

152527

CONCLUSÃO - 20-10-2016

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Manuela Augusta Rosa)

=CLS=

Relatório

*

Recorrentes:

Associação Nacional das Farmácias (ANF), com o número único de matrícula e pessoa coletiva 500885494 e com sede na Rua Marechal Saldanha, n.º 1, 1249-069 Lisboa,

Farminveste – S.G.P.S., S. A. (Farminveste SGPS), com o número único de matrícula e pessoa coletiva 509491480 e com sede na Travessa de Santa Catarina, n.º 8, 1200-403 Lisboa,

Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S. A. (Farminveste IPG), com o número único de matrícula e pessoa coletiva 502334967 e com sede na Travessa de Santa Catarina, n.º 8, 1200-403 Lisboa e

HMR – Health Market Research, Lda. (HMR), com o número único de matrícula e pessoa coletiva 509001874 e com sede na Travessa de Santa Catarina, n.º 8, 1200-403 Lisboa.

*

Decisão impugnada:

A Autoridade da Concorrência (AdC) condenou as recorrentes pela prática de um abuso de posição dominante, através de uma compressão de margens nos mercados a jusante, previsto e punido pelos arts. 11.º1 e 2, al a), 68º e 69º, todos do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, bem como do artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), nas seguintes sanções:

- à arguida **Associação Nacional das Farmácias** numa coima no valor de € 635.000,00 (seiscentos e trinta e cinco mil euros);
- à arguida **Farminveste – S.G.P.S., S. A.** numa coima no valor de € 9.080.000,00 (nove milhões e oitenta mil euros);
- à arguida **Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.** numa coima no valor de € 360.000,00 (trezentos e sessenta mil euros);
- à arguida **HMR – Health Market Research, Lda.** numa coima no valor de € 265.000,00 (duzentos e sessenta e cinco mil euros);
- a todas as arguidas na sanção acessória, de publicação, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da Decisão, um extrato da mesma, a delimitar pela AdC, nos termos e conforme cópia que lhes será comunicada, na II Série do Diário da República e em jornal nacional de expansão nacional.

*

Fundamentos dos recursos:

A) Recursos interpostos pela ANF e pela Farminveste IPG:

- Ao presente processo subjaz um mero litígio comercial, sendo a IMS uma empresa multinacional com o monopólio mundial dos estudos de mercado no setor da saúde e que não apresentou quaisquer queixas enquanto os dados sobre consumo de medicamentos lhe eram fornecidos em exclusivo e a IMS os explorava em monopólio no mercado português.
- Após a rotura das relações contratuais entre ANF e IMS, a hmR surgiu no mercado como concorrente da IMS, que desde então tudo fez para condicionar, destruir ou adquirir a hmR (sendo a queixa apresentada à AdC parte deste mesmo objetivo).

- A entrada da hmR no mercado teve vários efeitos positivos, e a coima aplicada pela AdC pode ter como consequência a destruição da hmR e o regresso da IMS à situação de monopólio.
- A Decisão Condenatória é nula, obstando a um cabal exercício do direito de Defesa das Arguidas, dado: (i) ser omissa na descrição fáctica e legal dos elementos mínimos objetivos e subjetivos necessários à imputação de uma infração contraordenacional – nomeadamente, por não indicar a norma legal cuja violação é sancionada, por pecar na identificação e individualização dos critérios a ponderar para efeitos de aplicação da coima (em particular, da culpa) e na imputação da infração à pessoa coletiva – e; (ii) assentar em elementos que apenas foram disponibilizados às Arguidas de forma truncada e confidencial (nomeadamente e a título exemplificativo, no que concerne às contas e alegadas perdas da IMS), nos termos da leitura conjugada dos artigos 25.º, 26.º, 69.º e 73.º da NLdC, 18.º e 58.º RGCO, 283.º, n.º 3, 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, al. a) do CPP, 125.º, n.º 1 do CPA, 6.º da CEDH e 10.º, 32.º e 268.º, n.º 3 da CRP.
- O processo que culminou na Decisão proferida é, nulo, por violação dos mais elementares deveres de diligência e investigação, objetividade, imparcialidade e isenção a que a AdC está vinculada e, a par, do direito ao processo justo e equitativo, do princípio da presunção de inocência e do próprio Direito de Defesa das Arguidas, - atendendo a que: (i) a Decisão é assente, acriticamente, na tese e elementos carreados para os autos pela IMS, não fazendo devidamente refletir no texto da Decisão as diligências probatórias que (formalmente) foram realizadas ao longo de 6 anos de investigação, (ii) a Resposta à Nota de Ilícitude apresentada pelas Arguidas foi comentada, por impulso da AdC, pela própria Queixosa IMS - tendo, após, as Arguidas sido notificadas para sobre esta pronúncia e documentos se pronunciarem, em prazo manifestamente insuficiente para o efeito e em momento temporal

processualmente estranho, nos termos da leitura conjugada dos artigos 17.º e 19.º da ALdC, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º e 10.º do CPA, 1.º, 29.º, 32.º, 266.º e 268.º da CRP, 6.º da CEDH;

- A IMS conduziu, com sucesso, a AdC a envolver-se num mero litígio comercial, aliás já dirimido em sede própria, não preenchendo os factos subjacentes ao presente processo os requisitos mínimos para intervenção de uma autoridade da concorrência;
- Longe de visar o restabelecimento de uma situação de normalidade concorrencial, a queixa apresentada pela IMS junto da AdC teve por único propósito obstaculizar o processo concorrencial que se adivinhava com o nascimento da hmR de forma a que, por essa via, a IMS recuperasse a posição de monopólio de que beneficiou durante largas décadas em Portugal;
- Após a rotura das relações contratuais entre as Partes, a IMS jamais solicitou à Farminveste IPG acesso aos dados cedidos pelas farmácias, seja nas condições definidas pelo Tribunal Arbitral seja em quaisquer outras;
- A IMS é um potentado do setor dos estudos de market intelligence pharma a nível mundial, com posições monopolistas ou quase-monopolistas em quase todos os países nos quais opera, sendo destituída de qualquer credibilidade a asserção de que a empresa se possa ter visto excluída, ainda que temporariamente, de qualquer mercado;
- A grande maioria dos clientes do mercado de *sales tracking data* vê como muito positiva a entrada da hmR no mercado, tendo a mesma resultado, entre outros, num aumento da qualidade dos estudos e na diminuição dos preços;
- A IMS trabalha em todo o mundo sobretudo com um painel armazenista, fazendo geralmente um uso marginal do painel de

farmácias. Nesse sentido, a situação em que temporariamente se encontrou após ter decidido incumprir o Acordo de 2008 não foi muito diferente da que regista de forma permanente em muitos dos países nos quais atua;

- A ter havido comportamento ilegal por parte das Arguidas, o mesmo seria apenas suscetível de ter alguma repercussão, e ainda assim reduzida, no segmento de *consumer health* que não OTC's (ou seja, produtos de saúde e bem-estar), no qual a IMS faturava apenas cerca de € 1 milhão em 2008;
- A IMS jamais trouxe aos autos prova de prejuízos sofridos em virtude do alegado comportamento ilícito das Arguidas, **sendo que a empresa já antes apresentava consistentemente prejuízos em Portugal;**
- As farmácias dispõem de absoluta liberdade para ceder os respetivos dados comerciais a quem entenderem e nas condições que lhes aprouver, conforme amplamente testemunhado nos autos;
- **O término das relações comerciais com as Arguidas e a não reconstituição mais rápida, por parte da IMS, de um maior painel de farmácias obedeceu estritamente a uma estratégia jurídica e comercial da IMS, não tendo nenhuma relação com qualquer hipotética dificuldade em reconstituir esse mesmo painel;**
- Boa parte do mercado de *sales tracking data* dificilmente será alguma vez contestável pela hmR em função da negociação internacional centralizada de contratos com as grandes multinacionais farmacêuticas por parte da IMS, pelo que é inconcebível que a IMS tenha sido, ou possa alguma vez vir a ser, vítima de um qualquer efeito de exclusão do mercado;
- As Arguidas não se encontravam verticalmente integradas no momento em que a IMS e as Arguidas cessaram a respetiva relação comercial.

Falta, assim, o mais básico dos requisitos previstos na prática decisória e na jurisprudência comunitária para um abuso de posição dominante por compressão de margens;

- A construção teórica adotada pela AdC para procurar contornar a ausência deste requisito básico é absolutamente falaciosa, uma vez que, a existir qualquer abuso, o mesmo só poderia ter ocorrido aquando da assinatura do Acordo de 2008 – altura em que a hmR não se encontrava ainda constituída -, já que, posteriormente, jamais a IMS voltou a procurar ter acesso aos dados, nem quando passou a estar na posse de uma sentença de um Tribunal Arbitral fixando um preço para os mesmos;
- Ou seja, a IMS nunca chegou a ser simultaneamente cliente e concorrente do Grupo ANF, não podendo, por conseguinte, existir qualquer compressão de margens;
- Assim sendo, é conceptualmente impossível calcular uma compressão de margens uma vez que nunca coexistiu um preço do Grupo ANF para clientes a jusante relativamente ao qual se pudesse comparar o preço praticado à IMS a montante;
- Dito de outra forma, inexistente qualquer relação causal entre uma putativa compressão de margens e o facto de a IMS deixar de ter acesso aos dados das farmácias;
- A Autoridade da Concorrência adota uma definição de mercado que vai completamente ao arrepio da prática decisória estabelecida pela Comissão Europeia e que não tem qualquer aderência à realidade no terreno;
- No mercado a jusante, a AdC chega à conclusão de que existem 576 mercados relevantes diferentes (!), o que é bem revelador do facto de

que, apesar de seis longos anos de investigação, a Autoridade não logrou entender minimamente o funcionamento efetivo do mercado;

- Não existe qualquer impedimento técnico ou jurídico a que a IMS ou outros concorrentes acedam aos dados das farmácias nos termos em que a Farminveste IPG o faz;
- Seja como for, o acesso aos dados das farmácias nos exatos termos da Farminveste IPG não é uma exigência da jurisprudência comunitária *Bronner*, sendo admissível que concorrentes possam ter acesso em termos menos favoráveis;
- Os dados cedidos pelas Arguidas não constituem um *input* indispensável para o negócio dos estudos de *sales tracking data*;
- A AdC procedeu a uma aplicação incorreta do teste do operador igualmente eficiente que conduziu a resultados inevitavelmente errados.
- Quando realmente o quis, a IMS reconstituiu o seu painel e, em menos de um ano, mais do que dobrou o número de farmácias constante do mesmo, contando presumivelmente à data com um painel de pelo menos 1750 farmácias.
- Para satisfazer o ónus da prova dos efeitos de exclusão que lhe incumbe, a Autoridade estava obrigada a levar a cabo uma análise mercado a mercado e a demonstrar, para cada mercado individualmente considerado, que se tinham produzido esses efeitos.
Ao invés, a AdC bastou-se com um conjunto de generalidades resultantes de ideias preconcebidas, sem qualquer análise aprofundada subjacente.
- Sendo o mercado a jusante anteriormente totalmente dominado por uma empresa monopolista, o ónus da prova que incumbia à AdC era ainda mais exigente sob pena de se confundir, como a AdC

acabou por fazer, a inevitável perda de quota de mercado desse monopolista que vê emergir nova concorrência com um qualquer efeito de exclusão que ficou absolutamente por demonstrar em todos e cada um dos 576 mercados relevantes definidos pela AdC.

- A concorrência no mercado a jusante não só não foi eliminada, como saiu reforçada, como atestam amplamente as respostas da indústria farmacêutica ao inquérito da GfK.
- A construção que faz a AdC em sede de Decisão recorrida, nos termos da qual os 10% do volume de negócios das Arguidas no exercício de 2014 (imediatamente anterior à Decisão) foram utilizados como limite máximo da coima aplicável é inconstitucional – conforme Capítulo C) do Parecer de Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos junto pela Arguida Farminveste SGPS – por violação dos artigos 1.º, 2.º, 18.º, 29.º e 30.º da CRP.
- Tal construção traduz-se uma invasão ilícita e injustificada do espaço reservado ao legislador e, de todo o modo, nenhuma percentagem do volume de negócios da Arguida pode espelhar a gravidade máxima que, presumivelmente e em abstrato, o facto ilícito pode assumir,
- Esta percentagem do volume de negócios do ano anterior ao da Decisão implica eleger um limiar indeterminado e indeterminável da moldura no momento (relevante) da prática da infração, ficando, aliás, sujeito a uma variação no tempo e consequentes variáveis arbitrárias,
- A amplitude das molduras assim admitidas nos presentes autos (entre zero e vários milhares, senão milhões, de euros) é de tal forma grande que não é compatível com o princípio da legalidade e proibição de sanções ilimitadas e indefinidas e atenta contra o princípio do Estado de Direito (em especial, na tutela da segurança jurídica),

- A interpretação da norma tal como foi feita pela AdC não permite assegurar que as restrições de direitos são proporcionais, adequadas e necessárias - pois que para tanto seria necessária a previsão de uma escala que empregasse medidas de valor invariável e universal (o que não acontece no caso *sub judice*, em que as sanções a aplicar serão necessariamente desligadas do facto censurado, quer em si mesmo, quer em relação a outras infrações, quer em confronto com outros sujeitos / o próprio, quando diversas condições económicas), havendo, ademais, uma absoluta ausência de correlação entre o exercício relevante e o facto censurado.
- A falta de proporcionalidade, adequação e necessidade é evidente quando se atentam nas disparidades dos valores das coimas aplicadas que, não assentando em qualquer distinção a nível de critérios de determinação, são distintos apenas e somente porque os volumes de negócios das Arguidas são muito dispares,
- A falta de proporcionalidade, adequação e necessidade é ainda mais gritante, se se tiver em consideração que um volume de negócios baixo certamente determinará que a coima aplicada não seja, a final, tão “dissuasora” quanto o invocado pela AdC (ainda que a censurabilidade do facto seja alta), e um volume de negócios alto determinará a aplicação de coimas excessivas e desproporcionais (ainda que a censurabilidade do facto seja diminuta).
- Sendo a moldura baseada na capacidade de pagar desgarrada do facto, a coima aplicada não espelha, como deveria, o grau de culpa do agente – sendo inconstitucional a aplicação de uma sanção que, como no caso em apreço, ultrapassa a medida da culpa.
- A interpretação levada a cabo pela AdC permite que perante uma identidade objetiva do ilícito e duas condutas em tudo idênticas, duas empresas possam ser sancionadas de modo distinto, em função única e

exclusiva do volume de negócios de cada uma, pelo que é igualmente violadora do princípio da igualdade.

- Em síntese, qualquer norma do RGCO e/ou da NLdC, em particular a norma constante do artigo 69.º, n.º 2 da NLdC, quando interpretada no sentido de admitir que o montante correspondente a 10% do volume de negócios das Arguidas no exercício imediatamente anterior à Decisão funcione como limite máximo da moldura aplicável ao ilícito contraordenacional é organicamente inconstitucional, por violação de reserva legislativa relativa da Assembleia da República (artigo 165.º n.º 1, al. d) da CRP) e materialmente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da CRP) e do princípio da sua determinação e proibição de sanções ilimitadas ou indefinidas (artigo 30.º, n.º 1 da CRP), do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP), do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (artigo 18.º da CRP) e princípio da culpa (artigo 1.º da CRP), bem como do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), devendo ser recusada nos termos do artigo 204.º da CRP e sendo a inconstitucionalidade suscitada nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 280.º, n.º 1, al. b) da CRP.
- Caso se entenda que os 10% do volume de negócios do exercício anterior ao da Decisão funciona apenas como cláusula de bloqueio exógena, sempre seria a coima fixada dentro de uma moldura abstrata inexistente, pelo que o sistema de sanções seria necessariamente irracional, injustificado, injusto e não serviria os propósitos a que se destina - pelo que sempre seria esta interpretação inconstitucional, por violação dos princípios da igualdade (artigo 13.º da CRP), da legalidade (artigo 29.º, n.º 3 da CRP), proibição das sanções indefinidas (artigo 30.º, n.º 1 da CRP).
- Sem prejuízo das conclusões antecedentes, as coimas aplicadas nos presentes autos são manifestamente desproporcionais, desadequadas e

injustas – sendo absolutamente aleatórias. Para assim concluir basta que se atente na ausência de quaisquer fatores concretos (culpa, envolvimento, atos concretos, vinculação através das pessoas individuais) que “balizem” o considerado (nos termos acima expostos) volume de negócios das Arguidas, sendo manifesto que as Arguidas são punidas a título puramente objetivo.

- As Arguidas não tinham razoavelmente condições de antecipar que poderiam estar a incorrer em comportamento ilícito. Esse facto é demonstrado não só pela ausência de prática decisória em matéria de compressão de margens em casos com as características do presente, como pela duração de seis anos do processo administrativo, a qual é pouco compatível com a existência de uma violação flagrante.
- A dificuldade de avaliação prévia, por parte das Arguidas, da sua posição jurídica é ainda atestada pela definição inédita, pela AdC, de 576 mercados relevantes no presente processo;
- É ilegal e injustificada a relevância conferida a atos (ou omissões) ocorridos posteriormente à data de consumação da infração (que, no caso, ao contrário do erroneamente defendido pela AdC, é uma infração instantânea consubstanciada na fixação de preços ocorrida no último contrato celebrado com a IMS), sendo a dimensão do Grupo ANF um critério irrelevante para o apuramento da gravidade da alegada infração;
- O setor em causa não é, contrariamente ao entendimento expresso na Decisão Condenatória, um setor de elevado relevo económico e social. Os estudos de *sales tracking data* visam simplesmente auxiliar as empresas farmacêuticas a monitorizar as vendas dos seus produtos e das respetivas forças de venda, com vista a aumentarem as respetivas receitas e margens de lucro;

- Infrações anteriores de diferentes normas da concorrência não podem, nos termos da melhor prática internacional, ser consideradas circunstância agravante. Seja como for, a AdC não desconhece que a ausência de notificação da aquisição da empresa Consiste teve na sua génese um mero lapso.
- **Nestes termos, e nos melhores de Direito que este Ilustre Tribunal doura e atentamente suprirá, requer-se que: seja o recurso considerado integralmente procedente e, consequentemente, sejam as Arguidas ANF e Farminveste IPG absolvidas da infração por que vêm administrativamente condenadas, na medida em que não se encontram verificados os pressupostos objetivos e subjetivos do tipo contraordenacional em causa; seja a coima aplicada reduzida para montante simbólico e proporcionado à prova que, hipoteticamente, se considerou feita, em função de uma correta ponderação dos critérios de determinação da medida concreta da coima, à luz dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade; e, em qualquer caso, seja a Recorrida AdC a suportar as custas, honorários e demais despesas do processo.**

B) Recurso interposto pela Farminveste SGPS:

- Ao presente processo subjaz um mero litígio comercial, sendo a IMS uma empresa multinacional com o monopólio mundial dos estudos de mercado no setor da saúde e que não apresentou quaisquer queixas enquanto os dados sobre consumo de medicamentos lhe eram fornecidos em exclusivo e a IMS os explorava em monopólio no mercado português.
- Após a rotura das relações contratuais entre ANF e IMS, a hmR surgiu no mercado como concorrente da IMS, que desde então tudo fez para condicionar, destruir ou adquirir a hmR (sendo a queixa apresentada à AdC parte deste mesmo objetivo).

- A entrada da hmR no mercado teve vários efeitos positivos, e a coima aplicada pela AdC pode ter como consequência a destruição da hmR e o regresso da IMS à situação de monopólio.
- A Decisão Condenatória é nula, obstando a um cabal exercício do direito de Defesa das Arguidas, por ser omissa na descrição fáctica e legal dos elementos mínimos objetivos e subjetivos necessários à imputação de uma infração contraordenacional – nomeadamente, por não indicar a norma legal cuja violação é sancionada, por pecar na identificação e individualização dos critérios a ponderar para efeitos de aplicação da coima (em particular, da culpa) e na imputação da infração à pessoa coletiva, nos termos da leitura conjugada dos artigos 25.º, 26.º, 69.º e 73.º da NLdC, 18.º e 58.º RGCO, 283.º, n.º 3, 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, al. a) do CPP, 125.º, n.º 1 do CPA, 6.º da CEDH e 10.º, 32.º e 268.º, n.º 3 da CRP.
- Não se admite a prática de uma qualquer infração jusconcorrencial, por não estarem reunidos os respetivos pressupostos objetivos e subjetivos – o que quanto à aqui Recorrente, é desde logo evidente pelo facto de haver sido incluída pela própria AdC no rol das Arguidas apenas no dia antes da data aposta na Nota de Ilícitude.
- Ainda que se dessem como bons e provados os factos descritos na Decisão, os mesmos não são suficientes para imputar a contraordenação em apreço à Arguida Recorrente, pois que os mesmos não passam de referências genéricas à estruturação do grupo de empresas de que esta Sociedade é a empresa mãe - não sendo integrantes (isolada ou conjuntamente) de um qualquer elemento objetivo (muito menos subjetivo) de um tipo de abuso de posição dominante por fixação de preços não equitativos.
- O direito das contraordenações, vindo a aproximar-se do direito penal - em particular nas contraordenações (graves) que, como a presente, são

caracterizadas por uma “dignidade penal” - comunga das raízes, fundamentos e princípios deste.

- O presente processo contraordenacional apresenta evidente e excecional complexidade - seja atendendo à sua dimensão, à extensão dos elementos probatórios, ou à complexidade das matérias sob análise – pelo que comunga dos ditos princípios e garantias, em particular das exigências inerentes ao conceito pessoal de facto e autoria, nesta sede plenamente aplicável.
- Não há qualquer facto que justifique a imputação do facto ilícito (enquanto “ilícito pessoal”) à Arguida, pois que dados, referências ou documentos de carácter estritamente societário não permitem, num Estado de Direito, afirmar a prática - sequer a consciência e liberdade de vontade - de um qualquer facto delituoso.
- O facto de a Arguida ter – em tese – tomado como sua a atividade das restantes Arguidas é irrelevante para efeitos de imputação (e censura) de facto contraordenacionalmente ilícito, não alterando as normas (legais) vigentes a este respeito, sendo a Decisão clara ao imputar a prática dos atos (aleadamente) relevantes às Arguidas Farminveste IPG e HMR.
- Nada justifica que a contraordenação seja imputada à Arguida a título de coautoria - é hipótese expressamente afastada pela AdC; nada na Decisão permita se alegue a existência de uma decisão conjunta ou a execução de uma qualquer “tarefa” de uma qualquer acordada “divisão de trabalhos” e o alegado controlo exercido pela Arguida sobre a Farminveste IPG e a HMR é irrelevante para estes propósitos.
- Nada justifica que a contraordenação seja imputada à Arguida a título de autoria mediata, não encontrando nenhum eco no texto da Decisão que o facto foi praticado “por intermédio” de outrem.

- Nada justifica que a contraordenação seja imputada à Arguida a título omissivo, por não por cobro à conduta ilícita, já que não impende sobre a Recorrente um qualquer dever jurídico de agir.
- Nem um conceito extensivo de autoria permite a imputação da contraordenação à Arguida à luz dos “factos” aduzidos em sede de Decisão recorrida.
- A condenação da Arguida é fundada em presunções, nenhuma das quais compatível com os mais basilares princípios constitucionais estruturantes do direito sancionatório português - em particular, da legalidade, da culpa e da presunção de inocência.
- A Farminveste SGPS é um sujeito de direitos e deveres autónomo, não se confundindo com as suas participadas e / ou com os seus sócios, o que obsta a que atos imputados à Arguida Farminveste IPG e/ou à ANF impliquem a responsabilidade da Arguida ora Recorrente.
- A existência de uma relação de grupo entre sociedades, não só não prevê ou legitima a imputação ou transmissão de factos de uma sociedade a outra, como não prevê ou legitima o recurso ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade dominada (a Farminveste IPG).
- Uma qualquer imputação da prática de um ilícito contraordenacional à Farminveste SGPS com base nos elementos aduzidos na Decisão sob recurso é não só ilegal, como inconstitucional – por violação, entre o mais, dos artigos 1.º, 2.º, 20.º, n.º 4, 25.º, 32.º, n.ºs 1 e 10, 266.º, n.º 2 da Lei Fundamental.
- Uma qualquer interpretação do RGCO e/ou da NLdC, em particular do artigo 16.º, n.º 1 do RGCO, no sentido de acolher o direito das contra-ordenações um “conceito extensivo de autoria” que prescindia da conceção do ilícito enquanto “ilícito-pessoal” ou que prescindia da

necessária relação (de imputação e causalidade) está ferida de inconstitucionalidade, por violação frontal dos artigos 1.º, 2.º, 20.º, n.º 4, 25.º, 32.º, n.ºs 1 e 10, 266.º, n.º 2 da CRP - e a aplicação das normas dos diplomas citados, interpretadas no sentido adotado pela AdC, deverá ser recusada pelo Tribunal, tendo em conta o disposto no artigo 204.º da CRP, sendo a presente inconstitucionalidade suscitada nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1 do art. 280.º da CRP.

- Nunca o montante global do volume de negócios da Arguida, porque “consolidado”, deveria ser tomado em consideração para cálculo da coima - a consideração de parcelas do volume de negócios que nada têm a ver com a infração ou com o mercado relevante (em particular, da Alliance Healthcare, correspondente a 96% do volume de negócios consolidado de 2014 da arguida Farminveste SGPS - a qual, aliás, vende dados à IMS!) permite se afirme que a sanção aplicada é justa, proporcional ou sequer adequada à sanção do facto a que se destina.
- Nos termos do artigo 69.º da NLdC e do artigo 18.º do RGCO, impunha fossem ponderados todos os critérios de determinação da medida da coima de forma individualizada quanto a cada uma das Arguidas, o que não aconteceu na Decisão sob recurso, sendo a coima aplicada manifestamente desproporcional, desadequada e injusta – sendo absolutamente aleatória.
- Para assim concluir basta que se atente na ausência de quaisquer fatores concretos (culpa, envolvimento, atos concretos, vinculação através das pessoas individuais, não diferenciação das restantes Arguidas face à inexistência de antecedentes contraordenacionais), sendo manifesto que a Arguida é punida a título puramente objetivo, sem qualquer referencial, ligação ou conexão com o facto concreto (e respetiva censurabilidade).

- A Decisão recorrida é não só nula, como ilegal e manifestamente inconstitucional - qualquer interpretação de norma do RGCO e/ou da NLdC (em especial, dos artigos 58.º do RGCO e 73.º da NLdC) no sentido de que poderá ser aplicada uma coima a pessoas coletivas sem que, na decisão proferida pela autoridade administrativa, se explicita e concretize a identificação das concretas pessoas singulares cuja atuação e poderes lhes torna imputáveis os factos é inconstitucional, por violação do princípio da legalidade previsto no artigo 29.º, n.º 1 da CRP, bem como o disposto nos artigos 18.º, n.º 1 e 32.º, n.º 10 da CRP.
- A Arguida adere, na integralidade, a tudo o que venha a ser aduzido enquanto fundamentos de recurso pelas restantes Arguidas, fazendo a ora Recorrente seus os argumentos e prova nessa sede expendidos e indicada, a acrescer aos argumentos e prova que neste Recurso se deixaram aduzidos.
- **Nestes termos, e nos melhores de Direito que este Ilustre Tribunal doutra e atentamente suprirá, requer-se que: seja o presente recurso considerado integralmente procedente e, conseqüentemente, sejam a Arguida absolvida da infração por que vem administrativamente condenada, na medida em que não se encontram verificados os pressupostos objetivos e subjetivos do tipo contraordenacional em causa; seja a Recorrida AdC a suportar as custas, honorários e demais despesas do processo.**

C) Recurso interposto pela HMR:

- Ao presente processo subjaz um mero litígio comercial, sendo a IMS uma empresa multinacional com o monopólio mundial dos estudos de mercado no setor da saúde e que não apresentou quaisquer queixas enquanto os dados sobre consumo de medicamentos lhe eram fornecidos em exclusivo e a IMS os explorava em monopólio no mercado português.

- Após a rotura das relações contratuais entre ANF e IMS, a hmR surgiu no mercado como concorrente da IMS, que desde então tudo fez para condicionar, destruir ou adquirir a hmR (sendo a queixa apresentada à AdC parte deste mesmo objetivo).
- A entrada da hmR no mercado teve vários efeitos positivos, e a coima aplicada pela AdC pode ter como consequência a destruição da hmR e o regresso da IMS à situação de monopólio.
- **Não é possível conceber um abuso de posição dominante nos termos do artigo 11.º da NLdC na qual a hmR estivesse envolvida, na medida em que na altura do alegado abuso esta Arguida nem sequer estava constituída;**
- A hmR surgiu com o propósito específico de rentabilizar os dados das farmácias. Com efeito, era urgente, à época, encontrar uma fonte de financiamento para a manutenção do Sifarma;
- Sucede, por isso, que **a hmR simplesmente herdou os termos e condições negociais estabelecidos no Acordo de 2008 com a IMS, não tendo os mesmos sido objeto de uma negociação propriamente dita;**
- Se alguma prática ilícita vier a ser descortinada por esse Tribunal – algo que não se concebe mas por dever de patrocínio se equaciona – **a Arguida hmR deve ser vista como a única vítima, e nunca autora!, da alegada prática ilícita** – por ser ela a suportar o preço de € 255 farmácia/ mês.
- Nos termos do artigo 69.º da NLdC e do artigo 18.º do RGCO, impunha fossem ponderados todos os critérios de determinação da medida da coima de forma individualizada quanto a cada uma das Arguidas.

