

**DECISÃO DE NÃO OPOSIÇÃO
DO CONSELHO AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
AC – I – Ccent. 46/2006 – RECORDATI/ JABA**

I – INTRODUÇÃO

1. Em 25 de Setembro de 2006, foi notificada à Autoridade da Concorrência (“AdC”), nos termos dos artigos 9.º e 31.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (doravante “Lei da Concorrência”), uma operação de concentração por meio da qual a Recordati España, S.L. (“Recordati Espanha”) adquire o controlo exclusivo sobre as sociedades Jaba Farmacêutica, S.A. (“Jaba Farmacêutica”); Jabafarma – Produtos Farmacêuticos, S.A. (“Jabafarma”) e Bonafarma – Produtos Farmacêuticos, S.A. (“Bonafarma”), actualmente detidas pela Jaba, SGPS, S.A.
2. De acordo com a análise efectuada, considera a AdC que a operação notificada configura uma concentração de empresas na acepção da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, conjugada com a alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo, e está sujeita à obrigatoriedade de notificação por se encontrar preenchida a condição prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do mesmo diploma.

II – AS PARTES

2.1 Empresa Adquirente – Recordati Espanha

3. A Recordati Espanha é uma sociedade de direito espanhol, que integra o Grupo Recordati, sendo detida a 100% pela empresa - mãe do Grupo Recordati – a Recordati Industria Chimica e Farmacêutica, S.p.A (“Recordati”) – uma sociedade de direito italiano, cotada na Bolsa de Valores Italiana.

4. O Grupo Recordati está presente a nível mundial, sendo a actividade principal das empresas que o integram a pesquisa/desenvolvimento, produção e comercialização de produtos farmacêuticos para uso humano, incluindo, embora em menor escala, a produção de substâncias químicas farmacêuticas e o licenciamento e venda de produtos farmacêuticos a outras empresas farmacêuticas.
5. Em Portugal, o Grupo Recordati está presente, ao nível dos produtos químicos farmacêuticos e, indirectamente, ao nível dos produtos farmacêuticos acabados Urispas e Lomexin, os quais são comercializados em Portugal por laboratórios licenciados pelo Grupo Recordati: a Altana Pharma e a Decafarma, respectivamente.¹
6. Nos termos do artigo 10.º da Lei da Concorrência, o volume de negócios do Grupo Recordati, foi o seguinte:

Quadro 1: Volume de negócios do Grupo Recordati, no ano de 2005 (em milhões de Euros)

	Portugal	EEE	Mundial
Grupo Recordati	[≤ 150 milhões]	[≥ 150 milhões]	M€ 575,69

Fonte: Notificante

2.2 Empresas a adquirir – Jaba Farmacêutica, Bonafarma e Jabafarma

7. As empresas a adquirir são a Jaba Farmacêutica, a Bonafarma e a Jabafarma, todas elas sociedades de direito português, detidas a 100% pela Jaba, SGPS, S.A. – a empresa - mãe do Grupo Jaba.

¹ O Grupo Recordati detém ainda a patente de um outro produto farmacêutico comercializado em Portugal – o Zanicor –, que, no entanto, licenciou a uma empresa [...], a qual, por sua vez, celebrou um contrato de distribuição com os Laboratórios Delta, para a sua distribuição em Portugal.

8. A Jaba Farmacêutica tem como actividade principal: (i) a produção e venda de medicamentos sujeitos a prescrição médica, incluindo medicamentos de marca própria e genéricos, (ii) de medicamentos de venda livre (designados por OTC²).
9. A Jaba Farmacêutica dedica-se ainda: (i) à prestação de serviços de fabricação de medicamentos para terceiros - *contract manufacturing* -, actividade que representou em 2005, cerca de [...] da sua facturação global, e (ii) à comercialização de dispositivos médicos, actividade que apresenta um carácter residual, relativamente ao volume de negócios global da Jaba Farmacêutica.
10. A Jabafarma e a Bonafarma dedicam-se apenas à prestação de serviços de divulgação e promoção de produtos farmacêuticos deste grupo, pelo que o impacto concorrencial da sua aquisição pela Recordati Espanha não será analisado autonomamente relativamente à apreciação da aquisição da Jaba Farmacêutica.
11. Em conformidade, e nos termos do artigo 10.º da Lei da Concorrência, o volume de negócios da Jaba Farmacêutica foi o seguinte:

Quadro 2: Volume de negócios da Jaba Farmacêutica, no ano de 2005 (em milhões de Euros)

	Portugal	EEE	Mundial
Jaba Farmacêutica	[≤ 150 milhões]	[≤ 150 milhões]	M€ 38,820

Fonte: Notificante.

