

Ccent. 42/2010
Fresenius/Negócio de Diálise Peritoneal (Gambro Lúndia)

Decisão de Não Oposição
da Autoridade da Concorrência

[alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho]

DECISÃO DE NÃO OPOSIÇÃO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Processo Ccent. 42/2010 – Fresenius/Negócio de Diálise Peritoneal (Gambro Lundia)

1. OPERAÇÃO NOTIFICADA

1. A 3 de Setembro de 2010, foi notificada à Autoridade da Concorrência (doravante “AdC”), nos termos dos artigos 9.º e 31.º da Lei 18/2003, de 11 de Junho (doravante “Lei da Concorrência”), uma operação de concentração, que consiste na aquisição, pela empresa Fresenius Medical Care Portugal, S.A. (“Fresenius”), do controlo exclusivo de um conjunto de activos que constituem o negócio de Diálise Peritoneal da empresa Gambro Lundia AB – sucursal em Portugal (“Negócio de Diálise Peritoneal”).
2. A operação consubstancia uma concentração à luz do disposto na alínea b) nº 1 do artigo 8º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho e de acordo com a definição de controlo dada pela alínea b) do n.º 3 do mesmo artigo, estando sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia por se encontrar preenchida a condição prevista na alínea a) do nº 1 do artigo 9º do mesmo diploma, relativa ao critério da quota de mercado no território nacional.
3. A aquisição, a nível mundial, pelo grupo Fresenius do controlo exclusivo dos activos relativos ao negócio de diálise peritoneal da Gambro Lundia, será igualmente notificada às autoridades de concorrência de Espanha, Áustria e Eslováquia.

2. AS PARTES

2.1. Empresa Adquirente

4. A Fresenius é uma sociedade integrada no grupo multinacional Fresenius Medical Care que, em Portugal,¹ desenvolve a sua actividade na distribuição e venda de consumíveis e equipamentos de

¹ A Fresenius detém a totalidade do capital social da sociedade Nephrocare Portugal, S.A. (“Nephrocare” anteriormente denominada NMC – Centro Médico Nacional, S.A.) a qual presta essencialmente tratamentos de hemodiálise bem como da sociedade Fresenius Portugal Real Estate, S.A.. A Nephrocare por sua vez detém participações maioritárias nas sociedades [CONFIDENCIAL – identificação das sociedades], as quais desenvolvem igualmente a sua actividade no domínio da prestação de tratamentos de hemodiálise.

hemodiálise e respectiva assistência técnica, na distribuição, venda, instalação e assistência técnica a sistemas de tratamentos de águas em unidades de hemodiálise, bem como na distribuição e venda de produtos para diálise peritoneal.

5. Nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, os volumes de negócios da Fresenius, para os anos de 2007, 2008 e 2009, foram os seguintes:

Tabela 1: Volume de Negócios do Grupo Fresenius, para os anos de 2007, 2008 e 2009

<i>Milhões Euros</i>	2007	2008	2009
Portugal	[<150]	[<150]	[>150]
EEE	[>150]	[>150]	[>150]
Mundial	[>150]	[>150]	[>150]

Fonte: Notificante

2.2. Activos Adquiridos

6. O conjunto de activos objecto de aquisição para efeitos da presente operação encontram-se afectos ao negócio de diálise peritoneal da empresa Gambro Lundia AB – sucursal em Portugal, sociedade integrada no grupo multinacional Gambro que desenvolve a sua actividade, em Portugal, na área da distribuição e comercialização de produtos para hemodiálise, para diálise peritoneal e para insuficiência renal aguda.
7. Nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, o volume de negócios realizado pelo negócio de diálise peritoneal, nos anos de 2007, 2008 e 2009, foram os seguintes:

Tabela 2: Volume de Negócios do Negócio de Diálise Peritoneal, nos anos de 2007, 2008 e 2009

<i>Euros</i>	2007	2008	2009
Portugal	[<2]	[<2]	[<2]
EEE	[>2]	[>2]	[>2]
Mundial	[>2]	[>2]	[>2]

Fonte: Notificante.

