de armazenagem e distribuição a empresas terceiras, incluindo laboratórios e/ou outros grossistas.

⁵⁴ Citando, para o efeito, na Notificação, a Decisão da Autoridade da Concorrência no procedimento Ccent n.º 40/2004 – OCP PORTUGAL/SOQUIFA.

do mercado geográfico, a concentração sob análise não produzirá qualquer efeito substantivo negativo sobre a estrutura da concorrência, naqueles mercados.

133. Por outro lado, e baseando-se ainda na referida “*prática decisória*” da Autoridade da Concorrência, entendem as Notificantes que o mercado geográfico relevante, para efeitos da apreciação da presente Transacção, é de âmbito nacional.

6.3 Posição da Autoridade

6.3.1 Do mercado de produto

134. Nos termos do artigo n.º 3º, alínea n) do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto⁵⁵, a actividade de distribuição por grosso de medicamentos é definida como a “*actividade de abastecimento, posse, armazenagem ou fornecimento de medicamentos destinados à transformação, revenda ou utilização em serviços médicos, unidades de saúde e farmácias, excluindo o fornecimento ao público*”
135. Esta actividade de distribuição por grosso de medicamentos está sujeita a autorização e respectiva fiscalização pelo Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento (“INFARMED”), nos termos do artigo 94.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 176/2006 de 30 de Agosto.
136. Já no que respeita à actividade de distribuição por grosso de outros produtos de saúde, não existe a necessidade de obtenção de autorização do INFARMED para a distribuição deste tipo de produtos. Por outros produtos de saúde entende-se, entre outros, produtos de dermocosmética, produtos dietéticos e suplementos alimentares (doravante designados por “Outros Produtos de Saúde”).

⁵⁵ Este Diploma veio revogar o Decreto-Lei n.º 135/95, de 9 de Junho, e demais legislação complementar, na redacção resultante do Decreto- Lei n.º 134/2005, de 16 de Agosto.

137. Assim, quando se refere a distribuição por grosso de medicamentos, inclui-se a distribuição de produtos classificados como medicamentos nos termos do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto⁵⁶.
138. Entre os medicamentos incluem-se tanto os Medicamentos Sujeitos a Receita Médica (doravante “MSRM”) e Medicamentos Não Sujeitos a Receita Médica (doravante “MNSRM”) Comparticipados⁵⁷, como ainda os Medicamentos Não Sujeitos a Receita Médica Não Comparticipados (doravante “MNSRM Não Comparticipados”).
139. De acordo com as informações recolhidas junto da indústria, esta inclui ainda no seu tratamento de MNSRM Não Comparticipados, outros produtos que, não sendo medicamentos pela letra da lei⁵⁸, são considerados como potenciais substitutos de, pelo menos, alguns MNSRM Não Comparticipados^{59 60}. Desta forma, na presente decisão quando se refere MNSRM Não Comparticipados estes incluem estes outros produtos⁶¹.
140. Tradicionalmente, todos os medicamentos só poderiam, por fruto da legislação em vigor até Setembro de 2005, ser comercializados em farmácias, postos de medicamentos e Misericórdias, no entanto com a entrada em vigor, a 15 de Setembro de 2005, do Decreto-Lei n.º 134/2005, de 16 de Agosto, que estabelece

⁵⁶ Na definição dada pelo artº 3º, nº1, alínea ee) do Decreto-Lei n.º 176/2006 de 30 de Agosto, por medicamentos entende-se “*toda a substância ou associação de substâncias apresentada como possuindo propriedades curativas ou preventivas de doenças em seres humanos ou dos seus sintomas ou que possa ser utilizada ou administrada no ser humano com vista a estabelecer um diagnóstico médico ou, exercendo uma acção farmacológica, imunológica ou metabólica, a restaurar, corrigir ou modificar funções fisiológicas*”. Ao abrigo do mesmo diploma (artigo 14.º) a comercialização de medicamentos está dependente da atribuição de uma Autorização de Introdução no Mercado (doravante designada por “AIM”) concedida pelo Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento.

⁵⁷ Os MNSRM Comparticipados têm um PVP fixo, permitindo apenas ao utente beneficiar da comparticipação do Estado caso tenham receita médica e desde que sejam vendidos pelas farmácias.

⁵⁸ Não estão sujeitos a AIM.

⁵⁹ Estes são produtos farmacêuticos que não têm comparticipação do Serviço Nacional de Saúde.

⁶⁰ Esta abordagem equivale à metodologia empregue na compilação de dados efectuados pela empresa IMS Health sob a rubrica “OTC”. A inclusão destes produtos – que não são medicamentos – é feita a pedido da própria indústria farmacêutica para a análise concorrencial do mercado, sendo que esta considera existir um grau de substituíbilidade não despendendo entre alguns MNSRM Não Comparticipados e estes produtos.

⁶¹ Por forma a clarificar as definições apresentadas, esclarece-se que nestes “outros produtos” não são os Outros Produtos de Saúde referidos no ponto 136.

o regime da venda de medicamentos não sujeitos a receita médica fora das farmácias (doravante “Decreto-Lei n.º 134/2005”), os MNSRM Não Comparticipados são produtos passíveis de comercialização fora das farmácias, em locais autorizados pelo efeito pelo INFARMED, em estabelecimentos que serão, para efeitos da presente decisão, designados como “Parafarmácias”⁶².

141. Desta forma, a legislação que regula a distribuição grossista de medicamentos sofreu também adaptações, estando agora estipulado, na alínea g) do n.º 1 do Artigo 100.º Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, que um titular de autorização de exercício da actividade de distribuição por grosso de medicamentos poderá *“distribuir exclusivamente os medicamentos a farmácias, a outros distribuidores por grosso de medicamentos, a entidades autorizadas a adquirir directamente medicamentos ou a locais de venda registados junto do INFARMED, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 134/2005, de 16 de Agosto, que estabelece o regime da venda de medicamentos não sujeitos a receita médica fora das farmácias.”*
142. Foram, aliás, estas alterações legislativas uma das principais razões que levaram a que a Autoridade tivesse considerado a hipótese, na Decisão de Passagem a Investigação Aprofundada, de os serviços de distribuição grossista de MNSRM Não Comparticipados e Outros Produtos de Saúde, por um lado, e os serviços de distribuição grossista de MSRM e MNSRM Comparticipados, por outro, constituírem mercados de serviço distintos.
143. De facto, em sede de investigação aprofundada, a Autoridade observou que aqueles serviços apresentam características dissimilares no que respeita, do lado da procura destes serviços, as (i) características da procura que lhes é dirigida; e (ii) as exigências de serviço ao nível da regularidade e frequência de abastecimento, e (iii) a estrutura de preços.

⁶² Estes estabelecimentos deverão, nos termos do Decreto-Lei n.º 134/2005, integrar ou farmacêuticos ou técnicos de farmácia.

Quanto às características da procura

144. Conforme já referido *supra*, desde a entrada em vigor do novo quadro legislativo, a base possível de clientes para os distribuidores grossistas de medicamentos foi alargada, passando a incluir não só as farmácias (que, como se demonstra *infra*, eram os mais importantes clientes dos operadores grossistas), como agora também as Para-farmácias.
145. Assim, resulta do exposto que, enquanto para a comercialização de MSRM e MNSRM Não Participados o único canal de comercialização é o canal farmácia, já no que se refere aos MNSRM Não Participados, estão estas farmácias em concorrência, na venda a retalho, com as Para-farmácias.
146. No caso dos Outros Produtos de Saúde, por incluírem um amplo espectro de produtos, tais como, por exemplo, produtos de dermo-cosmética, o leque de clientes é substancialmente superior, devendo acrescentar-se todos os estabelecimentos de venda a retalho que comercializem esses produtos, ou seja, está-se perante um universo vasto de estabelecimentos que incluem, entre outros, supermercados.
147. Por outro lado, a procura de MSRM e MNSRM Participados no mercado grossista, por parte das farmácias é independente da sua vontade, sendo em larga medida definida pelo prescriptor em função da(s) patologia(s) apresentada pelo cliente⁶³. Desta forma, o poder de gestão da farmácia da sua própria procura destes medicamentos no mercado grossista é extremamente limitado.
148. Acresce que, tanto os MSRM, como os MNSRM Participados, têm um Preço de Venda ao Público (“PVP”) cuja determinação é fixada por Portaria, e, no caso

⁶³ Com a excepção dos medicamentos genéricos, onde o farmacêutico retêm a possibilidade de trocar o medicamento de marca pelo genérico equivalente. No entanto, ao médico resta sempre a discricionariedade de retirar ao farmacêutico essa possibilidade. Se considerar que o factor relevante de análise não será tanto o da apresentação do medicamento, mas sim o da substância activa (ou grupo terapêutico) então a questão deixa de ser considerada, uma vez que, deste ponto de vista, será sempre o agente prescriptor a tomar a decisão.

dos MNSRM Comparticipados, o utente deverá adquiri-los mediante a apresentação de uma receita médica, caso pretenda beneficiar da respectiva comparticipação do Estado.

149. Já os MNSRM Não Comparticipados são produtos farmacêuticos que não têm qualquer tipo de comparticipação por parte do Serviço Nacional de Saúde, não existindo qualquer fixação administrativa de preços para este tipo de medicamentos.
150. Pelo contrário, no caso dos MNSRM Não Comparticipados e dos Outros Produtos de Saúde, os retalhistas (que neste caso incluem também as parafarmácias) podem, com muito maior grau de liberdade, influenciar a sua própria procura, uma vez que dispõem de vários instrumentos de *marketing* que lhes permitem influenciar a escolha do consumidor final.⁶⁴
151. Dada a existência, por parte dos retalhistas – farmácias e Parafarmácias - dessa capacidade de influência e controlo sobre a sua própria procura de MNSRM Não Comparticipados e Outros Produtos de Saúde nos mercados grossistas, os laboratórios assumem também um importante papel na distribuição directa e esforço de comercial junto dos estabelecimentos a retalho.
152. Tal foi corroborado pelos dados fornecidos pelos próprios laboratórios, no âmbito da investigação efectuada. De facto, verifica-se que as vendas directas dos laboratórios, no conjunto das vendas aos canais grossistas e retalhistas, representam menos de [<5] % do total no caso dos MSRM e MNSRM Comparticipados, e de cerca de [20-30] % no caso dos MNSRM Não Comparticipados.
153. Os retalhistas, isto é, os clientes da distribuição grossista, têm um poder negocial claramente distintos em função de se tratar de MSRM, de MNSRM Não Comparticipados, ou ainda de Outros Produtos de Saúde.

⁶⁴ Quer por via do aconselhamento directo, quer ainda, por exemplo, pela forma de apresentação dos produtos no local de venda.

154. Estas diferentes características que apresenta a procura, constituem importantes indicadores de que a distribuição grossista de medicamentos e Outros Produtos pode ser segmentada, consoante o tipo de produto em causa - MSRM e MNSRM Comparticipados, por um lado, e MNSRM Não Comparticipados, e ainda Outros Produtos, por outro lado.
155. Resultou ainda que, conforme exposto, os Outros Produtos de Saúde apresentam características que permitem concluir que este consiste ainda num segmento autónomo.
156. Não só existem uma panóplia de retalhistas possíveis, como o facto de qualquer grossista poder distribuir estes Outros Produtos de Saúde⁶⁵, significa que este segmento deverá constituir um mercado de produto distinto, no caso designado como o mercado grossista de Outros Produtos de Saúde. Admite-se, ainda, que este mercado poderá vir ainda a justificar uma maior segmentação, pelos diversos tipos de produtos que o compõem, no entanto, tal não se revela necessário para efeitos da presente operação.

Características de fornecimento dos produtos em causa

157. Outras características aferidas durante a instrução vieram reforçar a necessidade de se proceder à segmentação de mercados *supra* exposta.
158. Com efeito, também as exigências ao nível das necessidades de abastecimento destes produtos, demonstram as diferentes características existentes.
159. O facto das vendas das farmácias serem sobretudo constituídas pelos MSRM e MNSRM Comparticipados (cerca de 80 a 90%)⁶⁶, indica que é este o segmento de mercado que determina os níveis de serviço exigidos aos operadores grossistas.

⁶⁵ Pois não têm necessidade de obter autorização do INFARMED para o fazer.

⁶⁶ Com base nos dados relativos aos grossistas.

160. Deste facto, poderia resultar, à primeira vista, que é o tipo de retalhista em causa que determina a frequência de abastecimentos (conforme resultava da Decisão de Investigação Aprofundada).
161. No entanto, constatou-se, em fase de investigação aprofundada, que a frequência de abastecimento por parte de grossistas que não actuavam no mercado dos MSRM e MNSRM Comparticipados, era substancialmente inferior à dos restantes, sendo comparáveis às frequências observadas no abastecimento às Parafarmácias (que, recorde-se, apenas comercializam MNSRM Não Comparticipados e Outros Produtos de Saúde).
162. Isto é, apurou-se que um factor determinante na frequência de abastecimentos é o tipo de produtos em causa e não o tipo de estabelecimento de retalho.
163. Dos dados fornecidos pelos grossistas e farmácias, resultou que os MSRM e MNSRM Comparticipados exigem uma maior frequência de abastecimento (2 a 3 abastecimentos diários em média), do que os MNSRM Não Comparticipados. Dos dados recolhidos junto dos retalhistas, estes são abastecidos com menor regularidade (3 a 4 vezes por semana, ou mais).
164. Este é mais um indicador no sentido da segmentação entre distribuição grossista de MSRM e MNSRM Comparticipados, por um lado, e MNSRM Não Comparticipados.