III – NATUREZA DA OPERAÇÃO

12. A Recordati Espanha propõe-se adquirir a Jaba Farmacêutica, a Jabafarma e a Bonafarma, através da aquisição da totalidade do capital social destas sociedades.

² Da designação inglesa: *over-the-counter*.

13. A operação notificada configura, por isso, uma concentração de empresas na acepção da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, conjugada com a alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo, na medida em que a Recordati Espanha passará a deter o controlo exclusivo destas empresas, actualmente controladas pela Jaba, SGPS, S.A..
14. A empresa notificante defende que a operação de concentração em análise não está sujeita à obrigação de notificação prévia, por nenhuma das condições previstas no n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência se encontrar preenchida.
15. No entanto, no seguimento da investigação efectuada em sede de instrução, a AdC concluiu pela obrigatoriedade de notificação da operação de concentração em análise.
16. Com efeito, tendo em conta a definição do mercado adoptada *infra* pela AdC, a condição prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência encontra-se preenchida, na medida em que a Jaba Farmacêutica tem, em Portugal, uma quota de mercado superior a 30%, em dois mercados do produto relevante.
17. Na verdade, embora as actividades das empresas participantes na operação de concentração notificada, não se sobreponham em nenhum dos mercados relevantes, tratando-se de uma concentração conglomeral, dever-se-á interpretar a condição prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência à luz da prática decisória da AdC³, segundo a qual esta condição se encontra preenchida, desde que a(s) empresa(s) adquirida(s) tenha(m) uma quota de mercado igual ou superior a 30%, num dos mercados relevantes.

³ cfr. Decisão da Autoridade da Concorrência no processo Ccent n.º 07/2004 –*DEUTSCHE BETEILIGUNGS, A.G./OTTO SAUER ACHSENFABRIK KEILBERG GMBH & CO, KG.*, de 20.04.2004.

18. Este entendimento justifica-se na medida em que, na óptica do Direito da Concorrência, uma operação de concentração poderá ter efeitos ao nível da estrutura concorrencial do mercado, mesmo quando não se verifica qualquer sobreposição horizontal entre as actividades das empresas participantes nessa operação.⁴
19. Por outro lado, uma interpretação restritiva da mesma norma implicaria que a avaliação de uma operação de concentração traduzida na mera transferência de titularidade de uma quota só seria relevante para efeitos de notificação caso o volume de negócios das empresas envolvidas atingisse o limiar fixado na alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, o que significaria que determinadas operações de concentração com efeitos concorrenciais significativos, designadamente ao nível vertical e conglomeral, deixariam de ser notificáveis.
20. Deste modo, a operação de concentração notificada está abrangida pela obrigação de notificação prévia prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência.

IV – MERCADO RELEVANTE

4.1 Mercado do Produto Relevante

a) Definição proposta pela notificante

21. Conforme referido *supra*, a actividade desenvolvida em Portugal pela Jaba centra-se na produção e venda de: (i) medicamentos sujeitos a prescrição médica - de marca e genéricos; e (ii) medicamentos OTC.

⁴ Na Comunicação da Comissão (JOCE C 217, 29.07.2000, p. 32) relativa a um procedimento simplificado de tratamento de certas operações de concentração nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89, a Comissão reconhece que “*certos tipos de concentrações podem reforçar o poder de mercado das partes, por exemplo ao combinarem recursos tecnológicos, financeiros ou outros, mesmo se as partes na concentração não operam no mesmo mercado.*”

22. Para a definição de mercado, a notificante tomou como base o terceiro nível da classificação ATC⁵ da *European Pharmaceutical Marketing Research Association (EphMRA)*, em conformidade com a prática decisória da Comissão Europeia⁶, que tem utilizado o terceiro nível desta classificação, o qual agrupa os medicamentos com a mesma indicação terapêutica.
23. No entanto, a notificante considera que existem produtos farmacêuticos que *“têm uma indicação terapêutica igual ou semelhante, ou que se destinam ao mesmo uso, mas que são integrados em diferentes classes ATC3”*.
24. Em seu entender, tal sucede relativamente a dois dos produtos farmacêuticos produzidos e comercializados pela Jaba Farmacêutica: o Jaba B12 e o Utrogestan.
25. No que se refere ao Jaba B12 – embora este seja classificado pelo IMS Health⁷ na categoria “A14B – Outros anabolizantes”, da classificação ATC⁸ – a notificante defende, que *“é necessário considerar a categoria A11F conjuntamente com a categoria A14B”*, dado que *“os produtos incluídos nos dois agrupamentos têm uma composição semelhante, a mesma indicação e concorrem no mesmo mercado entre si”*.
26. A notificante coloca ainda a possibilidade de se considerar como mercado relevante o conjunto de todos os produtos que contêm vitamina B12, caso em que integrariam o mesmo mercado os produtos classificados nas categorias A14B, A11F, A11E e A11D.