3. NATUREZA DA OPERAÇÃO

8. Nos termos do “Asset Purchase Agreement ” (doravante “APA”), celebrado a 25 de Agosto de 2010, entre as partes contratantes, a operação de concentração projectada consiste na aquisição, pela empresa Fresenius do controlo exclusivo de um conjunto de activos que constituem o negócio de Diálise Peritoneal da empresa Gambro Lundia AB, em Portugal.

9. A operação é de natureza horizontal, no território nacional, atendendo a que existe sobreposição entre as actividades das empresas participantes nos mercados de produto relevantes considerados, nos termos melhor identificados *infra*.
10. A operação notificada consubstancia 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 b) do n.º 3 do mesmo artigo, encontrando-se sujeita à obrigação de notificação prévia, uma vez que, como melhor demonstrado *infra*, está preenchida a condição prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência.

4. MERCADOS RELEVANTES

4.1. Mercados de Produto/Serviço Relevantes

Terapêuticas de substituição da função renal

11. Os activos a adquirir estão relacionados com o negócio de diálise peritoneal da adquirida.
12. A diálise peritoneal consiste numa terapêutica de substituição da função renal por falha temporária ou permanente da mesma. Na maior parte das situações, verifica-se a impossibilidade de recuperação dos rins que deixam lentamente de funcionar, ou seja, verifica-se uma insuficiência renal crónica (“IRC”).
13. A insuficiência renal crónica é inicialmente tratada por “uma correcção minuciosa da dieta, pela prescrição de medicamentos que reduzam o valor do triglicéridos e/ou evitem que o valor do potássio² se eleve em demasia, e pela administração de diuréticos”³.
14. Quando a terapêutica inicial se torna insuficiente para restabelecer uma adequada função renal, recorre-se à diálise e, em último caso, ao transplante renal.
15. A diálise, por seu turno, consiste na “extracção dos produtos residuais e do excesso de água do organismo, podendo efectuar-se por dois métodos: a hemodiálise e a diálise peritoneal (“DP”).”⁴

² Para além da função de eliminação dos produtos resultantes do metabolismo do corpo através da produção de urina, os rins têm outras funções tais como assegurar o equilíbrio de electrólitos (potássio, magnésio, cálcio, fósforo e sódio), eliminar o excesso de água do organismo, produzir algumas hormonas, eliminar substâncias exógenas, regular o pH sanguíneo, entre outras. “Estrutura de mercado e performance dos serviços de hemodiálise em Portugal” – estudo elaborado pela UCP para a Entidade Reguladora para a Saúde. Disponível em <http://www.ers.pt/actividades/pareceres-e-recomendacoes/825007.pdf>.

³ *Idem*.

⁴ *Ibidem*.

16. Assim, pode desde já afirmar-se que a diálise consiste numa terapêutica de substituição da função renal que responde a insuficiências renais — na maior parte dos casos crónicas — que não podem ser tratadas através da mera alteração da dieta e medicação.

Diálise Peritoneal e Hemodiálise

17. De acordo com a notificante, a hemodiálise “consiste numa técnica de depuração extra-renal em que se liga o doente a uma máquina que, em conjunto com o filtro, o circuito extra-corporal e os dialisantes, produzem uma terapêutica substitutiva da função renal. Tais tratamentos são prestados nos hospitais ou em clínicas privadas articuladas com unidades hospitalares públicas.”
18. Por seu turno, a DP “constitui um tipo de terapêutica em que as impurezas do sangue são removidas através de uma membrana fisiológica — a membrana peritoneal — que funciona como um filtro.”. O peritoneu só pode ser utilizado como dialisador por um período limitado de tempo, idealmente se os rins ainda estiverem em funcionamento.
19. A DP é realizada em casa ou no local de trabalho, pelo paciente, em regime de ambulatório continuado sob supervisão do hospital de referência, nunca sendo efectuada em clínicas privadas. A aquisição e pagamento dos produtos e dispositivos necessários é feita pelos hospitais e entregues pelos fornecedores directamente em casa dos doentes.
20. A DP compreende dois tipos de tratamento: a diálise peritoneal contínua ambulatória (CAPD – “*continuous ambulatory peritoneal dialysis*”) e a diálise peritoneal cíclica contínua (CCPD – “*continuous cycling peritoneal dialysis*”). De acordo com a Notificante, o programa típico de CAPD implica a realização de tratamento quatro vezes ao dia. Com o CCPD uma máquina bombeia a solução de e para a cavidade abdominal do paciente enquanto este dorme. Durante o dia, permanecem na cavidade peritoneal do paciente, 1,5 a 2 litros de solução dialisante.
21. Em qualquer dos dois tipos de tratamento, o acesso à cavidade peritoneal é feito através de um cateter implantado cirurgicamente, através do qual o doente injecta líquidos. Note-se que os cateteres não são compatíveis entre marcas, ou seja, trata-se de circuitos fechados, onde as soluções dialisantes e respectivos equipamento (cateteres, sacos, e máquinas) apenas funcionam dentro da mesma marca.