- A coima aplicada nos presentes autos é manifestamente desproporcional, desadequada e injusta – sendo absolutamente aleatória. Para assim concluir basta que se atente na ausência de quaisquer fatores concretos (culpa, envolvimento, atos concretos, vinculação através das pessoas individuais), sendo manifesto que a Arguida é punida a título puramente objetivo.
- A ausência de ponderação de fatores concretos é tão mais evidente quando se atenta que a hmR (i) só foi constituída posteriormente à data da fixação do preço no acordo entre a ANF e a IMS; (ii) não teve qualquer benefício com a prática da infração, antes prejuízo – já que foi a própria a pagar o dito preço não equitativo.
- Sempre haveriam estas circunstâncias de ser ponderadas à luz do disposto nos artigos 69.º da NLdC e 18.º do RGCO, e em particular, a ser censurável a conduta da hmR só poderia sê-lo a título de negligência.
- A Decisão Condenatória é nula, obstando a um cabal exercício do direito de Defesa da Arguida, por ser omissa na descrição fáctica e legal dos elementos mínimos objetivos e subjetivos necessários à imputação de uma infração contraordenacional – nomeadamente, por pecar na identificação e individualização dos critérios a ponderar para efeitos de aplicação da coima (em particular, da culpa) e na imputação da infração à pessoa coletiva, nos termos da leitura conjugada dos artigos 25.º, 26.º, 69.º e 73.º da NLdC, 18.º e 58.º RGCO, 283.º, n.º 3, 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, al. a) do CPP, 125.º, n.º 1 do CPA, 6.º da CEDH e 10.º, 32.º e 268.º, n.º 3 da CRP.
- A Decisão recorrida é não só ilegal, mas manifestamente inconstitucional - qualquer interpretação de norma do RGCO e/ou da NLdC (em especial, dos artigos 58.º do RGCO e 73.º da NLdC) no sentido de que poderá ser aplicada uma coima a pessoas coletivas sem que, na decisão proferida pela autoridade administrativa, se explicita e

concretize a identificação das concretas pessoas singulares cuja atuação e poderes lhes torna imputáveis os factos é inconstitucional, por violação do princípio da legalidade previsto no artigo 29.º, n.º 1 da CRP, bem como o disposto nos artigos 18.º, n.º 1 e 32.º, n.º 10 da CRP. A Arguida adere, na integralidade, a tudo o que venha a ser aduzido enquanto fundamentos de recurso pelas restantes Arguidas, fazendo a ora Recorrente seus os argumentos e prova nessa sede expendidos e indicada, a acrescer aos argumentos e prova que neste Recurso se deixaram aduzidos.

- **Nestes termos, e nos melhores de Direito que esse Tribunal doutra e atentamente suprirá, requer-se que: seja o presente recurso considerado integralmente procedente e, consequentemente, seja a Arguida hmR absolvida da infração por que vem condenada administrativamente, na medida em que não se encontram verificados os pressupostos objetivos e subjetivos do tipo contraordenacional em causa; seja a Recorrida AdC a suportar as custas, honorários e demais despesas do processo.**

Questões prévias

*

1ª Questão prévia – nulidade da decisão condenatória invocada por todas as recorrentes:

Alegam as recorrentes ANF/Farminveste IPG que a decisão impugnada é nula, obstando a um cabal exercício do seu direito de defesa, nos termos da leitura conjugada dos artigos 25.º, 26.º, 69.º e 73.º do NRJC, 18.º e 58.º RGCO, 283.º, n.º 3, 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, al. a) do CPP, 125.º, n.º 1 do CPA, 6.º da CEDH e 10.º, 32.º e 268.º, n.º 3 da CRP, porquanto: é omissa na descrição fáctica e legal dos elementos mínimos objetivos e subjetivos necessários à imputação de uma infração contraordenacional – nomeadamente, por não indicar a norma legal cuja violação é sancionada, por pecar na identificação e

individualização dos critérios a ponderar para efeitos de aplicação da coima (em particular, da culpa) e na imputação da infração à pessoa coletiva; e assenta em elementos que apenas foram disponibilizados às recorrentes de forma truncada e confidencial (nomeadamente e a título exemplificativo, no que concerne às contas e alegadas perdas da IMS).

Por sua vez, a HMR, para além de remeter para o recurso apresentado pela ANF e pela Farminveste IPG, especifica os seguintes pontos: à Arguida é aplicada uma coima sem que se saiba, em concreto e no que à Arguida concerne, quais os critérios que foram ponderados e impuseram que fosse determinado aquele exato valor – quais os critérios que foram utilizados e permitiram que a AdC julgasse que a coima aplicada é justa, proporcional e adequada, salientando ainda, que em lado algum ponto da Decisão sob recurso se encontra uma única referência, por exemplo, à “culpa” da Arguida ora Recorrente ou ao “grau de participação” que a mesma teve na infração, e que apesar de a hmR não ter quaisquer antecedentes contraordenacionais, tal como mencionado no parágrafo 1408 da Decisão, a percentagem da coima aplicada à hmR foi superior à da Farminveste IPG; não é feita uma única referência a quem em concreto, e no exercício das suas funções e por causa delas, tenha atuado ou omitido atuar em nome e interesse da Arguida ora Recorrente, em termos que permitam que, à luz dos critérios constantes do artigo 73.º da NLdC, o seu ato individual possa ser legalmente imputado à hmR – e não a qualquer outra das Arguidas - e à respetiva vontade coletiva; embora se afirme (parágrafos 1316 a 1321 e 1324 a 1337 da Decisão Condénatória) que a hmR não podia deixar de conhecer as obrigações que lhe incumbem à luz do direito da concorrência, agindo de forma livre, direta, consciente e voluntária na prática da infração, pelo que perpetrou o ilícito com dolo direto, nenhum facto concreto é sequer alegado ou convocado para consubstanciar tal dolo. Conclui que a Decisão sob recurso deve ser declarada nula, obstando a um cabal exercício do direito de Defesa da Arguida, por ser omissa na descrição fáctica e legal dos elementos mínimos objetivos e subjetivos necessários à imputação de uma infração contraordenacional – nomeadamente, por pecar na identificação e individualização dos critérios a ponderar para efeitos de aplicação da coima (em particular, da culpa) e na imputação da infração à pessoa coletiva, nos termos da leitura conjugada dos artigos 25.º, 26.º, 69.º e 73.º da NLdC, 18.º e 58.º RGCO, 283.º,

n.º 3, 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, al. a) do CPP, 125.º, n.º 1 do CPA, 6.º da CEDH e 10.º, 32.º e 268.º, n.º 3 da CRP.

Por fim, a Farminveste SGPS também invocou a nulidade da decisão impugnada com base nos mesmos fundamentos das recorrentes ANF e Farminveste IPG, no que respeita à não indicação de qualquer das normas imputadas foi violada, à não concretização de forma individualizada da culpa e dos fatores de determinação da medida da coima e à não identificação das pessoas singulares que agiram em seu nome e em sua representação. Para além disso, acrescenta o seguinte: em lado algum da Decisão sob recurso se encontra uma única referência, por exemplo, à “culpa” da Arguida ora Recorrente ou ao “grau de participação” que a mesma teve na infração; apesar de a Farminveste SGPS não ter quaisquer antecedentes contraordenacionais, tal como mencionado no parágrafo 1408 da Decisão, a percentagem da coima aplicada à Farminveste SGPS é, surpreendentemente, praticamente idêntica às Arguidas ANF e Farminveste IPG.

A AdC, nas suas alegações, pugna pela improcedência da referida nulidade.

Cumpre apreciar e decidir.

A nulidade invocada pelas recorrentes tem, no essencial, dois fundamentos distintos: por um lado, a omissão de requisitos da decisão impugnada; e, por outro lado, o não acesso a documentos juntos aos autos e classificados pela AdC como confidenciais.

Quanto ao primeiro fundamento, impõe-se esclarecer, no âmbito dos parâmetros gerais, que os requisitos da decisão administrativa estão definidos no art. 58º, do RGCO, de forma completa, pelo que não é necessário, nem há fundamento legal, para se recorrer, neste plano, nem aos arts. 283º/3 e 374º/2, ambos do CPP, nem ao art. 125º, do CPA. Assim, de acordo com o citado normativo legal, a decisão impugnada tem, entre o mais, de conter: a descrição do facto imputado; a indicação das normas segundo as quais se pune; e a fundamentação da decisão.

Relativamente ao grau de exigência da fundamentação, considera-se que a fundamentação não pode deixar de tornar patente para o arguido as razões de facto e de direito que conduziram à sua condenação. Por conseguinte, o critério operativo de determinação do grau de fundamentação da decisão administrativa condenatória deve ser o direito de defesa do arguido, podendo-se, assim, concluir que a fundamentação da

decisão será suficiente se possibilitar ao arguido “um juízo de oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial”¹.

A lei é omissa quanto ao regime aplicável no caso de omissão dos elementos exigidos pelo art. 58º/1, do RGCO. No essencial e de forma mais preponderante, têm sido dois os regimes propostos, designadamente o recurso ao regime geral das irregularidades, por aplicação subsidiária dos arts. 118º/1 e 123º, ambos do CPP, ou o recurso ao regime especial da sentença penal condenatória, previsto no art. 379º, do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do RGCO.

Entende-se que é de aplicar a segunda hipótese enunciada, uma vez que a razão de ser da exigência de fundamentação da decisão administrativa condenatória não é diversa da teleologia imanente à fundamentação da sentença penal, designadamente garantir ao arguido “um incontornável direito a conhecer as razões do sancionamento”².

Isto significa que a omissão dos requisitos previstos no art. 58º/1, do RGCO, conduz a uma nulidade sanável, que se considera suprida caso o arguido tenha incluído, na sua defesa, os elementos omitidos ou insuficientemente concretizados (cfr. art. 121º/1, al c), do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do RGCO). A possibilidade de se tratar de uma nulidade insanável é uma hipótese que, sem prejuízo de melhor entendimento, se considera que não tem suporte legal, face ao regime geral consagrado nos arts. 119º, *a contrario*, e 120º, ambos do CPP.

Fazendo a aplicação destes parâmetros gerais ao caso concreto, considera-se que não assiste razão às recorrentes.

Assim, no que respeita ao facto da decisão impugnada ter imputado às recorrentes a prática de uma contraordenação nos termos do art. 11º/1 e 2, al a), do NRJC, e 102º, do TFUE, não referindo em local algum a concreta norma – qual das duas – cuja violação é punida, a questão suscitada pelas recorrentes tem a sua pertinência, na medida em que a violação dos arts. 11º/1 e 2, al a), do NRJC, e a violação do art. 102º, do TFUE consubstanciam, à luz do Novo Regime Jurídico da Concorrência, duas contraordenações distintas – cfr. art. 68º/1, als a) e b), do NRJC. Ora, a AdC imputou às recorrentes a prática de uma única contraordenação, sem analisar e esclarecer, de forma expressa, se a

¹ António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral, Notas ao Regime Geral das Contraordenações e Coimas, Almedina, 3.ª edição, pág. 194.

² António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral, ob. cit., pág. 193.

redução das duas infrações a uma só resultou de um concurso de normas ou de um concurso aparente. Não obstante se verificar esta lacuna na fundamentação, considera-se que a mesma não era suscetível de impedir as recorrentes de formularem um juízo de mérito quanto à conveniência da impugnação judicial, na medida em que a decisão é esclarecedora quanto à recondução da conduta das visadas quer ao artigo 11º/1 e 2, al a), do NRJC, quer ao art. 102º, do TFUE. Ou seja, não sendo a decisão clara quanto ao raciocínio jurídico subjacente à unificação das duas infrações, é, contudo, inteligível no sentido de que a AdC considerou que todas as referidas normas legais foram violadas. E o que se apresentava como relevante para efeitos de exercício do direito de impugnação judicial era justamente esta perceção. Nesta medida, considera-se que, em relação a este concreto fundamento, a decisão impugnada não padece do vício imputado, nem desrespeita os ditames da boa-fé e lealdade processual.

No que respeita ao elemento subjetivo e à culpa, a sua concreta configuração fática, no âmbito de uma contraordenação específica imputada a título doloso, não é mais do que a afirmação, em concreto e enquanto facto real, do conhecimento (elemento intelectual do dolo) e vontade (elemento volitivo do dolo) de realização dos elementos objetivos da infração, com as variações decorrentes das diferentes modalidades de dolo legalmente previstas, e da consciência da ilicitude da conduta (culpa). Ora, a afirmação destes elementos está presente nas seguintes expressões da decisão impugnada: as “Arguidas agiram de forma livre, direta, consciente e voluntária na prática da infração” (§ 1317), “o objetivo das Arguidas de comprimir as margens das empresas concorrentes foi direta e imediatamente visado e pretendido” (§ 1318), “as Arguidas, representado a prática de compressão de margens, atuaram com intenção e vontade de a realizar” (§ 1319), as “Arguidas [praticaram] de forma deliberada os atos anteriormente descritos” (§ 1321) e as “Arguidas tinham e têm perfeita consciência de que abusar, como o fizeram, da sua posição dominante no mercado do fornecimento dos dados comerciais das farmácias desvirtua a concorrência, sendo proibido por lei” (§ 1327). A circunstância da imputação ser efetuada de forma conjunta para todas as recorrentes ou individualmente para cada uma é irrelevante, na medida em que quer numa formulação, quer na outra, a imputação fática do elemento subjetivo e da culpa é alcançada.

Diferente desta imputação fática é a fundamentação ou motivação dos factos e, neste plano – o plano dos fundamentos da decisão – o que importa é a sua inteligibilidade. Disto isto, verifica-se que a decisão impugnada esclarece nos § 1319, § 1325 e § 1326 as razões que conduziram à afirmação do dolo e da culpa. Se essas razões são ou não suficientes já não é uma questão de inteligibilidade da decisão, para efeitos de avaliação da conveniência da impugnação judicial, mas uma questão de mérito, sujeita aos poderes de plena jurisdição do Tribunal.

A circunstância da motivação, concretizada nos aludidos parágrafos, não aludir às recorrentes individualmente, mas em conjunto também não afeta a inteligibilidade da decisão por parte de cada uma, pois percebe-se que os fundamentos nos quais a AdC alicerçou a sua convicção aplicam-se, de igual modo, a todos as recorrentes.

No que respeita aos critérios de determinação das medidas das coimas, é verdade que a decisão impugnada não os analisa individualmente para cada recorrente e, em relação ao grau de participação nos factos e culpa das recorrentes, não faz uma valoração específica destes fatores. Contudo, verifica-se que as medidas das coimas representam, praticamente, a mesma proporção em relação aos limites máximos considerados (cerca de 30%), o que significa que a AdC atribuiu idêntica valoração aos critérios ponderados e, pese embora tenha feito alusão a antecedentes contraordenacionais em relação à ANF e à Farminveste IPG, não lhes conferiu qualquer peso diferenciador nas medidas das coimas. Tal constatação, em conjugação com a circunstância da decisão ter indicados os fatores ponderados, torna a decisão inteligível, para efeitos de avaliação da conveniência da impugnação judicial. Acresce ainda que as recorrentes pronunciaram-se especificamente sobre os critérios de determinação da medida da coima ponderados pela AdC, de forma direta ou por remissão para o recurso apresentado pela ANF e pela Farminveste IPG, pelo que a ter ocorrido uma nulidade por falta de fundamentação a mesma deve-se ter por sanada.

No que respeita à ausência de uma única referência, na decisão, quanto à verificação de quem, “em nome” e “no interesse” das recorrentes agiu, decidiu ou as vinculou, para estes efeitos, verifica-se, à luz do disposto, no art. 73º/2, do NRJC, que a imputação de uma prática restritiva da concorrência a uma pessoa coletiva pressupõe a verificação dos critérios de conexão previstos nesse preceito. Contudo, isso não significa

necessariamente que, o substrato de facto imputado, tenha de identificar as pessoas singulares respetivas. Com efeito, o que se considera ser essencial, sem prejuízo de melhor entendimento, é que não haja dúvidas quanto à verificação de um dos fatores de conexão. E isso, no plano da imputação factual, pode ser extraído da própria configuração da infração ou do seu contexto, o que será aferido no plano do mérito da decisão. Para além disso, não é exato que a decisão impugnada não identifique as pessoas singulares que estão por detrás da atuação das recorrentes. Fá-lo nos parágrafos que identificam os representantes legais das recorrentes, em articulação com os § 1008 e § 1021 de forma inteligível. Efetivamente, a afirmar-se no § 1008 que “relativamente ao planeamento, preparação, coordenação e participação da ANF em toda a estratégia e atuação do Grupo ANF, que Paulo Duarte assume, desde 2013, cumulativamente, as funções de Presidente da ANF, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste SGPS, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste IPG e Gerente da HMR, sendo, anteriormente, João Cordeiro quem cumulava esses ora identificados quatro cargos” e no § 1021 e “repete-se, Paulo Duarte é, atualmente e desde 2013, cumulativamente, Presidente da Associação Nacional de Farmácias, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste SGPS, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste IPG e Gerente da HMR, sendo, anteriormente, João Cordeiro quem acumulava esses ora identificados quatro cargos”, a decisão está a esclarecer que os factos imputados às recorrentes radicam na atuação de representantes legais, no exercício das funções exercidas nos referidos cargos.

Analisemos, agora, a segunda dimensão da nulidade invocada, a ocultação de documentos total ou parcialmente classificados como confidenciais.

Importa começar por esclarecer que, tratando-se de uma questão de natureza processual e mercê da norma transitória prevista no art. 100º/1, al a), do NRJC, a lei aplicável, neste ponto, é a Lei nº 18/2003, de 11.06. Dito isto, verifica-se que o art. 26º/5, deste diploma legal, estipulava que na instrução dos processos a Autoridade acautela o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio.

Contudo, é evidente que esta proteção não pode prejudicar o direito de defesa dos visados. Razão pela qual é com linear facilidade que se conclui que a AdC não pode

fundar a sua decisão em documentos não revelados aos visados, ou seja, não pode impedir o acesso dos visados aos chamados documentos incriminatórios.

A questão assume contornos mais problemáticos quando a decisão da AdC não se funda em documentos confidenciais, mas mostram-se juntos aos autos documentos dessa natureza, não revelados aos visados, que podem ilibar a sua responsabilidade, ou seja, documentos exoneratórios. Em relação a estes documentos e conforme esclarece Paulo Pinto de Albuquerque, a sua ocultação “só viola o direito de defesa se o arguido provar que a decisão administrativa teria sido diferente se ele tivesse tido acesso aos documentos durante o processo administrativo”³.

Dito isto, a análise da questão, no caso concreto, subsume-se aos únicos documentos concretamente identificados pelas recorrentes tendo por referência os factos imputados, designadamente os documentos que identificam as “perdas” sofridas pela IMS, referidas no § 1074 da decisão impugnada, uma vez que em relação aos demais a sua alegação é genérica e insuscetível de cumprir o referido ónus de demonstração. Quanto a tais documentos, que, no essencial, se reconduzem a relatórios e contas, declarações de IRC e de IVA da IMS, considera-se que o direito de defesa das visadas não foi comprometido, na medida em que a identificação de “perdas” por parte da IMS, designadamente por via da diminuição de receitas, expressa no § 1074 da decisão impugnada, nunca poderia deixar de ter como suporte mínimo documentos de natureza contabilística e/ou fiscal sobre o seu volume de negócios. Ou seja, a fundamentação da decisão impugnada, neste ponto, é em si mesma insuficiente, pelo que não era necessário o acesso aos aludidos documentos para as recorrentes evidenciarem isso.

Insuficiência essa que, note-se, não é geradora de uma nulidade da decisão por falta de fundamentação, uma vez que a AdC indicou os meios de prova nos quais alicerçou a sua convicção de forma inteligível, mas afeta o mérito da decisão. Sucede que, quanto ao mérito, o Tribunal dispõe de poderes de plena jurisdição, que significam, entre o mais, que, em relação ao objeto do controlo judicial, o Tribunal não se limita a efetuar uma censura crítica da decisão impugnada à luz dos meios de prova que a AdC dispunha no momento. Na verdade, o objeto do controlo judicial reconduz-se às questões

³ “A Reforma do Direito das Contra-ordenações”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Jorge Miranda*, Coimbra Editora e FDUL (pp. 735 e ss) e republicado in *Contraordenações Laborais (2ª edição)*, CEJ, maio de 2014 (pp. 18-39), pág. 24.

subjacentes à decisão impugnada, que o Tribunal aprecia novamente, sem estar vinculado ou condicionado pela fundamentação da decisão impugnada. Em suma e tal como afirma Joaquim Cardoso da Costa, o Tribunal “não está limitad[o] nem quanto ao âmbito da prova a analisar nem quanto à extensão dos seus poderes instrutórios (...) pela prévia definição feita pela entidade administrativa recorrida”⁴. E nisto se traduzem, em parte, os poderes de plena jurisdição do Tribunal no âmbito do recurso de impugnação judicial.

E foi ao abrigo destes poderes que se determinou a junção, durante a fase de impugnação judicial, dos relatórios e contas da IMS e das declarações de IRC, sendo certo que, em relação à solicitação efetuada pelo Tribunal, a IMS não invocou segredos de negócio e tais documentos foram sujeitos a contraditório pleno pelas recorrentes.

Em face das asserções precedentes, considera-se que nenhuma das normas legais invocadas pelas recorrentes foi violada, nem decorre dos normativos constitucionais e da CEDH citados pelas recorrentes exigências específicas que obriguem a uma leitura da lei ordinária mais restritiva, pelo que estes normativos também não se mostram violados.

Termos em que, se julga improcedente esta primeira questão prévia.

*

2ª Questão prévia – nulidade do processo invocada por todas as recorrentes:

Alegam as recorrentes que o processo que culminou na Decisão proferida é, nulo, por violação dos mais elementares deveres de diligência e investigação, objetividade, imparcialidade e isenção a que a AdC está vinculada e, a par, do direito ao processo justo e equitativo, do princípio da presunção de inocência e do próprio Direito de Defesa das Arguidas, nos termos da leitura conjugada dos artigos 17.º e 19.º da ALdC, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º e 10.º do CPA, 1.º, 29.º, 32.º, 266.º e 268.º da CRP, 6.º da CEDH, atendendo a que: (i) a Decisão é assente, acriticamente, na tese e elementos carreados para os autos pela IMS, não fazendo devidamente refletir no texto da Decisão as diligências probatórias que (formalmente) foram realizadas ao longo de 6 anos de investigação; (ii) a Resposta à Nota de Ilicitude apresentada pelas Arguidas foi comentada, por impulso da AdC, pela própria Queixosa IMS - tendo, após, as Arguidas sido notificadas para sobre esta pronúncia e documentos se pronunciarem, em prazo manifestamente insuficiente para o efeito e em momento temporal processualmente estranho.

⁴ “O recurso para os tribunais judiciais da aplicação de coimas pelas autoridades administrativas”, in *Revista de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 366, Abril-Junho 1992, (pp 41-69), 59.

A AdC, nas suas alegações, pugna pela improcedência desta nulidade.

Cumpra apreciar e decidir.

Os meios de prova que a AdC considera relevantes na sua decisão e a valoração que faz dos mesmos não são suscetíveis de originar um vício processual, por falta de fundamento legal, a não ser que derivem da omissão de atos legalmente obrigatórios, conforme resulta do art. 120º/2, al d), 1ª parte, do CPP, *ex vi* arts. 41º/2, do RGCO, e 19º/2ª parte, da Lei nº 18/2003. É aplicável a 1ª parte do art. 120º/2, al d), do CPP, mercê da estrutura inquisitória da fase organicamente administrativa do processo contraordenacional⁵ e, por conseguinte, da equiparação do poder direção da autoridade administrativa, nessa fase, ao poder de direção do Ministério Público no inquérito e/ou do juiz de instrução na fase de instrução do processo criminal. Consequentemente, a AdC pode também determinar a produção de quaisquer diligências de prova, legalmente admissíveis, durante a fase organicamente administrativa que considere relevantes, nomeadamente e conforme resulta diretamente do art. 17º/1, al b), da Lei nº 18/2003, pode solicitar documentos e elementos de informação, que repare como pertinentes, empresas ou pessoas.

Os princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à atuação administrativa constantes do Código do Procedimento Administrativo, para os quais remete o art. 19º, da Lei nº 18/2003, não alteram estas asserções, uma vez que não são, na sua substância, diversos daqueles que devem pautar a atuação do Ministério Público e do juiz de instrução.

Por conseguinte, se os meios de prova considerados pela AdC são insuficientes ou foram incorretamente valorados, em desrespeito dos princípios invocados pelas recorrentes, é uma questão suscetível de afetar o mérito da decisão, mas não gera um vício processual. Mérito esse que será sujeito a nova avaliação pelo Tribunal no âmbito dos seus poderes de plena jurisdição, sendo este específico controlo judicial que garante o direito a um processo justo e equitativo.

Dito isto, não se verifica que a AdC tenha omitido qualquer ato legalmente obrigatório e quanto ao facto de ter notificado as recorrentes para se pronunciarem sobre

⁵ Cfr. neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2011, pág. 140.

uma “apreciação” efetuada pela IMS tratou-se de dar cumprimento ao princípio do contraditório relativamente a uma informação que a AdC considerava relevante e cuja junção podia ter determinado ao abrigo dos seus poderes de investigação.

No que respeita ao prazo concedido para o efeito, as recorrentes não especificam, de forma concreta, o que é deixaram de poder fazer, alegar ou requerer, suscetível de comprometer a sua defesa, devido à alegada “insuficiência” do prazo”.

Em face do exposto, considera-se que não foi violada nenhuma das normas invocadas pelas recorrentes, nem decorre dos normativos constitucionais e da CEDH citados pelas recorrentes exigências específicas que obriguem a uma leitura da lei ordinária mais restritiva, pelo que estes normativos também não se mostram violados.

Termos em que, se julga improcedente esta questão prévia.

*

Não há mais nulidades, exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

Alteração não substancial dos factos

Nos termos e para os efeitos do art. 358º/1 e 3, do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do RGCO, comunicou-se às recorrentes uma alteração não substancial dos factos e uma precisão da qualificação jurídica, tendo a ANF e a Farminveste IPG se pronunciado nos termos constantes no requerimento com a ref.ª 23860, concluindo pela sua absolvição por não se encontrarem verificados os pressupostos objetivos e subjetivos do tipo contraordenacional em causa.

Fundamentação de facto

*

Factos provados:

- 1) O presente processo teve origem em denúncia dirigida à AdC pela empresa IMS Health, Lda. (IMS), em 18.06.2009, conforme resulta do teor dessa denúncia, constante de fls. 691 a 1117 dos autos (versão não confidencial).
- 2) Posteriormente, em 10.08.2009, deu entrada na AdC uma denúncia da APIFARMA – Associação Portuguesa da Indústria Farmacêutica (APIFARMA), conforme resulta do teor dessa denúncia, constante de fls. 384 a fls. 417 dos autos.
- 3) A IMS tem por objeto a *“consultoria e a elaboração de estudos de mercado, quantitativos e qualitativos, na área da saúde, nomeadamente estudos relacionados com a indústria e o comércio de especialidades farmacêuticas, parafarmacêuticas, dermocosméticas e veterinárias, bem como a prestação de serviços e ações de formação no âmbito desses estudos; e o desenvolvimento e a comercialização de programas informáticos com as inerentes atividades de formação e assistência técnica aos seus clientes”*.
- 4) O capital social da IMS é integralmente detido pela sociedade IMS Health Netherlands Holding BV, com sede nos Países Baixos.
- 5) O Grupo IMS opera em mais de 100 países, com 50 anos de experiência no mercado, mais de 1.200 consultores e de 7.500 trabalhadores a nível mundial (3.500 dos quais na Europa) e um portfólio amplo e global de produtos e serviços.
- 6) Os serviços de consultoria e os estudos de mercado elaborados pela IMS permitem aos seus clientes conhecer, através de métricas e *insights*, as necessidades médico-farmacêuticas do país.
- 7) No âmbito da sua atuação em Portugal, até 2009, a IMS obtinha os dados das farmácias, essencialmente, através do Grupo ANF e de cerca de 100 farmácias não associadas da ANF.

- 8) A APIFARMA é uma associação patronal, de duração ilimitada, e sede em Lisboa, que teve a sua génese no Grémio Nacional dos Industriais de Especialidades Farmacêuticas.
- 9) Atualmente, a APIFARMA representa mais de 120 empresas responsáveis pela produção e importação de medicamentos para uso humano e veterinário, vacinas, e diagnósticos *in vitro*.
- 10) A APIFARMA tem como objeto: *a)* representar as empresas nela inscritas, ajudando-as no estudo e resolução dos problemas da produção e da importação de medicamentos e outros produtos farmacêuticos, e da produção de substâncias ativas para uso em medicamentos, defendendo os respetivos interesses; *b)* promover o entendimento, a solidariedade e o apoio recíproco entre as empresas associadas, com vista a um melhor e mais eficaz exercício dos direitos e obrigações comuns; e *c)* representar as empresas associadas junto da administração pública, das outras associações congéneres ou não, nacionais ou estrangeiras, e das instituições representativas dos trabalhadores, com vista ao desenvolvimento socioeconómico do setor e do País e para resolução dos problemas comuns⁶.
- 11) ANF é uma associação patronal de âmbito nacional, representativa dos proprietários de farmácias, constituída em 1975 e que agrega, atualmente, cerca de 97% das farmácias portuguesas (cfr. informação disponibilizada pela SNF na sua página da internet, cuja cópia consta a fls. 18134).
- 12) Enquanto associação, a ANF tem por missão a defesa dos interesses morais, profissionais e económicos dos proprietários de farmácia (cfr. informação disponibilizada pela ANF na sua página da internet, cuja cópia consta a fls. 18134 dos autos).
- 13) A ANF tem uma estrutura nacional, que define a política e a governação associativa, e uma estrutura local, organizada em grupos de 50 farmácias

⁶ Cf. artigo 2.º dos seus Estatutos, disponíveis in <http://www.apifarma.pt/apifarma/Documents/I:statutos%20APIFARMA%20-%20Vers%C3%A3o%202013%20%28Abril%29.pdf>.