⁵ Da expressão inglesa: Anatomical Therapeutic Chemical Code. A classificação ATC apresenta 16 categorias identificadas por uma letra, sendo que cada uma destas categorias é ainda subdividida em quatro níveis hierárquicos distintos.

⁶ A notificante refere a este propósito a Decisão n.º COMP/M.2922 – PFIZER / PHARMACIA, de 27.02.2003.

⁷ A *IMS Health* é uma empresa de consultoria internacional, na área do marketing farmacêutico, especializada na recolha e tratamento de dados estatísticos da indústria farmacêutica.

⁸ De referir, que a nível nacional, o Infarmed integra este medicamento na classe 4.1.2. da Classificação farmacoterapêutica dos medicamentos, homologada pelo Despacho n.º 21 844/2004, de 12 de Outubro, a qual corresponde, segundo a tabela anexa a este diploma à categoria ATC B03B. No entanto, como de acordo com relatório interno do IMS, facultado pela empresa notificante, o Jaba B12 é integrado na categoria ATC A14B, será adoptada, para efeitos da definição do mercado relevante, a classificação ATC em que este organismo internacional classifica este medicamento.

27. Para sustentar este entendimento juntou à notificação um parecer clínico, segundo o qual o medicamento Jaba B12 apresenta uma única substância activa com indicações terapêuticas definidas há muito tempo, sendo substituível pelos medicamentos que contêm na sua composição vitamina B12.
28. Também no que se refere ao medicamento Utrogestan, embora este seja classificado pelo IMS, na categoria “G03D – Progestagénios” da classificação ATC⁹, a notificante considera que o mercado relevante deve ser mais abrangente que esta categoria, incluindo também os medicamentos da categoria ATC G03F, correspondendo a progestagénios e a estrogénios, em associação.
29. Este entendimento justifica-se, segundo a mesma, por os medicamentos que integram esta última categoria terem o mesmo princípio activo e as mesmas indicações terapêuticas que os medicamentos da categoria ATC G03D.

b) Posição da AdC

30. A AdC¹⁰, em linha com a prática decisória da Comissão Europeia¹¹, tem considerado como ponto de partida para a definição de mercado o terceiro nível da classificação ATC3, que agrupa medicamentos em termos de indicações terapêuticas, i.e., em termos do seu uso, pelo que, normalmente, não podem os produtos farmacêuticos dentro de uma determinada classe ATC3 ser substituídos por produtos pertencentes a outra classe ATC3.

⁹ De acordo com o Infarmed, este medicamento integra a classe “8.5.1.3. – Progestagénios” da Classificação farmacoterapêutica dos medicamentos, homologada pelo Despacho n.º 21 844/2004, de 12 de Outubro, a qual corresponde, segundo a tabela anexa a este diploma à categoria ATC G30D e G03AC.

¹⁰ cfr. Decisões da Autoridade da Concorrência emitidas no âmbito dos processos: Ccent. n.º 72/2005 – ACTAVIS/ALPHARMA, de 23.12.2005; Ccent. 07/2005 – FRESENIUS KABI / LABESFAL, de 8.03.2005; CCENT. 10/2005 - ANGELINI/AVENTIS/ROUSSEL, de 13.03.2005; 53/2005 – MEDA / VIATRIS, 26.09.2005.

¹¹ cfr. Decisão da Comissão Europeia n.º COMP/M.3751 – NOVARTIS/HEXAL, de 27.5.2005 e Decisão da Comissão Europeia n.º COMP/M.3544 – BAYER/ROCHE, de 19.11.2004.

31. Outro nível de segmentação será entre produtos farmacêuticos sujeitos ou não a prescrição médica, na medida em que estes se distinguirem ao nível da necessidade de prescrição médica para a sua aquisição; dos canais de venda e de distribuição utilizados, do modo de determinação dos preços, etc.
32. Tomando estes princípios como ponto de partida e tendo em conta o extenso *portfolio* de produtos farmacêuticos comercializados pela Jaba Farmacêutica, a análise jus - concorrencial da AdC incidirá apenas sobre os mercados relevantes, definidos com base na ATC3, em que a Jaba Farmacêutica está presente com uma quota de mercado superior a 30%, o que se verifica apenas, de acordo com os dados facultados pela notificante, relativamente a dois dos produtos comercializados pela Jaba Farmacêutica.