Escolha da terapêutica de diálise

22. Do ponto de vista da definição dos mercados relevantes para efeitos de avaliação da presente operação de concentração, importa, pois, aferir da substituíbilidade entre as terapêuticas dialisantes de substituição da função renal — a hemodiálise e a diálise peritoneal — de forma a concluir sobre se as mesmas constituem mercados relevantes autónomos.
23. Para o efeito a Autoridade levou a cabo uma investigação de mercado, tendo contactado diversas entidades hospitalares com vista a aferir da existência de substituíbilidade do lado da procura.
24. De acordo com a Notificante e com as respostas recebidas das entidades hospitalares contactadas, a escolha da terapêutica de diálise é feita pelo doente IRC após esclarecimento médico sobre as características de cada uma das modalidades disponíveis (por vezes em conselho multidisciplinar), atendendo à existência (ou não) de contra-indicações específicas para a realização de cada uma das técnicas, designadamente “um doente que tenha sido submetido previamente a cirurgia abdominal complicada não poderá ser candidato a diálise peritoneal, por sua vez, um doente com esgotamento do capital vascular não poderá ser integrado na modalidade de hemodiálise.”⁵
25. Por outro lado, entre outros factores, a diálise peritoneal requer um elevado grau de auto-suficiência por parte do doente, na medida em que os tratamentos são efectuados em casa, ao contrário da hemodiálise, que é feita em hospitais e/ou clínicas.
26. Neste sentido, a possibilidade de escolha pelo doente IRC entre uma ou outra das modalidades terapêuticas disponíveis poderá ser, em determinados casos, limitada ou mesmo inexistente, dependendo também da evolução da sua situação clínica.
27. Por outro lado, embora não seja consensual entre os respondentes, regra geral, a escolha da terapêutica é feita a longo prazo, não se verificando mudanças frequentes entre diálise peritoneal e hemodiálise ao longo do tempo, uma vez que, “qualquer alteração será sempre um processo complicado, pela necessária aprendizagem a que os doentes têm de ser sujeitos.”
28. De referir apenas, que o factor custo não é determinante na escolha da terapêutica pelo doente IRC, dado que qualquer uma das terapêuticas é integralmente suportada pelo Sistema Nacional de Saúde, uma vez que a insuficiência renal crónica é definida como sendo uma doença terminal. Assim, a

⁵ Resposta ao ofício da AdC n.º S-DCC/2010/434 de 17 de Setembro

escolha é pautada apenas por critérios estritamente médicos e de conveniência pessoal de cada doente, dadas as suas características, clínicas e socioeconómicas.⁶