(Círculos), espalhados por todo o território nacional⁷ (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).

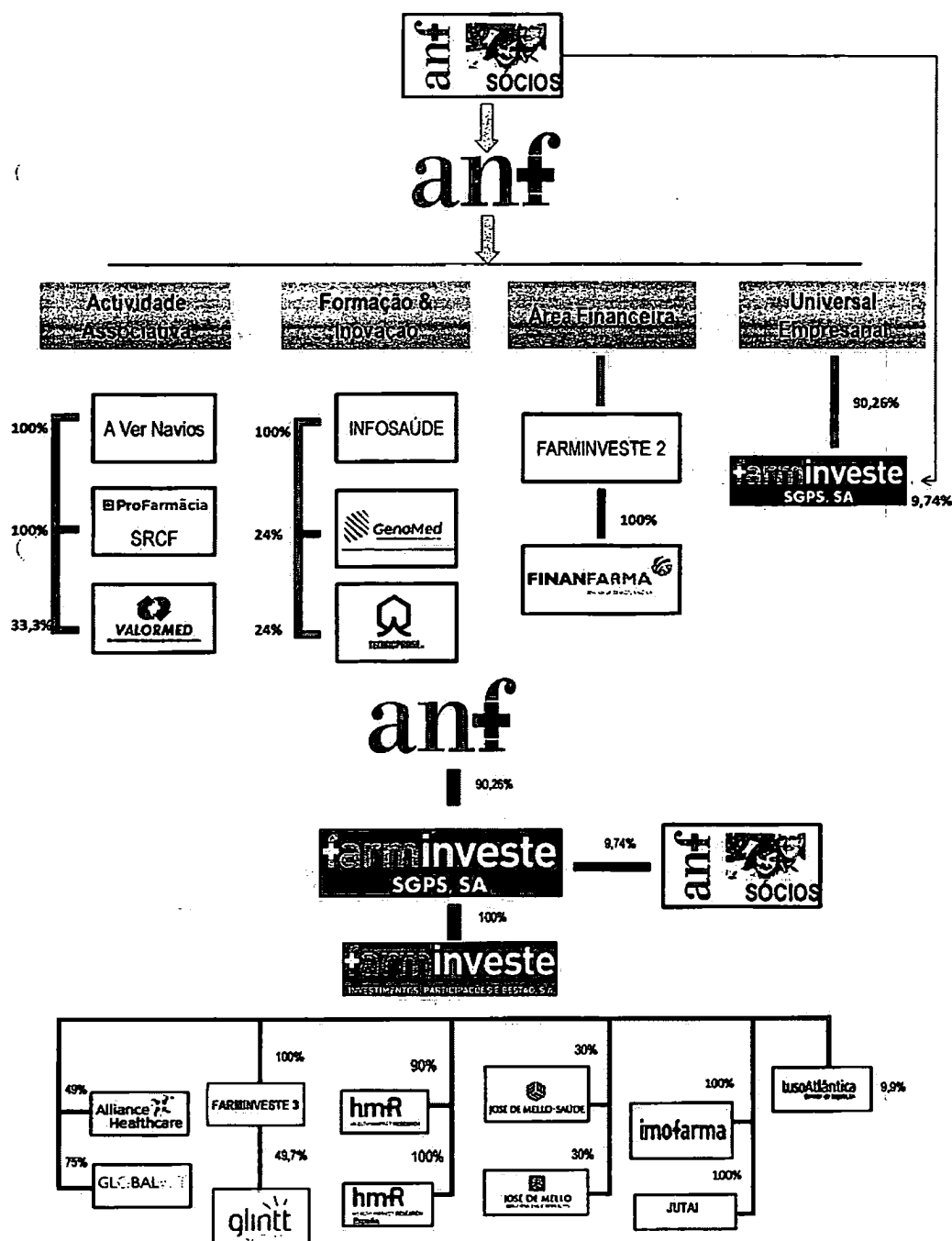
- 14) Os órgãos nacionais da ANF são a Direção Nacional, constituída pelo Presidente, três Vice-Presidentes, cinco Vogais e dois suplentes; a Assembleia Geral, constituída por todos os sócios; a Assembleia Geral de Delegados, constituída pela Mesa da Assembleia Geral, Direção Nacional, Delegados Regionais e Delegados de Círculo; e os Conselhos Disciplinar e Fiscal (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).
- 15) A Direção Nacional é o órgão dotado de poderes de administração e gestão, competindo-lhe, designadamente: *i)* definir e submeter à apreciação do Conselho Nacional ou da Assembleia Geral as linhas fundamentais da Associação e da atividade a desenvolver pelos órgãos diretivos; *ii)* sujeitar à apreciação do Conselho Nacional os planos plurianuais e programas anuais de ação que elabore; *iii)* gerir os fundos da Associação, elaborar e submeter à consideração do Conselho Nacional as medidas, regulamentos, procedimentos e normas a que deve sujeitar-se a atividade ou que possam contribuir para a adequada estruturação e desenvolvimento do setor e para a melhoria das condições do exercício da atividade; e *iv)* elaborar e propor ao Conselho Nacional o seu relatório anual, o balanço e contas do exercício, organizar o cadastro das farmácias e aprovar alterações pontuais ao âmbito dos círculos e zonas; tudo nos termos dos Estatutos da ANF (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).
- 16) À Assembleia Geral compete, entre outras funções: *i)* deliberar sobre o relatório, balanço e contas e orçamento ordinário de cada exercício; *ii)* proceder às eleições a que haja lugar; e *iii)* pronunciar-se sobre qualquer

⁷ A ANF dispõe de uma Delegação no Norte e outra no Centro. A Delegação do Norte, com sede na cidade do Porto, presta apoio aos associados da zona Norte, abrangendo os distritos de Braga, Bragança, Porto, Viana do Castelo e Vila Real (cfr. Relatório e Contas de 2008, fls. 17650). A Delegação do Centro, com sede na cidade de Coimbra, presta apoio aos associados da zona Centro, abrangendo os distritos de Aveiro, Castelo Branco, Coimbra, Guarda, Leiria e Viseu (cfr. Relatório e Contas de 2010, fls. 17697).

assunto para que seja convocada; tudo conforme resulta dos Estatutos da ANF (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).

- 17) À Assembleia Geral de Delegados cumpre pronunciar-se sobre os aspetos e princípios fundamentais da vida associativa da ANF, nos termos dos seus Estatutos (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).
- 18) O Conselho Nacional dispõe de diversas competências, que abrangem, entre outras: *i)* deliberar sobre o orçamento ordinário a propor à Assembleia Geral; *ii)* aprovar, mediante proposta da Direção, a constituição e âmbito das Delegações, Círculos e Zonas; *iii)* resolver os casos omissos nos Estatutos e nos regulamentos internos, de harmonia com as disposições legais e os princípios aplicáveis; *iv)* autorizar a aquisição de bens imóveis a título oneroso e a sua alienação a qualquer título; *v)* deliberar sobre o relatório anual da Direção e o balanço e contas do exercício a propor à Assembleia Geral; e *vi)* resolver a aplicação a dar ao saldo livre da conta da gerência; tudo conforme o disposto nos Estatutos da ANF (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).
- 19) A duração do mandato dos titulares dos órgãos da ANF é de três anos, com possibilidade de reeleição, nos termos dos seus Estatutos (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).
- 20) A atual Direção da ANF é composta pelo Presidente Paulo Duarte, pelos Vice-Presidentes Vítor Segurado e Nuno Lopes e pelos Vogais Ana Gaspar, Maria Carmona, Pedro Ferreira, Sílvia Rodrigues e Tiago Pereira.
- 21) Para além da sua componente associativa, a ANF possui um universo empresarial, detendo a 90,26% a Farminveste SGPS, a qual, por seu turno, detém a 100% a Farminveste IPG, detendo esta última, direta ou indiretamente, mais de dez empresas, que atuam em diferentes setores de atividade, conforme resulta do organograma *infra* (Figura 1).

Figura 1: Organograma do universo ANF



Fonte:— cfr. Relatório e Contas da ANF de 2014, fls. 19791, sendo que em 2014 a ANF detinha uma participação de 30% na Genomed, Relatório e Contas da Farminveste SGPS fls. 19873, verso e “Prospeto da primeira oferta pública de distribuição de ações a preço zero, que teve como emitente a Farminveste SGPS” (Prospeto), constante de fls. 18144 a fls. 18233.

Nota: O presente organograma encontra-se desatualizado na medida em que, ao momento, a HMR é detida a 100% pela Farminveste IPG (cfr. certidão permanente da HMR de fls. 18119 a 18121 e Relatório e Contas da Farminveste SGPS, fls. 19873, verso).

- 22) De acordo com a própria ANF, “[a] *atividade empresarial é [...] um dos vetores fundamentais da estratégia global das farmácias, a par dos vetores associativo, político e profissional*”, estando em curso, no final de 2008, “[o] *processo de consolidação dos resultados do universo empresarial da ANF*”, conforme resulta da pág. 6 do Relatório & Contas da ANF, relativo ao exercício de 2008, a fls. 17642, verso, dos autos.
- 23) De realçar é também que “*as percentagens indicadas no organograma [...] referem-se à percentagem detida no capital social e respetivos direitos de voto de cada uma das sociedades, com exceção da Glintt em que os direitos de voto atingem 49,94%*”, conforme resulta da pág. 120 do “*Prospeto da primeira oferta pública de distribuição de ações a preço zero, que teve como emitente a Farminveste SGPS*” (Prospeto), constante de fls. 18144 a fls. 18233, verso, dos autos.
- 24) A ANF “*deu início em 2006 ao processo de implementação de um diferente modelo empresarial [...] que lhe permitisse concentrar-se nas atividades nucleares de apoio às farmácias e, por outro lado, possibilitar uma maior eficácia na gestão dos negócios e património, sempre sob a sua supervisão e controlo*”, sendo que “*a este projeto global foi atribuída a denominação «ANF Novo Universo»*”, tudo conforme resulta da pág. 5 do Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2007, a fls. 4677 dos autos.
- 25) Apresenta-se, de seguida, um organograma das relações entre as arguidas:
- Figura 2: Detalhe do organograma do universo empresarial ANF



- 26) A “*Farminveste SGPS* [...] *foi constituída pela ANF a 8 de setembro de 2010* [...] *e tem como objeto social a participação no capital de outras sociedades como forma indireta de exercício de atividades económicas*”, conforme resulta da pág. 24 do Relatório e Contas da ANF, relativo ao exercício de 2010, a fls. 17697, verso, dos autos.
- 27) A Farminveste SGPS é atualmente detida a 90,26% pela ANF, encontrando-se os remanescentes 9,74% do capital dispersos por empresas associadas da ANF (farmácias).
- 28) A Farminveste SGPS tem a sua sede social na sede na Travessa de Santa Catarina, n.º 8, 1200-403 Lisboa (cfr. certidão do registo comercial de fls. 18111 a 18113).
- 29) O Conselho de Administração da Farminveste SGPS, para o triénio 2013/2015, é constituído por Paulo Duarte (Presidente); Vítor Segurado; Nuno Lopes; João Almeida; Luís Silvestre; Abel Mesquita; Luís Matias e António Barros (Vogais), todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18111 a fls. 18113 dos autos.

- 30) Para o triênio 2010-2012 tinham sido designados para o Conselho de Administração da Farminveste SGPS: João Cordeiro (Presidente), João Silveira, Maria da Luz Sequeira, Vítor Segurado, João Almeida, Luís Silvestre, Abel Mesquita, Paulo Duarte e Carlos Lacerda (Vogais), todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18111 a fls. 18113 dos autos.
- 31) A Farminveste SGPS detém, a 100%, a Farminveste IPG, sendo, assim, a *Holding* do universo Empresarial ANF (conforme organograma *supra*), sendo que a Farminveste IPG detém, a 100%, a HMR, estando presente no mercado de *pharma market research* através dessa “*participação [...] no capital social da HMR*”, conforme pág. 26 do Relatório & Contas de 2010 da ANF, a fls. 17695, verso, dos autos.
- 32) A Farminveste SGPS afirma ter conseguido “*alguns progressos na área da inteligência do mercado, otimizando a infraestrutura tecnológica de suporte e lançando novos produtos*”, conforme pág. 5 do seu Relatório & Contas, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17949 dos autos.
- 33) Em 2008, a ANF detinha 99,90% do capital social da Farminveste IPG (pág. 9 dos anexos ao Relatório & Contas da ANF, relativo ao exercício 2008, a fls. 17662 dos autos).
- 34) A Farminveste SGPS, através da Farminveste IPG, desenvolve a sua atividade em setores diversificados, através de participação em empresas nas áreas de distribuição farmacêutica, sistemas e tecnologias de informação, inteligência sobre o mercado farmacêutico, setor imobiliário e corretagem de seguros, conforme resulta da pág. 25 do Relatório e Contas da ANF, relativo ao exercício de 2013, a fls. 17894 dos autos.
- 35) A Farminveste SGPS atua, assim, nos termos descritos, *inter alia*, nos setores dos sistemas e tecnologias de informação, inteligência sobre o setor farmacêutico, ou *pharma market intelligence*, denominação comumente

utilizada para a realização de estudos de mercado do setor farmacêutico, podendo-se ler, nesse sentido, no Relatório e Contas da ANF que a Farminveste SGPS “*desenvolve atividades diretas, a nível [...] do Market Intelligence do setor farmacêutico*”, conforme resulta da pág. 25 do Relatório & Contas da ANF, relativo ao exercício de 2013, a fls. 17894.

- 36) A Farminveste SGPS especifica, ainda, que a sua atividade no mercado do *Market Intelligence*, processada através da Farminveste IPG, “*é uma unidade de negócio destinada à comercialização de dados que utiliza como infraestrutura o programa informático Sifarma e a rede Farmalink*”, conforme resulta da pág. 14 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17953, verso, dos autos.
- 37) E acrescenta que “*continu[a] a intervir no processo de comercialização de dados estatísticos sobre o consumo de medicamentos e outros produtos de saúde, tendo como cliente a HMR, com base num painel de fornecedores de dados que, no final de 2011, era de 2.235 farmácias*”, conforme resulta da pág. 14 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17953, verso, dos autos.
- 38) A Farminveste SGPS afirma que “*espera[...] continuar a aumentar as [...] receitas em 2012, essencialmente devido ao crescimento da [...] base de clientes e à consolidação da [...] lançada em 2011*”, conforme resulta da pág. 34 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17963, verso, dos autos.
- 39) Anteriormente à constituição da Farminveste SGPS era a Farminveste IPG, à época detida diretamente pela ANF, que detinha, total ou maioritariamente, as restantes sociedades do universo empresarial da ANF e quem consolidava as contas do Grupo, podendo-se ler, a este propósito, no Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2007, dentro do universo ANF, “[a] Farminveste [IPG] é [...] a gestora das participações, a impulsionadora de novos projetos e o pilar de apoio às suas participadas”, conforme pág. 32

desse Relatório, a fls. 4704 dos autos, e no Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2011: “[a] Farminveste IPG tem sido a empresa que concentra as atividades empresariais do Universo ANF [...]. No final de 2009 teve início o Projeto+Futuro, que deu origem à constituição da sociedade Farminveste SGPS [...] em 9 de setembro de 2010, pela ANF, através da entrada em espécie da participação que detinha na Farminveste IPG. Nessa data, o capital social da Farminveste IPG passou a ser integralmente detido pela Farminveste SGPS. Por este motivo [...] a Farminveste IPG deixou em 2010 de consolidar as contas das suas participadas, passando essa consolidação a ser efetuada ao nível da sua acionista Farminveste SGPS” (conforme pág. 1, a fls. 4957 dos autos).

- 40) A este propósito, pode ler-se no Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2007, dentro do universo ANF, “[a] Farminveste [IPG] é [...] a gestora das participações, a impulsionadora de novos projetos e o pilar de apoio às suas participadas”, conforme pág. 32 desse Relatório, a fls. 4704 dos autos.
- 41) Constituindo a participação no capital de outras sociedades (*maxime*, da Farminveste IPG) a sua forma de exercício de atividade económica, a Farminveste SGPS consolida as contas do Grupo, apresentando em cada ano, em conformidade, um volume de negócios consolidado (cfr. Relatório e Contas da Farminveste IPG de 2012, fls. 16742, verso).
- 42) Até “setembro de 2010 a [ANF] detinha diretamente 99,9% do capital social da Farminveste [IPG], com os restantes 0,1% a serem detidos indiretamente pela ANF através da sociedade Farminveste 2, SGPS, Sociedade Unipessoal, Lda.. Para a centralização e concentração da gestão dos investimentos financeiros, a ANF criou a Farminveste SGPS entregando a sua participação na Farminveste IPG como constituição do capital. Posteriormente, a Farminveste SGPS adquiriu os restantes 0,1% e detém atualmente 100% da Farminveste IPG”, conforme é explicado pela própria Farminveste IPG

(Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2012, a fls. 16746, verso, dos autos).

- 43) A **Farminveste IPG** tem como objeto social a realização de investimentos em bens imóveis e móveis; a gestão de bens próprios; a exploração de estabelecimentos industriais, comerciais ou de serviços, próprios ou alheios; e a prestação de serviços de assistência a empresas em geral, conforme resulta da certidão permanente dessa sociedade a fls. 18114 dos autos.
- 44) A Farminveste IPG controla e participa no capital social de diversas entidades que operam em áreas diversificadas, tais como: distribuição e produção de produtos farmacêuticos, sistemas de informação, acompanhamento de mercado, prestação de cuidados de saúde, formação e inovação, e imobiliário (cfr. Relatório e Contas de 2014, fls. 19840, verso).
- 45) As participadas da Farminveste IPG têm a sua atividade assente em cinco pilares: distribuição farmacêutica, sistemas de informação, elaboração de estudos de mercado no setor farmacêutico, prestação de serviços de saúde e setor imobiliário (cfr. Relatório e Contas de 2014, fls. 19840, verso).
- 46) A Farminveste IPG detém uma participação de 49% no capital social da Alliance Healthcare, sendo os restantes acionistas o grupo Alliance Boots, através da sua participada Alliance Unichem Group, Ltd. com uma participação de 49% e a José de Mello Participações II S.G.P.S., S.A., com uma participação de 2% (ver Figura 1, *supra*).
- 47) A Farminveste IPG detém, a 100%, a HMR (cfr. organograma *supra* reproduzido).
- 48) A Farminveste IPG detém, ainda, a 100%, a HMR España, empresa constituída em agosto de 2013, “*para desenvolver o mesmo tipo de atividade da HMR*”, conforme resulta da pág. 9 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2013, a fls. 18064, dos autos.

- 49) A “HMR España já conta com acordos com software houses que permitem aceder aos dados de mais de 9.000 farmácias, de forma a poder extrair a informação necessária para a produção de estudos [...]”. Efetuaram-se igualmente acordos com distribuidores de forma a obter um contacto mais direto com as farmácias e uma melhor plataforma de recrutamento das mesmas”, conforme resulta da pág. 21 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2013, a fls. 18070 dos autos.
- 50) Adicionalmente, “a Farminveste IPG desenvolve diretamente as seguintes atividades: a) Programa Farmácias Portuguesas – tem como objetivo principal a criação de uma marca única para as farmácias bem como, na sua vertente mais visível, a fidelização dos clientes das farmácias, que conta já com mais de 2 milhões de aderentes; b) Market Intelligence, que agrupa duas vertentes: Farmalink – infraestrutura tecnológica composta por uma rede informática de alto débito e que permite às farmácias comunicar com os parceiros de negócio e outras utilizações (multibanco, encomendas, manutenção remota, atualização de dicionários, programa farmácias portuguesas, farmácia TV e internet); Sifarma – software de gestão da farmácia de oficina que, para além da gestão corrente da farmácia (clientes, fornecedores, stocks), integra informação técnica e científica de suporte à intervenção farmacêutica”, tudo conforme resulta de pág. 10 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS relativo ao exercício de 2013, a fls. 18064, verso, dos autos.
- 51) O Conselho de Administração da Farminveste IPG, para o triénio 2013/2015, é composto por Paulo Duarte (Presidente); Vítor Segurado; Nuno Lopes; Abel Mesquita; e Luís Matias (Vogais), todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18114 a fls. 18118 dos autos.
- 52) Os ora identificados e únicos Administradores da Farminveste IPG são também, todos eles, Administradores da Farminveste SGPS, sendo também idêntico o Presidente do Conselho de Administração.

- 53) Para o triénio 2011/2013 tinham sido designados: João Cordeiro (Presidente); Maria da Luz Sequeira; João Silveira; Vítor Segurado; Abel Mesquita; Carlos Lacerda (até 28.09.2012); e Paulo Duarte (Vogais); todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18114 a fls. 18118 dos autos.
- 54) Os ora identificados e únicos Administradores da Farminveste IPG designados para o triénio 2011/2013, que só exerceram funções até 21.05.2013, foram também, todos eles, Administradores da Farminveste SGPS (durante o triénio 2010/2012), sendo também idêntico o Presidente do Conselho de Administração.
- 55) E para o triénio 2008/2010 tinham sido designados: João Cordeiro, Maria da Luz Sequeira, João Silveira, Abel Mesquita, Henrique Fernandes, Rui Raposo e José Lopes, todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18114 a fls. 18118 dos autos.
- 56) Durante esse período, João Cordeiro era também Presidente da Direção da ANF e gerente da HMR.
- 57) A **HMR** tem por objeto a *“consultoria e elaboração de estudos de mercado, quantitativos e qualitativos, na área da saúde, nomeadamente estudos relacionados com a indústria e o comércio de especialidades farmacêuticas, parafarmácias, dermocosméticas e veterinárias”*, conforme resulta da certidão permanente de fls. 18119 a 18121.
- 58) A HMR iniciou a sua atividade em junho de 2009, sendo o seu capital social detido a 100% pela Farminveste IPG (cfr. certidão permanente de fls. 18119 a 18121) e nos *“seus primeiros seis meses de atividade [...] constituiu a sua equipa, desenvolveu a sua oferta [...] tendo em janeiro de 2010 iniciado o fornecimento de informação com base regular no mercado”*, conforme resulta do Relatório & Contas da HMR relativo ao exercício de 2009, a fls. 4124 dos autos.

- 59) O principal objetivo desta sociedade, segundo a própria, é “o fornecimento de informação ao mercado da saúde e bem-estar com base em produtos que se regem pelos mais elevados padrões de conhecimento, tecnologia e inovação”, tendo como “mercado alvo [...] a indústria farmacêutica e outras organizações que atuam na área da saúde e bem-estar. Para fazer face à realidade do mercado onde opera, a HMR criou um conjunto de produtos e serviços diferenciadores que têm como base o fornecimento regular de dados no âmbito de um contrato celebrado com a sua fornecedora e principal acionista Farminveste IPG suportados num painel de mais de 2.400 farmácias, num total de 2.874 farmácias atualmente existentes em Portugal”, conforme resulta do Relatório & Contas da HMR, a fls. 4174.
- 60) A atual gerência da HMR, para o triénio 2013-2015, é composta por Paulo Duarte, Nuno Lopes e Abel Mesquita, todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18119 a fls. 18121 dos autos.
- 61) Os três gerentes da HMR referidos no parágrafo precedente fazem também parte dos atuais Conselhos de Administração da Farminveste SGPS e da Farminveste IPG, sendo que dois desses Administradores, Paulo Duarte e Nuno Lopes, são, ainda, simultaneamente, membros da Direção da ANF, o primeiro deles na qualidade de Presidente daquela Associação.
- 62) Ou seja, Paulo Duarte é, atualmente e desde 2013, cumulativamente, Presidente da Associação Nacional de Farmácias, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste SGPS, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste IPG e Gerente da HMR.
- 63) Sendo que, anteriormente, era João Cordeiro quem acumulava esses ora identificados quatro cargos.
- 64) Para o triénio 2012/2014 tinha sido inicialmente designada a seguinte gerência: João Cordeiro; Abel Mesquita; e Carlos Lacerda; sendo que, após renúncia dos

3 gerentes, entre setembro de 2012 e maio de 2013, assumiu entretanto a gerência Paulo Duarte, todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18119 a fls. 18121 dos autos.

- 65) E para o triénio 2009/2011 tinham sido designados gerentes: João Cordeiro; Abel Mesquita; e Carlos Lacerda; todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18119 a 18121 dos autos.
- 66) Os vários contratos que foram sendo celebrados entre o Grupo ANF e a IMS tiveram sempre como pressuposto o facto de a ANF ser a *“associação que representa as farmácias [...], [estando, por isso] em posição de obter e fornecer regular e periodicamente, através das farmácias suas associadas informatizadas, dados relativos aos vários produtos farmacêuticos”*, conforme resulta, designadamente, do teor do contrato de 1987, a fls. 1183 dos autos.
- 67) A esse propósito, refere-se no contrato de 2003 que a *“ANF é uma associação de farmácias que representa praticamente todas as farmácias existentes no país”*, dispondo dos dados estatísticos sobre as vendas do setor de farmácias de que a IMS carece para a realização de estudos de mercado no mercado farmacêutico, conforme resulta de fls. 1189.
- 68) E mais se esclarece, no contrato de 2006, que a *“ANF recolhe junto das farmácias suas associadas um conjunto de informações e dados respeitantes aos produtos dispensados ao público nas farmácias, incluindo MSRM, MNSRM e outros produtos de saúde vendidos nas farmácias”* (fls. 1195), sendo que alguns dos produtos *“comercializados pela IMS são elaborados com base em painéis e amostras por si criados, para tal necessitando das informações e dados recolhidos pela ANF”* (fls. 1196).
- 69) Por último, pode também ler-se, no contrato de 2008, que a *“ANF representa praticamente a totalidade das farmácias existentes no país”* (fls. 1343) e que a IMS, enquanto *“importante empresa de estudos de mercado a nível mundial, especializada no setor da saúde”*, realiza estudos baseados *“em dados sobre o*

consumo de medicamentos e outros produtos de saúde” (fls. 1343), dados esses de que a “*ANF dispõe [...] e aceita transmiti-los à IMS*” (fls. 1344), sendo que a “*cooperação neste domínio entre a IMS e a ANF tem já 5 anos de experiência*” (fls. 1344).

- 70) A ANF e a IMS celebraram um **contrato, a vigorar a partir de 01.01.1987**, através do qual, *inter alia*, a ANF se obrigava a fornecer à IMS, em regime de exclusividade para Portugal, os dados relativos a compras e vendas e *stocks* dos produtos farmacêuticos constantes dos dicionários e respetivas atualizações (dicionários estes fornecidos pela IMS à ANF) – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.
- 71) Através desse contrato as partes estipularam um limite máximo de 300 farmácias cujos dados seriam fornecidos, farmácias essas que seriam escolhidas pela IMS de entre as farmácias já informatizadas – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.
- 72) Os dados em causa seriam fornecidos em base quinzenal numa primeira fase e, posteriormente, com periodicidade semanal – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.
- 73) Ficou ainda estipulado que os dados seriam fornecidos no prazo máximo de 5 dias úteis a contar do termo do período a que diziam respeito – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.
- 74) A IMS comprometeu-se a pagar à ANF, no âmbito desse contrato e como contrapartida do fornecimento dos referidos dados, os seguintes valores: (i) 0 a 40 farmácias informatizadas – gratuito; (ii) 41 a 100 farmácias informatizadas – 20.000\$00 (vinte mil escudos) (correspondente a cerca de cem euros) farmácia/ano; (iii) 101 a 200 farmácias informatizadas – 17.500\$00 (dezassete mil e quinhentos escudos) (correspondente a cerca de oitenta e sete euros e cinquenta cêntimos) farmácia/ano; (iv) 201 a 300 farmácias informatizadas –

15.000\$00 (quinze mil escudos) (correspondente a cerca de setenta e cinco euros) farmácia/ano – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.

- 75) Os referidos valores eram devidos pela IMS à ANF em função do número máximo de farmácias informatizadas, independentemente de quantas a IMS seleccionasse, na prática, para efeitos de fornecimento de dados – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.
- 76) O contrato em causa era válido por um período de 5 anos, renovável por períodos de um ano, tudo conforme resulta do clausulado desse contrato, de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.
- 77) Em **25.09.2003**, e na sequência do contrato anterior, a ANF e a IMS celebraram um contrato de fornecimento de dados, através do qual, *inter alia*, a IMS se obrigava a pagar à ANF €100,00 (cem Euros) mensais por cada farmácia cujos dados lhe fossem fornecidos pela ANF – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.
- 78) No âmbito deste contrato, a ANF disponibilizava, semanalmente, à IMS os dados sobre as vendas efetuadas pelas farmácias suas associadas relativas a medicamentos e a produtos de dermofarmácia, que por estas lhe fossem transmitidos – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.
- 79) Os dados seriam disponibilizados até ao termo da segunda semana seguinte àquela a que diziam respeito – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.
- 80) As farmácias seriam agrupadas pela ANF, de acordo com os ficheiros territoriais previamente definidos pela IMS e disponibilizados à ANF – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.