Jaba B12

33. No que concerne a este medicamento, a AdC entende que a definição de mercado mais ampla proposta pela notificante – segundo a qual integrariam o mesmo mercado relevante todos os medicamentos que tivessem na sua composição vitamina B12 – não deve ser aceite, uma vez que a mesma não ofereceu, mesmo em sede de Audiência de Interessados, qualquer tipo de elemento adicional, para além das declarações acima citadas para sustentar a substituíbilidade entre os medicamentos compostos por diversos tipos de vitaminas¹², entre as quais se inclui a vitamina B12, e aqueles que são compostos apenas por vitamina B12 pura.
34. Para além disso, a Comissão Europeia¹³ e a AdC¹⁴ já rejeitaram a possibilidade de todos os medicamentos com vitamina B12 pertencerem ao mesmo mercado relevante, visto que, em certos casos, a vitamina B12 pura é a única indicada, não sendo substituível por complexos multi-vitámicos contendo vitamina B12.

¹² Estes medicamentos encontram-se integrados nas categorias ATC: A11E e A11D.

¹³ cfr. Decisão emitida no âmbito do processo COMP/M.3354 - *SANOFI-SYNTHELABO / AVENTIS*, de 26.04.2004, vide parágrafos 24 a 27.

¹⁴ cfr. Decisão da Autoridade da Concorrência emitida no âmbito do processo Ccent. n.º 72/2005 – *ACTAVIS/ALPHARMA*, de 23.12.2005.

35. No que se refere especificamente à substituíbilidade entre os medicamentos que integram as categorias A14B e A11F, a AdC já se pronunciou na sua prática decisória anterior¹⁵, no sentido de que os mesmos não são substituíveis entre si.
36. No caso em apreço, mesmo tendo em conta as observações tecidas pela notificante em sede de Audiência de Interessados, a AdC entende que as mesmas não constituem base suficiente que lhe permita concluir de forma definitiva sobre a definição deste mercado e alterar as conclusões da anterior decisão da AdC¹⁶ – no sentido de que os medicamentos de ambas as categorias integram o mesmo mercado.
37. Refira-se que, ainda que fosse adoptada esta delimitação de mercado proposta pela notificante, as conclusões da análise concorrencial da presente operação não seriam distintas e a condição prevista na alínea a), do n.º 1 do art.º 9.º da Lei da Concorrência, estaria igualmente preenchida, de acordo com os dados facultados pela notificante.¹⁷
38. Neste sentido, a AdC entendeu adoptar, para efeitos da análise da presente operação de concentração, a delimitação de mercado mais estreita, correspondente à nível 3 da classificação ATC, i.e. o *mercado dos outros agentes anabolizantes*, correspondente à categoria A14B, sem prejuízo de outras delimitações que no futuro se possam vir a revelar mais adequadas.

Utrogestan

39. A AdC considera que a definição de mercado relevante mais ampla que a categoria ATC G03D, proposta pela empresa notificante, exposta *supra* nos pontos 28. e 29., não deve ser aceite.

¹⁵ cfr. Decisão da Autoridade da Concorrência emitida no âmbito do processo Ccent. n.º 72/2005 – ACTAVIS/ALPHARMA, de 23.12.2005.

¹⁶ cfr. Decisão da Autoridade da Concorrência emitida no âmbito do processo Ccent. n.º 72/2005 – ACTAVIS/ALPHARMA, de 23.12.2005

¹⁷ Ainda que se entendesse que o mercado relevante em causa integra as categorias A14B e A11F da categoria ATC, a quota da Jaba Farmacêutica neste mercado, em Portugal, seria de [...] %.

40. Desde logo, a notificante não ofereceu, mesmo quando ouvida em sede de Audiência da Interessados, qualquer tipo de elemento adicional, para além das declarações citadas para sustentar a sua posição que permita aferir da efectiva substituíbilidade entre os medicamentos das categorias ATC G03D e G03F.
41. Na verdade, como os medicamentos incluídos na categoria ATC G03D são compostos apenas por progestagénios e os medicamentos da categoria ATC G03F são compostos por estrogénios e por progestagénios, em associação, estes não serão, em princípio, substituíveis entre si, por terem diferentes indicações terapêuticas.
42. Além do mais, a Comissão Europeia¹⁸ já se pronunciou no sentido de que a categoria ATC G03D constitui um mercado autónomo.
43. Em conformidade, e pelas razões apontadas supra, a AdC considera que o mercado de produto relevante corresponde, também, ao terceiro nível da classificação ATC, i.e. *ao mercado dos progestagénios, excluindo contraceptivos hormonais sistémicos e progestagénios associados com estrogénio não contraceptivos*, correspondente à categoria ATC G03D, sem prejuízo de outras delimitações que no futuro se possam vir a revelar mais adequadas.