Delimitação do mercado de produto

29. Para efeitos de delimitação do mercado relevante, deverá atender-se à actividade desenvolvida pelos activos da adquirida, no caso concreto, a produção e comercialização de especialidades farmacêuticas e equipamentos para diálise peritoneal.
30. Numa óptica de substituíbilidade do lado da procura, importa aferir, se existe equivalência entre as diversas terapêuticas para a insuficiência renal crónica: (i) terapêuticas de alteração de dieta e acção medicamentosa; (ii) terapêuticas de substituição da função renal; e (iii) transplante renal.
31. Atento o exposto *supra* resulta que não existe substituíbilidade entre as terapêuticas de alteração de dieta e acção medicamentosa e as terapêuticas de substituição da função renal. Tal facto verifica-se devido aos diferentes estádios da insuficiência renal crónica em que se aplicam estas terapêuticas, sendo que estas não são, de todo, substituíveis entre si.
32. Embora menos evidente, não se pode considerar haver substituíbilidade estrita entre o transplante renal e as terapêuticas de substituição da função renal (TSFR). Em primeiro lugar, porque a insuficiência renal crónica pode não ser permanente (uma minoria dos casos), em segundo porque embora as TSFR possam ser consideradas como substituto temporário do transplante (sendo utilizadas como terapêutica no período de espera para o transplante), o inverso não sucede.
33. Assim, numa primeira iteração, o mercado de produto é delimitado às terapêuticas de substituição da função renal, importando, numa segunda iteração, aferir se a hemodiálise e a diálise peritoneal devem fazer parte do mesmo mercado relevante.
34. Embora se reconheça existir algum grau de substituíbilidade entre os dois tipos de diálise, não se poderá ignorar a existência de um conjunto de factores que indiciam que a hemodiálise e a diálise peritoneal constituem, efectivamente, mercados distintos.
35. Na verdade e em bom rigor, de acordo com a informação prestada por diversas unidades hospitalares, nem todos os pacientes com IRC podem ser sujeitos às duas terapêuticas alternativamente, não tendo por isso liberdade de escolha em função de especificidades inerentes à

⁶ A realização de terapêuticas de substituição da função renal tem impactos muito significativos no estilo de vida dos doentes, dado o tempo consumido pelos tratamentos.

sua condição e situação clínica. Para além disso, mesmo nos casos em que tal é possível, verifica-se que existem custos não despreciables na alteração de terapêuticas, ao nível, designadamente, do processo de aprendizagem ao qual o doente será necessariamente sujeito bem como do impacto que os mesmos terão no estilo de vida do doente.

36. Importa salientar, ainda que as especialidades farmacêuticas para a diálise peritoneal são classificadas de forma distinta das especialidades relacionadas com a hemodiálise.
37. Com efeito, em linha com a prática decisória nacional e comunitária a propósito das especialidades farmacêuticas, quer a Comissão Europeia, quer a própria AdC têm elegido como critério relevante para a definição dos mercados de produto, a função terapêutica relevante⁷ por referência à classificação terapêutica anatómica (ATC⁸) reconhecida pela Organização Mundial de Saúde. Em termos mais concretos, essa prática consubstancia-se no reconhecimento da definição de produto da especialidade farmacêutica ao 3º nível da classificação ATC.
38. *In casu*, verifica-se que a classificação de 3º nível que inclui as especialidades farmacêuticas para a diálise peritoneal é a classe B05D *Peritoneal Dialytics*, distinta da classe ATC B05Z *Hemodialytics and Hemofiltrates* referente às especialidades relacionadas com a hemodiálise.⁹
39. Do ponto de vista da substituíbilidade do lado da oferta, afirma a Notificante que é fácil a entrada no mercado, considerando que, do ponto de vista das especialidades farmacêuticas em causa, não existem questões ligadas a propriedade intelectual e/ou patentes. Por outro lado, no que diz respeito ao equipamento complementar e aos dispositivos médicos, a tecnologia é, de acordo com a própria Notificante, facilmente replicável, estimando-se que a entrada poderia fazer-se num prazo de um a dois anos, com particular ênfase para empresas que já tenham actividades no segmento da hemodiálise.
40. A AdC considera que os prazos em causa não são suficientes para se considerar que, por via da substituíbilidade do lado da oferta, a definição do mercado do produto deva ser alargada, não obstante, a facilidade de entrada constituir um factor de análise na avaliação jusconcorrencial.