- 81) A IMS não podia vender, nem por qualquer outra forma disponibilizar a terceiros, os dados das farmácias (não tratados) que lhe eram fornecidos pela ANF – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.
- 82) Por sua vez, a ANF reservava-se o direito de tratar os dados das farmácias ou transmiti-los a outras entidades – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.
- 83) No âmbito deste contrato, a IMS disponibilizava ainda à ANF, sem custos, os dados relativos ao consumo hospitalar de medicamentos – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.
- 84) Este contrato, vigente a partir de 01.01.2004, era válido por 3 anos, renovável por iguais períodos, tudo conforme resulta do clausulado do mesmo, de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.
- 85) Em 2006, a ANF e a IMS celebraram um **contrato de parceria** que veio substituir o contrato de 2003 – cfr. cópia do contrato que consta a fls. 1195 a 1205.
- 86) No âmbito deste contrato, as partes estipularam, *inter alia*, o seguinte: a “ANF obriga-se a, direta ou indiretamente, obter das farmácias suas associadas as informações e dados que se encontrem disponíveis sobre produtos farmacêuticos e outros produtos de saúde dispensados nas farmácias”; a “obtenção dos dados e informações pela ANF deverá sempre respeitar as normas legais aplicáveis e bem assim os princípios éticos geralmente praticados”; a “IMS obriga-se a, utilizando as informações e dados que lhe forem disponibilizados pela ANF [...], formular e colocar no mercado os Produtos Atuais [...] e os Novos Produtos, para os quais tais informações e dados sejam necessários”; as “partes colaborarão ativamente com o objetivo de encontrar e implementar soluções de obtenção de informações e dados junto de fontes alternativas ou complementares às atualmente utilizadas pela ANF”; por regra, “a IMS será responsável pela colocação de todos os

Produtos no mercado, sua faturação aos clientes e cobrança do respectivo preço"; o preço cobrado pela venda dos produtos (da IMS e da ANF) pertencia, em partes iguais, à ANF e à IMS; a "cooperação entre as partes [...] tem carácter de exclusividade e, na sua vigência, as partes abster-se-ão de cooperar com terceiros nas atividades que são objeto deste Acordo e, em especial, abster-se-ão de, por si sós ou juntamente com terceiros, elaborar ou comercializar quaisquer produtos, serviços ou soluções que, em virtude das suas características, do seu preço e do seu uso, possam considerar-se, atual ou potencialmente, concorrentes [...]"; o Acordo era "celebrado pelo prazo de 5 anos, com início em 1 de janeiro de 2007, [renovando-se] [...] por períodos sucessivos de 3 anos exceto se qualquer das Partes procede[sse] à sua denúncia [...]" – cfr. cópia do contrato que consta a fls. 1195 a 1205.

- 87) Do anexo I a esse contrato constam os produtos atuais objeto do contrato, nos seguintes termos, conforme fls. 1204 dos autos: "*Produtos IMS (Pharmatrend Ético e OTC; OTC Mirror; OffTake; Primary Market Research; Cursos Formação); e Produtos ANF, que incluem (i) Farmacoepidemiologia (Padrão de Prescrição, Dispensa e Utilização; Qualidade e Racionalidade Terapêutica); (ii) Avaliação em Saúde (Ganhos resultantes de Intervenções em Saúde; Qualidade de Vida; Satisfação – terapêutica e serviços; Benefício – terapêutica; Adesão – terapêutica; Desenvolvimento e Validação de Questionários; e Cliente Mistério); (iii) Estatística aplicada à Saúde (Análise de Dados; Consultoria e desenvolvimento de protocolos de estudos; Estudos económicos e financeiros do setor da farmácia; Monitorização do mercado total, genéricos, novos medicamentos, MNSRM e outros produtos; produção de indicadores em PVP, embalagens, mortalidade e outros, a nível nacional e regional; Forecast; Comparação de preços entre locais de dispensa; Estudos de imagem de marcas/laboratórios; Testes de materiais promocionais e estratégias de comunicação); (iv) Economia da Saúde (Impacto financeiro de medidas regulamentares; Comparações internacionais de preços; Avaliação económica de tecnologias de saúde)*" – cfr. cópia do contrato que consta a fls. 1195 a 1205.

- 88) Do anexo II (fls. 1205 dos autos) constam os produtos novos objeto do contrato, nos seguintes termos: “*Segmentação farmácias; Avaliação do investimento promocional; Estudos subsistemas de saúde; Estudos qualitativos/quantitativos; Xponent*” – cfr. cópia do contrato que consta a fls. 1195 a 1205.
- 89) Ao abrigo deste acordo, que a IMS qualifica como um contrato de parceria, as partes dividiam as receitas (50% – 50%), traduzidas na totalidade dos valores faturados aos clientes da IMS dos estudos elaborados por esta com base nos dados das farmácias fornecidos pela ANF.
- 90) A ANF afirma que este contrato lhe era prejudicial, motivo pelo qual, lhe terá querido pôr termo.
- 91) A Farminveste IPG afirma que, relativamente à área de negócio “*sistemas de informação*”, área “*relacionada com a gestão dos programas informáticos Sifarma, da rede Farmalink e com a venda de informação comercial*” das farmácias, a “*atividade desenvolvida nesta área contribuiu com um resultado positivo de €2,36 milhões, em grande parte resultante dos proveitos provenientes da venda de informação comercial*” das farmácias, conforme resulta das pág. 56 e 57 do Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2008, a fls. 4815 e fls. 4816 dos autos.
- 92) Em **18.12.2008**, a ANF e a IMS assinaram um novo contrato que veio substituir o contrato anteriormente celebrado entre ambas em 2006 – cfr. cópia do contrato de fls. 1343 a fls. 1348 dos autos.
- 93) Este contrato estabelecia, *inter alia*, o seguinte: os dados fornecidos pelas farmácias associadas da ANF são por esta disponibilizados à IMS, através da Farminveste IPG; os dados seriam disponibilizados, sempre que possível, diariamente ou, nessa impossibilidade, na semana seguinte àquela a que diziam respeito; as farmácias seriam agrupadas pela ANF de acordo com os ficheiros territoriais previamente definidos pela IMS e disponibilizados à

ANF; a IMS não podia vender, nem por qualquer outra forma disponibilizar a terceiros, os dados das farmácias (não tratados) que lhe eram fornecidos pela ANF; por sua vez, a ANF reservava-se o direito de tratar ou transmitir a outras entidades esses dados das farmácias; a IMS comprometia-se a pagar à Farminveste IPG €255,00 (duzentos e cinquenta e cinco Euros) mensais por cada farmácia cujos dados sejam transmitidos; a IMS comprometia-se, ainda, a disponibilizar, gratuitamente, a cada uma das farmácias que lhe cedesse dados no âmbito deste acordo, uma base mensal *dataview* com informação comercial, reportada a um mínimo histórico de 13 meses, em unidades e valor (*street price*), de acordo com a segmentação da IMS, comparativa da farmácia a nível nacional, da região e do *brick* em que a mesma estivesse inserida; a IMS comprometeu-se, ainda, a pagar à Farminveste IPG uma compensação relativa à diferença entre as receitas projetadas no âmbito do contrato de 2006 e as receitas efetivas, relativamente aos anos de 2007 e 2008; sendo que a compensação referente a 2007 ascendia a €2.291.613,00 (dois milhões duzentos e noventa e um mil seiscientos e treze euros) e a compensação relativa a 2008 foi estimada em €2.556.550,00 (dois milhões quinhentos e cinquenta e seis mil quinhentos e cinquenta euros); tais compensações deveriam ser pagas pela IMS até 30.04.2009 – cfr. cópia do contrato de fls. 1343 a fls. 1348 dos autos.

- 94) Este contrato iniciava a sua vigência em 01.01.2009, sendo válido por 2 anos, renovável por períodos de 1 ano, salvo denúncia, tudo conforme resulta do clausulado do mesmo, de fls. 1343 a fls. 1348 dos autos.
- 95) Na sequência da assinatura deste contrato, e não tendo a IMS pago as faturas que entretanto se venceram a título de compensações, a ANF comunicou à IMS a suspensão dos serviços com efeitos a partir de 31.03.2009, alegando incumprimento contratual por parte da IMS – cfr. cópias das faturas e das comunicações escritas enviadas pela ANF que constam a fls. 1389 a 1392.

- 96) De acordo com a IMS, este contrato “foi assinado pelo seu diretor geral”, mas sem que este tivesse autorização da empresa para assinar o mesmo, conforme resulta de fls. 444 dos autos.
- 97) A IMS alegou, ainda, conforme resulta de fls. 467 dos autos, que o referido diretor geral, o Dr. Carlos Mocho, veio posteriormente a trabalhar para a HMR, sendo que todas estas questões terão sido submetidas à apreciação judicial – cível e criminal – pela IMS, conforme resulta, respetivamente, de fls. 467 e fls. 473.
- 98) Em 07.04.2008, foi celebrado, entre a ANF e a Farminveste IPG, um contrato de transmissão de direitos de propriedade intelectual, que estipulava, *inter alia*, o seguinte: a ANF transmite à Farminveste IPG as marcas registadas e todos os direitos, incluindo todos e quaisquer direitos de propriedade intelectual, relativos aos programas de computador e nomes de domínio identificados em anexo a esse contrato, a saber: as marcas nacionais “Farmácia TV” (marca nominativa verbal e marca mista); “Farmalink” e “Sifarma”; o nome de domínio “farmalink.pt” e os programas de computador Sifarma Clássico e Sifarma 2000; como contrapartida da venda desses direitos a Farminveste IPG paga à ANF €925.000,00 (novecentos e vinte e cinco mil euros); este acordo produz efeitos a partir de 01.01.2008, tudo conforme resulta do clausulado desse contrato, e respetivos anexos, cuja cópia consta a fls. 4388 a fls. 4392, verso, dos autos.
- 99) Também em 07.04.2008, e na sequência do contrato de transmissão de direitos de propriedade intelectual enunciado no ponto precedente, foi celebrado um contrato de licenciamento de programa de computador e de prestação de serviços de transmissão de dados entre a Farminveste IPG, a ANF e a GLINTT– BUSINESS SOLUTIONS, Lda. [GLINTT, Lda.] (esta última, à época, denominada Consiste⁸), que estipulava, *inter alia*, o seguinte: a Farminveste IPG concede à GLINTT, Lda. uma licença de utilização limitada,

⁸ Consiste – Gestão de Projetos, Obras, Tecnologias de Informação, Equipamentos e Serviços, Lda..

não exclusiva e não transferível do *software* “Sifarma” e “Sifarma 2000”, ficando a GLINTT, Lda. autorizada a conceder sublicenças relativas à utilização desse *software* em farmácias associadas ou não associadas da ANF; o sublicenciamento, aquisição ou aluguer de equipamento por parte das farmácias, instalação de *hardware* ou *software*, formação, utilização e assistência técnica obedecem a modelos pré acordados e que integram este contrato (como anexo ao mesmo); a Farminveste IPG mantém todos os direitos de propriedade, incluindo os de propriedade intelectual, sobre o *software*; a GLINTT, Lda. obriga-se a transmitir diariamente à Farminveste IPG os dados comerciais gerados pelo *software* Sifarma que se encontra ou que venha a ser instalado pela primeira junto das farmácias associadas da ANF (cláusula terceira); cabe à GLINTT, Lda. a obtenção de todas e quaisquer autorizações das farmácias que sejam necessárias para assegurar que a obtenção e transmissão dos dados é realizada em estrita obediência às disposições legais e regulamentares aplicáveis; em contrapartida do licenciamento do Sifarma, a GLINTT, Lda. paga à Farminveste IPG a quantia trimestral de €275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil euros); por sua vez, em contrapartida da aquisição dos dados comerciais, a Farminveste IPG paga à GLINTT, Lda. a quantia trimestral de €275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil euros), valores que, sem prejuízo das obrigações legais a que se encontrem vinculadas, as partes declaram extintos por compensação; a GLINTT, Lda. obriga-se, ainda, a assegurar a manutenção e o desenvolvimento do Sifarma, mediante uma contrapartida anual de €450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil euros); o contrato tinha uma duração inicial de 5 anos, com efeitos retroativos a 01.01.2008, renovável por períodos de um ano, salvo denúncia – cfr. cópia do contrato de fls. 4388 a fls. 4392, verso, dos autos.

- 100) Relativamente a este contrato, explica a Farminveste IPG que, em “2008, [...] celebrou um contrato de licenciamento de programas de computador e de prestação de serviço de transmissão de dados que estabelece as regras e condições de intervenção da Glintt neste processo. Ainda no âmbito deste contrato, a Glintt assegura a manutenção e desenvolvimento dos

programas Sifarma e garante o envio dos dados de informação comercial das farmácias para a Farminveste” IPG, conforme resulta da pág. 20 do Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2010, a fls. 4905 dos autos.

101) De harmonia com a obrigação estipulada no contrato de licenciamento de programa de computador e de prestação de serviços de transmissão de dados, celebrado entre a Farminveste IPG, a ANF e a GLINTT, Lda, esta última, com vista a obter *“todas e quaisquer autorizações das farmácias que sejam necessárias para assegurar que a obtenção e transmissão dos dados é realizada em estrita obediência às disposições legais e regulamentares aplicáveis”*, celebrou com as farmácias aderentes ao Sifarma e/ou Farmalink um contrato de aluguer (cfr. cópia de fls. 4228 a fls. 4239 dos autos) ou aquisição de equipamento (cfr- cópia de fls. 4239, verso, a fls. 4246 dos autos), de instalação de *hardware* e *software*, de formação, de utilização e de assistência técnica, conforme os casos (cfr., ainda, a título meramente exemplificativo, cópias dos contratos datados de 28.06.2007, a fls. 5552 a fls. 5573, e de 21.11.2007, a fls. 6846 a fls. 6859).

102) Através desses contratos ficou estipulado, *inter alia*, o seguinte: o *software* Sifarma só pode ser explorado em equipamento/*hardware* disponibilizado pela GLINTT, Lda.; as farmácias só adquirem o direito ao uso do *software* Sifarma pelo que não podem ceder a terceiros, nem o *software*, nem a respetiva informação técnico-científica; as farmácias obrigam-se a manter o *software* Sifarma atualizado, relativamente a versões que venham a ser disponibilizadas pela GLINTT, Lda.; sem *“prejuízo da informação automaticamente disponibilizada pelo sistema, [...] [as farmácias] comprometem-se a fornecer em suporte adequado à [...] [GLINTT, Lda.], com a periodicidade que por esta for definida, dados estatísticos destinados à elaboração de estudos farmacoepidemiológicos e farmacoeconómicos”* (cfr. fls. 4229, verso, dos autos); a GLINTT, Lda. presta assistência ao *hardware* e *software* objeto do contrato; a GLINTT, Lda. disponibiliza formação às

farmácias durante o ano subsequente à instalação do *software*, bem como formação complementar a partir do final do primeiro ano posterior à instalação; adicionalmente, faculta, ainda, formação adicional, paga, nos anos subsequentes; os “pagamentos emergentes [deste] [...] contrato [são] [...] processados mediante débito na conta corrente da farmácia [...] com a [...] ANF” (cfr. fls. 4232); o contrato inicia-se no primeiro dia do mês seguinte ao da sua assinatura e termina no último dia desse ano civil, sendo automática e sucessivamente prorrogado, salvo denúncia.

103) Em coerência com o estipulado nos contratos *supra* identificados, e nos termos do acabado de referir no ponto precedente, os proprietários das farmácias assinaram, ainda, uma declaração através da qual se comprometeram, nessa qualidade, a disponibilizar à ANF, com a periodicidade por esta nesse momento determinada, os dados estatísticos sobre as vendas da farmácia, autorizando que os mesmos sejam disponibilizados a outras entidades, de forma anónima, omitindo a identificação da farmácia (cfr, a título exemplificativo, declarações datadas de 25.11. 2003, a fls. 4031, e de 01.01. 2008, a fls. 6840).

104) Também do Protocolo de adesão ao programa “Farmácias Portuguesas”⁹ consta uma cláusula através da qual, sob a epígrafe “obrigações da farmácia” estas se comprometem, *inter alia*, a “colaborar na realização de estudos estatísticos, cedendo à Farminveste [IPG] para esse fim, a informação comercial necessária, designadamente sobre as vendas, autorizando que possa ser disponibilizada a outras entidades para o mesmo fim, de forma

⁹ O Programa “Farmácias Portuguesas” é um programa de fidelização de clientes das farmácias da ANF. O contrato que serve de base ao programa é celebrado entre a ANF, a Farminveste IPG e cada uma das farmácias que adira ao mesmo. A entidade gestora do programa é a Farminveste IPG, que assegura a gestão dos pontos concedidos pelas farmácias aderentes, bem como o rebate de pontos pelos produtos ou serviços do Catálogo. A ANF não comercializa o cartão e a adesão ao Programa por parte das farmácias suas associadas é voluntária. A adesão dos utentes ao cartão é igualmente voluntária e a sua utilização é gratuita. Através da utilização do Cartão, os utentes das farmácias aderentes ao programa acumulam pontos na aquisição de determinados serviços farmacêuticos e produtos de saúde e bem-estar (exceto medicamentos sujeitos a receita médica), na relação de 1€ = 1 ponto. Os pontos acumulados pelos utentes podem ser por estes trocados, no prazo de dois anos, por serviços farmacêuticos e produtos de saúde e bem-estar constantes de catálogo disponibilizado pelas farmácias aderentes, só podendo os produtos ou serviços constantes desse Catálogo ser obtidos através do rebate de pontos (cfr. cópia de um protocolo de adesão de fls. 4033 a 4036).

anónima, omitindo a identificação da farmácia” (conforme resulta da cláusula 5.ª, alínea g) desse protocolo, constante, v.g., de fls. 4034 dos autos).

- 105) O Grupo ANF tem acesso aos dados comerciais das farmácias, sem, para o efeito, lhes pagar uma contrapartida financeira, sendo as farmácias a ser debitadas pela ANF, nos termos dos contratos de aluguer ou de aquisição de equipamento *supra* referidos, designadamente, a título de manutenção, formação e assistência técnica (*vide*, a este respeito, por exemplo, fls. 4234, fls. 4234, verso, e fls. 4198 dos autos).
- 106) Em 17.02.2010, foi celebrado entre a Farminveste IPG e a HMR um contrato de fornecimento de dados das farmácias; o qual, *inter alia*, estipulava o seguinte: considerando que as farmácias filiadas na ANF disponibilizam à Farminveste IPG dados sobre o consumo de medicamentos e outros produtos de saúde, e que a HMR tem interesse em adquirir à Farminveste IPG esses dados, a Farminveste IPG disponibiliza diariamente à HMR, por via eletrónica, aqueles dados, os quais não são qualificáveis como dados pessoais e não identificam a farmácia a que dizem respeito; os dados são agregados por farmácia e omitem a respetiva identificação; os referidos dados foram fornecidos pela Farminveste IPG à HMR, entre 01.10.2009 e 31.12.2009, a título experimental; a HMR não pode vender, nem por qualquer outra forma disponibilizar a terceiros, os dados das farmácias (não tratados) que lhe são fornecidos pela Farminveste mas esta, por sua vez, reserva-se o direito de tratar ou transmitir a outras entidades esses dados; a HMR paga à Farminveste IPG € 255,00 (duzentos e cinquenta e cinco euros) mensais por cada farmácia que disponibilize informação, sendo aplicado um desconto de 25% durante o ano de 2010; a HMR pagou um preço global de € 20.000,00 (vinte mil euros) pelos dados que lhe foram fornecidos pela Farminveste IPG em 2009; o contrato vigora a partir de 01.01.2010 e é válido por 3 anos, renovável por períodos de um ano, salvo denúncia, tudo conforme resulta do teor desse contrato, cuja cópia consta a fls. 17397 a 17404.

- 107) Relativamente à execução deste contrato, a Farminveste IPG afirma que continua *“a intervir no processo de comercialização de dados estatísticos sobre o consumo de medicamentos e outros produtos de saúde, tendo como cliente a HMR, com base num painel de fornecedores de dados que, no final de 2010, superava as 2.120 farmácias”*, conforme resulta da pág. 21 do Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2010, a fls. 4905 dos autos.
- 108) Os dados adquiridos pelas empresas que desenvolvem estudos de mercado sobre o setor farmacêutico dizem respeito aos produtos comercializados neste setor.
- 109) Os produtos farmacêuticos podem agrupar-se em medicamentos e outros produtos de saúde.
- 110) Entre os medicamentos é possível distinguir os Medicamentos Sujeitos a Receita Médica (MSRM)¹⁰, também designados de produtos éticos, os Medicamentos Não Sujeitos a Receita Médica Comparticipados (MNSRM Comparticipados)¹¹ e os Medicamentos Não Sujeitos a Receita Médica Não Comparticipados (MNSRM Não Comparticipados)¹².
- 111) Nos MNSRM, também designados de OTC (*Over The Counter*), incluem-se os equiparáveis a MNSRM, que não são classificados por lei como medicamentos, mas apresentam características que levam a indústria a classificá-los como MNSRM¹³.

¹⁰ A prescrição de MSRM só pode ser efetuada por um médico, na medida em que estes medicamentos constituem um risco para a saúde do doente caso sejam utilizados sem vigilância médica.

¹¹ Os MNSRM Comparticipados podem ser vendidos sem prescrição médica, no entanto se forem objeto de receita médica e forem adquiridos em farmácias, permitem ao utente beneficiar de uma comparticipação do Serviço Nacional de Saúde.

¹² Consideram-se MNSRM Não Comparticipados os medicamentos que não preencham qualquer das condições previstas para os MSRM nem para os MNSRM Comparticipados, não beneficiando de comparticipação do Serviço Nacional de Saúde, mesmo que incluídos na receita médica e adquiridos em farmácias.

¹³ De entre estas características destacam-se: a) a sua comercialização em locais de venda de medicamentos, com um nível de intermediação por parte dos profissionais de saúde semelhante à dos medicamentos; b) a possibilidade, real ou hipotética de, a pedido do laboratório produtor, serem classificados como MNSRM; c) a sua substituíbilidade (quer do lado da procura, quer do lado da oferta) face aos MNSRM.

112) Nos outros produtos de saúde incluem-se os produtos de *Patient Care* (PAC)¹⁴, de *Personal Care*/Dermocosmética (PEC)¹⁵ e os produtos de Nutrição (NTR)¹⁶.

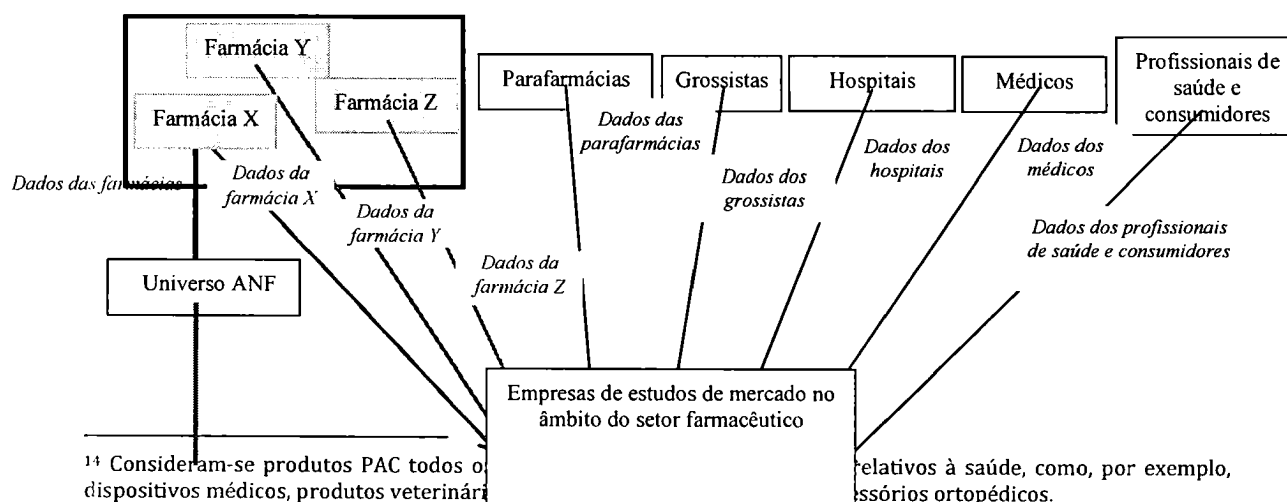
113) Os produtos OTC (ou MNSRM), PAC, PEC e NTR, são também designados, em conjunto, por produtos *Consumer Health* (CH).

114) Em resumo:

Produtos éticos	MSRM	
Produtos CH (<i>Consumer health</i>)	MNSRM	
	Outros produtos de saúde	Produtos PEC (<i>Personal care</i>)
		Produtos PAC (<i>Patient care</i>)
		Produtos NTR (Nutrição)

115) O acesso a dados sobre os produtos farmacêuticos *supra* identificados, para efeitos de realização de estudos de mercado, é efetuado com recurso a diversas fontes de informação: as farmácias, as parafarmácias, os armazenistas/distribuidores grossistas, os hospitais, os médicos, e os profissionais de saúde em geral e os consumidores (*vide Figura 3, infra*).

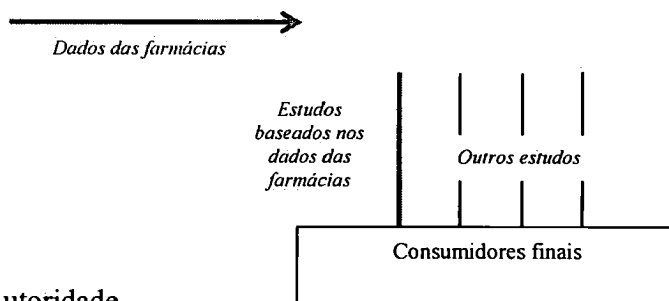
Figura 3: Circuito de recolha e comercialização de dados no setor farmacêutico



¹⁴ Consideram-se produtos PAC todos os dispositivos médicos, produtos veterinários...

¹⁵ Consideram-se produtos PEC todos os produtos e acessórios de beleza e higiene, como, por exemplo, produtos de dermocosmética, de tratamento capilar e de higiene pessoal.

¹⁶ Consideram-se produtos NTR todos os suplementos alimentares, como, por exemplo, comida de bebé, vitamínicos, alimentos para diabéticos, adoçantes e produtos dietéticos.



Fonte: Autoridade

- 116) Nas vendas diretas da indústria farmacêutica à farmácia, a indústria recorre, em regra, aos grossistas que intervêm, aqui, na qualidade de operadores logísticos, sendo que quando intervêm nesta qualidade só pontualmente fornecem dados às empresas de estudos de mercado para elaboração dos mesmos.
- 117) As farmácias disponibilizam dados relativos às compras (*sell in*) e às vendas (*sell out*) de todos os produtos que comercializam, *i.e.*, MSRM e produtos CH, bem como dados sobre as suas existências (*stocks*).
- 118) Os dados das farmácias relativos às suas vendas incluem: o número de fatura, o número de linha de fatura, a data da venda, o número de movimento, o número de receita (quando aplicável), o código do produto vendido, a designação do produto, o preço de venda do produto, o valor pago pelo cliente, a quantidade vendida, as existências no final do dia/semana/mês, o código da entidade que efetua a comparticipação (quando aplicável), a designação da entidade que efetua a comparticipação e o valor da comparticipação.
- 119) Em alguns casos, os dados das farmácias incluem também informação sobre a especialidade médica e sobre o local de prescrição da receita.
- 120) Os dados relativos às compras incluem: o código do produto comprado, a designação do produto, o código do fornecedor, a designação do fornecedor, o número de identificação fiscal do fornecedor, a quantidade comprada e o valor da compra, conforme resulta de fls. 3401. À semelhança

da informação relativa à venda, os dados relativos às compras incluem também informação relativa à data da compra e informação relativa às existências após a transação.

- 121) As parafarmácias disponibilizam dados relativos às compras, vendas e *stocks* de produtos CH.
- 122) Os armazenistas/distribuidores grossistas podem disponibilizar dados relativos à colocação de produtos farmacêuticos na rede de distribuidores retalhistas, nomeadamente, o código do armazenista, o código do cliente/unidade geográfica, o código do produto, a designação do produto, o tipo de transação, o tipo de venda e as unidades colocadas.
- 123) Os hospitais podem disponibilizar dados relativos às suas compras e aos seus consumos.
- 124) Os dados relativos às compras dos hospitais incluem: o código do fornecedor, a designação do fornecedor, o código de produto, a designação do produto, as unidades compradas, o valor da compra e o preço unitário do produto.
- 125) Os dados relativos aos consumos dos hospitais incluem: o código do centro de custos, a designação do centro de custo, o código do produto, a designação do produto, o código do diagnóstico, a designação do diagnóstico, o código fictício do utente, o sexo do utente, o ano e o mês de nascimento do utente, as unidades de produto consumidas e o valor do consumo.
- 126) Os médicos podem disponibilizar dados relativos ao médico, ao utente e à prática clínica (prescrição de medicamentos).
- 127) Os dados relativos ao médico (prescritor) incluem: o código transformado do prescritor, o sexo do prescritor, a idade do prescritor, a especialidade, o concelho (local de trabalho), o ano de formação e a indicação se se trata de uma entidade privada ou pública.