4.2. Mercado Geográfico Relevante

44. A notificante considera, com base na prática decisória da Comissão Europeia, que o mercado geográfico relevante é de dimensão nacional.
45. De facto, tem a Comissão Europeia de forma sistemática¹⁹ considerado que nos mercados de produto farmacêuticos o âmbito geográfico destes mercados é

¹⁸ cfr. Decisões da Comissão Europeia n.º COMP/M. 1835 - *MONSANTO/PHARMACIA & UPJOHN*, de 30.03.2000; IV/M.631 - *UPJOHN/PHARMACIA*, de 28.09.1995.

¹⁹ *Vide*, por exemplo, a Decisão da Comissão Europeia: COMP/M.3354 – *SANOFI-SYNTHELABO / AVENTIS*, COMP/M. 1835 - *MONSANTO/PHARMACIA & UPJOHN*, de 30.03.2000; e IV/M.631 –

nacional, embora reconhecendo que existe uma tendência para uma normalização a nível europeu.

46. Os factores tidos em conta pela Comissão em decisões mais recentes são, entre outros: (i) os diferentes preços praticados entre Estados Membros, (ii) diferentes sistemas de distribuição e estratégias de comercialização, (iii) os constrangimentos regulatórios e de supervisão por parte das diversas autoridades nacionais competentes e (iv) as diferentes políticas de compras destas mesmas entidades.
47. Desta forma, e em linha com a prática decisória da AdC²⁰, entende-se que, para efeitos da presente operação, o mercado dos outros agentes anabolizantes e o mercado dos progestagénios, excluindo contraceptivos hormonais sistémicos e progestagénios associados com estrogénio não contraceptivos, têm âmbito nacional.

4.3. Conclusão

48. Em conclusão, a AdC entende que, para efeitos da avaliação da presente operação de concentração, os mercados relevantes são o *mercado nacional dos outros agentes anabolizantes*, correspondente à categoria ATC A14B e o *mercado nacional dos progestagénios, excluindo contraceptivos hormonais sistémicos e progestagénios associados com estrogénio não contraceptivos*, correspondente à categoria ATC G03D, onde a Adquirida detém uma quota de mercado superior a 30%, encontrando-se, portanto, preenchida a condição prevista na alínea a), n.º 1 do art.º 9.º da Lei da Concorrência.²¹

UPJOHN / PHARMACIA, já referidas, e ainda a Decisão n.º COMP/M.2922 – PFIZER / PHARMACIA, de 27.02.2003.

²⁰ cfr. Decisões da Autoridade da Concorrência emitidas no âmbito dos processos: Ccent. n.º 72/2005 – ACTAVIS/ALPHARMA, de 23.12.2005; Ccent. 07/2005 – FRESENIUS KABI / LABESFAL, de 8.03.2005; CCENT. 10/2005 - ANGELINI/AVENTIS/ROUSSEL, de 13.03.2005; 53/2005 – MEDA / VIATRIS, 26.09.2005.

²¹ De referir que se se adoptasse uma delimitação do mercado em função da classificação farmacoterapêutica nacional, a operação de concentração notificada continuaria a estar sujeita à

V – ANÁLISE DO MERCADO E AVALIAÇÃO CONCORRENCIAL

5. 1. Estrutura do Mercado

Mercado nacional dos outros agentes anabolizantes

49. De acordo com os dados do IMS facultados pela notificante, o valor da oferta no mercado nacional dos outros agentes anabolizante ascendia, em 2005, a [...], encontrando-se a mesma assim distribuída:

Quadro 3: Estrutura do mercado nacional dos outros agentes anabolizantes, em 2005

Empresa	Medicamento	Quota (%)
Jaba Farmacêutica	Jaba B12	[85% - 95%]
Tecnifar	Cobaxid	[≤ 15%]

Fonte: Notificante

50. Decorre do quadro *supra*, que estamos perante um mercado com um elevado grau de concentração, em que a oferta é constituída apenas por duas empresas, sendo que a adquirida detém uma quota de mercado de 94,6%.