Preços

165. Também pela forma como são determinados os preços dos produtos, se evidenciam diferenças substanciais que permitem diferenciar os mercados da forma *supra* descrita. Tal fica a dever-se, essencialmente, ao regime legal de determinação dos preços dos medicamentos sujeitos ou não a receita médica.
166. Em termos mais concretos, o preço de venda ao público de MSRM e MNSRM Comparticipados, é calculado com base em margens de comercialização

sucessivas (grossista e retalhista) sobre um preço de aquisição (PVA),⁶⁷ que é, por sua vez, calculado com base em critérios comparativos, com especialidades farmacêuticas idênticas em Espanha, França e Itália.⁶⁸

167. Resultou da investigação encetada, que os grossistas apresentam os preços dos MSRM e MNSRM Comparticipados, em função do PVP (determinado pela fórmula *supra* descrita) e sobre o qual incide uma série mais ou menos complexa de descontos, cujo efeito final consiste na apropriação, por parte da farmácia, de uma margem superior à determinada pela Portaria, em detrimento directo - dado que o PVP é fixo - da margem do operador grossista.
168. Embora as respostas fornecidas indiquem a existência de sistemas de descontos distintos, é possível tipificá-los da seguinte forma: (i) um desconto normalmente designado por “desconto comercial”, que equivale à margem máxima de comercialização definida por Portaria; (ii) um desconto de quantidade, em função das quantidades compradas ao longo de um período de tempo pré-determinado⁶⁹; (iii) um desconto comumente designado por “financeiro”, que varia consoante os prazos de pagamento e, por vezes; (iv) um *rappel* aplicado em função do volume total de vendas calculado no mesmo período de tempo escolhido para os descontos de quantidade.
169. Por outro lado, quer nos MSRM Não Comparticipados, quer nos Outros Produtos de Saúde, não existe qualquer fixação de margens máximas nem de PVP. Embora os grossistas *full-line*⁷⁰ mostrem tendência em aplicar, neste mercado, uma estrutura de condições comerciais semelhante à dos medicamentos de PVP fixo, existem distribuidores com sistemas de desconto mais simples.

⁶⁷ Preço de Venda ao Armazenista.

⁶⁸ Vide Portaria n.º 29/90, de 13 de Janeiro, para a forma de determinação do PVA e PVP.

⁶⁹ Este período pode ser semanal, quinzenal ou mensal

⁷⁰ Como será melhor definido na descrição da Estrutura da Oferta contido na Secção VII Avaliação Jus-Concorrencial, estes grossistas *full-line* são empresas que possuem, em permanência, *stocks* de uma ampla gama de medicamentos.

170. Estas diferenças implicam que a concorrência entre grossistas é consubstanciada, via preço, de forma distinta. O regime de preços fixos torna o sistema menos transparente, sendo que a concorrência se efectua apenas sobre um sistema complexo de descontos sobre o PVP. Por outro lado, os mercados de preço livre, apresentam o preço de venda como factor concorrencial directo (o que não invalida a existência de descontos, tornando-os potencialmente mais transparentes e facilitando a comparação).
171. Deste modo da investigação realizada resultou a identificação de três mercados relevantes distintos. Em concreto:
- (i) *O mercado da distribuição por grosso (incluindo compra e armazenamento) de MSRM e MNSRM Comparticipados;*
 - (ii) *O mercado de distribuição por grosso (incluindo compra e armazenamento) de MNSRM Não Comparticipados;*
 - (iii) *O mercado de distribuição por grosso (incluindo compra e armazenamento) de Outros Produtos de Saúde.*

6.3.2 Mercado Geográfico Relevante

172. Diga-se já, e atendendo à regulamentação nacional da actividade de distribuição por grosso de produtos farmacêuticos, que a Autoridade da Concorrência aceita que o mercado geográfico não será mais lato que o nacional.
173. Refira-se também que da definição de mercado geográfico relevante são desconsideradas as Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores. Nestas regiões, as estruturas dos mercados de serviços de distribuição por grosso de MSRM, MNSRM Comparticipados e MNSRM Não Comparticipados são completamente distintas das existentes em território continental.
174. Existe ainda um conjunto de factores que poderia levar a que o mercado geográfico relevante pudesse assumir contornos regionais, ou seja, ser mais estreito que o mercado nacional.

175. Em primeiro lugar, verifica-se, em ambos os mercados de produto, a coexistência de grossistas de âmbito nacional – a Alliance Unichem e o grupo OCP/Soquifa – com grossistas de âmbito regional, tais como as cooperativas farmacêuticas e empresas como a Botelho & Rodrigues. Daqui se levantou a hipótese – rejeitada em fase de investigação aprofundada – que as condições concorrenciais concretas em cada região pudessem ser suficientemente heterogéneas a ponto de implicar uma definição regional de mercado geográfico.
176. Da investigação junto dos grossistas, das farmácias e das Parafarmácias, constatou-se que, ao nível da política de preços, nenhum operador grossista apresenta condições diferentes consoante a região. Para os grossistas de âmbito nacional as condições são uniformes para todo o país. Para os grossistas de âmbito regional, estes oferecem aos seus clientes condições iguais em toda a sua área geográfica de actividade, o mesmo acontecendo para empresas como a Botelho & Rodrigues que está presente em mais do que uma região não adjacente.
177. Assim, e apesar de em cada região o grossista nacional se defrontar com diferentes entidades no mercado, as condições estruturais de concorrência são similares ou, pelo menos, não serão suficientemente heterogéneas a ponto de originar uma repartição do mercado mais estreita que a nacional (continental).
178. Em segundo lugar, verificou-se que o factor proximidade entre os clientes e os armazéns dos grossistas assume um papel importante na capacidade de manter elevados níveis de serviço, nomeadamente garantindo entregas multi-diárias.
179. Constatou-se que cada armazém terá, em média, um raio de acção máximo (conceito de área de influência)^{71,72} de cerca de 200Km, podendo este alcance

⁷¹ Vide, nomeadamente, as Decisões da Autoridade da Concorrência, nos Processos Ccent. N.º 34/2003 – *Gestiretalho / Irmãos Costa Pais*, de 24.09.2003, Ccent. n.º 19/2005 – *Pingo Doce / Imocom*, de 24.05.2005, para. 31 e Ccent. n.º 35/2005 – *Modelo Continente / Pinto Ribeiro Supermercados*, de 16.06.2005, para. 25 e 27, Ccent. n.º 25/2005 – *Controlauto / Iteuve*, de 25.07.2005, para. 62 e seguintes.

⁷² Vide, nomeadamente, as Decisões da Comissão Europeia, nos Processos IV/M. 1085 – *Promodes / Catteau*, de 06.02.1998, para. 14, COMP/M. 1221 – *Rewe / Meini*, de 03.02.1999, para 18, COMP/M.

variar em função das condições físicas das infra-estruturas rodoviárias, da densidade de clientes e do número médio de entregas diárias dos clientes da zona servida por esse armazém.

180. Das respostas obtidas junto dos grossistas, verificou-se, por outro lado, que as necessidades de entrega bi-diárias, por exemplo, são compatíveis com tempos de entrega (só transporte) de cerca de 2 horas e respectivo *lead-time* de cerca de 2h45m. Os valores, no entanto, podem chegar às 4 horas de tempo de entrega para frequência bi-diária.
181. O tratamento da informação obtida junto dos grossistas, nomeadamente no que diz respeito à distribuição geográfica dos armazéns bem como das respectivas áreas de influência não permitiu identificar de forma clara qualquer tipo de padrão regional nas entregas.
182. Em fase de passagem a investigação aprofundada, foram identificadas de forma preliminar 3 regiões: (i) Zona Norte, composta pelos distritos de Viana do Castelo, Braga, Porto, Aveiro, Vila Real e Bragança; (ii) Zona Centro, composta pelos distritos de Viseu, Guarda, Coimbra, Castelo Branco e Leiria e; (iii) Zona Sul, composta pelos distritos de Lisboa, Setúbal, Santarém, Portalegre, Évora, Beja e Faro.
183. Ora desta divisão resulta clara um conjunto de sobreposições das áreas de influência dos diversos armazéns dos distribuidores grossistas. Em termos de distritos, é possível assim identificar-se, para cada par de regiões, uma conjunto de “distritos de transição”, definidos como aqueles cuja cobertura pode ser efectuada por armazéns localizados em regiões adjacentes: (i) entre a Zona Norte e a Zona Centro, os distritos de Viseu, Aveiro e Coimbra; (ii) entre a Zona Centro e a Zona Sul: distritos de Castelo Branco e Portalegre.

184. Para a análise e identificação dos designado “distritos de transição” e que consubstanciam uma sobreposição das áreas de influência das redes de armazéns dos grossistas, é tido em consideração o limite de 200Km referido supra. Assim, verifica-se que nos distritos identificados no ponto anterior, uma percentagem economicamente significativa de farmácias é passível de ser fornecida em condições similares por estruturas de armazenagem e distribuição localizadas em regiões adjacentes.
185. Para efeitos de determinação da “percentagem economicamente significativa”⁷³ de farmácias, considerou-se que, desde que a área de influência de um armazém de determinado distrito, numa determinada região, inclua a capital de outro distrito adjacente, noutra região, o requisito se encontra cumprido. Assume-se assim que em cada distrito, as farmácias das cidades capital de distrito (e arredores) constituem, por si só, uma proporção suficiente do total de farmácias desse mesmo distrito.
186. A título de exemplo, refira-se que o distrito de Viseu – pertencente à Região Centro – poderá ser servido quer por armazéns em Vila Real – pertencente à Região Norte – dado que os centros das duas cidades (Vila Real e Viseu) distam cerca de 100Km. Da mesma forma, também o distrito de Aveiro – Região Norte – pode servir o distrito de Viseu (cerca de 90Km entre Aveiro e Viseu). O mesmo de passa entre Coimbra – Região Centro – e Aveiro – Região Norte (cerca de 65Km entre cidades)
187. Assim sendo, e face ao supra referido, está-se perante um fenómeno de “cadeias de substituição” entre áreas de influência, de acordo com a prática decisória da Autoridade da Concorrência e da Comissão Europeia.^{74,75}

⁷³ Proporção mínima suficiente de unidades de retalho “disputáveis” por redes alternativas de armazéns, de tal forma a que um hipotético operador dominante na região não consiga, de forma lucrativa, aumentar de forma não transitória os seus preços dado que parte da procura se deslocará para fornecedores alternativos – neste caso, do ponto de vista da localização geográfica.

⁷⁴ Ora, o argumento das “cadeias de substituição” é referido na *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência* (Jornal Oficial nº C 372 de 09/12/1997, pgs. 5-13), onde se argumenta que em determinados casos, a existência de

188. Por outro lado, importa ainda realçar dois factores relevantes. O primeiro está relacionado com as exigências de entrega, nomeadamente quanto às frequência multi-diárias e *lead-times* curtos. Conforme o exposto anteriormente, este nível de exigência só diz respeito ao mercado de distribuição por grosso de MSRM e MNSRM Comparticipados, uma vez que, pelo seu volume face ao conjunto dos dois mercados bem como ao seu peso no total das vendas dos retalhistas (incluindo as próprias Parafarmácias), a distribuição grossista de MNSRM Não Comparticipados não necessita de cumprir *per se*, estes requisitos qualitativos. Tanto é corroborado pelas respostas obtidas junto das farmácias e Parafarmácias.⁷⁶
189. O segundo factor prende-se com a relevância do binómio tempo/frequência de entrega na decisão de escolha, por parte das farmácias, dos seus fornecedores de MSRM e MNSRM Comparticipados. Ora, da investigação resultou que, embora constitua um dos factores mais importantes na escolha de fornecedor, não pode ser dissociado de outro ao qual foi atribuído, em sede de resposta, igual importância: as condições comerciais (preços, descontos e prazos de pagamento). Daqui se depreende a existência de flexibilidade suficiente, por parte das farmácias, de numa hipotética situação de um grossista dominante numa determinada região vir a aumentar de forma sustentada os preços, estas virem, numa proporção economicamente significativa a procurar alternativas viáveis nas regiões adjacentes⁷⁷, dado existirem sobreposições de áreas de influência dos armazéns, conforme supra se explicitou.

cadeias de substituição pode levar a que seja definido um mercado relevante em que os produtos ou as áreas situadas nos extremos do mercado não são directamente substituíveis.