- 128) Os dados relativos ao utente incluem: o código transformado do utente, o sexo do utente, a idade do utente, o concelho do domicílio, o tipo de visita (privada ou pública), a indicação de regime especial ou não, o sistema de saúde (ADSE, seguro de saúde, etc.), a nacionalidade, as alergias, os meios complementares de diagnóstico realizados, os resultados e os fatores de risco associados.
- 129) Os dados relativos à prática clínica incluem: o código do medicamento prescrito, a data e hora da receita, o número interno da receita, indicação sobre a autorização de substituição na farmácia, indicação se a receita é renovável, indicação se a prescrição se enquadra no âmbito de legislação específica, o diagnóstico, o produto (quantidade) e a posologia.
- 130) Os profissionais de saúde e os consumidores podem também disponibilizar diversos dados, normalmente no âmbito de estudos de consultoria (estudos customizados).
- 131) Os dados comerciais de produtos farmacêuticos são utilizados v.g. para a produção de estudos de mercado.
- 132) Os estudos podem basear-se nos dados das farmácias, das parafarmácias, dos distribuidores grossistas, dos hospitais, dos médicos, ou dos profissionais de saúde e consumidores.
- 133) Os estudos podem utilizar amostras de maior ou menor dimensão, o que terá implicações na representatividade da respetiva amostra.
- 134) Os estudos podem incidir sobre MSRM, sobre MNSRM, sobre produtos PAC, sobre produtos PEC, sobre produtos NTR, sobre médicos/utentes/prescrições médicas, sobre a atividade das farmácias, sobre compras e consumos hospitalares e outros estudos não padronizados.
- 135) Os estudos sobre a atividade das farmácias só podem ser produzidos com base em dados das farmácias; os estudos sobre compras e

consumos hospitalares só podem ser produzidos com base em dados dos hospitais; os estudos sobre médicos, utentes e prescrições médicas podem ser produzidos com base em dados dos médicos ou das farmácias; os outros estudos não padronizados baseiam-se normalmente em inquéritos a profissionais de saúde e consumidores, mas também podem ser realizados com base em dados das farmácias; os estudos sobre MSRM podem basear-se em dados das farmácias ou dos grossistas e os estudos sobre MNSRM, produtos PAC, produtos PEC e produtos NTR podem ser produzidos com base em dados das farmácias, dos grossistas ou das parafarmácias.

- 136) Os estudos podem ser: diários; semanais; mensais/bimensais; trimestrais; semestrais; e anuais.
- 137) Os estudos podem ser nacionais e regionais.
- 138) Há estudos que são disponibilizados na primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados e há estudos que são disponibilizados em momento posterior.
- 139) A procura de estudos de mercado baseados nos dados comerciais das farmácias é constituída, *grosso modo*, pela indústria farmacêutica e, residualmente, por quaisquer entidades que tenham interesse em obter informação do setor em causa.
- 140) Os estudos de mercado baseados em dados de farmácias permitem, por exemplo, acompanhar as tendências de vendas no mercado e monitorizar os esforços de venda dos colaboradores relativamente a qualquer produto farmacêutico.
- 141) Refere a APIFARMA que *“não existe substituíbilidade, entre si, dos estudos baseados em dados provenientes unicamente de cada uma das [...] categorias de operadores de mercado. Isto resulta do facto de cada categoria de operadores dispor de dados distintos sobre realidades que não se sobrepõem. [...] No que diz respeito ao caso particular das farmácias, estas*

são uma fonte essencial e única de dados sobre o mercado ambulatorio de medicamentos, bem como sobre o nível de encargos do Serviço Nacional de Saúde com a participação daqueles. Refira-se, porém, que os estudos elaborados com base em dados fornecidos por farmácias apenas terão a credibilidade desejável se oferecerem um grau de representatividade que permita captar o que realmente se verifica no mercado em tempo útil. Este tipo de dados não é substituível por outros que possam ser fornecidos por qualquer das restantes categorias de operadores de mercado, uma vez que mais nenhum fornece dados que reflitam de forma fidedigna o consumo real de medicamentos”.

- 142) Os hospitais só podem fornecer dados referentes a compras e consumos do segmento hospitalar, deixando de fora o segmento ambulatorio.
- 143) A informação disponibilizada pelos médicos – relativa aos consumidores, aos médicos e às prescrições médicas – pode não corresponder à realidade, na medida em que os medicamentos que prescrevem podem ser substituídos na farmácia por outro medicamento com o mesmo princípio ativo e/ou finalidade terapêutica, nomeadamente um genérico, por indicação do farmacêutico ou por preferência do utente.
- 144) A informação fornecida pelos médicos não permite avaliar o diferencial entre as compras das farmácias aos distribuidores grossistas e as vendas ao público.
- 145) Refere a farmacêutica Sanofi que “os dados de sell-out dos hospitais referem-se ao mercado hospitalar, distinto do mercado do ambulatorio, não versando a mesma realidade, e não sendo, por essa razão, substituíveis por dados de qualquer outra fonte. Existem também medicamentos que são apenas comercializados a nível hospitalar, por força das regras aplicáveis à classificação para efeitos de dispensa, pelo que apenas os dados de consumo dos hospitais são relevantes. Por fim, os dados oriundos dos hospitais e médicos são completamente diferentes e igualmente

não substituíveis entre si ou por dados de grossistas, farmácias ou parafarmácias. Enquanto os hospitais oferecem dados de um mercado próprio (o mercado hospitalar), não relacionado com o ambulatório, os médicos fornecem informação sobre intenções de prescrição que não pode ser replicada por dados obtidos de qualquer um dos outros operadores”, conforme resulta do teor de fls. 11904.

- 146) Os dados dos grossistas não incluem, em regra, os produtos vendidos diretamente pela indústria farmacêutica às farmácias (fenómeno comumente denominado *Direct To Pharmacy*), o que sucede na maioria dos produtos CH, que não OTC's, e em aproximadamente 40% dos MNSRM.
- 147) A informação fornecida pelos distribuidores grossistas não contempla as vendas efetivas das farmácias a consumidores (de especial relevância para avaliar campanhas de publicidade), os *stocks* das farmácias, o preço de venda ao público (os produtos CH têm preço de venda livre, pelo que só com os dados das farmácias é possível conhecer o preço médio de venda), nem informação relativa às prescrições médicas (por exemplo, a origem das prescrições e a substituição de prescrições), informação esta que apenas as farmácias são capazes de fornecer.
- 148) No que se refere ao nível de *stocks*, como as encomendas de produtos CH das farmácias são feitas ao mês ou ao trimestre (com entregas faseadas, ou não), os fornecedores e as farmácias devem gerir muito bem o nível de *stocks* que têm nas farmácias para planear a entrega dos produtos atempadamente.
- 149) Até 2013, verificou-se um fenómeno de “compras em carrossel” relativo aos genéricos, que resultou do aparecimento de incentivos/bonificações diretos, concedidos pelas empresas farmacêuticas (e, em especial, pelas produtoras de genéricos) às farmácias, no âmbito das vendas diretas, que diminuiu nesse ano devido ao aumento dos grupos de farmácias.

- 150) Estes incentivos são motivados pela possibilidade de a farmácia poder substituir, na altura da dispensa, a prescrição médica de um fármaco por outro com o mesmo princípio ativo e/ou finalidade terapêutica, o que levava ao aumento dos *stocks* das farmácias.
- 151) Este aumento dos *stocks* das farmácias, por via da compra direta às farmacêuticas, compra direta esta que os grupos de farmácias mantêm (ainda que sem acumulação de *stocks*) e que em relação aos MSRM é, de pelo menos, 10% das vendas, traduzia-se numa redução das encomendas aos distribuidores grossistas e na necessidade de revenda de parte desse *stock* a outras farmácias ou aos próprios distribuidores grossistas.
- 152) As “compras carrossel” originam distorções, nomeadamente duplicação, na medição do mercado através dos dados dos distribuidores grossistas.
- 153) Devido à diminuição dos preços/margens em Portugal, havia distribuidores que compravam produtos comercializados pelo fabricante original a um preço inferior num país e vendiam-nos a um preço mais elevado noutro país, fenómeno que só abrangia alguns MSRM de marca e numa percentagem não concretamente apurada, mas não superior a 5% do total do número de embalagens colocadas no mercado nacional ambulatorio.
- 154) Os dados fornecidos pelos grossistas podiam incorporar essas vendas, através de um algoritmo, algoritmo esse que pode não detetar todas essas vendas.
- 155) Algumas farmácias adquiriam esses medicamentos em maior quantidade aos grossistas e revendiam-nos a outros grossistas que os destinavam à exportação paralela.
- 156) Durante os anos de 2010 a 2013, o número total de MSRM reclassificados em MNSRM foi de 37.

- 157) Os fenómenos e elementos indicados nos pontos precedentes que se verificaram durante o período de referência, aumentaram a importância dos dados de venda ao consumidor final para a produção de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico, relativamente a produtos CH e relativamente a MSRM, nestes em relação aos genéricos e à exportação paralela em relação aos medicamentos de marca objeto desta atividade.
- 158) As farmácias devolviam medicamentos aos distribuidores grossistas cuja data de validade se aproximava do fim.
- 159) Quando existe um painel de farmácias de grande qualidade e com elevada taxa de cobertura, como o do Grupo ANF, a maior parte da procura de estudos relativos a CH e uma parte da procura relativa a estudos sobre MSRM não considera os estudos baseados nesses dados substituíveis pelos estudos baseados exclusivamente nos dados de outras fontes, designadamente, nos dados dos grossistas ou nos estudos baseados nos dados dos grossistas e numa pequena amostra de farmácias.
- 160) Pelo menos 46% dos clientes de estudos da HMR (em volume de compras de estudos) não considera os estudos baseados nos dados fornecidos por um painel de farmácias de grande qualidade e com elevada taxa de cobertura, como o do Grupo ANF substituíveis pelos estudos baseados nos dados de outras fontes, designadamente, nos dados dos grossistas ou nos estudos baseados em dados dos grossistas e num pequeno painel de farmácias.
- 161) Afirma a farmacêutica Bayer que “[...] o principal critério de aquisição dos Estudos pela Bayer é a fiabilidade estatística, traduzindo-se esta pela robustez do painel, que depende de um número suficiente de farmácias que permita analisar corretamente dados a nível nacional e a nível regional. [...] No caso dos produtos Pharma (MSRM)/Consumer Care (MNSRM)/Intendis, os grossistas não conseguem substituir Farmácias ou Parafarmácias, devido ao elevado índice de vendas directas da empresa à distribuição que não passa pelos grossistas e, assim, não são corretamente

medidas sendo o erro muito elevado. Neste momento o painel de armazenistas não reproduz o que se passa nas farmácias, não sendo por isso estudos substituíveis” (realce nosso), conforme resulta de fls. 11453.

162) A farmacêutica Pfizer acrescenta que “[o]s estudos de mercado que usam apenas uma fonte de informação (dados), seja esta fonte as farmácias, para farmácias, grossistas, hospitais ou médicos, não são substituíveis entre si. [...] Cada um dos operadores acima referidos representa uma fonte única, não substituível, de informação. [...] Estudos de mercado que utilizam como fonte de informação as farmácias são essenciais para algumas das unidades de negócio da Pfizer. As áreas de negócio que utilizam estudos de mercado que têm como fonte as farmácias vão continuar a utilizá-los independentemente do aumento, não transitório, entre 5% e 10% do preço, pelo que o supra referido aumento de preço não altera as relações de substituíbilidade dos estudos” (fls. 12356) e que “[e]m suma, os estudos que apresentem características técnicas diferentes não poderão ser substituíveis entre si. Os produtos abrangidos, a periodicidade, unidade geográfica, tipo de informação disponibilizada e finalidade do estudo são características essenciais que tornam o estudo único, e como tal insubstituível” (realce nosso), conforme resulta de fls. 12358.

163) A farmacêutica Bluefish afirma, relativamente aos MSRM, ter tomado conhecimento da HMR “através de publicidade feita pela mesma entre profissionais do meio, tendo-nos sido indicado que a grande vantagem da informação desta empresa versus os concorrentes passava por comercializarem indicadores sobre vendas sell out (ao público) obtidas a partir do sistema informático no ponto de venda de cada farmácia, por oposição a vendas sell in (às farmácias) realizadas entre grossistas e retalhistas” (fls. 10868).

164) Esta farmacêutica afirma também que as “a IMS disponibiliza dados de vendas por região do País mas a informação é obtida a partir das vendas de armazenistas a farmácias (sell in) pelo que não foi considerada

por nós substituível pela informação da HMR”, conforme resulta de fls. 10869.

- 165) A farmacêutica AstraZeneca refere, relativamente aos MSRM, que “[a] fonte dos dados constantes dos estudos fornecidos pelas empresas IMS e HMR é diferente. Enquanto a IMS mede as colocações de medicamentos pelos armazenistas nas farmácias, a HMR mede a saída de medicamentos na frente de caixa das farmácias, i.e., venda ao consumidor. Tratando-se de metodologias distintas, permitem à empresa que adquire os dados obter uma panorâmica mais global do comportamento do mercado, pelo que, na nossa opinião os estudos identificados na nossa resposta à questão 1 [estudos adquiridos à IMS e à HMR] não são substituíveis” (fls. 12290), acrescentando que consideram “que os estudos com dados provenientes de diferentes categorias de operadores não são substituíveis porquanto os dados medidos são diferentes: farmácias - são medidos dados de sell out; grossistas - são medidos dados de vendas às farmácias; [...]”, conforme resulta de fls. 12291.
- 166) Segundo a farmacêutica Johnson&Johnson, produtora de MSRM, MNSRM e produtos de dermocosmética, “[o]s dados de farmácia e de parafarmácia que adquirimos não são, em nosso entender, substitutos entre si, e não são substituíveis por dados de grossistas, hospitais ou médicos”, conforme resulta de fls. 12675.
- 167) De acordo com a farmacêutica Théa e relativamente a MSRM e MNSRM, “[a] mudança de dados de SELL-IN para SELL-OUT deve-se exclusivamente ao facto de que estes últimos se tornam, na perspetiva da empresa, muito mais merecedores de crédito e de melhor suporte para as decisões a tomar relativamente ao [...]” (fls. 11384) “conhecimento mais sucinto e objetivo das necessidades do mercado, podendo a empresa deste modo orientar mais corretamente as suas propostas e o seu portfólio de produtos colmatando essas mesmas necessidades”, conforme resulta de fls. 11383.

- 168) A farmacêutica Ciclum afirma que “[o]s dados fornecidos pela IMS e hmR à Ciclum Farma são complementares, porque através da IMS obtemos informação dos totais nacionais de sell-in (quantidades compradas pelos distribuidores) e através da HMR obtemos informação de sell-out (quantidades compradas pelos consumidores e stock médio existente)”, conforme resulta de fls.11395.
- 169) A farmacêutica ISUS que adquire estudos relativos a produtos de dermocosmética e suplementos alimentares) refere que “[a] partir de 2010, passámos a utilizar os serviços da HMR por esta empresa nos fornecer informações recolhidas na farmácia, que eram as mais adequadas ao nosso tipo de actividade”, conforme resulta de fls. 11414.
- 170) A farmacêutica Ferrazlynce considera “[...] que os estudos que utilizam informação acerca de vendas nas farmácias não são substituíveis por estudos que utilizam outros canais de venda e/ou distribuição e/ou prescrição de medicamentos ou produtos de farmácia tais como parafarmácias, grossistas, hospitais e médicos. Na nossa estratégia de gestão, damos preferência aos estudos que utilizam informação proveniente das farmácias”, conforme resulta de fls. 11525.
- 171) A farmacêutica Sanofi refere que “[n]o caso das farmácias, parafarmácias e grossistas, os dados que cada um destes grupos de operadores fornece são sempre relativos ao mercado ambulatorio, mas não são substituíveis entre si. Por um lado, os dados dos grossistas (sell-in) e das farmácias e parafarmácias (sell-out) não são substituíveis entre si uma vez que, apesar de ambos se referirem ao mercado ambulatorio, não apresentam a mesma informação. Enquanto os segundos representam todos os medicamentos que são vendidos nas farmácias e parafarmácias aos doentes, os primeiros referem-se apenas aos medicamentos que são vendidos às farmácias por intermédio dos grossistas, pelo que os seus valores podem divergir, por exemplo, por existirem outros canais de distribuição (e.g. venda direta das empresas da indústria farmacêutica às farmácias) e

pela política de stocks das farmácias. Quanto às farmácias e parafarmácias, estão em causa pontos diferentes de venda de medicamentos que representam parcelas distintas do mercado. Na maioria dos produtos, apenas os dados provenientes das farmácias permitem ter uma visão representativa do mercado dada a expressão destas no mercado ambulatório. Por outro lado, por força da regulamentação em vigor, as parafarmácias, contrariamente ao que ocorre com as farmácias, apenas podem vender medicamentos não sujeitos a receita médica, não estando autorizadas a comercializar medicamentos sujeitos a receita médica. Assim, os dados provenientes das parafarmácias apenas permitem uma visão parcelar do mercado”, conforme resulta de fls. 11904.

172) *A farmacêutica Boehringer argumenta que “[...] no que toca aos dados dos grossistas, estão antes em causa os medicamentos vendidos às farmácias por intermédio dos grossistas. Esta informação é em princípio diferente da das farmácias porque, por um lado, reflete apenas o canal em questão (o dos armazenistas) e não outros canais de vendas às farmácias e, por outro, não tem em conta a política de stocks das farmácias”, conforme resulta de fls. 12717.*

173) *De acordo com a farmacêutica Celsis, “[a]s características dos dados sell in, sell out e stock que a Celsis Farmacêutica S.A. adquire à HMR Health Market Research não têm (no nosso entender, naturalmente) substituto no mercado Nacional. O outro fornecedor (pelo menos que tenhamos conhecimento) deste tipo de produtos/serviços é a IMS Health, mas com diferenças fundamentais entre si. Os dados HMR Health Market Research saem directamente das farmácias (2.835 farmácias). Os dados sell in, sell out e stock da IMS Health são obtidos por extrapolação de dados recolhidos num número substancialmente inferior de farmácias, logo com margem de erro superior. Por isso, não consideramos que o serviço que adquirimos à HMR Health Market Research tenha substituto” (realce nosso), conforme resulta de fls. 14178 e fls. 14179.*

174) A farmacêutica Lilly é clara ao referir que “[n]o caso das farmácias e grossistas, os dados que cada um destes grupos de operadores fornece são sempre relativos ao mercado ambulatorio, mas não são substituíveis entre si. Por um lado, os dados dos grossistas (sell-in) e das farmácias (sell-out) não são substituíveis entre si uma vez que, apesar de ambos se referirem ao mercado ambulatorio, não apresentam a mesma informação. Enquanto os segundos representam todos os medicamentos que são vendidos pelas farmácias aos doentes, os primeiros referem-se apenas aos medicamentos que são vendidos às farmácias por intermédio dos grossistas, pelo que os seus valores podem divergir, por exemplo, por existirem outros canais de distribuição (e.g. venda direta das empresas da indústria farmacêutica às farmácias) e pela política de stocks das farmácias”, conforme resulta de fls. 14424.

175) A farmacêutica Merck considera a importância de cada fonte de dados em função do tipo de produto em causa, afirmando o seguinte: “Os MSRM não podem ser disponibilizados em parafarmácias, pelo que, para estes produtos a parafarmácia não é uma fonte de informação válida. Os MNSRM e os OPS podem ser vendidos em farmácias e parafarmácias, sendo que, a informação obtida nestes dois canais é complementar, dependendo do interesse da fonte do segmento de mercado a que se destina o estudo, isto é, do peso que esse canal tem nas vendas dos produtos que se pretende avaliar. No caso da generalidade dos produtos da Merck, a informação produzida com origem no canal farmácia tem muito mais interesse do que a produzida com origem no canal parafarmácia. Para os medicamentos que podem ser dispensados em hospital e em farmácia, estes dois canais são complementares. O interesse da fonte dependerá do segmento de mercado a que se destina o estudo, isto é, do peso que o canal hospitalar e o canal farmácia têm nas vendas dos produtos que se está a avaliar. O grossista é um ponto intermédio na distribuição através da farmácia ou parafarmácia. A substituíbilidade entre os estudos com origem no canal farmácia e no canal armazenista dependerá essencialmente

do segmento de mercado que queremos analisar e da forma como actuam os vários intervenientes nesse mercado. No limite, se não houver variações de stock no mercado e se não houver venda directa à farmácia, estas duas fontes seriam substituíveis entre si, uma vez que, não havendo flutuação de stock e todo o produto passando pelo armazenista, a uma embalagem comprada pela farmácia corresponderia a uma embalagem vendida. Contudo, as flutuações de stock são uma realidade e há venda directa à farmácia, atingindo em alguns casos grandes dimensões por exemplo em MNSRM ou em mercados sazonais. Nesta situação é importante acompanhar os vários pontos da cadeia de distribuição e portanto estas duas fontes são complementares. Do ponto de vista da informação e nas mesmas condições de cobertura dos dois canais pela amostra, a fonte farmácia seria mais interessante uma vez que permite em simultâneo medir a saída para o consumidor, e a compra da farmácia (venda do armazenista), permitindo ainda criar bons indicadores de stock no canal. Assim, numa situação de igualdade de representatividade da amostra e de todos os outros factores influenciadores do estudo, **a fonte farmácia poderá substituir a fonte armazenista; o contrário já não será válido**” (realce nosso), conforme resulta de fls. 14570 e fls. 14571.

- 176) A farmacêutica Zambon analisa a substituíbilidade (i) dos estudos baseados nos dados das farmácias e das parafarmácias e (ii) dos estudos baseados nos dados das farmácias e dos grossistas: ***“Estudos comparativos de vendas aos consumidores de farmácias versus parafarmácias âmbito nacional Estudos que recolhem dados de sell out das farmácias ou parafarmácias Um estudo que tem por base dados de farmácias não é substituível por outro que tenha por base dados de parafarmácias. O mercado de produtos de saúde, incluindo medicamentos não sujeitos a receita médica, que fazem parte do portfolio da Zambon está na sua grande maioria estabelecido na farmácias (estimamos que >95%). Assim, os dados que podem ser fornecidos pelas parafarmácias não podem ter a mesma qualidade quando extrapoladas para o mercado total que os***

dados obtidos a partir da venda das farmácias aos consumidores. Por isso entendemos que podem ser fontes complementares mas nunca substituíveis entre si. Estudos comparativos de vendas aos consumidores de farmácias versus grossistas âmbito nacional Um estudo de venda aos consumidores (sell out) pode ser obtido a partir de dados de farmácias, mas não de grossistas. O Grossista é um intermediário entre o Laboratório e as Farmácias. Nunca com um estudo de venda de grossistas será possível obter a venda real aos consumidores, uma vez que a farmácia pode acumular stock de determinados produtos, pelo que a venda do grossista à farmácia não representa a venda da farmácia aos consumidores. São estudos distintos e não substituíveis entre si. Se o objectivo é o de analisar a venda aos consumidores o estudo mais útil é o que pode ser dado pelo canal farmácia”, conforme resulta de fls. 14796.

- 177) A farmacêutica UCB Pharma afirma que “[...] os dados provenientes de cada categoria de operador não são substituíveis entre si, tendo objetos e fontes diferentes que refletem realidades, também elas, distintas. [...] Quanto aos dados provenientes dos grossistas e das farmácias, embora sejam ambos relativos ao mercado ambulatório, a UCB não os considera substituíveis entre si porque, não tendo a mesma fonte, não revelam a mesma informação. Efetivamente, os dados oriundos das farmácias (sell-out) são os que mais perto se situam do consumo real dos utentes/clientes. Pelo contrário, os dados obtidos dos grossistas (sell-in) não oferecem uma visão rigorosa do mercado ambulatório, uma vez que: não abrangem as eventuais vendas diretas de medicamentos pelas empresas farmacêuticas às farmácias; variam em função da política de stocks de cada farmácia, que poderão estar a adquirir os medicamentos apenas para reposição, manutenção ou reforço de stocks e não para venda ao cliente final; são influenciados pelas condições comerciais vigentes entre o grossista e a farmácia, que poderão estar a adquirir os produtos apenas para beneficiarem de descontos de quantidade por exemplo, sem que isso signifique a expectativa de uma maior venda aos clientes finais no imediato.

Nestes termos, os dados oriundos destas duas diferentes fontes não têm a mesma representatividade nem apresentam o mesmo grau de fiabilidade para as empresas beneficiárias de estudos realizados com base nos mesmos. Nesta medida, os dados provenientes das próprias farmácias são os mais valorizados pelas empresas farmacêuticas quando encomendam um estudo sobre vendas de medicamentos sujeitos a receita médica no mercado ambulatorio, não sendo passíveis de ser substituídos por estudos baseados em dados dos grossistas” (realce nosso), conforme resulta de fls. 14812.

- 178) Segundo a farmacêutica Almirall “os dados dos armazenistas e os dados das farmácias não estudam também a mesma realidade. Os primeiros focam-se nas vendas dos grossistas às farmácias (sell-in) enquanto os segundos se centram nas vendas das farmácias aos doentes (sell-out). Os dados sell-out são os mais relevantes para uma empresa farmacêutica porque, sendo provenientes das próprias farmácias, são os únicos que contém uma aproximação mais rigorosa do consumo efetivo de medicamentos pelos utentes. Os dados sell-in, ao corresponderem a vendas grossistas, contabilizam aquisições que podem não exprimir o consumo real por parte dos clientes finais, uma vez que podem ter sido determinadas, por exemplo, pela política de stocks da farmácia em questão - que poderá exigir um maior ou menor reforço de stocks a cada momento - ou pela política de descontos praticada pelo armazenista, que poderá ter induzido a aquisição pelas farmácias de uma quantidade superior de medicamentos de forma a usufruir de um desconto mais significativo. Assim, também estas duas categorias de dados não podem ser consideradas substituíveis entre si, recorrendo as empresas a uns ou a outros em diferentes situações”, conforme resulta de fls. 16060 e fls. 16061.

- 179) A farmacêutica 3M afirma que optou pela transição do fornecimento dos estudos da IMS para a HMR, a partir de 2009, pois esta tinha maior cobertura de mercado, ou seja, esta tinha dados de um maior

número de farmácias, permitindo, assim, ter dados mais fidedignos de mercado. A 3M explica, ainda, que *“quanto maior o painel de farmácias, melhor é a qualidade dos dados”*, conforme resulta de fls. 12158.

180) Para a farmacêutica Grunenthal, os dados disponibilizados pela HMR não podem ser substituídos pelos dados fornecidos pela IMS, na medida em que a primeira dispõe *“de dados reais à ‘boca da farmácia’ com elevado grau de confiança”*, sendo o painel da IMS *“inferior em número e os dados apresentados baseiam-se em extrapolações”*, conforme resulta do teor de fls. 12426.

181) A diferença dos painéis entre as duas empresas é também realçada pela farmacêutica Expanscience, que afirma que *“a IMS tem um painel de farmácias muito reduzido (cerca de 100 farmácias vs 2400 HMR. A HMR oferece informação mais fidedigna na medida em que, enquanto empresa do universo ANF, tem acesso integral aos dados das farmácias associadas”*, conforme resulta de fls. 10643, acrescentando que, *“no que concerne aos dados recolhidos junto das farmácias pela IMS e pela HMR, [...] a enorme diferença na dimensão do painel de farmácias considerado por uma e por outra dita a não substituíbilidade dos mesmos”*, conforme resulta de fls. 10644.

182) Também para a farmacêutica Alter, *“sendo o universo de farmácias em Portugal de cerca de 2.900 farmácias, serão substituíveis os estudos que tiverem amostras equivalentes”*, conforme resulta de fls. 12681.

183) Esclarece a farmacêutica Mylan, no que respeita à substituíbilidade entre os estudos da HMR e da IMS, que os mesmos *“não são substituíveis de forma alguma, tendo em conta que a HMR baseia-se em informação prestada pela esmagadora maioria de farmácias existentes em Portugal, enquanto a IMS para o mesmo tipo de estudo conta apenas com a informação de uma pequena minoria de farmácias”*, conforme resulta de fls. 10791.