⁷ Vide, por exemplo, processos n.º COMP/M. 3928 - *Teva/Ivax*, de 24 de Novembro de 2008 e COMP/M.3544 – *Bayer/Healthcare/Roche*, de 19 de Novembro de 2004 ou processo n.º Ccent 64/2008 – *Magnum/PPS/FarmaPS*, de 27 de Dezembro de 2008.

⁸ *Anatomical Therapeutic Classification*

⁹ Importa também referir que o mesmo sucede na classificação da EphMRA – *European Pharmaceutical Market Research Association*, que propõe um sistema de classificação com critérios distintos da ATC (classe K6B – *Peritoneal Dialysis Solutions*).

Conclusão quanto ao mercado relevante de produto

41. Atento o exposto, a AdC considera que o mercado relevante do produto, para efeitos da presente operação de concentração, é o *mercado das especialidades farmacêuticas e equipamentos de diálise peritoneal e serviços conexos*.

4.2. Mercado geográfico relevante

42. No entendimento da Notificante, o âmbito geográfico do mercado relevante corresponderá ao território nacional.
43. De facto, um conjunto de factores milita a favor deste entendimento, desde logo, a existência de uma restrição regulamentar no que diz respeito às especialidades farmacêuticas, uma vez que estas só podem ser comercializadas em território nacional se possuem uma Autorização de Introdução ao Mercado (AIM) concedida pela Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde (Infarmed).
44. Em segundo lugar, há que considerar que a insuficiência renal crónica é considerada uma doença terminal e, por isso, é comparticipada a 100% pelo serviço nacional de saúde¹⁰. A DP é realizada integralmente sob supervisão hospitalar pública (do hospital do SNS de referência de cada paciente) e nunca em clínicas ou outras unidades de saúde privadas¹¹. Cabe ao hospital a aquisição dos produtos, equipamentos e dispositivos necessários, emitindo este as requisições necessárias, as quais são satisfeitas pelo fornecedor, recaindo sobre este a obrigação de entrega do material requisitado directamente em casa do doente.
45. Dado o exposto, a AdC aceita a delimitação de mercado geográfico proposta pela Notificante, para efeitos da presente operação de concentração.

4.3. Conclusão quanto ao mercado relevante

46. Considerando o exposto *supra*, para efeitos da presente operação de concentração, define-se, como mercado relevante, o *mercado nacional das especialidades farmacêuticas e equipamento de diálise peritoneal e serviços conexos*.

¹⁰ Ou outros subsistemas públicos como a ADSE, ADM, SSMJ e SAD.

¹¹ Ao contrário do que sucede em alguns outros países ou com a hemodiálise.

5. AVALIAÇÃO JUS-CONCORRENCIAL

5.1. Estrutura da oferta

47. No mercado relevante em Portugal existem apenas 3 empresas, cujas quotas de mercado se apresentam *infra*, pelo que a operação sob análise configura uma concentração para duopólio.

Tabela 3: Quotas de mercado 2007-2009

	2007	2008	2009
Fresenius	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%
Gambro	[0-10]%	[<10]%	[<10]%
Fresenius + Gambro	[40-50]%	[30-40]%	[30-40]%
Baxter	[50-60]%	[60-70]%	[60-70]%

Fonte: Notificante

48. Pode verificar-se que se trata de um mercado muito concentrado. O IHH¹² atingiu o valor de [>2000], em 2009, sendo que o valor do *Delta*¹³ é de [>250].
49. Quer o índice de concentração, quer o delta, atingem valores bastante elevados, muito acima dos limiares mínimos abaixo dos quais, na prática decisória da AdC e da Comissão Europeia, uma operação de concentração não suscita, por princípio, uma análise extensiva.
50. Não obstante, refira-se que as quotas de mercado e os índices de concentração constituem apenas alguns indicadores de apoio à análise jus-concorrencial, devendo esta ser complementada com informação mais detalhada sobre o funcionamento do mercado.

5.2. Efeitos unilaterais

51. Numa primeira fase da análise, importa aferir se a operação de concentração é susceptível de resultar na criação de uma posição, por parte da empresa adquirente, que lhe permita actuar de forma independente, quer dos seus concorrentes, quer dos seus clientes.