⁷⁵ Vide, nomeadamente, as Decisões da Comissão Europeia, nos Processos COMP/M. 1221 – *Rewe / Meindl* e COMP/M. 1684 – *Carrefour / Promodes*, supra referidas e ainda a Ccent. n.º 25/2005 – *Controlauto / Iteuve*, de 25.07.2005, para. 62 e seguintes.

⁷⁶ Poder-se-ia, nesta altura, colocar a questão de as próprias áreas de influência serem diferentes de acordo com o mercado em questão dadas as inferiores exigências de frequência e tempo. Repare-se que alguns operadores grossistas que não operam no mercado de distribuição grossista de MSRM e MNSRM Não Comparticipados fazem-no de um único armazém de onde servem todo o país.

⁷⁷ Ou seja, esse grossista dominante nessa região seria incapaz de proceder de forma lucrativa à subida de preços. A substituíbilidade entre regiões na forma descrita resulta do facto de o mercado geográfico ser, no mínimo, mais lato do que a região originalmente considerada.

190. Em suma, e no que diz respeito ao mercado geográfico relevante, e dado que: (i) que não existem condições concorrenciais intrinsecamente distintas de região para região e os grossistas de âmbito nacional aplicam a mesma política em todo o território continental; (ii) que das regiões definidas em sede de investigação aprofundada resulta um conjunto sucessivo de sobreposições de áreas de influência; (iii) que das respostas das farmácias se depreende a existência de adaptabilidade a alterações dos padrões de fornecimentos e, ainda; (iv) que das zonas de sobreposição se retira a capacidade efectiva de os armazéns de uma determinada região cobrirem uma outra região adjacente, o que dá origem às chamadas “cadeias de substituição”; então não existem razões objectivas para se concluir por outra definição de mercado geográfico que não seja a nacional (continental), quer para o mercado de distribuição por grosso de MSRM e MNSRM Comparticipados, quer, por maioria de razão⁷⁸, para o mercado de distribuição por grosso de MNSRM Não Comparticipados.

6.3.3 Mercado Relevante: Conclusão

191. Pelas razões expostas identificaram-se três mercados relevantes distintos. Em concreto:

- (i) O *mercado nacional da distribuição por grosso (incluindo compra e armazenamento) de MSRM e MNSRM Comparticipados;*
- (ii) O *mercado nacional de distribuição por grosso (incluindo compra e armazenamento) de MNSRM Não Comparticipados;*
- (iii) O *mercado nacional de distribuição por grosso (incluindo compra e armazenamento) de Outros Produtos de Saúde.*

192. Verificou-se que a Alliance Unichem tem uma presença meramente residual e não significativa no mercado grossista de Outros Produtos de Saúde, sendo somente um operador entre uma multiplicidade de outros operadores grossistas de Outros Produtos de Saúde. Por estes motivos, e dado que, a presente Transacção não terá

⁷⁸ Dado que os requisitos de frequência e tempos de entrega são substancialmente inferiores.

qualquer impacto jus-concorrencial neste mercado relevante, este não será alvo de apreciação adicional.

VII – AVALIAÇÃO JUSCONCORRENCIAL

7.1 Enquadramento

193. Conforma já referido anteriormente, a actividade de distribuição por grosso de medicamentos está sujeita a autorização e respectiva fiscalização pelo Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento (INFARMED), nos termos do artigo 94.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto⁷⁹.
194. Trata-se de uma autorização administrativa, que visa assegurar, através da imposição de determinados requisitos referentes às instalações, uma boa conservação e distribuição dos medicamentos, atendendo à sensibilidade dos mesmos.
195. Importa ainda referir que o preço máximo dos medicamentos comparticipados é fixado pelo INFARMED, porquanto a margem de comercialização dos grossistas, neste tipo de medicamentos, está também ela sujeita a um limite máximo, actualmente situando-se em 6,87%⁸⁰ do preço de venda ao público.
196. Resultou da instrução, no entanto, que apesar das margens máximas de comercialização para os grossistas serem fixadas, os vários operadores grossistas concorrem através da oferta de descontos de quantidade e através dos prazos de pagamento oferecidos, aos seus clientes. Estas duas condições comerciais foram, aliás, consideradas pelas farmácias consultadas durante o procedimento, como dos principais critérios de escolha do grossista.

⁷⁹ Este Diploma veio revogar o Decreto-Lei n.º 135/95, de 9 de Junho, e demais legislação complementar, na redacção resultante do Decreto-Lei n.º 134/2005, de 16 de Agosto.

⁸⁰ Vide, Portaria n.º 30-B/2007, de 5 de Janeiro de 2007.

197. Já os MNSRM Não Participados têm o preço de venda ao público liberalizado (nos termos descritos nos pontos 165 *supra*).
198. Também a actividade retalhista de distribuição de produtos farmacêuticos e outros produtos de saúde está sujeita a autorização e fiscalização do INFARMED. Contudo, o nível de requisitos e obrigações legais impostos aos retalhistas difere consoante se tratem de farmácias ou de locais autorizados à venda de medicamentos não sujeitos a receita médica (MNSRM), ou seja, para efeitos da presente Decisão, Para-farmácias.
199. As primeiras vendem ao público, todos os tipos de medicamentos, independentemente de estarem, ou não, sujeitos a receita médica e de serem, ou não, participados. As segundas, só poderão comercializar certos tipos de produtos, nomeadamente MNSRM Não Participados e Outros Produtos de Saúde.
200. O funcionamento de qualquer farmácia, está sujeito a um processo prévio de licenciamento, nos termos da legislação em vigor, que envolve as autoridades de saúde, as autarquias locais e o INFARMED – o Alvará. Tanto a propriedade, como a instalação, a transferência, a transmissão, assim como a utilização do nome “Farmácia” e o seu próprio funcionamento encontram-se regulados, entre outros, pela Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, pelo Decreto-Lei n.º 48547, de 27 de Agosto de 1968 e pela Portaria n.º 936-A/99, de 22 de Outubro.
201. Saliente-se, ainda, duas características deste regime: a primeira, refere-se à regra da reserva a propriedade das farmácias para os farmacêuticos; a segunda, à regra do concurso público, quer para a atribuição de novas farmácias, quer para as situações de transferência.
202. Os estabelecimentos comerciais que vendem MNSRM, embora careçam de autorização do INFARMED e estejam sujeitos à sua fiscalização, assim como ao cumprimento das obrigações legais relativas ao Sistema Nacional da Farmacovigilância - mais uma vez, por razões garantísticas da qualidade e segurança desses mesmos medicamentos – podem, sem mais, iniciar a sua

actividade. Recorde-se também que estes estabelecimentos apenas podem comercializar MNSR Não Comparticipados e Outros Produtos de Saúde.

203. Os medicamentos representam a vasta maioria dos produtos comercializados pela distribuição grossista e, no que se refere a estes, os MSRM representam uma parcela significativa da comercialização grossista de medicamentos.
204. De facto, em Novembro de 2006, eram classificados como MNSRM, 1583 apresentações, correspondentes a 561 DCIs (Denominação Comum Internacional⁸¹), o que constitui menos de 5% das apresentações actualmente autorizadas no mercado.
205. Deste modo, os MSRM representam cerca de 82% do volume de negócios dos distribuidores grossistas, os MNSRM, 4%, e os Outros Produtos de Saúde correspondem a cerca de 14% daquela actividade grossista.⁸²

7.2 Estrutura da oferta nos mercados relevantes

206. Da instrução realizada pela Autoridade junto de distribuidores grossistas, laboratórios, farmácias, para-farmácias e junto do próprio INFARMED, resultou clara a existência de três tipos de entidades grossistas, derivada da capacidade destes de poderem estar activos na distribuição de todos ou de apenas alguns tipos de produtos, que a Autoridade designa como: (i) os grossistas *full-line*; (ii) os grossistas *short-line*; e (iii) as empresas de logística farmacêutica.
207. Neste sentido, os grossistas *full-line* são empresas que se dedicam à actividade de comércio por grosso de medicamentos e outros produtos de saúde, incluem, na sua actividade, o armazenamento e distribuição dos mesmos. Estas empresas possuem, em permanência, *stocks* de uma ampla gama de medicamentos, sendo

⁸¹ Corresponde à designação comum internacional tal como recomendada pela Organização Mundial de Saúde. *Vide* artº 3º, nº1, alínea m) do Decreto-Lei n.º 176/2006, cit. *supra*.

⁸² Dados fornecidos pelos grossistas, em sede de instrução, do presente procedimento.

portanto, capazes de satisfazer, num curto prazo, várias vezes por dia, qualquer necessidade dos seus clientes.

208. Já os grossistas *short-line* são empresas que apenas têm capacidade para fornecer uma gama limitada de medicamentos e outros produtos de saúde, podendo mesmo definir-se como pequenos *full-liners*, incluindo-se também nesta categoria de grossistas, entre outras, empresas detentoras de AIM que procedem à distribuição e armazenagem dos seus próprios produtos (em instalações próprias ou recorrendo a empresas de logística farmacêutica), ou ainda empresas representantes de entidades detentoras de AIM que procedem à distribuição dos produtos das suas representadas, também recorrendo, por vezes, a empresas logísticas.⁸³
209. Por último, existe um conjunto de entidades que se limitam a oferecer serviços ligados à cadeia logística do medicamento, onde se incluem o armazenamento (ou concessão de espaço de armazenamento) e o transporte. Estes serviços são fornecidos através de contratos de *outsourcing* das funções logísticas, aos produtores de medicamento (laboratórios) no fornecimento do mercado de retalho, ou no fornecimento dos distribuidores grossistas, sendo que neste caso, as entidades que oferecem este tipo de serviços assumem funções de pré-distribuidores (também denominados como *pre-wholesalers*). Note-se, ainda, que alguns grossistas *full-line* fornecem, mesmo que residualmente, serviços de logística a terceiros.
210. No mercado da distribuição por grosso de MSRM e MNSRM participados encontram-se os seguintes principais operadores:
- a. a empresa a adquirir, a *Alliance Unichem*, cujos serviços de distribuição cobrem todo o território nacional continental, com 7 armazéns localizados em Vila Real, Porto, Aveiro, Viseu, Castelo Branco, Lisboa e Alancil.

⁸³ Resultou de contactos havidos entre a Autoridade e o Infarmed que uma das condições da atribuição de licenças no acesso à actividade de distribuição grossistas consiste na manutenção, a todo o tempo, de stocks adequados à actividade regular da empresa. A prática do INFARMED a este respeito tem incidido sobre as quantidades permanentemente disponíveis e não tanto na variedade.

- b. a OCP - Portugal – Produtos Farmacêuticos S.A. (“OCP”), subsidiária do grupo internacional Celesio, que presta, igualmente, serviços em todo o continente, actualmente, com 12 armazéns, também eles dispersos pelo território nacional continental;
- c. a Botelho & Rodrigues, Lda., empresa que presta serviços, sobretudo nos distritos de Lisboa, Setúbal e Braga;

e depois as Cooperativas Farmacêuticas, que tendencialmente, focalizam a sua prestação de serviços numa determinada zona geográfica:

- d. a Codifar – Cooperativa Distribuidora Farmacêutica, CRL (“Codifar”);
- e. a União dos Farmacêuticos Portugueses, CRL (“União”);
- f. a Cofanor - Cooperativa dos Farmacêuticos do Norte, CRL (“Cofanor”);
- g. a Cooprofar - Cooperativa de Proprietários de Farmácia, CRL (“Cooprofar”);
- h. a Farbeira - Cooperativa de Farmacêuticos do Centro (que controla a 100% a Farmoeste, Lda. e que incorpora já a Cofarbel -Cooperativa de distribuição de produtos farmacêuticos, CRL e a Farcentro- Cooperativa Farmacêutica do Centro de Portugal, CRL)⁸⁴ (“Farbeira”).

211. Atendendo à gama de medicamentos comercializados e distribuídos pela Alliance Unichem, e face ao supra exposto, resulta evidente que esta empresa enquadra-se na categoria de distribuidor grossista *full-line*. O mesmo se verifica no caso das empresas OCP/Soquifa, da Botelho & Rodrigues ou da generalidade das cooperativas de farmácias activas na distribuição grossista de medicamentos.

212. Por outro lado, no mercado da distribuição por grosso de MNSRM não *comparticipados*, para além dos distribuidores *supra* referidos, verifica-se a presença, de modo relevante, de um número de outros distribuidores, em que se incluem *short liners* que tanto efectuam a distribuição, por nome e conta própria, como em nome e por conta, dos laboratórios farmacêuticos.

⁸⁴ Operação de concentração analisada pela Autoridade da Concorrência na Decisão no Processo n.º Ccent 75/2005 Farbeira/Farcentro/Cofarbel/Centrebeira.