- 184) Ou, explicando em detalhe, como o faz a farmacêutica Celsis, “os dados HMR saem diretamente das farmácias (2.835 farmácias). Os dados *sell in*, *sell out* e *stock* da IMS são obtidos por extrapolação de dados recolhidos num número substancialmente inferior de farmácias, logo com margem de erro superior. Por isso, não consideramos que o serviço que adquirimos à HMR tenha substituto”, conforme resulta de fls. 14179.
- 185) E mais acrescenta essa empresa que “um aumento de preço nos serviços adquiridos à HMR levaria a uma renegociação do nosso contrato com a empresa, mas não levaria à substituição dos dados a ela adquiridos pelos dados de outro fornecedor, uma vez que, em nosso entender e até onde nos é dado a observar, não existe substituto para os produtos/serviços que atualmente adquirimos”, conforme resulta de fls. 14179.
- 186) No mesmo sentido, refere a farmacêutica Actavis que “os dados de *sell out* fornecidos pela empresa HMR são mais completos, mais assertivos e representam com maior realidade os consumos dos nossos produtos no mercado de ambulatório, e como tal não são substituíveis pelos dados [...] da empresa IMS”, conforme resulta de fls. 14092.
- 187) Concretizando quanto aos estudos oferecidos por cada uma das empresas, a farmacêutica Wynn refere que “dos estudos existentes na área da saúde e que tenham por base dados sobre MSRM e MNSARM e outros produtos de saúde temos conhecimento do Pharmatrend. Trata-se de um estudo periódico mensal da consultora IMS, com dados de vendas de medicamentos de uso humano, designadamente sujeitos a prescrição (MSRM) e não sujeitos a prescrição (MNSRM), dispositivos médicos abrangidos pelo Protocolo da Diabetes, bem como dados de vendas da área de Personal Care, Patient Care, Nutrição e de OTCs obtida a partir do canal farmácia (fonte), com histórico de 24 meses. O referido estudo poderá ser diretamente comparável com os vários estudos da consultora HMR (National Pharmaceutical, National Generics, National Nutrition, National OTC, National Patient Care, National Personal Care) por possuírem a mesma fonte

(canal farmácia), no entanto não são substituíveis uma vez que o primeiro possui um painel consideravelmente mais reduzido, não oferecendo a mesma fiabilidade em termos de qualidade dos dados”, conforme resulta de fls. 14277.

188) Ou como sustenta a farmacêutica Reckitt, “*a diferença entre o estudo da IMS e da HMR baseia-se na margem de erro da informação estatística fornecida, já que o estudo fornecido pela IMS se baseava num painel de farmácias mais reduzido que o agora fornecido pela HMR*”, conforme resulta de fls. 16067.

189) Também a farmacêutica Merk conclui que “*uma melhor cobertura da amostra dá mais garantias de uma projeção de dados de qualidade o que só por si pode ser suficiente para optar por um estudo baseado na fonte com melhor amostra*”, conforme resulta de fls. 14572.

190) O mesmo é dizer, como refere a farmacêutica Zambon, que “*dois estudos poderão ser substituíveis entre si, se a fonte de dados for a mesma, entendendo esta fonte como as farmácias ou os grossistas... mas não só deve ser levada em linha de conta a fonte mas também a amostragem da fonte [...]. Não apresentam a mesma fiabilidade um estudo de farmácias que se baseia nos dados de 100 farmácias e outro que se baseia nos dados de 1.400 farmácias, ou superior. Os dados que oferece o segundo estudo são certamente mais fiáveis e ajustados à realidade*”, conforme resulta de fls. 14796.

191) Refere a farmacêutica Nycomed (cliente dos estudos) que, “[n]o caso dos MNSRM [...], devido às características dos produtos e maior liberdade de comercialização, os dados específicos de sell out assumem particular relevância, desde logo porque o comportamento dos consumidores está sujeito a maiores flutuações (por exemplo em resultado de campanhas publicitárias ou promoções)”, conforme resulta de fls. 11508 e 11509.

- 192) A IMS perdeu, em 2011, aproximadamente 83% dos seus clientes que adquiriam estudos baseados nos dados das farmácias relativamente a 2008, último ano em que a IMS teve acesso aos dados durante todo o ano, conforme *infra* Figura 9.
- 193) Em 2010 (primeiro ano completo de atividade da HMR), a HMR conseguiu angariar 102 clientes que representam aproximadamente 39% dos clientes potenciais (tomando como hipótese que o total da procura corresponde aos 261 clientes identificados pela AdC para realizar o inquérito aos laboratórios).
- 194) Em 2013, a HMR tinha aproximadamente 56% dos clientes potenciais.
- 195) A IMS, enquanto foi monopolista, nunca cativou mais do que 74% dos clientes potenciais, conforme *infra* Figura 9.
- 196) A representatividade das parafarmácias é bastante mais reduzida do que a das farmácias e a sua distribuição geográfica não é uniforme no território nacional, estando as parafarmácias mais concentradas nas áreas mais populosas, pelo que não permitem atingir uma cobertura geográfica adequada.
- 197) Os clientes de estudos sobre produtos CH preferem os estudos baseados nos dados do maior canal de distribuição retalhista, as farmácias, aos estudos baseados nos dados de um canal de reduzida representatividade, sendo que um aumento hipotético do preço dos estudos sobre CH baseados nos dados das farmácias, na ordem dos 5 a 10%, não levaria os clientes a deixarem de adquirir estes estudos para passarem a adquirir estudos sobre CH baseados nos dados das parafarmácias.
- 198) Refere a farmacêutica Sanofi (cliente dos estudos) que, “*no caso das farmácias, parafarmácias e grossistas, os dados que cada um destes grupos de operadores fornece são sempre relativos ao mercado ambulatorio, mas não são substituíveis entre si. Por um lado, os dados dos grossistas (sell-*

in) e das farmácias e parafarmácias (sell-out) não são substituíveis entre si uma vez que, apesar de ambos se referirem ao mercado ambulatorio, não apresentam a mesma informação. Enquanto os segundos representam todos os medicamentos que são vendidos nas farmácias e parafarmácias aos doentes, os primeiros referem-se apenas aos medicamentos que são vendidos às farmácias por intermédio dos grossistas, pelo que os seus valores podem divergir, por exemplo, por existirem outros canais de distribuição (e.g. venda direta das empresas da indústria farmacêutica às farmácias) e pela política de stocks das farmácias. Quanto às farmácias e parafarmácias, estão em causa pontos diferentes de venda de medicamentos que representam parcelas distintas do mercado. Na maioria dos produtos, apenas os dados provenientes das farmácias permitem ter uma visão representativa do mercado dada a expressão destas no mercado ambulatorio. Por outro lado, por força da regulamentação em vigor, as parafarmácias, contrariamente ao que ocorre com as farmácias, apenas podem vender medicamentos não sujeitos a receita médica, não estando autorizadas a comercializar medicamentos sujeitos a receita médica. Assim, os dados provenientes das parafarmácias apenas permitem uma visão parcelar do mercado”, conforme resulta do teor de fls. 11904.

199) Durante o período em causa (2010 a 2013), a HMR recorria apenas a dados provenientes das farmácias e apenas produzia estudos baseados nestes dados.

200) A oferta de estudos de mercado baseados nos dados comerciais das farmácias é constituída pelas empresas que se dedicam à elaboração de estudos de mercado na área farmacêutica, nomeadamente, o Grupo ANF, através da HMR, e a IMS.

201) Uma empresa de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico – mesmo que já possua as infraestruturas, o capital humano e os conhecimentos necessários para a produção de estudos – só poderá transferir a sua capacidade produtiva para estudos de mercado baseados nos dados

comerciais das farmácias, sem custos adicionais significativos e em curto período de tempo, se tiver acesso aos dados comerciais das farmácias.

- 202) No entanto, e mesmo que tenha acesso a dados das farmácias, uma empresa de estudos de mercado não conseguirá produzir estudos com determinadas características (v.g., ao nível da desagregação geográfica e/ou temporal, e, mesmo, da própria fiabilidade dos estudos), se não tiver acesso a uma amostra de dados de suficiente dimensão.
- 203) Para a realização de um qualquer estudo de mercado é necessário o acesso a uma amostra representativa que permita inferir as propriedades da população que se pretende estudar, na medida em que o tamanho da amostra utilizada vai repercutir-se na fiabilidade dos estudos e na desagregação geográfica (granularidade) dos mesmos.
- 204) Assim, a produção de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico com base nos dados comerciais das farmácias exige o acesso aos dados de um número mínimo de farmácias.
- 205) A amostra mínima de farmácias necessária varia em função da variável que se pretende analisar, da fiabilidade e da desagregação geográfica pretendidas (por exemplo, um determinado estudo de nível regional exige um número maior de dados do que o mesmo estudo de nível nacional).
- 206) Os estudos regionais podem ter maior ou menor desagregação geográfica, apresentando um maior ou menor detalhe regional sobre as vendas da indústria farmacêutica, a qual constitui, *grosso modo*, a procura dos estudos.
- 207) Em termos de dimensão mínima da amostra, a IMS indica que “[p]ara a elaboração do *Pharmatrend* [ver descrição *infra*, § 343)], são necessárias 1200 Farmácias no Continente, que constituam uma amostra fiel da segmentação efetuada pela IMS do território nacional, nomeadamente das seguintes oito regiões: (i) Litoral Norte, (ii) Grande Porto, (iii) Interior Norte,

(iv) *Litoral Centro*, (v) *Lisboa Arredores*, (vi) *Lisboa Centro*, (vii) *Alentejo e* (viii) *Algarve*".

208) Relativamente ao "Xponent", a IMS afirma que "[...] *precisa, no mínimo, de 900 farmácias para conseguir ter uma oferta competitiva de dados de farmácias e de Xponent*".

209) Segundo a HMR, "[a] *informação regional das vendas ao consumidor de medicamentos e restantes produtos farmacêuticos nas farmácias nacionais deve permitir a avaliação dos diferentes tipos de consumo: urbano/semi-urbano/rural/proximidade aos locais de origem da prescrição, o que é conseguido através da criação de regiões de acordo com a localização das farmácias e da população residente, onde existam um número mínimo de 3 farmácias (para manter a confidencialidade). O universo de farmácias em Portugal em Julho de 2012 é de 2.903 farmácias. Para um universo desta dimensão e para um nível de confiança de 99%, a dimensão da amostra necessária será de 542 farmácias, distribuídas por todo o continente e ilhas. Sendo necessário um mínimo de 3 farmácias por região, com 542 farmácias em teoria seria possível construir 180 regiões (542/3)*". Note-se que a existência de três farmácias por região garante a confidencialidade, mas pode não garantir a representatividade dentro de cada região.

210) Relativamente ao "RX Watch" (estudo equiparável ao "Xponent" da IMS), a HMR refere que "[a] *informação relativa à especialidade médica e local de origem da prescrição é baseada nas vendas de MSRM (medicamentos sujeitos a receita médica) com participação, no universo das farmácias no território nacional. Para um nível de confiança de 99%, a dimensão da amostra necessária será também de 542 farmácias, distribuídas por todo o continente e ilhas, uma vez que estes produtos são vendidos em todas as farmácias*".

- 211) A HMR acrescenta que *“naturalmente o número de farmácias exigido será superior ou inferior conforme a granularidade geográfica que se pretenda”*.
- 212) O dimensionamento de uma amostra para uma população de 2.903 farmácias (população a nível nacional em 2012), através da estimação de uma proporção num cenário pessimista (variância máxima, *i.e.*, 50%), considerando um nível de confiança de 99% e uma margem de erro de 5%, retorna uma amostra de 542 farmácias¹⁷, isto não é garantia de que nos subconjuntos da população (no caso dos estudos regionais) a amostra seja igualmente representativa.
- 213) Refere o CEFAR, Centro de Estudos e Avaliação em Saúde, pertencente ao universo ANF, que *“obviamente que é possível, com base num painel representativo, extrapolar para o mercado total desse canal mas a margem de erro será tanto menor quanto mais representativo for o painel”*, conforme resulta de fls. 11980.
- 214) A garantia de representatividade a nível nacional (para o total da população) não garante necessariamente a representatividade a nível regional (para cada subconjunto da população), em particular quando estamos a estudar as vendas de produtos farmacêuticos que por vezes são distribuídos em apenas algumas farmácias.
- 215) Uma forma de ultrapassar esta questão é calcular a amostra representativa para uma região (assumindo o número médio de farmácias

¹⁷ A fórmula utilizada foi a seguinte:

$$n = \frac{N\hat{p}(1 - \hat{p})Z^2}{(N - 1)E^2 + \hat{p}(1 - \hat{p})Z^2}$$

, em que N representa a dimensão da população, E a margem de erro, Z o valor acumulado de uma distribuição normal padrão para o nível de confiança desejado e $\hat{P}$ a estimativa para a proporção de unidades amostrais que possuem uma determinada característica. A margem de erro é a diferença entre um resultado amostral e o verdadeiro resultado populacional, ou mais precisamente, é a diferença máxima que se admite entre a média da amostra/proporção amostral e a média da população/verdadeira proporção populacional. O nível de confiança de um intervalo estimado para um determinado parâmetro é a probabilidade de que esse intervalo contenha o parâmetro em causa.

numa região como o valor da população) e depois extrapolar esse valor para a totalidade do território português.

- 216) Assim, para 74 regiões, assumindo um intervalo de confiança de 95% (inferior ao sugerido pela HMR, que era de 99% e inferior ao sugerido pela IMS), um erro de amostragem de 15% (superior ao sugerido pela HMR, que era de 5%, e idêntico ao valor aceite pela IMS para 8 regiões) e uma variabilidade média traduzida num coeficiente de variação de 50% (semelhante à hipótese assumida pela HMR), obtemos como valor mínimo da amostra 1531 farmácias.
- 217) Com hipóteses muito menos exigentes do que as assumidas pela HMR, mas garantindo a representatividade em cada uma das 74 regiões, obtém-se uma amostra mínima de 1531 farmácias, pelo que uma amostra de 542 farmácias não será suficiente para produzir estudos relativos a MSRM e a produtos CH com uma desagregação geográfica de, pelo menos, 74 regiões.
- 218) O valor encontrado é calculado para uma divisão do território nacional em 74 regiões, pelo que no caso de se pretender uma maior desagregação geográfica que se aproxime da desagregação geográfica conseguida pelo Grupo ANF, a amostra teria necessariamente de aumentar.
- 219) Quando questionadas sobre a dimensão mínima da amostra de farmácias, as arguidas assumiram um erro de amostragem de 5% para todos os tipos de estudos, à exceção do “*Consumer Watch*”.
- 220) O *Statistics Office* da IMS (STO) apresentou “o nível mínimo de precisão”, afirmando, ainda, que esta “*deve ser equilibrada com a viabilidade económica*”.
- 221) Para o “PTR a nível regional – 150 regiões”, o STO afirmou que seria necessária uma amostra de 1723 farmácias.

- 222) As especificidades do mercado português obrigam a que, na ponderação entre custos de recolha da amostra e fiabilidade dos estudos, se atribua maior peso à fiabilidade (do ponto de vista da procura) e menor peso aos custos associados a amostras maiores, nomeadamente superiores a 50%.
- 223) Relativamente à importância da desagregação geográfica, esclarece a farmacêutica Medinfar (procura dos estudos) que *“as unidades geográficas em que são disponibilizados os estudos deverão ser compatíveis/sobreponíveis com o território trabalhado pela equipa de vendas, caso essa análise seja essencial para a empresa, sendo por isso insubstituíveis por estudos que forneçam apenas dados a nível nacional”*, conforme resulta de fls. 16109 verso.
- 224) A indústria tem interesse em acompanhar as tendências de venda no mercado e monitorizar os esforços de venda dos seus colaboradores, no caso dos MSRM de, pelo menos, 74 regiões.
- 225) A maior parte da indústria tem interesse em acompanhar as tendências de venda no mercado e monitorizar os esforços de venda dos seus colaboradores, no caso dos CH, de, pelo menos, 74 regiões.
- 226) Em dezembro de 2014, a IMS apenas oferecia estudos com um grau de desagregação geográfica, relativos a CH, correspondente a 8 regiões.
- 227) Na página eletrónica da HMR pode-se ler, relativamente ao estudo *RX Watch* “[n]o que respeita a Geografia, está disponível para todo o território Nacional uma estrutura regional de 66 Regiões, que foi produzida com base na organização das regiões do Sistema Nacional de Saúde – estrutura dos ACES (Agrupamentos de Centros de Saúde)”.
- 228) Relativamente à desagregação geográfica do estudo *Early Market Forecast* (baseado em informações de vendas reais da primeira quinzena de cada mês e previsão do fecho do mês corrente) pode ler-se na página

eletrônica da HMR que a *“informação também inclui uma desagregação por regiões assente na estrutura do SNS (ACES – 74 ACES + Madeira e Açores)”*.

- 229) A HMR disponibiliza, ainda, estudos de consultoria assentes na caracterização de ACES.
- 230) Se existir uma empresa que tenha acesso a um painel de farmácias e que disponibilize estudos sobre MSRM baseados nos dados das farmácias, uma parte da procura vai canalizar-se para os estudos sobre MSRM baseados nos dados de um painel de farmácias, por considerar estes dados como mais fiáveis.
- 231) Apesar de os diferentes tipos de estudos requererem amostras de farmácias de diferente dimensão (v.g., em função da desagregação geográfica e do tipo de produtos em estudo), desde que tenham acesso aos dados necessários, as empresas de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico têm as infraestruturas, o capital humano e os conhecimentos técnicos necessários para produzir qualquer estudo baseado nesses dados.
- 232) É racional e eficiente para as empresas de estudos oferecerem um leque completo de estudos porque, por um lado, existem economias de gama na produção de diferentes tipos de estudos (estas empresas já possuem as infraestruturas, o capital humano e os conhecimentos necessários para a produção de qualquer tipo de estudo, podendo, facilmente e sem custos elevados, alargar a sua oferta desde que tenham um painel de dados que o permita fazer) e, por outro lado, a não disponibilização do leque completo de estudos poderá levar à perda de clientes.
- 233) As empresas que constituem a procura de dados comerciais de uma amostra representativa de farmácias têm, em regra, interesse em adquirir um pacote de dados que lhes permita a realização de um qualquer tipo de estudos, de forma a evitar que, por virtude de não conseguir produzir um determinado estudo, a possibilidade dos seus clientes transfiram a totalidade das suas

aquisições para uma empresa concorrente que ofereça todos os tipos de estudos.

234) A Farminveste só vende os dados das farmácias em pacote, não possibilitando a aquisição de parte deles.

235) O Grupo ANF presta um leque de serviços às farmácias suas associadas. No âmbito desses serviços, desenvolveu uma rede e um conjunto de ferramentas, em constante desenvolvimento, que permitem às farmácias beneficiarem (i) de um sistema informático adequado ao seu exercício profissional, (ii) de informação permanentemente atualizada sobre produtos e medicamentos existentes no mercado, e sua composição e (iii) informação atualizada relativamente a regras de comparticipações pelo Estado e restantes entidades privadas.

236) Duas dessas ferramentas são o Farmalink e o Sifarma.

237) O Farmalink é uma rede de comunicações, sub-contratada à PT, que permite a comunicação entre as Farmácias e o exterior (fls. 4202).

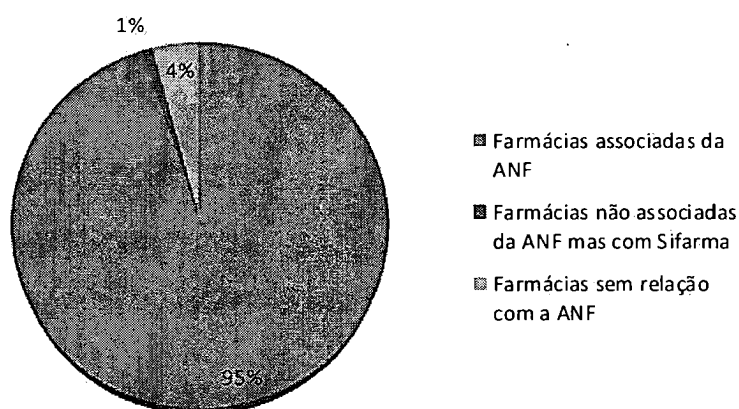
238) A rede Farmalink é uma rede de comunicações privada da Farminveste para a prestação de serviços a farmácias e parceiros, que permite a comunicação entre as farmácias e os diferentes intervenientes no setor. Esta rede é conciliável com a utilização simultânea, pela farmácia, de outros programas com funcionalidades semelhantes. O Farmalink permite a realização de pagamentos multibanco, acesso à Internet, sistemas de vigilância, avisos de situações de assalto à PSP, atualizações de software, manutenção remota, envio de informação comercial e comunicação dos pedidos de reabastecimento pelas farmácias aos respetivos fornecedores, bem como, adicionalmente, a interligação de farmácias, o acesso seguro à internet através de uma firewall centralizada e o acesso do exterior utilizando uma VPN. Toda a comunicação na rede é encriptada (túnel IPSEC com encriptação 3DES e hash SHA), conforme fls. 5784.

239) O Sifarma é um software desenhado, desenvolvido e implementado com vista a simplificar e a tornar mais eficiente a gestão da Farmácia. O Sifarma foi inicialmente criado em 1985 e tem sido continuamente desenvolvido com vista a proporcionar um leque mais vasto de serviços às Farmácias. O Sifarma, tanto na sua versão 'Clássico' como '2000', possibilita, entre outras funcionalidades, que as Farmácias realizem a gestão de stocks e vendas, bem como permite contactar automaticamente distribuidores e laboratórios com vista a realizar encomendas. As principais diferenças, do ponto de vista tecnológico, entre o Sifarma Clássico e o Sifarma 2000 estão relacionadas com as plataformas e tecnologias utilizadas. O Sifarma Clássico utiliza um interface baseado em modo character e bases de dados com extensão dbf (sendo ambas as tecnologias consideradas, hoje, desatualizadas). O Sifarma 2000 tem um interface baseado em Windows e bases de dados Oracle protegidas com password. Hoje a maioria das Farmácias utiliza o Sifarma 2000. Do ponto de vista funcional, e de forma simplificada, o Sifarma 2000 apresenta adicionalmente uma componente de apoio à atividade técnica do farmacêutico, proporcionando: 1) a caracterização da composição dos medicamentos (excipientes, substâncias ativas, dosagens e formas farmacêuticas); 2) informação detalhada de contraindicações, interações medicamentosas, reações alérgicas e terapia duplicada", conforme resulta de fls. 4202.

240) Por via das referidas ferramentas, a Farminveste IPG tem acesso aos dados comerciais das farmácias associadas da ANF, procedendo à sua recolha automática, direta, contínua, autónoma e segura, e posterior venda às empresas de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico, nomeadamente à HMR.

241) Em 2012 existiam 2903 farmácias em Portugal, conforme resulta de fls. 4065, das quais 2757 eram associadas da ANF, 26 não eram associadas da ANF mas tinham instalado o sistema Sifarma e 120 não tinham qualquer relação com a ANF, conforme resulta de fls. 2549 a fls. 2574:

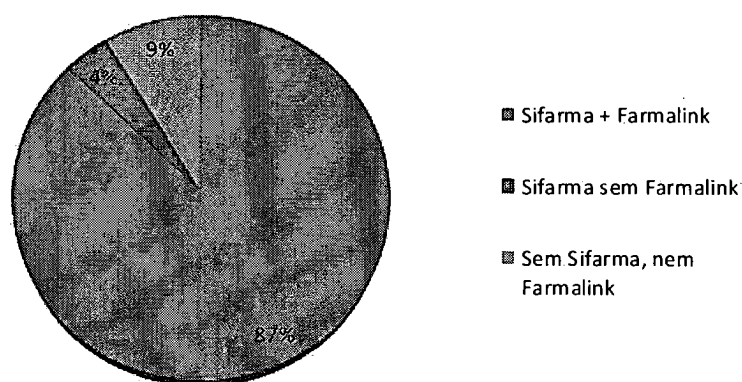
Figura 4: Universo de farmácias em Portugal – relação com a ANF



Fonte: fls. 2549 a fls. 2574 e fls. 4065.

242) De entre as farmácias associadas da ANF, 2402 tinham, em 2012, o Sifarma e o Farmalink instalados, 117 tinham o Sifarma mas não tinham o Farmalink e 238 não tinham nem o Sifarma nem o Farmalink, conforme resulta de fls. 2549 a fls. 2574:

Figura 5: Universo de farmácias da ANF

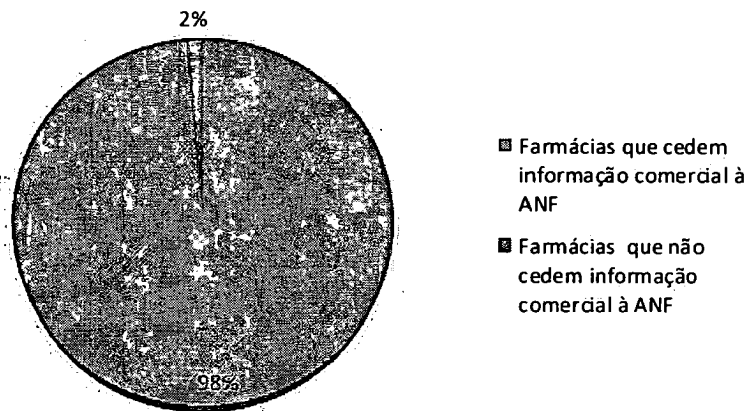


Fonte: fls. 2549 a fls. 2574 e fls. 4065.

243) Finalmente, de entre as farmácias que têm o Sifarma e o Farmalink instalado, 2365 farmácias cedem a sua informação comercial ao Grupo ANF e

37 não o fazem (as farmácias que não têm o Farmalink instalado não cedem informação comercial à ANF, pois a transmissão dos dados é feita através da rede Farmalink), conforme resulta de fls. 2549 a fls. 2574.

Figura 6: Farmácias que cedem a sua informação comercial ao Grupo ANF, de entre as farmácias que têm o Sifarma e o Farmalink instalado



Fonte: fls. 2549 a fls. 2574 e fls. 4065.

- 244) As farmácias que cedem informação comercial ao Grupo ANF, através do Farmalink, representam 81,5% do universo de farmácias em Portugal e 85,8% das farmácias associadas da ANF.
- 245) As formas possíveis de acesso aos dados das farmácias são as seguintes: (i) através da Farminveste IPG, por compra do pacote de dados; ou (ii) através da compra dos dados a cada uma das farmácias.
- 246) O acesso através das farmácias exige que as empresas que produzem os estudos estabeleçam relações comerciais com as farmácias e empresa a empresa (farmácia a farmácia), que podem ser mediadas através de grupos de farmácias, mediante o pagamento de uma contrapartida financeira, enquanto a obtenção dos dados através da Farminveste IPG apenas exige a contratação de uma única entidade, aquela sociedade.
- 247) O acesso através da sua aquisição à Farminveste IPG implica a aceitação das respetivas condições de venda dos dados, v.g., o pagamento de €255,00 mensais por farmácia que disponibiliza os seus dados.

- 248) Tal preço de € 255,00 (duzentos e cinquenta e cinco Euros) aplica-se à IMS, à HMR ou a qualquer outra empresa.
- 249) A recolha dos dados e transmissão através de cada uma das farmácias pode ser efetuada, automaticamente, através do Farmalink, propriedade do Grupo ANF, com recurso a um módulo de extração.
- 250) A IMS tentou numa primeira fase aceder (entre, pelo menos, 16 de junho de 2011 e 13.03.2012) diretamente aos dados das farmácias, *i.e.*, sem intervenção do Grupo ANF, replicando o procedimento deste Grupo, através de um módulo de extração instalado nos computadores de cerca de 300 farmácias com sistema Sifarma.
- 251) Para o efeito celebrou protocolos para colaboração no fornecimento de dados com farmácias e com grupos de farmácias, para obter autorização.
- 252) Em algumas farmácias, o módulo de extração foi instalado pelo grupo a que pertenciam, sem o seu consentimento e sem que este as tivesse informado de que o módulo se destinava a ceder dados à IMS.
- 253) Após a IMS já ter este procedimento em curso, o Grupo ANF procedeu à remoção remota dos aplicativos da IMS sem comunicação prévia a esta e sem comunicação ou autorização prévia e individualizada das farmácias afetadas, conforme resulta de fls. 3199.
- 254) A remoção do módulo em causa impediu a IMS de fazer face aos compromissos assumidos com os seus clientes, com a produção de estudos com base nos dados obtidos por via do referido módulo, com consequências em termos de imagem e reputação da empresa.
- 255) O Grupo ANF intentou procedimento criminal por virtude de implementação do referido *software*, conforme consta a fls. 24351 e ss, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

- 256) A instalação, nas farmácias, de dois sistemas de gestão paralelos, para efeitos de recolha de dados, não é viável porque, para além dos custos que isso implicaria, obrigaria à replicação de todos os registos de operações que ocorrem nas farmácias.
- 257) O acesso aos dados das farmácias através das próprias com recurso à transmissão de relatórios de gestão por e-mail apresenta um problema sistémico, que é o facto de estar dependente do comportamento do farmacêutico – da sua capacidade informática e de estar disposto a assumir esse tipo de tarefa, distante da sua profissão, de forma rigorosamente diária [ou semanal], para enviar sem falhas e efetuar um procedimento de ‘fecho diário de loja’, ou seja, no final do dia, extração dos dados do sistema e seu envio por uma net alternativa disponibilizada fisicamente pela IMS, a troco de uma compensação e ter-se-ia de manter um Back Office de 3 elementos [no caso da recolha diária, de 2 elementos no caso da recolha semanal e de 1 elemento no caso da recolha mensal] que funcionaria como call center para assegurar o esclarecimento de dúvidas ou o contacto no dia seguinte após o fecho e verificando os envios.
- 258) Esta alternativa encontra-se dependente da intervenção dos funcionários das farmácias e, portanto, suscetível de ser afetada por falha humana.
- 259) Esta alternativa obriga ao tratamento manual e individualizado dos mesmos, por recurso a relatórios de gestão, enquanto o Grupo ANF obtém esses dados de forma automática, através das bases de dados das próprias farmácias.
- 260) O processo manual de recolha farmácia a farmácia implica a deslocação de um técnico de uma empresa produtora de estudos (v.g., da IMS) a cada uma das farmácias, fazendo-se acompanhar de um dispositivo externo de armazenamento de dados (por exemplo, uma *pen drive*), para o qual são

copiados localmente os relatórios de gestão ou outros ficheiros extraídos do Sifarma.