¹² 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 Índice Herfindahl-Hirschmann (IHH) para conhecer o nível de concentração global existente num mercado – *Cf.* as "Orientações para a apreciação de concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações", JO C 31, de 5.02.2004

¹³ Delta entende-se a diferença entre o valor do IHH pós-concentração e o valor do IHH pré-concentração.

52. Para tal é necessário aferir se, num cenário pós-concentração, o mercado mantém um conjunto suficiente de características concorrenciais que inviabilizem o exercício de poder de mercado por parte da entidade que resultar da operação em análise, inviabilizando qualquer tentativa de implementação de estratégias de aumentos de preços.

Dimensão relativa das empresas envolvidas

53. Como se pode constatar dos dados constantes da Tabela 3, *supra* os activos a adquirir representam a quota de mercado mais pequena das 3 empresas presentes no mercado relevantes, enquanto que a adquirente se posiciona em segundo lugar.
54. Quer antes, quer após a concentração, o mercado é liderado pela Baxter, com uma quota superior a [60-70]% do mercado.

Proximidade concorrencial das empresas envolvidas

55. A análise de quotas de mercado indicia que, de entre as empresas presentes, a maiores pressões concorrenciais advirão da interacção das duas maiores.
56. De facto, a análise das respostas das diversas entidades hospitalares e os dados referentes aos seus actos aquisitivos dos últimos 3 anos mostram que os produtos oferecidos pelas 3 empresas apresentam algumas distinções entre si que levam a que a escolha de fornecedor esteja, também, relacionada com as particularidades de cada caso clínico.
57. Note-se a este respeito que, por exemplo, o Centro Hospitalar de Setúbal¹⁴ chega a formalizar a escolha de fornecedor em função de alguns critérios clínicos¹⁵.
58. O Centro Hospitalar de Coimbra afirma que, dos processos aquisitivos efectuados em 2009, em apenas 2 produtos houve “concorrência efectiva e completa entre a firma Fresenius e a firma Baxter”¹⁶. A Gambro não apresentou propostas aos concursos de 2008 e 2009.
59. O Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental confirma, na sua resposta¹⁷ que “Cada fabricante apresenta sistemas e soluções com algumas características diferentes na concepção e composição destes produtos, que podem ser mais favoráveis para determinados grupos de doentes”¹⁸

¹⁴ Resposta ao ofício da AdC n.º S-DCC/2010/413. Questão 4, pág. 2.

¹⁵ “Doentes anúricos e diabéticos: fornecedor Baxter Farmacêutica; doentes com pouca destreza para executar a técnica: fornecedor Fresenius Medical Care”.

¹⁶ Resposta ao ofício da AdC n.º S-DCC/2010/433. Ponto 6, pág. 3

60. Resulta da consulta realizada que as entidades hospitalares consideram, no geral, a Gambro como uma empresa com pouco significado no mercado, havendo algumas delas que não consideram, sequer, esta entidade para efeitos de aquisição de especialidades farmacêuticas e equipamentos de diálise peritoneal.
61. Face ao exposto, verifica-se que a Gambro não é o concorrente mais próximo da adquirente e, para além disso, não constitui uma força concorrencial relevante no mercado.¹⁹

Custos de mudança

62. Os sistemas de DP das empresas presentes no mercado funcionam em “regime fechado”, ou seja, cada sistema, composto por equipamentos e soluções dialisantes apenas funciona dentro da mesma marca.
63. Embora teoricamente possível, a mudança entre marcas implica um reajustamento e treino do paciente ao novo sistema o que, não sendo impossível, não é, regra geral, muito frequente, de acordo com a generalidade das respostas recebidas das entidades hospitalares.
64. A análise dos actos aquisitivos corrobora esta análise na medida em que a maior parte deles é feita por adjudicação directa, não só em função das escolhas terapêuticas específicas do paciente/médico, mas também, em função dos doentes já em tratamento e, conseqüentemente, dos sistemas de DP já em utilização.
65. Assim, parece existir uma certa inércia na procura na medida em que a substituição, sendo possível, não é imediata. A esse propósito aliás, refira-se que a generalidade das entidades hospitalares não se mostrou preocupada com o facto de a Gambro, enquanto fornecedora de sistemas de DP, deixar de estar presente no mercado. No entanto, ressaltaram o facto de ser necessário, durante algum tempo, assegurar a continuidade de fornecimento dos produtos Gambro para permitir aos pacientes o tempo necessário à mudança, ao treino e à habituação dos novos sistemas a adoptar.²⁰

¹⁷ Resposta ao ofício da AdC n.º S-DCC/2010/428.