213. Entre estes, contam-se a Mercafar, Distribuidores Farmacêutica, a Distrifarma, Neodifar, Produtos Farmacêuticos, Lda., entre muitos outros.
214. Os membros de todas as cooperativas farmacêuticas acima referidas são, como o próprio nome o indicia, as farmácias que, por sua vez, operam no mercado a jusante do retalho. Aliás, de acordo com os Estatutos das referidas cooperativas, só podem ser constituídos como cooperadores, os farmacêuticos, ou sociedades de farmacêuticos, que sejam proprietários de farmácias⁸⁵.
215. De acordo com o n.º1 do artigo 2.º do Código Cooperativo, as cooperativas *«visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais»* dos seus membros. Nesta medida, poder-se-á revelar, que as Cooperativas Farmacêuticas não terão incentivos para distribuir os seus produtos a outras entidades que não os respectivos cooperadores, ou seja, as Farmácias. Não obstante, sublinhe-se, o estabelecido no n.º 2 do artigo vindo de referir: *«[a]s cooperativas, na prossecução dos seus objectivos, podem realizar operações com terceiros, sem prejuízo de eventuais limites fixados pelas leis próprias de cada ramo»*.
216. Recorde-se que, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 134/2005, citado *supra*, que estabeleceu o regime para a venda de MNSRM das farmácias, os distribuidores destes medicamentos viram o seu leque de possíveis clientes aumentar, abrangendo as também as designadas Para-farmácias.

⁸⁵ De acordo com o n.º1 do artigo 35.º do Código Cooperativo.

Tabela 4: Quotas no mercado da distribuição por grosso de MSRM e MNSRM comparticipados

Grossista	2005	2006
Alliance Unichem	[20-25]%	[20-25]%
Farmatrading	[<1]%	[<1]%
Alliance Unichem + Farmatrading	[20-25]%	[20-25]%
Codifar+União+Udifar+Dilofar+Alfredo Videira	[20-25]%	[15-20]%
OCP+Soquifa	[15-20]%	[15-20]%
Cooprofar	[5-10]%	[5-10]%
Cofanor	[5-10]%	[5-10]%
Farbeira+Farcentro+Cofarbel+Farmoeste	[5-10]%	[5-10]%
Botelho & Rodrigues	[5-10]%	[5-10]%
Outros	[0-5]%	[5-10]%
V. Directas	[0-5]%	[0-5]%
IHH sem concentração	[1000-2000]	[1000-2000]
IHH com concentração	[1000-2000]	[1000-2000]
Delta		[0-50]

Fonte: Tratamento da AdC com base nos dados da IMS Health e da informação fornecida pelos grossistas e laboratórios no âmbito da investigação aprofundada

Notas:

1 - Dados relativos à Farmatrading resultam de extrapolação dos volumes de vendas acumulados até Nov. 2006

2 - Os dados utilizados para o cálculo das quotas de mercado não incluem os MNSRM Comparticipados dada a estrutura da informação recebida. No entanto, dado que constituem apenas cerca de 0,3% do volume de vendas dos grossistas, tal omissão não é materialmente relevante para a determinação das quotas de mercado.

Tabela 5: Quotas no mercado da distribuição por grosso de MNSRM não comparticipados

Grossista	2005	2006
Alliance Unichem	[15-20]%	[15-20]%
Farmatrading	0,00%	[<1]%
Alliance Unichem + Farmatrading	[15-20]%	[15-20]%
Codifar+União+Udifar+Dilofar+Alfredo Videira	[15-20]%	[15-20]%
OCP+Soquifa	[10-15]%	[10-15]%
Cooprofar	[5-10]%	[5-10]%
Cofanor	[5-10]%	[5-10]%
Farbeira+Farcentro+Cofarbel+Farmoeste	[0-5]%	[0-5]%
Botelho & Rodrigues	[0-5]%	[0-5]%
Outros	[0-5]%	[0-5]%
V. Directas	[20-30]%	[20-30]%
IHH sem concentração	[1000-2000]	[1000-2000]
IHH com concentração	[1000-2000]	[1000-2000]
Delta		[0-50]

Fonte: Tratamento da AdC com base nos dados da IMS Health e da informação fornecida pelos grossistas e laboratórios no âmbito da investigação aprofundada

Notas:

1 - Dados relativos à Farmatrading resultam de extrapolação dos volumes de vendas acumulados até Nov. 2006

2 - Os dados utilizados para o cálculo das quotas de mercado incluem os MNSRM Comparticipados dada a estrutura da informação recebida. No entanto, dado que constituem apenas cerca de 0,3% do volume de vendas dos grossistas, tal omissão não é materialmente relevante para a determinação das quotas de mercado.

217. Sendo que a Codifar e União actuam no sector da distribuição grossista de medicamentos e outros produtos de saúde, através de uma sua participada, a UDIFAR, e que, adjudicaram a esta um conjunto de serviços, entre os quais se incluem a área [...], a Autoridade, entende agregar, para efeitos da presente análise jusconcorrencial, as quotas de mercado destas sociedades.

7.3 Estrutura da procura nos mercados relevantes

218. Nos dois mercados relevantes de serviço acima descritos, a saber: (i) o mercado da distribuição por grosso de MSRM e MNSRM Comparticipados; e (ii) o mercado da distribuição por grosso de MNSRM Não Comparticipados, encontraram-se sempre, no lado da procura, os retalhistas de medicamentos e produtos de saúde, ou seja, as farmácias e as Para-farmácias, estes últimos, como

já foi referido, não podendo comercializar os medicamentos comparticipados (sejam eles sujeitos ou não a receita médica).

219. Actualmente, existem em todo o território nacional, 2770 Farmácias⁸⁶ e 366 locais de venda ao público de MNSRM⁸⁷.
220. As farmácias estão organizadas num número de cooperativas regionais independentes e autónomas entre si, que congregam um número de cooperantes farmácias.
221. Estas cooperativas, como referido *supra*, dedicam-se à actividade de distribuição grossista de medicamentos e outros produtos de saúde, e têm como objecto a prestação destes serviços às suas cooperantes farmácias.
222. Dos dados disponibilizados pelas Notificantes, resultou ainda que as 2770 farmácias existentes no território nacional, 2699 são associadas da ANF (ou seja 97%)⁸⁸.

Das ligações entre a ANF e as suas Associadas farmácias

223. A forte implantação da ANF, junto das farmácias, é considerada pelos distribuidores grossistas, questionados pela Autoridade, como sendo um importante factor na avaliação jus-concorrencial da presente operação. Um operador grossista considerou mesmo que a operação de concentração sob análise representa “*de certa forma uma integração vertical do negócio da distribuição por grosso de medicamentos em Portugal*”⁸⁹.

⁸⁶ Dados fornecidos pelas Notificantes na resposta enviada a 18 de Janeiro de 2007.

⁸⁷ Dados referentes a 19 de Janeiro de 2006. *Vide*, sitio do Infarmed: http://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/LICENCIAMENTO_DE_ENTIDADES/LOCAIS_DE_VENDA_MNSRM/LISTA_DAS_ENTIDADES_REGISTADAS_PARA_VENDA_DE_MNSRM

⁸⁸ Dados fornecidos pelas Notificantes na resposta enviada a 18 de Janeiro de 2007, em resposta à questão 15 do pedido de informações da Autoridade de 15 de Janeiro de 2007.

⁸⁹ Resposta de [operador grossista].

224. Sendo a ANF uma associação que congrega um número muito elevado de farmácias a Autoridade averiguou, para efeitos do presente procedimento, as relações existentes entre as farmácias e a Associação Nacional de Farmácias e até que ponto poderia esta última determinar as decisões comerciais das suas Associadas, ou seja, de forma a aferir se estas funcionam com ANF, e para efeitos da análise do presente procedimento, como uma unidade económica.
225. De facto, o grupo empresarial ANF, inclui, conforme exposto *supra*, um número de sociedades activas na prestação de serviços relacionados com o âmbito de actividade desenvolvidas pelas farmácias (ver ponto 10 a 19 *supra*), entre as quais se incluem a Farmatrading 2, a Consiste, a Farminústria e muito recentemente também a Finanfarma – Sociedade de *Factoring*, S.A. (“Finanfarma”).
226. Isto é, a ANF oferece, directa ou indirectamente através das suas participadas, um número de serviços às suas Associadas, entre as quais se incluem: (i) uma Central de Compras, e (ii) um sistema informático de gestão de stocks e vendas com sistema de comunicação de dados (Sifarma e Farmalink), com grande implantação junto das suas associadas, (iii) a Farmácia TV, entre outros.
227. Acresce que, até 31 de Dezembro de 2006, a ANF tinha um acordo com o Ministério da Saúde para “fornecimento de medicamentos a crédito aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde”⁹⁰, ou seja a ANF antecipava o pagamento aos seus associados, através de acordos de garantia de pagamento e cessão de créditos⁹¹, das participações de medicamentos sujeitos a receita médica, por parte do Estado⁹². A ANF cobrava posteriormente esse valor ao Ministério da Saúde, recebendo das farmácias 1,5 %.

⁹⁰ Dados fornecidos pelas Notificantes na resposta enviada a 18 de Janeiro de 2007, em resposta à questão 1 do pedido de informações da Autoridade de 15 de Janeiro de 2007.

⁹¹ Dados fornecidos pelas Notificantes na resposta enviada a 18 de Janeiro de 2007, em resposta à questão 4 do pedido de informações da Autoridade de 15 de Janeiro de 2007.

⁹² De acordo com os dados fornecidos pelas Notificantes na resposta enviada a 18 de Janeiro de 2007, em resposta à questão 2 do pedido de informações da Autoridade de 15 de Janeiro de 2007, “cerca de 80% do volume de negócios de uma farmácia depende do Estado. Destes 80% cerca de 50% é pago pelo utente no acto da dispensa na farmácias e os outros 50% pagos pelo Estado como participação”.

228. Os prazos médios de pagamento do Ministério da Saúde (através das Administrações Regionais de Saúde (doravante “ARS”)) à ANF têm vindo a diminuir de forma clara, de 211,6 (2004), para 65,8 dias em 2005) e de 55 dias em 2006⁹³.
229. O Decreto-Lei n.º 242-B/2006, de 29 de Dezembro estabelece o recebimento, pelas farmácias, da comparticipação do Estado no preço de venda ao público dos medicamentos dispensados a sistema nacional de saúde que não estejam abrangidos por nenhum sub-sistema. Estabelece ainda o n.º 4 do artigo 8.º diploma, que a comparticipação em causa é paga no “*prazo de um mês, contado da data limite para apresentação pelas farmácias da factura mensal e das receitas médicas correspondentes*”⁹⁴.
230. O Estado criou ainda, através do Decreto-Lei n.º 185/2006, de 12 de Setembro, um Fundo que tem por objecto o apoio ao sistema de pagamentos aos fornecedores das instituições e serviços do Serviço Nacional de Saúde relativos à comparticipação de medicamentos e prestações de saúde realizadas em regime de convenção.
231. Isto é, com a adopção dos mecanismos acima descritos será de prever que o Estado continuará a tendência de diminuição dos prazos de pagamento das comparticipações às farmácias.
232. Por seu lado, a ANF constituiu, entretanto, uma sociedade de *factoring*, a Finanfarma – que prevê o pagamento das comparticipações aos associados da ANF no próprio mês de apresentação da factura de venda dos medicamentos comparticipados. Adicionalmente, a ANF enviou ofícios circulares aos seus Associados contendo minutas: (i) do Acordo de Garantia de Pagamento e Cessão de Créditos a favor da Finanfarma – Sociedade de *Factoring*, S.A., e (ii) da carta

⁹³ Dados fornecidos pelas Notificantes na resposta enviada a 18 de Janeiro de 2007, em resposta à questão 2 do pedido de informações da Autoridade de 15 de Janeiro de 2007.

⁹⁴ Através da Portaria n.º 3-B/2007, de 2 de Janeiro, que entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 2007, e que regulamenta o Decreto-Lei 242-B/2006, de 29 de Dezembro, é estabelecido que o pagamento deverá ocorrer no dia 10 do mês seguinte ao envio da factura mensal (artigo 10.º).

às ARS com indicação de pagamento desta directamente à sociedade de *factoring* referida.

233. Será por isso provável que, apesar das recentes alterações introduzidas pela Estado, a ANF continuará a desempenhar um importante papel no pagamento antecipado às farmácias das participações devidas pela Estado, porquanto lhes pretende assegurar pagamentos mais céleres do que o Estado⁹⁵.
234. No entanto, deverá ser referido que a manter-se a diminuição do prazo de pagamento por parte do Estado, será provável que a importância da ANF para as farmácias quanto ao pagamento das participações venha a diminuir, assim diminuindo também o seu papel.
235. Por outro lado, de acordo com as Notificantes a ANF não só “*não prestou quaisquer empréstimos ou qualquer tipo de financiamento ou de garantia às farmácias suas associadas*”.
236. Estes factos acima enumerados parecem revelar uma ligação entre a ANF e as suas associadas, que poderá alterar-se de acordo com as recentes alterações legislativas introduzidas.
237. Por outro lado, da instrução não resultou a possibilidade de a ANF poder emanar directrizes que sejam de forma automática acatadas pelos seus Associados, designadamente quando tal se refere à política de compra das farmácias.
238. A este propósito cita-se o exemplo da Central de Compras, que, com base nos dados disponibilizados à Autoridade, não permitiu aferir que a Central de Compras, durante o ano de 2006, conseguisse um volume de negócios

⁹⁵ Até porque existem elementos no processo, que permitem concluir que a ANF desincentiva a facturação da participação das suas Associadas através de outros sistemas (como a ADSE). Neste sentido veja-se os processos disciplinares movidos contra a Farmácia Avierense e Farmácia Paiva pela ANF, que culminaram na aplicação de multas de 9.500 euros a cada farmácia (ver documentos anexos à convocatória da Assembleia Geral de Delegados de 22 de Outubro de 2005 – documentos fornecidos pelas Notificantes).

significativo ([...])⁹⁶, isto apesar das diversas intervenções no sentido de incentivar estas compras, pelas suas Asssociados, em Assembleia de Delegados bem como nas reuniões de círculo regionais e visitas às farmácias, de elementos ligados à estrutura da ANF⁹⁷.