Mercado nacional dos progestagénios, excluindo contraceptivos hormonais sistémicos e progestagénios associados com estrogénios não contraceptivos

51. De acordo com os dados do IMS facultados pela notificante, o mercado nacional dos progestagénios, excluindo contraceptivos hormonais sistémicos e progestagénios associados com estrogénios não contraceptivos representava, em 2005, um valor de [...], apresentando a oferta a seguinte estrutura:

obrigação de notificação prévia, com base na condição relativa à quota de mercado, visto que a Jaba Farmacêutica teria uma quota de mercado superior a 30% no mercado dos progestagénios (classe 8.5.1.3)

Quadro 4: Estrutura do mercado nacional dos progestagénios, excluindo contraceptivos hormonais sistémicos e progestagénios associados com estrogénios não contraceptivos, em 2005

Empresa	Medicamento	Quota (%)
Jaba Farmacêutica	Utrogestan	[30% - 40%]
Solvayfarma	Duphaston	[20% - 30%]
Sanofi – Aventis	Surgestone	[10% - 20%]
Schering Lusitana	Primolut Nor	[≤ 15%]
Pfizer	Provera	[≤ 15%]
Theramex	Lutenyl	[≤ 15%]
Menarini	Progenar	[≤ 15%]
Serono	Crinone	[≤ 15%]
Schering Lusitana	Proolution Depot	[≤ 15%]

Fonte: Notificante

52. Decorre dos dados deste quadro, que estamos perante um mercado com algum grau de concentração, em que a oferta é constituída por 9 empresas, sendo a adquirida a empresa que detém uma quota de mercado mais elevada – [30% - 40%] – seguida da Solvayfarma, com uma quota de [20% - 30%].

5.2. Avaliação Concorrencial

Efeitos Horizontais

53. Como acima referido, o mercado nacional dos outros agentes anabolizantes apresenta um elevado grau de concentração e o mercado nacional dos progestagénios, excluindo contraceptivos hormonais sistémicos e progestagénios associados com estrogénios não contraceptivos é também relativamente concentrado. Contudo, não resultará da operação de concentração notificada qualquer alteração na estrutura concorrencial nos mesmos.

54. Com efeito, como não se verifica qualquer sobreposição horizontal em nenhum destes mercados, entre Adquirente e Adquirida, visto que estamos perante uma mera transferência de titularidade de quota de mercado, a operação de concentração notificada não é susceptível de produzir efeitos horizontais negativos, na estrutura concorrencial dos mesmos.
55. Importa também salientar que, embora a entrada nestes mercados esteja dependente da obtenção de uma autorização de venda e/ou uma licença de importação, junto do Infarmed, o custo de obtenção desta autorização não é significativo e que a mesma pode ser obtida dentro de um período razoável de tempo.
56. Acresce que a celebração de acordos de distribuição não exclusivos/acordos de licenciamento permite a potenciais concorrentes aceder ao mercado Português sem necessidade de uma presença física no mesmo.
57. Neste contexto, pode-se concluir que estas restrições administrativas não constituem uma barreira impeditiva da entrada de novos concorrentes nos mercados relevantes.
58. Trata-se também de mercados em que as barreiras económicas à entrada não são significativas, uma vez que as empresas podem recorrer ao *contract manufacturing*, sem necessidade de investir em infra-estruturas.

Efeitos Verticais

59. Também a nível vertical, a operação não é susceptível de produzir efeitos verticais negativos na concorrência, no mercado nacional.
60. Com efeito, embora, como já referido, a Jaba Farmacêutica esteja presente no mercado relacionado a montante do *contract manufacturing*, trata-se: (i) de um

mercado, cuja dimensão é, segundo a notificante²², mais lata que o território nacional; (ii) em que, por conseguinte, a quota de mercado da adquirida é de cerca de [≤ 5%] e (iii) o Grupo Recordati não está presente, a nível nacional, no *contract manufacturing*.

61. Também a presença a montante do Grupo Recordati ao nível da produção de substâncias químicas farmacêuticas, não será susceptível de produzir efeitos verticais negativos, dado que: (i) o Grupo Recordati não vende, segundo a notificante, qualquer princípio activo à Jaba Farmacêutica; e (ii) o valor das vendas de princípios activos efectuadas em Portugal é reduzido.
62. Por conseguinte, ainda que o Grupo Recordati forneça ou venha a fornecer à Jaba Farmacêutica os princípios activos por ela produzidos, essa relação vertical terá um impacto reduzido ao nível da concorrência nos mercados relevantes.