¹⁸ Idem. Ponto 3, pág.2

¹⁹ Interpretação que não advém, necessariamente, da sua pequena quota de mercado, mas sim da dinâmica concorrencial que se inferiu do conjunto de respostas analisadas.

²⁰ [CONFIDENCIAL – obrigação contratual]

Concorrência potencial (entrada)

66. A Notificante afirma que a ameaça de entrada é “real e efectiva”²¹ e que empresas que já detenham uma determinada infra-estrutura podem entrar no mercado a qualquer momento, nomeadamente fabricantes de soluções intravenosas e empresas farmacêuticas como a B.Braun e a Abbot.
67. Por outro lado, a tecnologia referente aos produtos é comum e pode ser adquirida a terceiros, não havendo necessidade estrita de desenvolver *in-house*, os equipamentos e dispositivos médicos.
68. No entanto, conforme admite a Notificante, o mercado nacional é bastante pequeno, tendo, em 2009, apenas 571 pacientes em diálise peritoneal de um total de 9.646 pacientes sob terapêutica de substituição da função renal.²²
69. Assim, embora teoricamente se possa admitir a existência de concorrência potencial, os elementos disponíveis não permitem considerar que esta constitua um constrangimento concorrencial muito relevante, mesmo num cenário significativo de subida de preço.

Conclusão

70. Dado o exposto supra, verifica-se que, num cenário pós-concentração, a Baxter manter-se-á como empresa líder de mercado.
71. Por outro lado, a Gambro não era nem um concorrente muito relevante (em termos de capacidade de disciplinar concorrencialmente o mercado), nem o concorrente mais próximo da Fresenius.
72. Por outro lado, existe um custo de mudança não despreciando, que introduz uma certa inércia na procura, uma vez que os pacientes, em caso de mudança do sistema de DP (seja ele manual ou automático) têm de se adaptar ao novo sistema.
73. Também o efeito disciplinador da concorrência potencial parece reduzir-se quando enquadrado no contexto da dimensão global do mercado.
74. As entidades hospitalares contactadas não se mostraram particularmente preocupadas com a alteração da estrutura de mercado para um duopólio, quer por-que consideram a Gambro como um participante sem grande relevo, quer porque nem sequer chegam a considerar esta empresa para efeitos dos seus actos de aquisição (e, portanto, para todos os efeitos, já consideram o mercado

²¹ Pág. 26 da Notificação.

²² Dados dos Relatórios Anuais da Sociedade Portuguesa de Nefrologia

como um duopólio). Estas entidades consideram que a sua posição negocial face aos fornecedores não é afectada pela alteração que vem da presente operação de concentração.

75. Assim, é entendimento desta Autoridade que, apesar do elevado nível de concentração que caracteriza o mercado, tal como medido pelo IHH, e mesmo tendo em conta que, da operação de concentração resultará um aumento significativo desse nível, a estrutura de mercado resultante da operação de concentração não dará origem a comportamentos unilaterais por parte da empresa Notificante, ou seja, a mesma não terá a capacidade de actuar no mercado de forma independente do seu concorrente e/ou dos seus clientes, mantendo-se, portanto, as necessárias pressões concorrenciais disciplinadoras que permitem evitar a adopção desse tipo de estratégias.