239. As Notificantes asseveram ainda que a ANF não “*dirige apoia ou promove junto dos seus associados a comercialização de MNSRM não participados e de outros produtos de saúde*”⁹⁸.
240. Por outro lado, resultou ainda da instrução que as farmácias são, normalmente, fornecidas por 2, 3 ou mais distribuidores grossistas em simultâneo, o que parece resultar do interesse destas farmácias em procurarem reduzir o risco de eventuais rupturas de *stocks*.
241. Ora, este fenómeno permite às farmácias a obtenção de informação atempada sobre as condições comerciais oferecidas pelos diversos operadores grossistas, facilitando a sua liberdade na escolha do grossista que lhe garante melhores condições comerciais.
242. Assim, resultou da informação obtida durante o presente procedimento que as farmácias associadas da ANF têm liberdade de comportamentos no mercado, isto é, tendo liberdade na escolha dos grossistas que lhes oferecem melhores condições de fornecimento⁹⁹ e suportando o risco financeiro da sua actividade.

⁹⁶ Dado as Notificantes só terem junto o volume de negócios até Novembro de 2006, a Autoridade extrapolou para todo o ano de 2006.

⁹⁷ *Vide*, a título de exemplo os documentos intitulados (i) 12.º Ciclo de Visitas do DAA – Circulo de Lisboa”, e (ii) 13.º ciclo de visitas do DAA – Circulo 34 – Amadora”, enviados a 15 de Março de 2006 em resposta à questão 2 do pedido de informações da Autoridade, de 25 de Janeiro de 2006

⁹⁸ Estas duas afirmações constam da resposta enviada pelas Notificantes a 18 de Janeiro de 2007, em resposta à questão 4 do pedido de informações da Autoridade de 15 de Janeiro de 2007.

⁹⁹ Aliás, tal é mesmo asseverado pelas Notificantes quando afirmam a propósito da presente operação: “*importa referir que a transacção não afecta a absoluta liberdade das farmácias se abastecerem, como sempre o têm feito, em fonte diversa da Alliance Unichem*”.

243. Deste modo, não foram as farmácias Associadas e a ANF, consideradas, para efeitos do presente procedimento, como constituindo uma unidade económica, sem embargo da influência que a ANF detém sobre os seus Associados.

7.4 Efeitos jus-concorrenciais da operação de concentração

7.4.1 Da criação ou reforço de uma posição dominante individual

244. Conforme resulta da Secção VI, relativa à definição dos mercados relevantes, a Autoridade considera que a Alliance Unichem está activa na distribuição grossista de medicamentos, e que este pode ser segmentado em dois mercados relevantes distintos, sendo que serão objecto de uma avaliação detalhada¹⁰⁰, a saber: (i) *o mercado da distribuição por grosso de MSRM e MNSRM Comparticipados; e (ii) o mercado da distribuição por grosso de MNSRM Não Comparticipados.*

245. Tal como *supra* demonstrado, o controlo conjunto sobre a Alliance Unichem é também exercido pela Farminústria, sociedade que integra a ANF, detendo esta actualmente uma Central de Compras (Farmatrading 2) (vide ponto 11 *supra*) de medicamentos (tanto MSRM como MNSRM Comparticipados e Não Comparticipados), desde o final de 2005.

246. Enquanto Central de Compras das farmácias Associadas da ANF, que a ela adiram, a Farmatrading 2 adquire medicamentos aos laboratórios directamente encomendados pelas farmácias.

247. Aquela Central de Compras não possui capacidade logística própria, pelo que subcontrata todos os serviços de logística (armazenamento e transporte) junto de terceiros, nomeadamente junto da cooperativa de distribuição grossista Farbeira,

¹⁰⁰ Como resulta da Secção 6.3, existe ainda um terceiro mercado relevante que mereceu análise por parte da Autoridade, mas pelas razões expostas na referida Secção, em virtude da avaliação efectuada não revelar quaisquer preocupações jus-concorrenciais, não se entendeu necessário centrar a presente análise nesse mercado.

bem como junto da própria *Alliance Unichem*¹⁰¹, actuando assim a Central de Compras, perante as farmácias, como um distribuidor grossista de medicamentos e Outros Produtos de Saúde.

248. Nestes termos, pode afirmar-se que a Farminústria, enquanto sociedade da empresa ANF, já se encontra activa, indirectamente, nos dois mercados relevantes sob análise, sendo que, esta posição da ANF na distribuição grossista, sairá reforçada, em resultado da aquisição do controlo conjunto sobre a *Alliance Unichem*.
249. Ou seja, da operação de concentração resultam eventuais efeitos de natureza horizontal no *mercado da distribuição por grosso de MSRM e MNSRM Comparticipados* e no *mercado da distribuição por grosso de MNSRM Não Comparticipados*, que passamos a analisar.
250. Com efeito, resultou da instrução, que a Central de Compras apresentou vendas de €[...] de MSRM e MNSRM Comparticipados e de €[...] de MNSRM Não Comparticipados, em 2006¹⁰², ao qual corresponde uma quota de mercado de [<1]% e [<1]%, nos mercados sob análise, respectivamente¹⁰³.
251. A pouca expressão da Central de Compras é ainda evidenciada pelo facto de, apesar das diversas tentativas de negociação de fornecimentos exclusivos com laboratórios, nomeadamente com a *Pfizer*¹⁰⁴, estas não terem tido sucesso.

No mercado grossista de MSRM e MSRM Comparticipados

¹⁰¹O contrato celebrado entre a Farmatrading (Central de Compras) e a *Alliance Unichem* data de 23 de Junho de 2005, segundo informação enviada pelas Notificantes, na sua resposta de 3 de Julho de 2006, às questões 8 e 16 do questionário enviado pela Autoridade, a 22 de Junho de 2006. Nesta informação, refere-se, ainda, que foi depois convencionado entre as partes, a 16 de Novembro, a cessão de posição contratual da Farmatrading à Farmatrading 2 – Produtos Farmacêuticos, Unipessoal Lda.

¹⁰² Estes valores referem-se a vendas acumuladas entre Janeiro e Novembro de 2006.

¹⁰³ Dados das Notificantes enviados na resposta de 18 de Janeiro de 2007, até Novembro de 2006, tendo a Autoridade extrapolado para o total do ano de 2006.

¹⁰⁴ Vide resposta das notificantes à questão 16 (doc. 7) do Pedido de Elementos de 4.05.2006, bem com as respostas dos laboratórios alvo de questionário da Autoridade em sede de investigação aprofundada.

252. No momento pós-operação de concentração, a empresa ANF deteria em conjunto com a Alliance Unichem, uma quota de [20-25]% no *mercado de distribuição grossista de MSRM e MNSRM Comparticipados*, sendo o IHH¹⁰⁵ de [1000-2000] e o valor do Delta¹⁰⁶ resultante da presente operação de concentração de [<50].
253. Ora, de acordo com a prática da Autoridade da Concorrência, e nos termos dispostos pela Comissão Europeia nas suas Orientações para a apreciação de concentrações horizontais, salvo circunstâncias excepcionais é pouco provável a identificação de preocupações em termos de concorrência de tipo horizontal numa concentração da qual resultem quotas inferiores a 25% e um IHH, após a concentração, situado entre 1000 e 2000 e com um delta inferior a 250¹⁰⁷.
254. Ora, conforme já referido *supra* a ANF é uma associação que representa a quase totalidade das farmácias com actividade em Portugal, sendo estas os únicos estabelecimentos activos no retalho de MSRM e MNSRM Comparticipados. Já no que respeita à comercialização de MNSRM Não Comparticipados, as farmácias concorrem essa actividade com as denominadas Para-farmácias, sendo no entanto que estas, dado só estarem activas desde Setembro de 2005, ainda representam valores de vendas residuais.
255. A empresa ANF explora, através da sua participada *Consiste*, um sistema informático com uma forte implantação junto das farmácias suas associadas¹⁰⁸. Este sistema informático é composto pelo *software* Sifarma e pelo sistema de comunicações Farmalink.

¹⁰⁵ IHH é o Índice de Herfindahl-Hirschman, calculado como a soma dos quadrados das quotas das empresas a operar no mercado relevante, assim traduzindo o grau de concentração nesse mercado, e variando entre 0 e 10 000. A Comissão Europeia aplica frequentemente o IHH para conhecer o nível de concentração global existente num mercado – neste sentido vão as mais recentes Orientações em matéria apreciação de concentrações nos termos do Regulamento de controlo de concentrações (cfr. Comunicação 2004/C 31/03 publicada no JOCE, de 5.02.2004).

¹⁰⁶ Por Delta entende-se a diferença entre o valor do IHH pós-concentração e o valor do IHH pré-concentração.

¹⁰⁷ *Vide* Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, para. 18 e para. 20, publicado no JOCE de 5.2.2004.

¹⁰⁸ De acordo com a informação enviada pelas Notificantes na sua resposta de 3 de Julho de 2006, à questão 18 do questionário enviado pela Autoridade a 22 de Junho de 2006 referem existir “2491 farmácias clientes da *Consiste* e uma Para-farmácia”.

256. O Sistema informático Sifarma, permite às farmácias fazerem a sua gestão de stocks e vendas e efectuarem as suas próprias encomendas junto dos distribuidores grossistas que elegerem¹⁰⁹. O sistema de comunicações Farmalink é uma rede privada virtual (ou *VPN*).
257. Em conjunto, estas duas ferramentas informáticas permitem à ANF ter um acesso detalhado e em tempo real a todos os indicadores de gestão de suas associadas, nomeadamente: stocks/roturas de stocks; encomendas; volume de vendas por especialidade farmacêutica/produto¹¹⁰.
258. De acordo com informações recolhidas junto de farmácias, em sede de instrução, o *software* Sifarma funciona através da disponibilização de “fichas de produto”, onde os farmacêuticos definem quantidades máximas e mínimas. Quando se atinge a quantidade mínima, o sistema informático mostra uma ‘sugestão de encomenda’, que é verificada pelo farmacêutico, que pode ser, de acordo com as informações recebidas durante a instrução, livremente alterada. Após esse aviso, a farmácia procede à encomenda por via electrónica (normalmente com subsequente confirmação telefónica), ou directamente via telefone ou fax.
259. Desta forma, a ANF tem acesso, para cada farmácia e para cada produto movimentado, ao número de unidades vendidas e o número de actos de venda, com e sem receita médica, o preço de venda ao público, os *stocks* no final de cada período, o número de unidades e actos de compra pela farmácia junto dos fornecedores, entre outros elementos. Aliás, o sistema Sifarma já recolhe e transmite informação para a ANF, com o objectivo de esta ser reconduzida ao *IMS*

¹⁰⁹ Esta informação foi obtida junto das Notificantes que na sua resposta de 3 de Julho de 2006, à questão 18 do questionário enviado pela Autoridade a 22 de Junho de 2006, referem que “qualquer farmácia utilizadora dos Sifarmas pode fazer encomendas para os fornecedores/grossistas que entender”.

¹¹⁰ Cita-se, neste sentido, uma Circular – Informação, com o logótipo apostado da ANF, do Dr. Diogo Cruz para o Dr. João Cordeiro, datada de 13.09.2004, sob o assunto “Ponto Situação IMS”, fornecida pelas notificantes, em sede de instrução (p. 14, da resposta à questão 18 (ii) do Pedido de Elementos da Autoridade de 05.06.2006.

Health Lda., e ainda para a realização de estudos internos de Farmacoeconomia e de Farmacoepidemiologia¹¹¹.