5.2. Da análise da cláusula restritiva acessória, estabelecida entre as Partes, relativamente à implementação da operação de concentração

63. A Jaba SGPS, S.A. e a Recordati Espanha estabeleceram, enquanto partes no “*Shares Purchase and Sale Agreement*” (“Acordo”) e para efeitos da realização da operação projectada, uma cláusula contratual de não concorrência, a qual se passa seguidamente a descrever.
64. Nos termos da cláusula 11.7 deste Acordo a Jaba, SGPS, S.A. obriga-se, durante um [...]
65. Nos termos do n.º 5 do artigo 12.º da Lei da Concorrência, a decisão que autoriza uma operação de concentração abrange igualmente as restrições directamente relacionadas com a realização da mesma e a ela necessárias.

²² Refira-se que grande parte da produção da adquirida ao nível do *contract manufacturing*, se destina à exportação.

66. Esta cláusula deverá, assim, ser apreciada nos termos do n.º 5, do artigo 12.º da Lei da Concorrência, e da Comunicação da Comissão, de 5 de Março de 2005.²³

Análise da cláusula restritiva acessória

67. De acordo com a informação fornecida pela notificante, a cláusula de não concorrência tem por objectivo preservar intacto o valor do negócio que é transferido, o qual engloba essencialmente as actividades de produção e de distribuição de medicamentos no território nacional.
68. Na verdade, como salienta a notificante, parte significativa da actividade da Jaba Farmacêutica – cerca de [...] – consiste na produção e distribuição de produtos genéricos, negócio este que é facilmente replicável, “*por qualquer entidade que disponha de know how específico sobre o processo de registo de medicamentos que fazem parte do portfolio e disponha de acesso aos fornecedores das substâncias activas de base, ou dos produtos acabados, bem como aos titulares dos dossiers de registo.*”
69. Além do mais, mesmo tratando-se de medicamentos de marca, os direitos de propriedade intelectual que a empresa alvo detém, incluindo o *know how* específico inerentes aos mesmos, constituem um activo fundamental da empresa, o qual não será efectivamente protegido, com uma cláusula de não concorrência com duração inferior a cinco anos, dado que o ciclo de desenvolvimento e introdução no mercado de um medicamento dificilmente será inferior a três anos.
70. Aliás, a Comissão Europeia²⁴ e a AdC²⁵ já consideraram que – em circunstâncias excepcionais e sempre que necessário para a efectiva protecção do *know how* e dos

²³ Comunicação da Comissão sobre as restrições directamente relacionadas e necessárias às operações de concentração (2005/C 56/03), J.O. C 56/24, de 5.03.2005.

²⁴ cfr. Decisões da Comissão Europeia n.º COMP/M. 1980 – *VOLVO/RENAULT V.I.*, de 1.09.2000; COMP/M.1767 – *AT & T/IBM/INTESA*, de 20.12.99; IV/M. 1396 – *AT & T/IGN*, de 22.04.1999; IV./M. 868 – *GKN/BRAMBLES/MABEG*, de 20.12.1996; IV/M.1469 – *SOLVAY/BASF*, de 2.02.1999; IV.M.1404 – *GENERAL ELECTRIC/ALSTOM*, de 1.06.1999; IV/M. 1434 – *SCHNEIDER/LEXEL*, de

direitos de propriedade intelectual da empresa adquirida – as cláusulas de não concorrência estabelecidas por um período de cinco anos se revelavam directamente relacionadas e necessárias para a concretização da operação de concentração em causa.

71. Esta conclusão decorre também do facto de a cláusula de concorrência estabelecida na cláusula 11.7 do “*Shares Purchase and Sale Agreement*”, não ser absoluta, prevendo-se várias excepções à mesma, de entre as quais se destaca a que determina que a [...].
72. [...].
73. [...].
74. [...].
75. Deste modo, a Jaba, SGPS,S.A. poderá, decorridos cerca de três anos a contar da data de celebração do “*Shares Purchase and Sale Agreement*”, produzir produtos farmacêuticos que concorram com os produtos farmacêuticos da empresa adquirente.
76. Verifica-se, portanto, que esta excepção condiciona, em grande medida, o âmbito temporal da cláusula de não - concorrência em apreciação, aproximando-o do limite máximo de três anos indicado na Comunicação da Comissão²⁶
77. Decorre do *supra* exposto que, para efeitos de apreciação da presente operação é de considerar o limite temporal de concorrência de cinco anos, assim como o alcance material, delimitados *supra*, como directamente relacionados e necessários à concretização.