- 261) A recolha manual acaba por condicionar a periodicidade da recolha dos dados e o tempo necessário para o tratamento dos mesmos.
- 262) Em contrapartida, a obtenção dos dados, como sucede em relação ao Grupo ANF, em formato de base de dados minimiza o tempo entre a recolha dos dados e a disponibilização dos respetivos estudos.
- 263) O tempo que demora a recolher os dados, para dar início ao seu tratamento estatístico criam uma desvantagem competitiva à IMS.
- 264) Visto tratar-se de um processo manual, a recolha diária ou semanal é economicamente inviável.
- 265) Este processo de recolha presencial não permite à IMS obter os dados comerciais das farmácias necessários para manter parte da oferta que tinha antes do corte de fornecimento de dados por parte do Grupo ANF.
- 266) As Arguidas, em sede de PNI, afirmaram a existência das seguintes alternativas de recolha de dados comerciais das farmácias: (i) exportação de dados através do ficheiro Infoprex; (ii) exportação através do ficheiro SAF-T; (iii) acesso direto à base de dados através do utilizador "exporta"; (iv) método de cópia de segurança da base de dados; e (v) geração de relatórios, conforme resulta de fls. 19131.
- 267) O INFOPREX é um ficheiro que disponibiliza os dados agregados das vendas mensais, por produto, relativos aos últimos 24 meses e dá informação sobre a posição atual do stock, não disponibilizando dados transacionais.
- 268) Por via da exportação diária do INFOPREX é possível inferir as compras, vendas e stocks realizadas diariamente em relação a cada produto.

- 269) O tempo de geração do ficheiro é de 1 hora aproximadamente.
- 270) O ficheiro Infoprex tem de ser transferido para uma infraestrutura da empresa que pretende ter acesso aos dados, mediante um upload do ficheiro numa plataforma ou portal eletrónico, ou através de um mecanismo de FTP.
- 271) O User Exporta disponibiliza todos os dados gerados pelo negócio da farmácia, designadamente dados transacionais de compras e vendas e stocks.
- 272) Os dados recolhidos por via do “exporta” permitem criar um ficheiro que posteriormente tem de ser transferido.
- 273) Para implementar este método de extração de dados impõe-se que: a farmácia consinta na extração dos dados por terceiros; a farmácia solicite à Farminveste IPG a criação do “user”, de modo a permitir o acesso de terceiros às bases de dados da farmácia através do “exporta”; a empresa que pretende adquirir os dados crie um software que permita ligar às bases de dados da farmácia por via do Sifarma; a empresa que deseje adquirir os dados proceda à respetiva extração. Esta extração pode ter a regularidade que o adquirente entender e ser utilizada para os fins que considerar convenientes.
- 274) Existem atualmente 550 farmácias que utilizam o *exporta*.
- 275) Relativamente à necessidade de um pedido de autorização para criar o utilizador *exporta* nas farmácias, tal deve-se, segundo as recorrentes, “à *segurança da informação a que o fornecedor do software [in casu, o Grupo ANF] está adstrito [...] [e que o obriga] a implementar as melhores soluções de modo a oferecer os níveis de segurança de informação aplicáveis ao negócio da farmácia*”.
- 276) Esta é uma solução farmácia-a-farmácia (e não uma abertura do sistema, automática e descentralizada), implicando um pedido formal por cada

farmácia, e que pode alertar o Grupo ANF para o início da colaboração de tal farmácia com um concorrente da HMR/ANF.

- 277) O facto de esta solução obrigar a um pedido ao Grupo ANF pode torná-la inviável: as farmácias têm de pedir autorização ao Grupo ANF, pertencente à associação que as representa, sabendo-se que a ANF afirma que utiliza a venda dos dados das farmácias para ajudar a financiar o Sifarma.
- 278) O utilizador “exporta” é disponibilizado apenas em modo de leitura e a vistas previamente criadas, sendo tecnicamente possível o Grupo ANF ter controlo sobre o que a farmácia solicita e que informação será disponibilizada.
- 279) É um instrumento pouco conhecido e utilizado pelas farmácias (por ter sido requerido poucas vezes).
- 280) O ficheiro SAF-T é um ficheiro XML com a informação detalhada de todas as vendas efetuadas através do sistema informático em formato SAF-T, sendo possível proceder à exportação do ficheiro SAF-T por meio do Sifarma.
- 281) Estes ficheiros contêm apenas os dados referentes às vendas efetuadas entre datas.
- 282) O ficheiro SAF-T não disponibiliza dados sobre compras, nem sobre stocks.
- 283) O ficheiro é gerado automaticamente com uma periodicidade mensal, podendo ser efetuada a exportação com carácter diário.
- 284) O método de cópia de segurança da base de dados consiste em produzir um ficheiro DUMP, com uma cópia integral da base de dados sem ser necessário conhecer as credenciais de acesso administrativo ao sistema de base de dados.

- 285) Tendo em conta que o formato DMP é proprietário e não existe documentação publicamente disponível, não é fácil criar uma solução que faça a extração direta dos dados e pese embora seja possível, de forma automática, invocar este método diariamente, este não constitui uma solução de fácil implementação.
- 286) O volume de dados em causa nesta alternativa é grande, mesmo com a compressão para ZIP trata-se de cerca de 500 MB de dados que depois têm de ser transferidos via *internet* e descompactados no destino, sendo uma solução com reduzida flexibilidade.
- 287) O acesso a todos os dados em bruto do servidor permite o acesso a toda a informação recolhida pela farmácia, incluindo dados pessoais de saúde.
- 288) No que se refere à geração de relatórios, os mesmos contêm dados transacionais de compras e vendas e dados dos stocks.
- 289) Não é fácil automatizar o processamento do seu conteúdo já que os relatórios foram criados e são mantidos com vista a serem interpretados pelos farmacêuticos.
- 290) Este método requer a intervenção de um operador humano, para gerar o relatório, durante um período que pode atingir os 30 minutos e tem reduzida flexibilidade.
- 291) A exportação de dados através do ficheiro Infoprex, através do ficheiro Saft-T, a cópia de segurança da base de dados (excetuando a geração automática com periodicidade mensal) e a geração de relatórios são métodos que requerem a intervenção humana na interação gráfica normalmente associada.
- 292) No entanto, é possível utilizar ferramentas de gravação da sequência de interações gráficas que um utilizador executa e replicar essa

sequência de forma automática, dispensando por completo a intervenção humana.

- 293) Um aspeto menos positivo desta solução é que qualquer alteração gráfica ou funcional nas interfaces envolvidas nestes métodos poderá pôr em causa o correto funcionamento da solução, conforme resulta de fls. 19494.
- 294) Uma atenuante para este problema é que todas as farmácias utilizam a mesma versão do Sifarma, o que simplifica a sua concretização já que é suficiente implementar uma única versão da solução para produzir os dados pelos referidos métodos.
- 295) Ainda relativamente às alternativas exportação de dados através do ficheiro Infoprex, através do ficheiro Saft-T, a cópia de segurança da base de dados e a geração de relatórios, os vários métodos, apontam para uma solução que envolve a recolha de dados em ficheiros com formatos e dimensão muito variável, mas em todo caso com alguma dimensão.
- 296) Para obviar a este problema é possível, com recurso a compressão de dados, reduzir o tamanho desses ficheiros, em alguns casos em 90%, tornando-os perfeitamente manuseáveis para transmissão.
- 297) Uma solução adicional, relativamente simples, é ter um programa que analisa localmente o ficheiro de dados e extrai apenas a informação necessária e útil aos fins em vista.
- 298) A recolha de dados através dos métodos referidos (a exportação de dados através do ficheiro Infoprex, através do ficheiro Saft-T, a cópia de segurança da base de dados (excetuando a geração automática com periodicidade mensal) e a geração de relatórios) obriga a um pré tratamento após a recolha para os tornar em informação diária trabalhável, enquanto que a obtenção dos dados, como sucede em relação ao Grupo ANF, em formato de base de dados minimiza o tempo entre a recolha dos dados e a disponibilização dos respetivos estudos.

- 299) As alternativas de recolha de dados propostas pelas arguidas em sede de PNI supra analisadas têm de ser consideradas concomitantemente com as alternativas de transmissão dos dados, sendo que as arguidas apresentam as seguintes: (i) recurso à rede Farmalink; e (ii) transmissão de dados mediante um segundo acesso à internet.
- 300) A rede Farmalink pode ser usada, sem custos adicionais, para se efetuar a transmissão dos dados recolhidos na Farmácia.
- 301) Para que isso aconteça o envio não pode estar barrado nem pode ficar sujeito a ser barrado.
- 302) No contexto da transmissão de dados através da rede Farmalink, há duas soluções: fazer uso de um servidor que esteja acessível na Internet, invocando um serviço de upload nesse servidor ou recorrer a soluções de alojamento de ficheiros (e.g. Dropbox), dispensando custos de implementação e manutenção de um servidor. Por uma questão de segurança, é aconselhável que os dados transmitidos desta forma sejam protegidos contra leituras não autorizadas através de uso de sistemas criptográficos.
- 303) Existem duas possibilidades para ligar as farmácias ao exterior, sem ser através da rede Farmalink.
- 304) Uma possibilidade é a ligação do servidor diretamente a outra rede de comunicações independente do Grupo ANF. Esta alternativa também requereria a instalação de hardware e, posteriormente, exigiria a manutenção dessas aplicações e equipamentos.
- 305) Outra possibilidade é a ligação do servidor da farmácia a um computador independente que tenha uma ligação à rede internet, sendo que esta alternativa implica a aquisição de computadores para além da contratação da linha de internet.

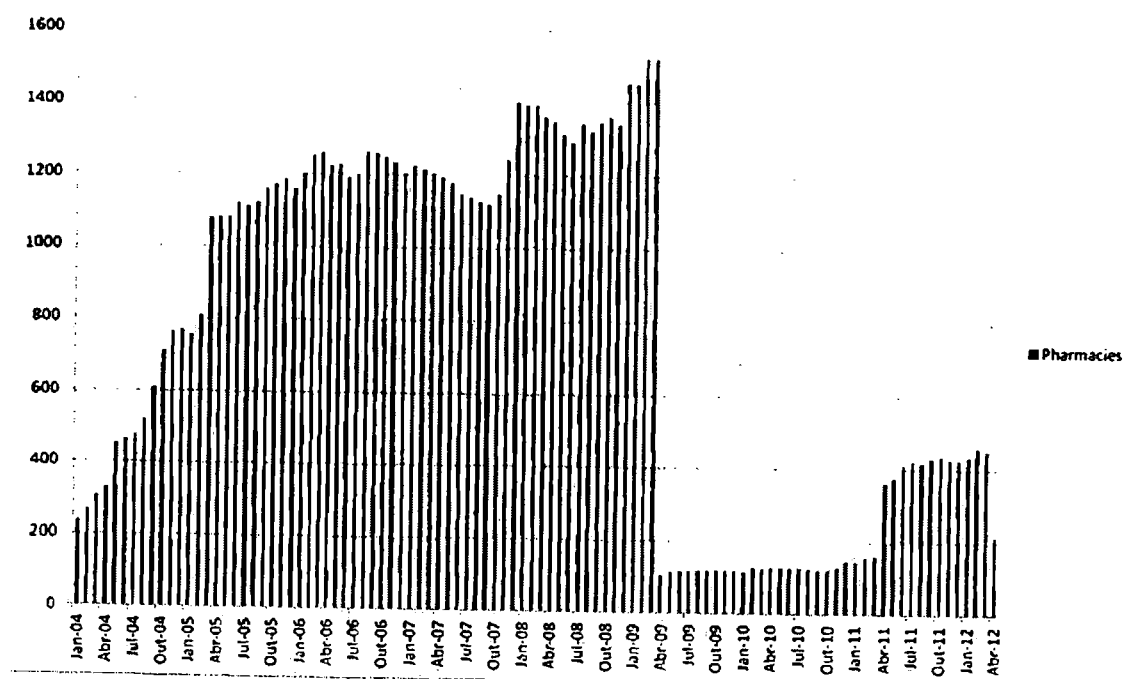
- 306) Apesar de tecnicamente ser equacionável a instalação de uma rede de comunicações paralela ao Farmalink, esta alternativa obrigaria: (i) à parametrização do servidor para que a informação fosse enviada para terceiros através da linha de internet adicional e não para a rede Farmalink, ou (ii) à instalação de uma rotina no servidor para copiar a informação para o computador independente, a partir do qual seria feito o envio dos dados para terceiros.
- 307) A rede Farmalink é usada pelas farmácias para acederem à internet.
- 308) Existe uma forte preocupação em assegurar um elevado nível de segurança na rede. Esta preocupação traduz-se na existência de algumas limitações: o acesso de um computador externo à rede Farmalink não é aberto nem automático sendo necessário que a farmácia efetue um pedido de apoio técnico à Farminveste para que o acesso seja criado.
- 309) A rede Farmalink permite ao Grupo ANF controlar o sistema informático das farmácias e a informação que circula nessa rede, bem como bloquear os envios para determinados endereços fora do seu universo.
- 310) Adicionalmente, o Grupo ANF, através da GLINTT, pode controlar a instalação de quaisquer *softwares* nas farmácias (incluindo módulos de extração dos dados), nomeadamente, a introdução de funcionalidades no sistema Sifarma que permita ao proprietário autorizar a extração de determinados dados do sistema e o seu envio de forma automática e diária para quem a farmácia livremente decidir.
- 311) O Grupo ANF tem a capacidade técnica e a vontade comercial de impossibilitar/inviabilizar qualquer método de recolha e/ou transmissão automático que a IMS venha a implementar.
- 312) Em abril de 2009, na sequência da suspensão do fornecimento à IMS dos dados das farmácias, a IMS vê o seu painel de farmácias ser reduzido para aproximadamente 100 farmácias, conforme resulta de fls. 16378, número

que corresponde a um painel de farmácias (associadas ou não da ANF) que utilizam outro sistema informático que não o Sifarma.

- 313) A IMS, após a suspensão do fornecimento dos dados por parte do Grupo ANF, tentou negociar diretamente com cerca de 550 farmácias, enviando-lhes uma proposta negocial aberta, com o intuito de conseguir aceder diretamente aos dados de que precisava, só tendo recebido quatro respostas escritas e um contacto telefónico.
- 314) Pelo menos, entre 16 de junho de 2011 e 15.03.2012, a IMS conseguiu a extração automática de dados de cerca de 300 farmácias com sistema Sifarma (todas associadas ANF), o que, somando ao painel correspondente a farmácias com outros sistemas informáticos que não o Sifarma, perfazia um total de pelo menos 400 farmácias.
- 315) Em 2012, três anos depois do corte de fornecimento de dados das farmácias pelo Grupo ANF, a IMS ainda não tinha conseguido reconstituir o seu painel de farmácias, de forma a conseguir fornecer os produtos de que dispunha antes do corte de fornecimento de dados por parte da Farminveste.
- 316) No final de 2014, cinco anos depois do referido corte de fornecimento de dados por parte do Grupo ANF, a IMS construiu um painel de [700-1000] farmácias, continuando os estudos por si fornecidos a ser mais limitados do que os da HMR, em termos da informação que disponibilizam, e a apresentar menor desagregação temporal e geográfica.
- 317) A partir de 15.03.2012, e na sequência de intervenção do Grupo ANF, a IMS não conseguiu manter a recolha remota e automática de dados das farmácias que utilizavam o Sifarma, situação que se mantém até hoje, efetuando, em regra, a recolha presencial, por email ou mais recentemente, através do envio por uma box, que implica a colocação de uma *pen* na box pelo farmacêutico com os dados a enviar, e mensal, conforme resulta de fls. 16385.

- 318) A recolha e/ou transmissão dos dados com intervenção humana (não automáticas) limita o momento de disponibilização dos estudos, não conseguindo a IMS, até hoje, oferecer estudos na primeira semana seguinte ao mês a que se referem os dados.
- 319) A IMS não conseguiu até ao presente aceder a um painel de 1531 farmácias.
- 320) O facto de a esmagadora maioria das farmácias serem associadas da ANF (95%, em 2012) tornou difícil a angariação de farmácias disponíveis a fornecer dados a empresas concorrentes das empresas da associação a que pertencem, o que gerou entraves à implementação de alternativas de acesso aos dados, que não através do Grupo ANF.
- 321) A Figura 7, *infra*, mostra a evolução do painel de farmácias da IMS, desde a data de entrada em vigor do acordo de 2003 com o Grupo ANF até ao fim do trimestre de 2012.

Figura 7: Evolução do painel de farmácias da IMS entre 2003 e 2012



Fonte: fls. 16378

- 322) De acordo com a farmacêutica Tecnifar (procura dos estudos), “os estudos com análise temporal mais curta têm valor de análise para a decisão e definição operacional de alterações rápidas/implementações imediatas de realinhamentos de meios humanos e de ‘targeting’ de clientes. Por exemplo, sendo as análises diárias ou semanais, podem permitir decisões/inflexões mais rápidas por um lado, e por outro, mais adaptadas ao ‘momento atual’ do mercado, como a elaboração de novo elemento comunicacional ou diferente alocação de meios humanos no território. Portanto, o valor destas análises temporalmente mais curtas tem um valor ‘operacional’ tendencialmente maior”, conforme resulta de fls. 13450 e fls. 13451.
- 323) No mesmo sentido, refere a farmacêutica Bluefish (procura dos estudos) que “os estudos com dados diários ou semanais permitem acompanhar pequenas variações no mercado, as compras semanais por distribuidores grossistas/farmácias e a evolução de campanhas de vendas”. Os estudos “com dados mensais são usados para avaliar o desempenho da força de vendas e esquemas de incentivos”. E “os estudos com dados trimestrais, semestrais ou anuais são utilizados para relatórios de gestão a mais alto nível e acompanhamento global do negócio”, conforme resulta de fls. 10870.
- 324) Também a farmacêutica LEO (procura dos estudos) afirma que “os estudos adquiridos pela Leo Farmacêuticos são o diário e o mensal; o primeiro destina-se sobretudo a monitorizar produtos com elevada dinâmica, comparando com as vendas internas da companhia. Neste estudo, não temos informação da concorrência, apenas dos produtos selecionados da nossa companhia. No estudo mensal, temos uma análise da performance dos nossos produtos no mercado em que se inserem, e temos ainda acesso ao mercado farmacêutico nacional de medicamentos. Na [sua] ótica, os estudos não são substituíveis entre si”, conforme resulta de fls. 16036.

- 325) Os dados dos relatórios com maior desagregação temporal podem ser agregados em dados com menor desagregação temporal.
- 326) A análise das tabelas de preços da HMR relativa a produtos CH mostra que: os estudos semanais apresentam um preço 50% inferior aos estudos diários de iguais características; os estudos mensais apresentam um preço 33% inferior aos estudos semanais de iguais características; os estudos bimensais apresentam um preço 5% inferior aos estudos mensais de iguais características; os estudos trimestrais apresentam um preço 5% inferior aos estudos bimensais de iguais características e 10% inferior aos estudos mensais de iguais características; e os estudos semestrais apresentam um preço 11% inferior aos estudos trimestrais de iguais características.
- 327) Da análise das tabelas de preços da HMR relativas a MSRM resulta que: os estudos semanais apresentam um preço 48% inferior aos estudos diários de iguais características; os estudos mensais apresentam um preço 29% inferior aos estudos semanais de iguais características; os estudos trimestrais apresentam um preço 25% inferior aos estudos mensais de iguais características; os estudos semestrais apresentam um preço 11% inferior aos estudos trimestrais de iguais características; e os estudos anuais apresentam um preço 33% inferior aos estudos semestrais de iguais características.
- 328) Refere a farmacêutica Novartis (procura dos estudos) que *“em termos meramente teóricos, os estudos diários podem substituir todos os restantes, assumindo naturalmente que todos apresentam exatamente as mesmas características, designadamente a mesma fonte de dados. Em termos práticos, não nos parece, no entanto, viável a substituição atendendo aos custos acrescidos e ao tempo que seria necessário despende para analisar e tratar os dados de forma sistematizada e global”*, conforme resulta de fls. 14822.
- 329) A desagregação temporal da informação disponibilizada nos estudos depende essencialmente da forma de recolha dos dados (recolha e

transmissão com intervenção humana ou recolha e transmissão automáticas feita pela ANF).

- 330) Apenas a recolha e transmissão automáticas permitem a elaboração de estudos com uma desagregação temporal inferior à mensal.
- 331) De entre os estudos regionais, aqueles que apresentam maior desagregação geográfica permitem às empresas proceder a análises que estudos com menor desagregação geográfica não permitem.
- 332) Os dados de relatórios com maior desagregação geográfica podem ser agregados em dados com menor desagregação geográfica.
- 333) No entanto, em termos práticos, esta substituição não é viável devido às diferenças de preços entre uns e outros e ao tempo que seria necessário despendar para analisar e tratar os dados de forma sistematizada e global.
- 334) O Grupo ANF fornece estudos com uma desagregação geográfica superior a 400 regiões.
- 335) Refere a farmacêutica Medinfar (procura dos estudos), a este propósito, que *“as unidades geográficas em que são disponibilizados os estudos deverão ser compatíveis/sobreponíveis com o território trabalhado pela equipa de vendas, caso essa análise seja essencial para a empresa, sendo por isso insubstituíveis por estudos que forneçam apenas dados a nível nacional”*, conforme resulta de fls. 16109, verso.
- 336) Os estudos baseados nos dados comerciais das farmácias circunscrevem-se ao território nacional, sem prejuízo das possíveis desagregações regionais.
- 337) Existe um quadro legislativo e regulatório em Portugal, parcial ou totalmente distinto dos demais Estados-Membros (v.g., ao nível de autorizações de introdução no mercado; finalidade terapêutica de

determinados medicamentos; exigência de prescrição médica; licenciamento de operadores), que implica que mesmo as multinacionais necessitem de obter estes estudos junto de cada um dos Estados-Membros.

- 338) A procura de dados comerciais de um painel representativo de farmácias é constituída pelas empresas produtoras de estudos de mercado baseados nos dados comerciais das farmácias, entre as quais se incluem a HMR e a IMS.
- 339) Apenas as farmácias têm acesso direto aos dados relativos à sua atividade comercial, só estas ou a Farminveste IPG, que já possui a infraestrutura necessária para aceder àqueles dados, têm capacidade de fornecer os mesmos.
- 340) Na sequência do aumento do preço, a partir de 01.01.2009, dos dados vendidos pela Farminveste IPG, não se verificou a entrada de nenhuma outra entidade no mercado da recolha e comercialização de um painel de, pelo menos, 1531 farmácias e /ou que permita a produção de estudos com uma periodicidade inferior à mensal e disponibilizados na primeira semana de cada mês.
- 341) Só Grupo ANF está presente na recolha e comercialização de dados comerciais de um painel com as características descritas no ponto precedente.
- 342) A HMR produz os seguintes estudos: *“a) Detailed Market Watch - Disponibiliza informação de carácter regional, relativa às vendas de todos os produtos comercializados pelas farmácias. O Detailed Market Watch disponibiliza informação relativa a 410 unidades geográficas, unidades essas desenhadas pela HMR e que se enquadram dentro da estrutura de vendas da indústria farmacêutica. Para além da variável consumo (sell out), a HMR disponibiliza ainda nas suas bases de dados informação relativa às variáveis de stocks e compras (sell in). O Detailed Market Watch tem uma periodicidade variável podendo, entre outras, ser disponibilizado numa*

periodicidade mensal, semanal ou diária. [...]; b) **Global Market Watch** - Disponibiliza informação em tudo idêntica à informação disponibilizada pelo produto *Detailed Market Watch*, mas com um carácter global para o mercado nacional", conforme resulta de fls. 4060. O *Global Market Watch* "[é] um estudo mensal"; conforme resulta de fls. 16949; c) "**RX Watch** - Disponibiliza informação relativa ao travelling da prescrição, ou seja, a unidade geográfica onde a prescrição de um determinado medicamento teve origem e a unidade geográfica onde a prescrição foi disponibilizada. Para além do travelling este produto também disponibiliza informação relativamente à especialidade médica que deu origem à prescrição. A informação pode ser disponibilizada mensalmente, trimestralmente, semestralmente ou anualmente. [...]", conforme resulta de fls. 16949; d) **Consumer Watch** - "Este produto pretende disponibilizar informação relativa ao número de consumidores que adquiriram, em determinado período de tempo, um produto e comparar esse mesmo número de consumidores num período de tempo distinto", conforme resulta de fls. 4060. "Reporta-se a um estudo mensal com o consumo em farmácia e com detalhe sobre os principais consumidores (i.e. sexo e idade) a nível nacional e regional", conforme resulta de fls. 16949; e) "**Consultoria** - Destacam-se na oferta da consultoria os seguintes estudos/serviços: *profiling de farmácias, estudos de preços, estudos de forecast, estudos de objetivos, etc.*", conforme resulta de fls. 4060. Estes estudos "[n]ão têm periodicidade definida", conforme resulta de fls. 16949; f) "**Pharmacy Watch** - corresponde a um estudo de monitorização de informação *sell out* (i.e. com base no painel das farmácias), tendo como referência os 250 principais produtos vendidos. Aquele estudo é elaborado numa base mensal, através do qual se realiza uma comparação da performance das farmácias por região onde a farmácia se insere, por distrito a que pertence e permite ainda dar uma visibilidade do desempenho da farmácia a nível nacional. Por via deste tipo de estudos, as farmácias conseguem perceber se são mais atrativas para os consumidores do que as suas congéneres vizinhas. A informação constante do *Pharmacy Watch* reflete uma realidade mensal, um acumulado total do ano e um acumulado

dividido pelos 12 meses do ano. Para a elaboração dos estudos Pharmacy Watch, a HmR utiliza os dados de sell out que compra à Farminveste. Posteriormente vende o Pharmacy Watch à Farminveste pelo preço de €15 (quinze euros) por farmácia/mês. O Pharmacy Watch é subsequentemente oferecido pela Farminveste às farmácias que cedem dados de sell out a esta entidade. Cumpre por fim salientar que o acesso ao Pharmacy Watch é feito pelas farmácias via web”.

343) O “Detailed Market Watch” é disponibilizado desde o último trimestre de 2009, o “Global Market Watch” é disponibilizado desde 2010, o “RX Watch” é disponibilizado desde 2011, o “Consumer Watch” é disponibilizado desde 2013, os estudos de consultoria são disponibilizados desde 2009 e o “Pharmacy Watch” é disponibilizado desde 2012.

344) Até 2009, a IMS produzia os seguintes estudos baseados apenas no painel de farmácias a que tinha acesso através da ANF e no seu painel de 100 farmácias: **OTC Offtake** – reporta as vendas nas farmácias do total do segmento de MNSRM e suplementos com posicionamento OTC. Este estudo tem âmbito nacional e o seu formato de entrega é o *Software Dataview*. Antes do corte de fornecimento de dados pela Farminveste, em 2009, este estudo tinha informação semanal, mensal, trimestral e anual. Com o corte de fornecimento de dados, este estudo deixou de ter informação com detalhe semanal. Atualmente é comercializado apenas com informação com desagregação mensal, trimestral e anual. **PAC Offtake** – reporta as vendas nas farmácias de produtos parafarmacêuticos. Este estudo tem âmbito nacional e o seu formato de entrega é o *Software Dataview*. Antes do corte de fornecimento de dados pela Farminveste, em 2009, este estudo tinha informação semanal, mensal, trimestral e anual. Com o corte de fornecimento de dados, este estudo deixou de ser produzido. Atualmente é comercializado apenas com informação com desagregação mensal, trimestral e anual. **PEC Offtake** – reporta as vendas nas farmácias de produtos de dermocosmética e cuidados pessoais. Este estudo tem âmbito nacional e o seu formato de entrega é o *Software*

Dataview. Antes do corte de fornecimento de dados pela Farminveste, em 2009, este estudo tinha informação semanal, mensal, trimestral e anual. Com o corte de fornecimento de dados, este estudo deixou de ser produzido. Atualmente é comercializado apenas com informação com desagregação mensal, trimestral e anual. **NTR Offtake** – reporta as vendas nas farmácias de suplementos nutricionais. Este estudo tem âmbito nacional e o seu formato de entrega é o *Software Dataview*. Antes do corte de fornecimento de dados pela Farminveste, em 2009, este estudo tinha informação semanal, mensal, trimestral e anual. Com o corte de fornecimento de dados, este estudo deixou de ser produzido. Atualmente é comercializado apenas com informação com desagregação mensal, trimestral e anual. **Pharmatrend** – reporta as compras, vendas e *stocks* nas farmácias de MNSRM, suplementos com posicionamento OTC, produtos parafarmacêuticos, dermocosmética e nutricionais. O Pharmatrend funciona em ambiente Excel, sendo o formato de entrega deste produto o *Software Sales Analyser*. O Pharmatrend permite “*medir efetivamente: (i) quem está a conseguir vender os seus produtos, (ii) quem está a encher prateleiras nas farmácias, (iii) o nível de consumo imediato (reação a campanhas e ações promocionais) e (iv) entender a alteração da prescrição efetuada pelo farmacêutico*”. Trata-se de um estudo customizado cliente a cliente, que permite a análise do consumo de medicamentos por classes terapêuticas, companhias, produtos e formas de apresentação, possibilitando um enfoque das companhias nos produtos com menos vendas, tendo em conta o comportamento do mercado em que estes se inserem. Antes do corte de fornecimento de dados pela Farminveste, em 2009, este estudo tinha informação semanal, mensal, trimestral e anual e tinha âmbito nacional e regional (8 regiões). Com o corte de fornecimento de dados, a produção deste estudo foi suspensa, só tendo voltado a ser comercializado em 2012 (quando a IMS conseguiu aumentar a sua amostra de farmácias). Atualmente o Pharmatrend já disponibiliza informação semanal e regional (novamente 8 regiões). A IMS disponibilizava ainda o Pharmatrend In Motion, com regiões desenhadas à medida de cada cliente e até 97 regiões, que deixou de produzir

com o corte de fornecimento de dados; **Xponent** – estudo que só meçou a ser comercializado no segundo trimestre de 2008 e reporta a origem da prescrição de MSRM compartilhados, ao nível da região, instituição e especialidade médica. Este serviço permite medir o número de receitas médicas, produtos receitados e especialidade médica do médico que prescreveu os produtos. O cliente pode ter acesso à informação agrupada por meses ou trimestres. Este estudo tinha 101 regiões e 51 regiões por especialidade e permite compreender a origem das prescrições por especialidades e região, as substituições e as "*flying prescriptions*" entre regiões. O fornecimento do Xponent iniciou-se no segundo trimestre de 2008, e foi interrompido com a cessação do fornecimento dos dados comerciais das farmácias da Farminveste à IMS, que ocorreu em abril de 2009. Pela sua natureza, este tipo de serviços apenas pode ser fornecido com acesso aos dados das vendas das farmácias, pois apenas estes dados conseguem relacionar o conteúdo de cada venda individual, de forma a extrapolar a patologia diagnosticada e o propósito para que foi receitado determinado medicamento.