260. Isto é, com a presente operação, a Alliance Unichem poderá ter, indirectamente através da ANF, acesso a informações relativas ao padrões de consumo do retalho, que não tinha no momento anterior à presente operação¹¹². Ora, a possibilidade de obtenção deste nível de detalhe de informação não será replicável por mais nenhum operador grossista, pelo que poderá esta constituir uma vantagem competitiva da Alliance Unichem.
261. Tais circunstâncias de facto, a saber: (i) a forte ligação entre a ANF e as farmácias suas Associadas (tal como já analisado nos pontos 224 e seguintes), embora conforme demonstrado não poderem ser considerados como uma unidade económica, e (ii) o sistema informático (Sifarma e Farmalink) oferecido pela Consiste e com forte implantação nas farmácias Associadas da ANF; bem como o controlo conjunto que detém a ANF, através da Farminústria, sobre a Alliance Unichem, poderiam sugerir que esta terá um maior poder de mercado nos dois mercados relevantes em análise, após a presente operação de concentração, do que as quotas [20-25]% e [15-20] % poderiam inicialmente sugerir.
262. No entanto, resultou da instrução, que as farmácias são, normalmente, fornecidas por 2, 3 ou mesmo mais distribuidores grossistas em simultâneo, o que parece resultar do interesse das farmácias, em procurarem reduzir o risco de eventuais

¹¹¹ De acordo com informações trazidas ao processo pelas Notificantes.

¹¹² No entanto, deve referir-se, que as Notificantes em resposta a pedido de elementos da Autoridade, vieram, num primeiro momento, na sua resposta de 7 de Julho de 2007, afirmar peremptoriamente que a “ANF não tem acesso aos dados das encomendas realizadas. Esta informação reside no Sifarma que está instalado localmente em cada farmácia. O Farmalink enquanto plataforma de comunicação, não regista o conteúdo da informação que nele circula”. Em sentido contrário, afinal, interpreta-se, da informação disponibilizada pelas Notificantes, na sua resposta a pedido de elementos da Autoridade, em 10 de Outubro de 2006, que a final, a ANF tem acesso a esta informação confidencial, a qual lhe é transmitida pelas farmácias, e que é a própria ANF que expurga estes dados antes de os enviar à IMS Health, senão veja-se, “*É a ANF que torna anónima a identificação da Farmácia da seguinte forma: um servidor recebe um ficheiro com o seguinte nome e conteúdo: (...)*”, sendo que esta informação tem um número de código de cada farmácia, que a ANF tem conhecimento, e mais, a ANF mais informa que “quem envia efectivamente os ficheiros com os dados à *IMS Health*, é a ANF após o tratamento descrito”.

rupturas de *stocks*¹¹³ e de assegurarem o acesso a todos os medicamentos num espaço temporal curto.

263. Ou seja, estas características dos mercados relevantes, permitem às farmácias, a obtenção de informação atempada sobre as condições comerciais oferecidas pelos diversos operadores grossistas, facilitando a reacção das mesmas quanto a alterações relativas às referidas condições comerciais, o que terá por efeito, a redução do poder de mercado dos operadores grossistas.
264. De facto, um inquérito realizado pela *Alliance Unichem* a uma amostra significativa de farmácias conclui que cerca de 22% e 66% das farmácias recorrem a dois e três fornecedores grossistas, respectivamente¹¹⁴. Ainda que o referido inquérito não permita perceber qual a importância relativa dos vários fornecedores de uma determinada farmácia, podendo alguns deles serem fornecedores meramente residuais, aqueles dados parecem indicar uma relativa facilidade de reacção de uma farmácia a eventuais alterações relativas das condições de fornecimento dos vários fornecedores grossistas.
265. Resultou ainda da instrução, efectuada junto das farmácias, que não existe actualmente qualquer tipo de limitação na escolha do fornecedor, por parte do farmacêutico, no sistema informático Sifarma, nem mesmo quando a encomenda é electrónica. A parametrização dos fornecedores no sistema é feita localmente, pelo farmacêutico, sem restrição¹¹⁵.
266. Acresce que, como referido (vide ponto 237 e seguintes) dos instrumentos ao dispor da ANF no que respeita ao relacionamento que mantém com os seus associados não foi identificado nenhum que permita a esta associação “obrigar” as

¹¹³ Objecto de pedido de elementos por parte da Autoridade, as farmácias indicaram que não é possível ter apenas um fornecedor, o que aliás se verificou das listas de grossistas que nos enviaram. As razões invocadas foram, em primeiro lugar, por forma a assegurar, permanentemente, fontes de fornecimento alternativas, e em segundo lugar, porque as condições comerciais podem diferir entre fornecedores, para os mesmos produtos, existindo campanhas ou, em alguns casos listas de produtos em campanha.

¹¹⁴ Resultados de inquérito a farmácias, Julho de 2005, enviado à AdC pela ANF.

¹¹⁵ Informação que resulta das farmácias consultadas em sede de instrução.

suas associados a efectuar compras junto de qualquer fornecedor (*vide* ponto 258 *supra*).

267. De tudo o exposto, e em função dos comportamentos das farmácias verificados durante a instrução, tudo indica que as farmácias irão continuar a privilegiar, para efeitos da sua escolha de grossista, as melhores condições que lhes sejam oferecidas em cada momento, tendo ainda interesse em manter vários fornecedores em simultâneo como forma de reduzir o risco de ruptura de stocks.
268. A Autoridade analisou ainda a possibilidade de a ANF poder vir, após a Transacção, e caso tal se revele tecnicamente possível, manipular a lista dos grossistas que aparecem identificados no Sifarma, no momento em que as farmácias efectuem as suas compras de medicamentos (tanto MSRM como MNSRM Não Participados) através deste sistema, favorecendo a Alliance Unichem.
269. Ainda, das respostas obtidas em sede de instrução junto de farmácias, resultou que tal comportamento, até à presente data, e apesar de a Central de Compras já se encontrar em funcionamento, não se verifica, em relação a esta. Aliás, tal é verificável pela sua quota de mercado muito pouco expressiva, uma vez que esta Central de Compras já opera há um ano¹¹⁶.
270. Por outro lado, tendo presente o facto de as farmácias terem o maior interesse em ter as melhores condições comerciais, o que pressupõe a possibilidade de mudança de operador / grossista, as mesmas não teriam, ao que tudo indica, incentivo para aceitar uma situação de condicionamento das suas opções de escolha de grossista.
271. Assim sendo, a mera hipótese de uma eventual manipulação, pela ANF, das informações que aparecem no sistema Sifarma – o que careceria, seguramente, da

¹¹⁶ Somente 1 das 20 farmácias objecto de questionário por parte da Autoridade, em sede de instrução, responderam que recebiam promoções da Farmatrading 2 (Central de Compras), através do sistema Sifarma.

aprovação das farmácias, mesmo que, *ultima ratio* no seio dos órgãos decisórios da ANF - , não poderá considerar-se como um elemento que permitiria à Alliance Unichem, em resultado da presente operação de concentração, adquirir uma posição dominante nos mercados em apreço.

No mercado grossista de MNSRM Não Comparticipados

272. Por seu lado, no momento pós-operação de concentração, a empresa ANF deteria em conjunto com a Alliance Unichem, uma quota de [15-20]% no *mercado de distribuição grossista de MNSRM Não Comparticipados*, sendo o IHH¹¹⁷ de [1000-2000] e o valor do Delta¹¹⁸ resultante da presente operação de concentração de [<50].

273. Ora, de acordo com a prática da Autoridade da Concorrência, e nos termos dispostos pela Comissão Europeia nas suas Orientações para a apreciação de concentrações horizontais, salvo circunstâncias excepcionais é pouco provável a identificação de preocupações em termos de concorrência de tipo horizontal numa concentração que resulte em quotas inferiores a 25% e um IHH, após a concentração, situado entre 1000 e 2000 e com um delta inferior a 250¹¹⁹.

274. Por outro lado, aplicam-se a este mercado as mesmas considerações tecidas relativo a eventuais circunstâncias excepcionais¹²⁰, que pudessem levar a eventuais preocupações concorrenciais, apesar do moderado nível de concentração e reduzidas quotas de mercado da Alliance Unichem e Central de Compras, em conjunto.

¹¹⁷ IHH é o Índice de Herfindahl-Hirschman, calculado como a soma dos quadrados das quotas das empresas a operar no mercado relevante, assim traduzindo o grau de concentração nesse mercado, e variando entre 0 e 10 000. A Comissão Europeia aplica frequentemente o IHH para conhecer o nível de concentração global existente num mercado – neste sentido vão as mais recentes Orientações em matéria apreciação de concentrações nos termos do Regulamento de controlo de concentrações (cfr. Comunicação 2004/C 31/03 publicada no JOCE, de 5.02.2004).

¹¹⁸ Por Delta entende-se a diferença entre o valor do IHH pós-concentração e o valor do IHH pré-concentração.

¹¹⁹ Vide Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, para. 18 e para. 20, publicado no JOCE de 5.2.2004.

¹²⁰ Note-se que as Para-farmácias representam actualmente menos de 3% das vendas totais de MNSRM Não Comparticipados.

275. Desta forma, os elementos recolhidos durante a instrução não permitiram à Autoridade da Concorrência concluir que da presente operação de concentração resultará criação de uma posição dominante da *Alliance Unichem* susceptível de causar entraves à concorrência nos mercados nacionais de (i) *o mercado da distribuição por grosso de MSRM e MNSRM Comparticipados*; e (ii) *o mercado da distribuição por grosso de MNSRM Não Comparticipados*.

7.4.2 Da criação ou reforço de uma posição dominante conjunta ou colectiva

276. Na primeira fase de instrução identificaram-se várias características que facilitarão a criação de uma posição dominante colectiva, tanto no mercado relevante da distribuição por grosso (incluindo compra e armazenagem) de MSRM e MNSRM comparticipados, como no mercado relevante da distribuição por grosso (incluindo compra e armazenagem) de MNSRM não comparticipados, tais como a homogeneidade do serviço e um considerável grau de transparência.

277. Assim, em sede de investigação aprofundada, averiguou-se, da probabilidade da presente operação ser susceptível de criar uma posição dominante colectiva entre a *Alliance Unichem* e as cooperativas farmacêuticas, da qual possam resultar entraves significativos para a concorrência efectiva nos mercados relevantes vindos de citar.

278. Segundo a jurisprudência comunitária ¹²¹, para que uma posição dominante colectiva possa ser criada, as empresas têm de acordar nas condições de coordenação, ou seja, têm de ter incentivos para adoptar um comportamento comum, e têm de estar reunidas, pelo menos, três condições, a saber: (i) a possibilidade de controlar se as condições de coordenação estão a ser cumpridas; (ii) a existência um mecanismo de dissuasão credível que possa ser accionado sempre que um desvio é detectado; (iii) a incapacidade dos terceiros em prejudicar os resultados esperados da coordenação.

¹²¹ *Cfr.*, Acórdão Gencor/Comissão, de 25/03/99 (T-102/96, Tribunal de Primeira Instância, Colect. p.II-753), cit. no Acórdão Airtours / Comissão (T-342/99, Tribunal de Primeira Instância, de 06/06/2002.

“61. Uma situação de posição dominante colectiva que impeça significativamente a concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste pode ocorrer após uma concentração, quando, tendo em conta as próprias características do mercado relevante e a modificação introduzida na sua estrutura pela realização da operação, esta teria como resultado que, **tendo consciência dos interesses comuns, cada membro do oligopólio dominante consideraria possível, economicamente razoável e portanto preferível adoptar de forma duradoura a mesma linha de conduta no mercado com o objectivo de vender acima dos preços concorrenciais, sem dever proceder à celebração de um acordo ou recorrer a uma prática concertada na acepção do artigo 81.º CE (v., neste sentido, acórdão Gencor/Comissão, já referido, n.º 277), e isto sem que os concorrentes actuais ou potenciais, ou mesmo os clientes e os consumidores, possam reagir de modo eficaz.**

62. [...] são necessárias **três** condições para que uma situação de posição dominante colectiva assim definida possa ser criada:

- em **primeiro** lugar, **cada membro do oligopólio dominante deve poder conhecer o comportamento dos outros membros, a fim de verificar se adoptam ou não a mesma linha de acção.** [...] não basta que cada membro do oligopólio dominante esteja consciente de que todos podem beneficiar de um comportamento interdependente no mercado, mas deve também dispor de um meio de saber se os outros operadores adoptam a mesma estratégia e se a mantêm. A **transparência no mercado** deveria ser suficiente para permitir a cada membro do oligopólio dominante conhecer, de modo suficientemente preciso e imediato, a evolução do comportamento no mercado de cada um dos outros membros;

- em **segundo** lugar, **é necessário que a situação de coordenação tácita possa manter-se no tempo, quer dizer, deve existir um incitamento ao não afastamento da linha de conduta comum no mercado.** [...] só no caso de todos os elementos do oligopólio dominante manterem um comportamento paralelo é que dele podem beneficiar. Esta condição integra, portanto, o conceito de **retaliações** em caso de comportamento que se desvie da linha de acção comum. [...] para que uma situação de posição dominante colectiva seja viável, é necessário existirem factores de **dissuasão** suficientes para assegurar um incitamento duradouro no sentido de não haver desvios da linha de conduta comum, o que equivale a dizer

que é necessário que cada membro do oligopólio dominante saiba que uma acção fortemente concorrencial da sua parte destinada a aumentar a sua quota de mercado provocaria uma acção idêntica por parte dos outros, de modo que não retiraria nenhuma vantagem da sua iniciativa (v., neste sentido, acórdão Gencor/Comissão, já referido, n.º 276);

*- em terceiro lugar, para demonstrar suficientemente a existência de uma posição dominante colectiva, a Comissão deve também provar que **a reacção previsível dos concorrentes actuais e potenciais bem como dos consumidores não põe em causa os resultados esperados da linha de acção comum.***” (negrito nosso)

279. Cumpre, então, verificar se no caso *sub judice* existem, de facto, incentivos que levem as empresas a coordenar o seu comportamento e estabelecer uma política comum, e se as três referidas condições estão reunidas. Em seguida, apresenta-se a análise detalhada de cada um destes aspectos para o mercado relevante da distribuição por grosso (incluindo compra e armazenagem) de MSRM e MNSRM participados e para o mercado relevante da distribuição por grosso (incluindo compra e armazenagem) de MNSRM não participados.