5.3. Efeitos coordenados

76. A AdC entende não estarem reunidas as condições necessárias para se concluir que, da operação de concentração, resultarão efeitos coordenados.
77. Para que existam efeitos coordenados decorrentes de uma operação, é necessário que o mercado reúna um conjunto de características que tornem possível a coordenação tácita entre as empresas que actuam no mercado, e que essas características sejam reforçadas em resultado da operação.
78. Para tal é necessário que a coordenação tácita seja um processo simples, verificável e que existam mecanismos credíveis de detecção e punição da empresa que viole os termos dessa coordenação tácita.
79. No caso da diálise peritoneal, os pedidos de elementos às entidades hospitalares e os dados apresentados pela Notificante permitiram concluir que se está em presença de produtos ligeiramente diferenciados, e que incluem, no mínimo, o serviço de entrega ao domicílio.
80. Verificou-se também que a maioria dos actos aquisitivos das entidades hospitalares assume a forma de adjudicação directa, o que torna não só a informação menos transparente entre os concorrentes (ou seja, não existe um processo verificável), como também dificulta qualquer estratégia de retaliação eficaz, uma vez que os concursos públicos constituem a excepção e não a regra.
81. Também do ponto de vista das entidades hospitalares, não foi suscitada qualquer preocupação nesse sentido que pudesse resultar da operação de concentração ora em apreço.
82. Em suma, pelo exposto *supra*, não é provável que da operação de concentração resultem efeitos coordenados.

5.4. Das cláusulas restritivas da concorrência

83. Nos termos identificados pela Notificante e em conformidade com o disposto [CONFIDENCIAL – Identificação da cláusula contratual], a vendedora e as respectivas subsidiárias (*in casu* a Gambro Lundia AB – sucursal em Portugal) assumem a obrigação, [CONFIDENCIAL – âmbito temporal] a contar da data de conclusão do negócio, [CONFIDENCIAL – âmbito material]

5.4.1. Posição da Notificante

84. A Notificante considera que [CONFIDENCIAL – identificação da obrigação] se encontra justificada [CONFIDENCIAL – justificação]

5.4.2. Posição da AdC

85. Em linha com a prática decisória nacional²³ e comunitária²⁴, a decisão que autoriza uma operação de concentração abrange igualmente as «restrições directamente relacionadas com a realização da mesma e a ela necessárias» nos termos e para os efeitos previstos no n.º 5 do artigo 12.º da Lei da Concorrência.

86. Neste sentido, a AdC deverá analisar o escopo material, geográfico e temporal das cláusulas constantes do SPA identificadas pela Notificante, de modo a aferir se as mesmas se encontram directamente relacionadas com o negócio principal objecto da operação de concentração notificada, revelando-se necessários à prossecução do mesmo.

87. No que respeita à obrigação [CONFIDENCIAL – identificação da obrigação], no que se refere exclusivamente ao território nacional, a Autoridade da Concorrência considera, atento o respectivo âmbito material e temporal, que a mesma se encontra directamente relacionada com a operação, sendo necessária ao objectivo de preservação do valor integral do negócio a transferir, constituindo, por conseguinte, uma restrição acessória abrangida pela presente Decisão, nos termos do n.º 5 do artigo 12.º da Lei da Concorrência.

²³ Processo Ccent. 39/2009 – Unicer/NewCoffee II, decisão de 30 de Outubro de 2009; Processo Ccent. 21/2010 – Newrest/Servirail, decisão de 1.7.2010; Processo Ccent. 26/2010 – Yanmar/Amman-Yanmar, decisão de 22.7.2010.

²⁴ Comunicação da Comissão relativa às restrições directamente relacionadas e necessárias às concentrações, JOCE 2005/C 56/03, de 5 de Março.

6. AUDIÊNCIA DE INTERESSADOS

88. Nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, foi dispensada a audição prévia dos autores da notificação, dada a ausência de contra-interessados e o sentido da decisão, que é de não oposição.

7. DELIBERAÇÃO DO CONSELHO

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, delibera, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 18/2003, de 11 Junho, não se opor à presente operação de concentração, uma vez que a mesma não é susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no *mercado nacional das especialidades farmacêuticas e equipamentos para diálise peritoneal e serviços conexos*.

Lisboa, 22 de Outubro de 2010

O Conselho da Autoridade da Concorrência,

Jaime Andrez

Vogal

João Espírito Santo Noronha

Vogal