3.06.1999; IV/612 – *RWE-DEA/ENICHEM AUGUSTA*, de 27.07.1995; IV/M. 1298 – *KODAK/IMITATION*, de 23.10.1998.

²⁵ cfr. Decisões da Autoridade da Concorrência relativas aos processos: Ccent. 07/2005 – *FRESENIUS KABI/LABESFAL*, de 8.03.2005; Ccent. 34/2005 – *CTT/MAILTEC HOLDING*, de 30.06.2005.

²⁶ Comunicação da Comissão sobre as restrições directamente relacionadas e necessárias às operações de concentração (2005/C 56/03), J.O. C 56/24, de 5.03.2005, parágrafo n.º 20.

78. Conclui-se, portanto, ser a cláusula de não concorrência em análise, directamente relacionada e necessária à realização da operação de concentração, a fim de assegurar a viabilidade e o sucesso comercial da aquisição a realizar.²⁷
79. Com efeito, na ausência de tal cláusula, a operação poderia realizar-se em condições mais incertas, com custos substancialmente mais elevados e com muito maiores dificuldades.

V – AUDIÊNCIA DE INTERESSADOS

80. Nos termos do estabelecido no n.º 1 do artigo 38.º da Lei da Concorrência, foi promovida a audiência prévia da autora da notificação, visto que, embora a presente decisão seja de não oposição, a empresa notificante requereu uma decisão no sentido de que a operação de concentração não se encontra abrangida pela obrigação de notificação prévia, nos termos da a) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei da Concorrência, assim se garantido o exercício dos direitos de defesa da notificante, como estatuído nos termos do artigo 100.º do Código de Procedimento Administrativo, em conjugação com o artigo 103.º do mesmo diploma.
81. Nas observações submetidas, nesta sede, pela notificante, esta contestou a definição do mercado relativo ao Jaba B12, como o mercado nacional dos outros agentes anabolizantes, correspondente à categoria ATC A14B, proposta no projecto de decisão da AdC, reiterando que:
- (i) os produtos que integram as categorias ATC A14B e A11F têm como único princípio activo uma molécula da família da vitamina B12, desempenhando uma função terapêutica “*muito semelhante*”;
 - (ii) os produtos que integram as categorias ATC A11E e A11D também contêm vitamina B12 na sua composição.

²⁷ O que é consistente com a linha de orientações fornecidas na Comunicação da Comissão (2005/C 53/03), cit. *supra*, *cfr.* para. 12. e 13

82. Também a definição do mercado relativo ao Utrogestan, como o mercado nacional dos progestagénios, proposta no projecto de decisão da AdC, mereceu a oposição da notificante, porquanto, segundo esta, os progestagénicos, associados com estrogénios não contraceptivos pertencentes à categoria ATC G3F, terem utilizações que são, em parte, “*sobrepostas às do Utrogestan.*”.
83. A notificante clarificou, ainda que, a terminologia mais adequada para designar o mercado que integre apenas os medicamentos correspondentes à categoria ATC G03D - como proposto pela AdC no seu projecto de decisão - será: *mercado dos progestagénios, excluindo contraceptivos hormonais sistémicos e progestagénicos associados com estrogénios não contraceptivos.*
84. Face às considerações tecidas pela notificante em sede de Audiência de Interessados, a AdC decidiu:
- (i) manter a definição dos mercados relevantes adoptadas no projecto de decisão, pelas razões expostas nos pontos 33 a 37 e 40 a 42, desta decisão, uma vez que a notificante não trouxe ao processo elementos que permitissem definir os mercados relevantes de modo distinto do proposto pela AdC, no seu projecto de decisão;
 - (ii) alterar a terminologia utilizado no projecto de decisão para designar o mercado do produto relativo aos medicamentos que integram a categoria ATC G03D.

VI – CONCLUSÃO

85. Face ao exposto, o Conselho da Autoridade da Concorrência, no uso da competência que lhe é conferida pela alínea b) do n.º 1, do artigo 17.º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, decidiu adoptar uma decisão de não oposição, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, uma vez que a presente operação não é

susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no *mercado nacional dos outros agentes anabolizantes e no mercado nacional dos progestagénios, excluindo contraceptivos hormonais sistémicos e progestagénios associados com estrogénios não contraceptivos progestagénios.*

Lisboa, 16 de Novembro de 2006

O Conselho da Autoridade da Concorrência

Prof. Doutor Abel Mateus
(Presidente)

Eng. Eduardo Lopes Rodrigues
(Vogal)

Dra. Teresa Moreira
(Vogal)