7.4.2.1 Mercado da distribuição por grosso de MNSRM não participados

280. Quanto a possibilidade de estabelecerem uma política comum, recorde-se o parágrafo 41 das Orientações da Comissão Europeia para apreciação das concentrações horizontais¹²²: “A *coordenação pode assumir diversas formas. Nalguns mercados, a coordenação mais provável poderá consistirem manter os preços acima do nível concorrencial. Noutros mercados, a coordenação pode ter por objectivo limitar a produção ou o volume da nova capacidade introduzida no mercado. As empresas podem também coordenar o seu comportamento através da repartição do mercado, por exemplo, por área geográfica (56) ou em função de outras características dos clientes, ou acordando entre si quem ganha os contratos nos mercados sujeitos à realização de concursos.*”

¹²² Comunicação da Comissão 2004/C 31/03 publicada no Jornal Oficial da União Europeia, de 5.02.2004.

281. Recorde-se que as cooperativas, activas neste mercado, representam os interesses das farmácias, assim como os representa a ANF, que em virtude da presente operação adquire o controlo conjunto da Alliance Unichem. Logo, entre a Alliance Unichem e as cooperativas poderá existir, à partida, um incentivo comum: a defesa dos interesses das Farmácias.
282. Recorde-se também que no mercado da distribuição por grosso de MNSRM Não Comparticipados, não existem margens legalmente fixadas para os grossistas. Acresce, que desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 134/2005, de 16 de Agosto, que estabelece o regime da venda de medicamentos não sujeitos a receita médica fora das farmácias, assistiu-se à liberalização da venda destes produtos, no mercado a jusante do retalho. Ou seja, ao contrário do que sucede no mercado da distribuição por grosso (incluindo compra e armazenagem) do MSRM e MNSRM Comparticipados, neste mercado os preços são livres, quer ao nível grossista, quer ao nível retalhista.
283. Tal significa, que neste mercado, os operadores poderiam, adoptando a mesma linha de conduta, eventualmente exercer o seu poder de mercado por via do aumento de preços. Ao fazê-lo, tal aumento de preços seria repercutido no consumidor final, através do mercado retalhista, que se encontra liberalizado.
284. Uma posição dominante colectiva a nível da distribuição grossista, a existir, permitiria, assim, a extracção de rendas a este nível da cadeia de valor, com o consequente prejuízo do consumidor final, que enfrentaria preços superiores.
285. Também as farmácias, cooperantes das cooperativas e associadas da ANF accionista da Alliance Unichem, poderiam beneficiar deste exercício de poder de mercado ao nível grossista, quer por via das Cooperativas em que participam, ou por via dos inúmeros serviços que são já actualmente providenciados pela ANF aos seus associados, com eventualmente melhores condições nesses serviços, ou mesmo serviços gratuitos, e eventuais melhorias ao nível do fundo de pensões da ANF.

286. No caso de um aumento de preços, o exercício de poder de mercado colectivo beneficiaria ainda todos os accionistas da Alliance Unichem, incluindo a *Alliance Santé*, que mesmo podendo opor-se, poderia não ter incentivos para o fazer.
287. Alternativamente, a coordenação tácita poderia visar a exclusão de outros distribuidores que não têm participações das farmácias (ou seja, a conquista de clientes que não os da *Alliance Unichem* ou das Cooperativas) e, em consequência, dificultar posteriormente o abastecimento dos retalhistas, não farmácias, neste mercado.
288. Assim, poderiam estar presentes no mercado, em função da alteração de estrutura de mercado resultante da presente operação de concentração, os incentivos para o exercício de uma posição dominante colectiva, ou seja, seria razoável que as empresas adoptassem uma política comum quer no sentido de manter os preços acima do nível concorrencial, quer no sentido de excluir os outros concorrentes. Dito isto, importa agora analisar, se se verificam, nos mercados relevantes, cada uma das três condições *supra* referidas, necessárias e cumulativas para que uma situação de dominância colectiva possa ser criada.
289. Como se poderá concluir da análise apresentada *infra*, muito embora se verifiquem estar presentes vários elementos que poderiam contribuir para tornar possível uma coordenação entre a Alliance Unichem e as cooperativas, existem elementos que apontam em sentido oposto. Com efeito, dos elementos disponíveis e avaliados, a Autoridade da Concorrência entende não poder inferir, com um grau razoável de probabilidade, que estejam presentes condições nestes mercados, ou que estas venham a verificar-se no curto prazo, para que possa haver uma estabilidade de coordenação entre a Alliance Unichem e as várias cooperativas, como se passa a detalhar.

(i) Facilidade de conhecer o comportamento dos outros membros, avaliando da transparência no mercado

290. Como afirma a Comissão Europeia, nas suas Orientações para a apreciação das concentrações horizontais¹²³, em posição partilhada pela Autoridade da Concorrência, “*(É) mais provável que ocorra coordenação se for fácil, para os concorrentes, ter uma percepção comum do funcionamento do mecanismo de coordenação. As empresas que participam na coordenação deverão ter opiniões semelhantes relativamente aos comportamentos que consideram estar ou não em conformidade com o comportamento alinhado.*”.
291. Cumpre, assim, analisar se as características da estrutura do mercado resultante da presente operação permitiriam às empresas conhecerem e controlarem o comportamento dos seus concorrentes, de forma a saber se as condições de coordenação estariam a ser cumpridas, nomeadamente o nível de transparência, a existência de um produto/serviço homogéneo, características dos clientes, ligações estruturais entre os operadores, simetria da estrutura de custos, níveis de capacidade, entre outros.
292. No que respeita o grau de transparência, verifica-se que há um conhecimento generalizado da evolução das quotas de cada distribuidor, em virtude das estatísticas mensais disponibilizadas pela *IMS Health*, com um desfasamento temporal de apenas um mês.
293. A transparência nestes mercados parece ser ainda fomentada pelo intercâmbio de informações através das associações do sector. De facto, atendendo a que muitos dos farmacêuticos são simultaneamente cooperantes e associados da ANF, os mesmos poderiam ser responsáveis pela troca de informação entre a ANF e as cooperativas. Do mesmo modo, a participação em Assembleias de Delegados da ANF de membros das cooperativas, poderia facilitar a percepção comum do funcionamento de um eventual mecanismo de coordenação.
294. A título de exemplo, vejam-se as seguintes declarações do Dr. João Cordeiro, em Assembleia Geral de Delegados de 04 de Junho de 2005, que, quando se referia à

¹²³ *idem*

aquisição da Alliance Unichem, afirmava que “a proposta é adquirirmos com um outro parceiro nosso, 51%.”, acrescentando que “nós [ANF] compramos 49%, a José de Mello Participações SGPS comprou 2%, portanto, é uma estrutura com a qual já sabem, nós temos uma relação muito intensa e muito positiva na área da saúde (...). Qual é o objectivo? (...) O nosso objectivo não é obviamente [...]”.

295. Verificou-se, ainda, que membros de órgãos de direcção de cooperativas exercem simultaneamente cargos de direcção, ou de decisão, da ANF. Veja-se os exemplos de membros que pertencem à Direcção da ANF, à Direcção da União e à Direcção da Udifar; e aqueles que estão presentes na Direcção da Farbeira e da Direcção Regional do Centro da ANF.
296. Além da transparência, verifica-se que o serviço de distribuição grossista é um serviço homogéneo do ponto de vista do cliente farmácia, tal como confirmado pelos próprios grossistas no âmbito deste processo, o que poderia facilitar uma eventual coordenação tácita.
297. Na operação de concentração em apreço, a eventual coordenação entre a Alliance Unichem e as Cooperativas poderia ser, contudo, dificultada e, caso ocorresse, ser menos estável, pelo número elevado de entidades envolvidas (cinco), a saber: a Alliance Unichem, a Udifar (que representa a Codifar e a União), a Cofanor, a Coprofar e a Farbeira.
298. No entanto, encontrando-se o potencial de coordenação ao nível da repartição da clientela e de preços, a coordenação seria mais facilitada em alguns distritos, uma vez que, na generalidade dos distritos, tendem a estar presentes apenas uma a duas cooperativas. Por exemplo, nos distritos do Centro Interior (Castelo Branco, Coimbra, Guarda, Leiria e Viseu) regra geral só existe uma cooperativa, a Farbeira, que, em conjunto com a Alliance Unichem, deteria uma quota de mercado significativa nesta região (sabe-se que, nesta região, teriam um peso relativo na distribuição de MSRM superior a 50%, não se conhecendo qual seria o peso relativo no caso de MNSRM não participados podendo-se, contudo, presumir que seria semelhante).

299. Acresce que a Codifar e Cofanor não têm praticamente sobreposição de actuação em termos geográficos, o que pode facilitar essa coordenação. O mesmo acontece entre a Codifar e a Cooprofar.
300. Assim, embora alguns elementos pareçam apontar no sentido de tornar possível uma coordenação entre a Alliance Unichem e as cooperativas, existem, no entanto, outros elementos que apontam em sentido oposto.
301. Diga-se, neste sentido, que a Alliance Unichem e as restantes cooperativas têm dimensões substancialmente diferentes, o que poderá ser um factor relevante no sentido de dificultar a coordenação. A Alliance Unichem está presente em todo o território nacional, enquanto as cooperativas estão normalmente presentes em manchas territoriais menos vastas. No sentido de aferir estas diferenças de dimensão, foi desenvolvida uma análise comparativa, conforme quadro abaixo:

Tabela 6: Comparação da dimensão e margem bruta da Alliance Unichem e das principais cooperativas farmacêuticas

	Alliance Unichem	Codifar + União	Cofanor	Cooprofar	Farbeira/ Cofarbel
Vendas líquidas ('000€) ¹²⁴	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Resultado líquido ('000€)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Número de empregados	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Margem bruta das vendas	[5-10]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%

Fonte: Informa; Nota: Dados referentes a 2005 excepto para a Alliance Unichem (2004)

302. Adicionalmente, os custos de um distribuidor grossista são de carácter fundamentalmente fixo (instalações de armazenagem, equipamentos de *picking*, viaturas para a distribuição), pelo que, a dimensão desempenha um papel primordial, em face das economias de escala existentes, reforçando a diferença de incentivos entre as eventuais empresas em coordenação, cujas quotas¹²⁵, como referido, são muito diferentes.

¹²⁴ Inclui para além das vendas de MSRM, MNSRM e outros produtos.

¹²⁵ Vide Tabela 5 *supra*

303. No que respeita aos custos variáveis, eles referem-se essencialmente a custos de aquisição dos MNSRM não comparticipados aos Laboratórios, bem como os custos com combustíveis, entre outros. Quanto maior a dimensão do distribuidor grossista, melhores serão as condições que se presumem poder obter junto dos Laboratórios, o que reforça a assimetria entre distribuidores de dimensão diferente.
304. Porventura, caso as várias cooperativas, a par da Alliance Unichem, aderissem à Central de Compras, tal poderia permitir uma uniformização dos custos de aquisição de produtos, permitindo maior simetria de custos entre estes distribuidores, o que poderia facilitar o alinhamento de incentivos e os termos de coordenação entre as partes.
305. Todavia, até agora, e não obstante todas as tentativas da ANF em contratar, às cooperativas, os serviços de logística, necessários ao funcionamento da Central de Compras, apenas a Farbeira aderiu à Central de Compras da ANF. Estes factos, desde logo, colocam algumas reservas relativamente à sintonia de interesses, pelo menos, entre todas as cooperativas farmacêuticas, no momento da constituição da Central de Compras.
306. Por outro lado, atendendo à liberalização da venda de MNSRM não comparticipados fora das farmácias, a estrutura da procura não se encontra ainda estabilizada, apesar das farmácias continuarem a ser o tipo de estabelecimento preferido pelos consumidores finais na aquisição deste tipo de produtos.
307. Adicionalmente, verifica-se que, para este tipo de produto, os próprios Laboratórios participam, de forma relevante, na distribuição directa de MNSRM não comparticipados, o que poderá dificultar a estabilidade de uma coordenação ao nível grossista entre a Alliance Unichem e as Cooperativas.

(ii.a) Mecanismos de detecção e controlo de desvios

308. De acordo com a Comissão Europeia, nas Orientações supra referidas, “As empresas que participam numa coordenação são muitas vezes tentadas a

aumentar as suas quotas de mercado desviando-se das condições de coordenação, por exemplo diminuindo os preços, oferecendo descontos secretos, aumentando a qualidade do produto ou a capacidade ou tentando obter novos clientes. Só a ameaça credível de uma retaliação atempada e suficiente impede que as empresas se desviem da coordenação. Assim, os mercados deverão ser suficientemente transparentes para que as empresas que participam na coordenação controlem, de forma suficiente, se as outras empresas se estão a desviar, sabendo assim quando exercer uma retaliação.”.

309. Embora haja, como já demonstrado, um grau de transparência no mercado considerável, do mesmo modo, que não foi possível concluir pela facilidade das empresas em controlarem o cumprimento dos termos da coordenação, e necessariamente do conhecerem o comportamento dos outros membros, também não é possível concluir pela existência de um mecanismo de detecção de desvios, ainda que existam alguns factores que pudessem apontar nesse sentido.
310. A IMS produz estatísticas numa base mensal da quota de mercado dos distribuidores. Assim, e com um desfasamento temporal de apenas um mês, seria possível identificar desvios aos comportamentos coordenados, na medida em que alterações de quota podem significar alterações nas condições comerciais oferecidas por determinado distribuidor.
311. Também a participação de membros das cooperativas em órgãos da ANF, e, em alguns casos, a acumulação de cargos directivos entre as cooperativas e a ANF, facilitariam a circulação de informação, o que, por sua vez, permitiria também fazer um controlo de desvios.
312. Por outro lado, a ANF dispõe de uma fonte de informação única sobre uma parte substancial do mercado, o sistema Sifarma, instalado na maioria das farmácias, que permite obter informação sobre as encomendas de cada farmácia em tempo real.
313. Este sistema recolhe e transmite informação para a ANF, com o objectivo de esta ser reconduzida ao IMS, e ainda para a realização de estudos internos de

Farmacoeconomia e de Farmacoepidemiologia. Esta informação identifica, para cada farmácia e para cada produto movimentado, o número de unidades vendidas e o número de actos de venda, com e sem receita, o preço de venda ao público, os *stocks* no final de cada período, o número de unidades e actos de compra pela farmácia junto dos fornecedores, entre outros elementos.

314. Adicionalmente, os gestores de associados da ANF e os vendedores das cooperativas, que visitam regularmente as farmácias, também obtêm informação que contribui não só para o grau de transparência no mercado, como também poderia funcionar como mecanismo de controlo de desvio.
315. Não obstante, muito embora alguns elementos pareçam apontar no sentido de existir um mecanismo de detecção e controlo de desvios, outros existem, que apontam em sentido oposto.
316. As estatísticas da IMS, apesar de úteis, não serão em si mesmas, um mecanismo suficiente para garantir a monitorização da coordenação, porque apenas revelam dados sobre quotas de mercado, o que, por exemplo, não permite distinguir alterações resultantes do desvio de um dos distribuidores, de alterações resultantes de movimentações da procura.
317. O mesmo poderá suceder com a utilização do sistema Sifarma e/ou de agentes no terreno, designadamente vendedores, gestores de associados da ANF e os próprios delegados de círculo da ANF, podendo gerar-se informações dúbias na medida em que uma determinada farmácia poderia, por livre iniciativa, mudar de um fornecedor para outro, sem que isso resultasse de acção específica do distribuidor.
318. Por outro lado, verifica-se existir um controlo assimétrico de desvios, na medida em que a ANF, através do sistema informático, poderá obter informação directamente, e em tempo real, enquanto as cooperativas só o conseguirão de forma indirecta, através dos seus vendedores. Nestes termos, a Alliance Unichem detecta mais facilmente os eventuais desvios de uma cooperativa, do que o inverso.

319. Porventura, caso as várias Cooperativas, a par da Alliance Unichem, aderissem à Central de Compras, tal poderia permitir uma eventual maior transparência do mercado, facilitando a obtenção de informação sobre volumes transaccionados por cada um dos distribuidores, permitindo, assim, detectar mais facilmente eventuais desvios.
320. Todavia, como já referido, a par da Alliance Unichem, apenas as cooperativas do Centro, agora, representadas pela Centrobeira, terão, até ao presente momento, aderido à Central de Compras da ANF.
321. Estes factores podem tornar, deste modo, o controlo de desvios mais complexo, dificultando a possibilidade de coordenação entre as partes.

(ii.b) Mecanismos de dissuasão ou punição

322. A respeito dos mecanismos de dissuasão ou punição que poderiam servir de retaliação a eventuais desvios à coordenação, verifica-se que as encomendas, neste mercado, por parte do retalho, são diárias e de pequena dimensão, o que facilita uma resposta imediata, por parte dos distribuidores a um eventual desvio.
323. A credibilidade do mecanismo de dissuasão dependerá do facto de as outras empresas participantes na coordenação terem um incentivo para retaliar. Uma possibilidade de retaliação seria iniciar temporariamente uma guerra de preços ou aumentar significativamente a produção. Tal poderá, no entanto, provocar prejuízos económicos a curto prazo para as empresas que retaliam.
324. Contudo, o incentivo para retaliar poderá manter-se, caso o prejuízo a curto prazo seja mais reduzido do que o benefício a longo prazo da retaliação, que resultaria do restabelecimento do regime de coordenação tácita.
325. A rapidez de aplicação dos mecanismos de dissuasão poderá ser um problema neste âmbito, tendo em consideração a assimetria de informação entre ANF e cooperativas e o eventual desfasamento na transmissão dessa informação entre

entidades, dificultando a detecção de desvios e consequente reacção por parte destas últimas.

(iii) Reacção previsível dos concorrentes actuais e potenciais

326. A análise da estrutura do mercado de distribuição por grosso de MNSRM não comparticipados permite concluir que os distribuidores grossistas, presentes neste mercado, são sensivelmente os mesmos que estão presentes no mercado da distribuição por grosso de MSRM e MNSRM comparticipados, mantendo, naquele mercado, dimensões relativas semelhantes.
327. No entanto, ao contrário daquele mercado, observa-se a participação, com dimensão significativa, dos próprios Laboratórios na distribuição directa deste tipo de produtos.
328. Refira-se que, neste mercado, verifica-se uma menor frequência de entregas aos retalhistas (enquanto que, para os MSRM, as farmácias exigem várias entregas diárias, já no caso dos MNSRM não comparticipados as entregas ocorrem cerca de uma vez por semana), o que poderá eventualmente facilitar a referida presença dos laboratórios neste mercado.
329. Assim, o facto de os Laboratórios, neste mercado, terem a possibilidade de chegar directamente ao retalho, sem necessidade de recorrer aos distribuidores *full - liners*, (como o são as Cooperativas e a Alliance Unichem), poderá dificultar a estabilidade de uma coordenação tácita ao nível grossista entre a Alliance Unichem e as cooperativas e o subsequente exercício de poder de mercado.
330. Por outro lado, a [Operador Grossista] está presente neste mercado com uma quota de cerca de [importante]%, tendo [...] armazéns, alguns deles nos mesmos distritos, o que muito provavelmente resulta da [...], mas que, em qualquer caso, poderá evidenciar, pelo menos no presente,] um excesso de capacidade, o que lhe permitirá reagir a eventuais aumentos de preços que resultem do comportamento coordenado da Alliance Unichem e das Cooperativas.

331. Assim, face a um eventual alinhamento de comportamentos entre a Alliance Unichem e as cooperativas, a existência de empresas que não participam nessa coordenação, tenderá a prejudicar os resultados previstos, na medida em que um aumento de preços pelas empresas coordenadas desviará a procura para as empresas não alinhadas, reduzindo a rentabilidade da coordenação.
332. A dificuldade de estabilidade de uma eventual coordenação também resultará do facto de grande parte das farmácias recorrerem, normalmente, a vários fornecedores. Com efeito, geralmente as farmácias recorrem a 3 fornecedores de forma mais intensa, recorrendo, ainda, a outros, em situações de falhas de fornecimento dos primeiros. Tal facilita a reacção dos clientes à coordenação de alguns fornecedores, designadamente porque facilita a mudança de distribuidor.
333. Adicionalmente, o sistema informático Sifarma permite às farmácias, que utilizam este serviço, obter informação actualizada sobre os descontos e bónus oferecidos por cada um dos distribuidores grossistas, o que reforça a percepção dos clientes relativamente às ofertas dos diferentes fornecedores, facilitando também a mudança de distribuidor.
334. Assim sendo, a reacção de concorrentes e de clientes a eventuais comportamentos coordenados entre a Alliance Unichem e as Cooperativas poderá dificultar a estabilidade dos referidos comportamentos.

7.4.2.2 Mercado da distribuição por grosso de MSRM e MNSRM comparticipados

335. No que respeita aos MSRM e MNSRM Comparticipados, estes estão sujeitos a um regime de preços, existindo um preço de venda ao público fixado por lei.
336. Deste modo, qualquer coordenação visando o aumento de preços no mercado grossista (mesmo que por via da política de bónus e de descontos praticada) implicaria uma diminuição de margem ao nível retalhista, uma vez que o acréscimo de custos de aquisição por parte das farmácias (únicos retalhistas neste mercado) não poderia ser passado ao consumidor final.

337. Ora, sendo as Cooperativas e a ANF entidades que representam os interesses das farmácias, não se antevê como provável que aquelas alinhassem os seus comportamentos, de modo a aumentar preços, o que teria por consequência uma diminuição de margens no retalho.
338. Diga-se, porém, que mesmo que os termos da coordenação tácita fossem outros (o que poderia trazer maiores dificuldades ao nível da percepção pelas partes dos termos da coordenação), as conclusões apresentadas para o mercado de distribuição por grosso de MNSRM não participados e outros produtos de saúde de venda ao balcão, no que respeita às condições para a existência e estabilidade de comportamentos coordenados, seriam, no seu essencial, válidas para este mercado.
339. Verifica-se, contudo, um nível de concentração superior neste mercado, designadamente pela ausência de vendas directas por parte dos Laboratórios.
340. Ainda assim, mantém-se no mercado um distribuidor grossista, a [Operador Grossista], com uma dimensão considerável e com, [...], permitindo-lhe reagir a eventuais comportamentos coordenados entre a Alliance Unichem e as Cooperativas.
341. Cumpre ainda notar que existem características e informação assimétricas entre a Alliance Unichem e as Cooperativas, o que dificultaria a estabilidade de uma coordenação tácita entre essas entidades.

7.4.2.3 Conclusões

342. Apesar do potencial de alinhamento de incentivos, da homogeneidade do serviço, da procura e da oferta e de um considerável grau de transparência não se poderá, no entanto, descurar a existência, em função dos elementos actualmente observáveis no mercado, de características e informação assimétricas entre a Alliance Unichem e as cooperativas. Adicionalmente, a reacção de terceiros, quer concorrentes, quer clientes, parece também poder dificultar o alinhamento de comportamentos entre aquelas entidades.

343. Em função dos elementos disponíveis e avaliados, a Autoridade da Concorrência entende não poder deles inferir, com um grau razoável de probabilidade, que estejam presentes condições neste mercado, ou que estas venham a verificar-se no curto prazo, para que possa haver uma estabilidade de coordenação entre a Alliance Unichem e as várias cooperativas, ou seja, para que da presente operação resulte a criação de uma posição dominante colectiva da qual resultem entraves significativos à concorrência, nos mercados sob análise.

VII - AUDIÊNCIA DE INTERESSADOS

344. Nos termos do n.º 1 do artigo 38.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho foi realizada a Audiência Prévia das Notificantes, tendo estas, por comunicação de 30 de Janeiro, referido que apesar de *“não partilharem alguns aspectos de detalhe da análise de mercado levada a cabo por essa Autoridade, as mesmas concordam integralmente com a conclusão”*, não apresentando quaisquer observações materiais.

VIII - CONCLUSÃO

345. Nestes termos, o Conselho da Autoridade da Concorrência, no uso da competência que lhe é conferida pela alínea b) do artigo 17.º do respectivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, decide, e ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 37.º do mesmo diploma, não se opor à operação de concentração, por entender que a operação em causa, face aos elementos recolhidos, não é susceptível de criar/reforçar uma posição dominante da qual possam vir a resultar entraves significativos à concorrência no (i) *mercado nacional da distribuição por grosso (incluindo compra e armazenamento) de MSRM e MNSRM Comparticipados*; (ii) *mercado nacional de distribuição por grosso (incluindo compra e armazenamento) de MNSRM Não Comparticipados*; e (iii) *mercado nacional de distribuição por grosso (incluindo compra e armazenamento) de Outros Produtos de Saúde*.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, 31 de Janeiro de 2007

O Conselho da Autoridade da Concorrência

Prof. Doutor Abel Mateus

(Presidente)

Eng. Eduardo Lopes Rodrigues

(Vogal)

Dra. Teresa Moreira

(Vogal)

Anexo I