- 345) A Tabela 1 classifica, por tipologias, os diversos estudos baseados nos dados das farmácias que a IMS produzia imediatamente antes do corte de fornecimento de dados por parte do Grupo ANF (a azul, com realce) e os estudos produzidos atualmente pela HMR (a vermelho, sem realce).

Tabela 1: Estudos baseados nos dados das farmácias produzidos pela IMS imediatamente antes do corte de fornecimento de dados por parte do Grupo ANF (a azul, com realce) e os estudos produzidos atualmente pela HMR (a vermelho, sem realce)

Tipo de informação	Estudos disponibilizados na primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados																	
	Nacional						Até 74 regiões						Mais de 74 regiões					
	Diário	Semanal	Mensal/ Bimestral	Trimestral	Semestral	Anual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Anual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Anual
MSRM			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
OTC		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch		Pharmatrend	Pharmatrend	Pharmatrend		Pharmatrend	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch		Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
PAC		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch		Pharmatrend	Pharmatrend	Pharmatrend		Pharmatrend	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch		Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
PEC		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch		Pharmatrend	Pharmatrend	Pharmatrend		Pharmatrend	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch		Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
NTR		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch		Pharmatrend	Pharmatrend	Pharmatrend		Pharmatrend	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch		Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
Médicos, utentes, prescrições médicas															XPonent Rx Watch Consumer Watch	XPonent Rx Watch	Rx Watch	Rx Watch
Atividade das farmácias															Pharmacy Watch			

Outros padronizados	não	Consultoria

(continua)

(continuação)

Tipo de informação	Estudos disponibilizados após a primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados																	
	Nacional						Até 74 regiões						Mais de 74 regiões					
	Diário	Semanal	Mensal/ Bimestral	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual
MSRM			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
OTC		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch		Pharma trend	Pharma trend	Pharma trend		Pharma trend	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch		Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
PAC		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch		Pharma trend	Pharma trend	Pharma trend		Pharma trend	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch		Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
PEC		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch		Pharma trend	Pharma trend	Pharma trend		Pharma trend	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch		Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
NTR		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch		Pharma trend	Pharma trend	Pharma trend		Pharma trend	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch		Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
Médicos, utentes, prescrições médicos															XPonent Rx Watch Consumer Watch	XPonent Rx Watch	Rx Watch	Rx Watch
Atividade das farmácias															Pharmacy Watch			
Outros não padronizados	Consultoria																	

Fonte: Autoridade da Concorrência

- 346) Com o corte do fornecimento de dados por parte do Grupo ANF, em 2009, a IMS deixou de conseguir produzir os estudos indicados no ponto 344), com exceção dos estudos sobre OTC's nacionais.
- 347) Com o corte do fornecimento e até que conseguisse aumentar a sua amostra de farmácias em 2012, a IMS apenas conseguiu continuar a produzir os estudos nacionais mensais na área dos OTC's.
- 348) Só em 2014, decorridos 5 anos desde o corte dos dados por parte do Grupo ANF, a IMS conseguiu entregar informação sobre as outras três áreas de consumo dentro do Consumer Health, isto é: PAC, PEC e NTR.
- 349) O Xponent nunca mais foi reposto por insuficiência de painel.
- 350) Até ao final de 2014, Pharmatrend In-Motion com 97 regiões não havia sido reposto por insuficiência de painel.
- 351) Em 2014 a IMS não conseguia fornecer estudos baseados em dados comerciais de uma amostra igual ou superior a 1531 farmácias.
- 352) Adicionalmente, a IMS não consegue disponibilizar estudos na primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados (só conseguindo disponibilizar os estudos, atualmente, no mínimo no dia 14 do mês seguinte ao mês a que respeitam os dados, enquanto a HMR disponibiliza os seus estudos na primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados).
- 353) A Tabela 2 classifica por tipologias, os diversos estudos baseados nos dados comerciais das farmácias produzidos pela IMS logo após o corte de fornecimento de dados por parte do Grupo ANF (a azul, com realce) e os estudos produzidos atualmente pela HMR (a vermelho, sem realce) e a Tabela 3 classifica, por tipologias, os diversos estudos baseados nos dados comerciais

354)

das farmácias produzidos atualmente pela IMS (a azul, com realce) e pela HMR (a vermelho, sem realce).

Tabela 2: Estudos baseados nos dados das farmácias produzidos pela IMS logo após o corte de fornecimento de dados por parte do Grupo ANF (a azul, com realce) e os estudos produzidos atualmente pela HMR (a vermelho, sem realce)

Tipo de informação	Estudos disponibilizados na primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados																	
	Nacional						Até 74 regiões						Mais de 74 regiões					
	Diário	Semanal	Mensal/ Bimestral	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual
MSRM			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
OTC			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
PAC			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
PEC			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
NTR			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
Médicos, utentes, prescrições médicas															Rx Watch Consumer Watch	Rx Watch	Rx Watch	Rx Watch
Atividade das farmácias															Pharmacy Watch			
Outros não padronizados	Consultoria																	

(continua)

(continuação)

Tipo de informação	Estudos disponibilizados após a primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados																	
	Nacional						Até 74 regiões						Mais de 74 regiões					
	Diário	Semanal	Mensal/ Bimestral	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual
MSRM			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
OTC			Estudos so br e O TC 's na cio nai s Global Mkt Watch	Estudos so br e O TC 's na cio nai s Global Mkt Watch		Estudos so br e O TC 's na cio nai s Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
PAC			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
PEC			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
NTR			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
Médicos, fontes, prescrições médicas															Rx Watch Consumer Watch	Rx Watch	Rx Watch	Rx Watch
Atividade das farmácias															Pharmacy Watch			
Outros não padronizados	Consultoria																	

Fonte: Autoridade da Concorrência

Tabela 3: Estudos baseados nos dados das farmácias produzidos pela IMS (a azul, com realce) e pela HMR (a vermelho, sem realce) até final de 2014

Tipo de informação	Estudos disponibilizados na primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados																	
	Nacional						Até 74 regiões						Mais de 74 regiões					
	Diário	Semanal	Mensal/ Bimestral	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual
MSRM			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
OTC			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
PAC			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
PEC			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
NTR			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
Médicos, utentes, prescrições médicas															Rx Watch Consumer Watch	Rx Watch	Rx Watch	Rx Watch
Atividade das farmácias															Pharmacy Watch			
Outros não padronizados	Consultoria																	

(continua)

(continuação)

Tipo de informação	Estudos disponibilizados após a primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados																	
	Nacional						Até 74 regiões						Mais de 74 regiões					

	Diário	Semanal	Mensal/ Bimestral	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual
MSRM			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch	Global Mkt Watch	Global Mkt Watch							Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
OTC			Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch	Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Pharma trend	Pharma trend	Pharma trend		Pharma trend	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
PAC			Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch	Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Pharma trend	Pharma trend	Pharma trend		Pharma trend	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
PEC			Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch	Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Pharma trend	Pharma trend	Pharma trend		Pharma trend	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
NTR			Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch	Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Pharma trend	Pharma trend	Pharma trend		Pharma trend	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch		Detailed Mkt Watch
Médicos, utentes, prescrições médicas															Rx Watch Consumer Watch	Rx Watch	Rx Watch	Rx Watch
Atividade das farmácias															Pharmacy Watch			
Outros não padronizados	Consultoria																	

Fonte: Autoridade da Concorrência



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

- 355) Note-se que a Tabela 2 e a Tabela 3 não consideram o aspeto dimensão da amostra, na medida em que os estudos da HMR são todos produzidos com uma amostra superior a 1531 farmácias e os estudos da IMS são todos produzidos com uma amostra inferior a 1531 farmácias.
- 356) A tabela 4, *infra*, mostra, *inter alia*, a evolução das quotas de mercado (em valor) do Grupo ANF no conjunto dos diversos mercados de estudos baseados nos dados comerciais das farmácias definidos pela AdC na decisão impugnada.

Tabela 4:

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
IMS	[90-100]%	[90-100]%	[70-80]%	[5-10]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
HMR	n.a.	n.a.	[10-20]%	[80-90]%	[90-100]%	[90-100]%	[90-100]%
Outros	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fonte: fls. 4145, 4178, 17040 e 17279

- 357) A HMR refere no seu Relatório & Constas de 2009, quanto à sua atividade, que *“tem verificado um crescimento acelerado”*, a fls. 4125 dos autos.
- 358) A
- 359) Tabela 5, *infra*, reflete a evolução da quantidade de estudos vendidos pela HMR.

Tabela 5: Evolução da quantidade de estudos vendidos pela HMR



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Estudos	2009	2010	2011	2012	2013
Detailed Market Watch	10	1.128	1.704	1.226	1.236
Global Market Watch	0	396	516	437	576
Estudos Consultoria	10	38	31	254	337
RX Watch	0	0	107	132	91
Pharmacy Watch	0	0	0	27.920	28.464
Consumer Watch	0	0	0	0	1
Total	20	1.562	2.358	29.969	30.705

Fonte: fls. 14305, fls. 16701 e fls. 17036.

- 360) Em 2012, a HMR passou a produzir um novo estudo, o Pharmacy Watch, que “*realiza uma comparação da performance das farmácias por região onde a farmácia se insere, por distrito a que pertence*”, para que as farmácias possam avaliar se são mais atrativas para os consumidores do que as suas congéneres vizinhas, conforme resulta de fls. 16912.
- 361) A HMR vende este estudo à Farminveste IPG pelo preço de €15,00 (quinze Euros) por farmácia/mês. O *Pharmacy Watch* é subsequentemente oferecido pela Farminveste IPG às farmácias que cedem dados de *sell out* ao universo ANF, conforme resulta de fls. 16899.
- 362) A ANF sempre teve grande peso junto das suas associadas, as farmácias, sendo nomeadamente o seu fornecedor de *hardware* e *software* e o prestador dos serviços de manutenção daqueles equipamentos e programas, tudo através da GLINTT, e procedendo ao adiantamento da faturação do Serviço Nacional de Saúde e outras entidades às farmácias através da Finanfarma, Sociedade de Factoring, S.A., pertencente ao universo ANF.
- 363) A tabela *infra* mostra o volume de vendas total, a quantidade total e o preço médio ponderado, dos estudos da HMR.

Tabela 6:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

	2010	2011	2012	2013
Volume de vendas dos estudos da HMR	5.337.739	8.364.657	7.228.136	8.314.938
Quantidade de estudos vendidos pela HMR	1.562	2.358	29.969	30.705
Preço médio dos estudos da HMR	3.417	3.547	241	271

Unidade: Euros

Fonte: fls. 4145, fls. 4178, fls. 14305, fls. 16701, fls. 17036 e fls. 17040.

- 364) A Tabela seguinte mostra a evolução do preço médio cobrado pela Farminveste IPG pelos dados das farmácias, entre 2010 e 2013, considerando o preço total cobrado pela Farminveste IPG e o número total de estudos vendidos pela HMR:

Tabela 7: Valor cobrado anualmente pela Farminveste IPG, por conta dos dados das farmácias, quantidade de referência e preço médio cobrado pela Farminveste IPG pelos dados das farmácias, entre 2010 e 2013

	2010	2011	2012	2013
Valor cobrado anualmente pela Farminveste, por conta dos dados das farmácias	6.342.870	6.691.200	7.120.365	7.258.575
Quantidade de referência	2.358	2.358	29.969	30.705
Preço médio dos dados (por estudo)	2.690	2.838	238	236

Unidade: Euros

Fonte: fls. 14305, 16701, 16724, 17036 e 17174

- 365) A tabela seguinte mostra a margem entre o preço dos estudos baseados nos dados das farmácias e o preço dos dados das farmácias:

Tabela 8:

	2010	2011	2012	2013
Preço médio dos estudos da HMR	3417	3.547	241	271
Preço médio dos dados (por estudo)	2.690	2.838	238	236
Margem entre o preço dos estudos e o preço dos dados	727	710	4	34

Unidade: Euros

Fonte: Tabela 6 e Tabela 7



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

366) A Tabela seguinte mostra o valor médio dos restantes custos dos estudos baseados nos dados das farmácias:

Tabela 9:

	2010	2011	2012	2013
Total dos custos operacionais	7.259.362	9.435.074	9.354.120	9.514.719
Custo dos dados	4.757.153	6.691.200	7.120.365	7.258.575
Restantes custos dos estudos	2.502.209	2.743.874	2.233.755	2.256.144
Quantidade de estudos vendidos pela HMR	1.562	2.358	29.969	30.705
Valor médio dos restantes custos dos estudos	1.601	1.163	74	73

Unidade: Euros

Fonte: fls. 4145, fls. 4178, fls. 14305, fls. 16701, fls. 17036 e fls. 17040.

Nota: O valor correspondente ao “Custo dos dados”, em 2010, difere do valor indicado na Tabela 7 na rubrica “Valor cobrado anualmente pela Farminveste, por conta dos dados das farmácias”, em 2010, porque este se refere à extrapolação do valor pago pela IMS à Farminveste nos primeiros 3 meses do ano para o resto do ano e o custo dos dados indicado na Tabela 9 se refere ao valor efetivamente pago pela HMR à Farminveste, sendo que, *“atendendo ao início do arranque efetivo da atividade comercial [da HMR], foi estabelecido [pela Farminveste], apenas para esse ano (2010), um desconto de 25%”* (conforme fls. 4062).

367) A Tabela 10, infra, mostra a margem de lucro média (por estudo) que um operador igualmente eficiente à HMR teria, numa perspetiva de longo prazo, aplicando os preços de venda dos estudos baseados nos dados das farmácias da HMR e suportando os mesmos custos com os dados das farmácias que os concorrentes da HMR.

Tabela 10: Margem de lucro média (por Estudo)

	2010	2011	2012	2013
Margem entre o preço dos estudos e o preço dos dados	727	710	4	34
Valor médio dos restantes custos dos estudos	1601	1163	74	73
Margem de lucro média	-874	-453	-70	-39

Unidade: Euros

Fonte: Tabela 8 e Tabela 9



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

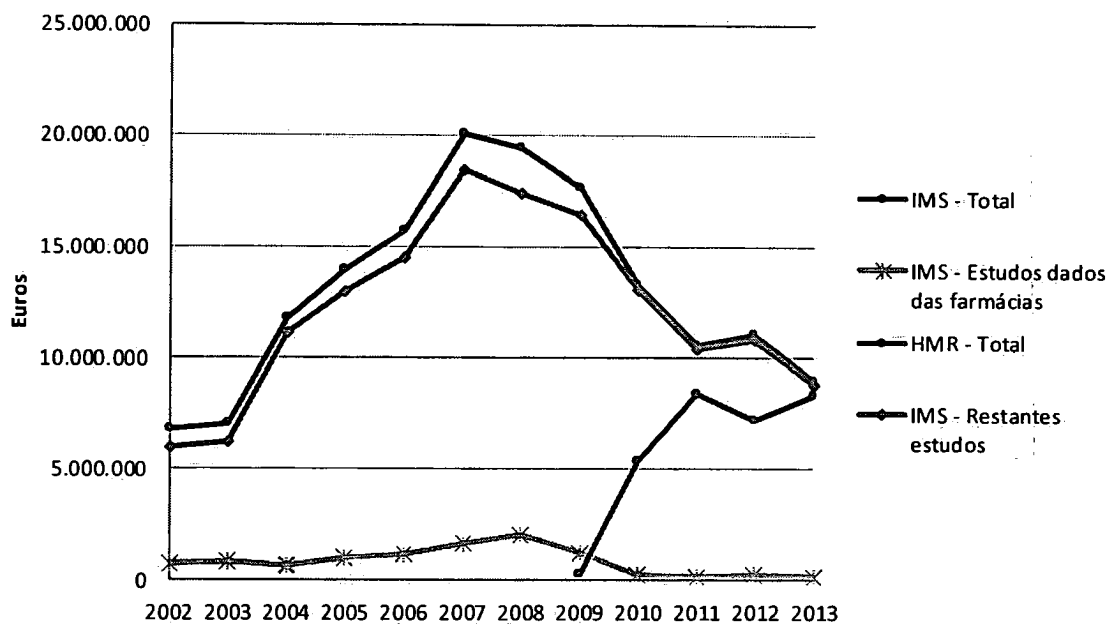
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

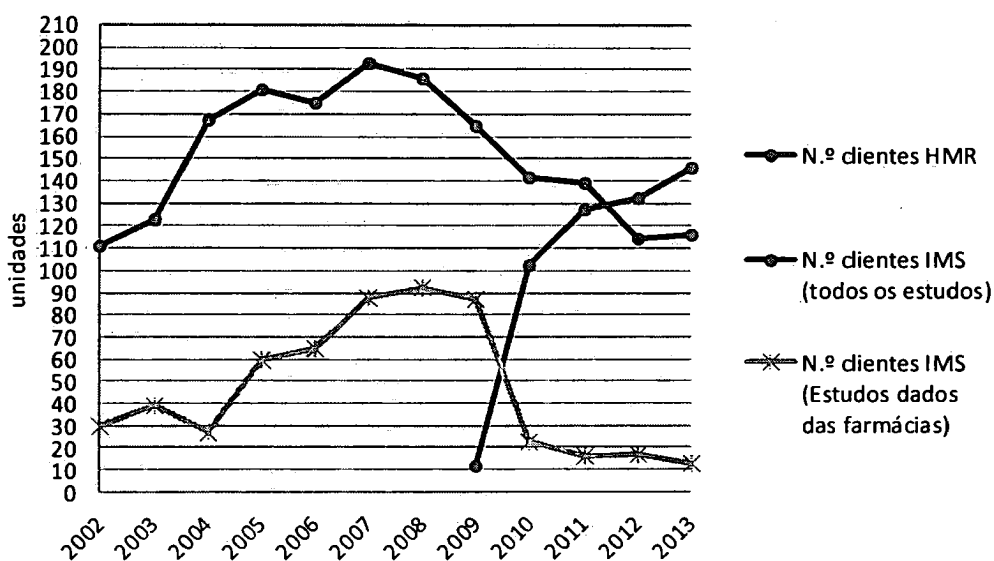
368) As figuras 8 e 9 refletem a evolução do volume de vendas da IMS e da HMR, a partir de 2009, e do número de clientes:

Figura 8: Evolução do volume de vendas da IMS e da HMR



Fonte: fls. 4145, 4178, 16235, 17040, 17279 e 17467

Figura 9: Evolução do número de clientes da IMS e da HMR



Fonte: fls. 16365, 17280, 17468 e 17478



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

- 369) O decréscimo no volume de vendas da HMR em 2012 está associado ao aumento das vendas de estudos baseados nos dados das farmácias por parte da IMS, por virtude do procedimento de extração de dados implementado pela IMS entre, pelo menos, junho de 2011 e 15.03.2012.
- 370) Segundo a IMS, a sua casa-mãe não pode abdicar da informação que a IMS em Portugal lhe fornece, mesmo que esta seja baseada apenas em fontes de dados que não as farmácias e num reduzido painel de farmácias, para a produção de estudos internacionais.
- 371) Uma parte dos clientes (farmacêuticas) das empresas que produzem estudos de mercado, v.g., da HMR, também são empresas multinacionais e pretendem efetuar estudos comparativos dos vários países.
- 372) Há a necessidade de fornecer dados históricos (normalmente 24 meses), para que as comparações ao longo do tempo sejam possíveis.
- 373) A Farminveste IPG afirma ter tido um aumento de 19,9% face ao ano de 2010, *“contribuindo o market intelligence com 8,9 milhões (representando um aumento de 17,6% face a 2010)”*, conforme pág. 23 do Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2011, a fls. 4979 dos autos.
- 374) A Tabela 11, *infra*, mostra que o Grupo ANF conseguiu, pelo menos, um benefício económico superior entre 2010 e 2013, relativamente a 2008, *grosso modo*, por virtude do aumento do preço dos dados, bem como do início da comercialização dos estudos baseados nos dados das farmácias.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

Tabela 11:

	Farminveste		HMR		Benefício económico (=B+D-A-C)
	Custos dados (A)	Receitas dados (B)	Custos estudos (C)	Receitas estudos (D)	
2008	4.343.727	1.154.276	0	0	-3.189.451
...	...	...	...	...	...
2010	3.677.319	4.757.153	7.259.362	5.337.739	-841.789
2011	2.900.934	6.691.200	9.435.074	8.364.657	2.719.849
2012	3.158.297	7.120.365	9.354.120	7.228.136	1.836.084
2013	2.934.094	7.258.575	9.514.719	8.314.938	3.124.700

Fonte: Dados do Grupo ANF a fls. 4120, fls. 4145, fls. 4178, fls. 4485, fls. 16724, fls. 17040, fls. 17174 e fls. 17395.

Notas:

- (1) Os custos totais associados à atividade de comercialização dos dados comerciais das farmácias correspondem aos valores fornecidos pela Farminveste, os quais, para o efeito, se deram como adquiridos.
- (2) Em 2008, as receitas da Farminveste com os dados das farmácias correspondem ao valor recebido por conta do acordo que existia entre a Farminveste e a IMS.
- (3) Entre 2010 e 2013, as receitas da Farminveste com os dados das farmácias correspondem ao valor faturado à HMR por conta do fornecimento dos dados das farmácias.
- (4) Os custos dos estudos baseados nos dados das farmácias correspondem aos custos operacionais da HMR e as receitas dos estudos baseados nos dados das farmácias correspondem ao volume de vendas da HMR.

375) A ANF exerce um controlo efetivo, influenciando, direta ou indiretamente, todas as sociedades do seu grupo, e respetivas estratégias e atuações nos respetivos mercados em análise.

376) Coube a esta a análise, conceção e decisão da prática e dos comportamentos tendentes à sua consumação, integrando-se a prática das recorrentes, *supra* descrita, numa estratégia dirigida, na sua cúpula, pela própria ANF.

377) A ANF refere que a “*estratégia do Grupo [ANF] [...] passa pela otimização e consolidação da sua operação em Portugal*”, apostando no aumento da eficiência operacional, “*nomeadamente na infraestrutura de rede – farmalink e nas funcionalidades disponibilizadas pelo software sifarma*”,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

conforme resulta da pág. 27 do Relatório & Contas da ANF relativo ao exercício de 2011, a fls. 17763 dos autos.

- 378) A ANF afirma que a criação da HMR e a exploração dos dados das farmácias foi uma solução por si encontrada (*“a solução encontrada pela ANF, que passou pela criação da HMR e pela exploração comercial dos dados das farmácias”* (realce nosso), conforme pág. 3 do seu requerimento, de outubro de 2014, a fls. 17503 dos autos), afirmando, ainda, nessa sede, que a ANF *“depende dos seus clientes, sendo prova bastante deste facto ter sido obrigada a constituir a HMR e a entrar no mercado da elaboração de estudos de market intelligence pharma”* (fls. 17511).
- 379) E acrescenta, ainda, de forma perentória, *“como já foi afirmado, a ANF não nega ter existido uma recusa no fornecimento dos dados”*, conforme pág. 16 desse requerimento, a fls. 17516 dos autos¹⁸.
- 380) A ANF anuncia publicamente a criação da *“HMR [...] com o objetivo de fornecer informação ao mercado da saúde com base em produtos e serviços”*, sendo a HMR *“a única empresa em Portugal a fornecer informação diferenciada de vendas, stocks e compras por mais de 400 unidades geográficas”*, tudo conforme resulta da pág. 7 do Relatório & Contas de 2009 da ANF, a fls. 17668 dos autos.
- 381) A ANF afirma, no seu Relatório & Contas de 2010 (vide, pág. 28, a fls. 17699, verso, dos autos), que *“[p]erspetivando os próximos anos [...] a atividade do Grupo [ANF] será desenvolvida de acordo com os seguintes vetores: [...] lançamento de novos produtos e negócios, sustentados por inovação tecnológica como [é] o caso da [HMR]”*; ideia esta reiterada ao

¹⁸ Justificando, no entanto, tal recusa com o *“facto de a IMS se ter furtado a pagar a contrapartida estipulada”* no âmbito do contrato de 2008.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

longo dos anos (a título de exemplo, *vide*, também, pág. 31 do Relatório & Contas de 2011 da ANF, a fls. 17765 dos autos).

- 382) E explica ao mercado que “[e]m virtude da sua participação social maioritária e dos correspondentes direitos de voto, [...] exerce sobre a [Farminveste SGPS] uma influência dominante, fator que terá especial importância, nomeadamente ao nível das deliberações a tomar em sede de Assembleia Geral de acionistas [...]. Na sequência das ofertas a ANF passará de único acionista a maior acionista” (conforme resulta da pág. 29 do Prospeto, a fls. 18158 dos autos).
- 383) Pode ler-se, v.g., no Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2012, que esta empresa tem como empresa-mãe controladora final a ANF, conforme fls. 16742, verso, dos autos.
- 384) Sendo a ANF também designada, v.g., no seu próprio Relatório & Contas, relativo ao exercício de 2010, como a *Holding* do universo ANF (conforme fls. 17725 dos autos).
- 385) A Farminveste SGPS acompanhou, *pari passu*, todos os comportamentos daquelas sociedades e não se organizou de modo a evitá-los.
- 386) A Farminveste SGPS anunciou que “[a] posição comercial da Farminveste IPG [...] sofreu as seguintes alterações que merecem ser realçadas nos diferentes pilares de actividade [...]: Salienta-se a retoma da comercialização, através da HMR, por parte da FARMINVESTE dos dados relativos ao consumo de medicamentos e outros produtos de saúde [...], situação que tinha sido interrompida em 2009 após a quebra da relação comercial com a IMS [...]. Destaque para o desenvolvimento da actividade comercial da HMR, durante o ano de 2010. A HMR foi lançada na segunda metade de 2009 e durante esse ano a sua actividade comercial foi marginal,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

apresentando em 2010 um valor relevante”, conforme resulta de pág. 118 e 119 do Prospeto, a fls. 18202, verso, e fls. 18203 dos autos.

- 387) Em 23.09.2010, a Farminveste SGPS não dispunha *“de quaisquer quadros para além dos membros que integram os seus órgãos sociais, sendo apoiada em regime de partilha de serviços e colaboradores afetos às suas participadas”* (conforme resulta da pág.173 do já citado Prospeto, a fls. 18230 dos autos).
- 388) A Farminveste SGPS afirma ter conseguido *“alguns progressos na área da Inteligência do mercado, otimizando a infraestrutura tecnológica de suporte e lançando novos produtos”*, conforme pág. 5 do seu Relatório & Contas do exercício de 2011, a fls. 17949 dos autos, estando a referir-se à atividade desenvolvida pela Farminveste IPG relativamente ao *software* Sifarma e à atividade da HMR, no que se refere aos novos estudos de mercado por esta lançados.
- 389) A ANF, com a adoção do novo Sistema de Normalização Contabilística, passou a apresentar as suas contas em termos individuais e em termos consolidados (conforme pág. 35 do Relatório & Contas da ANF relativo ao exercício de 2010, a fls. 17703 dos autos).
- 390) Aí se referindo que *“as demonstrações financeiras consolidadas incorporam as demonstrações financeiras da ANF e das entidades por si controladas (as suas subsidiárias)”*, entendendo-se *“existir controlo quando a empresa tem o poder de definir as políticas financeiras e operacionais de uma entidade, de forma a obter benefícios derivados das suas atividades, normalmente associado ao controlo, direto ou indireto, de mais de metade dos direitos de voto”*, conforme resulta da pág. 79 do Relatório & Contas da ANF relativo ao exercício de 2010, a fls. 17725 dos autos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

- 391) A ANF é aí designada como a Holding do universo ANF.
- 392) A ANF divulgou junto das farmácias suas associadas da ANF que a IMS tinha rompido a relação comercial estabelecida com aquele Grupo e que, a partir de então, seria a HMR a fornecer os produtos anteriormente disponibilizados pela IMS (conforme circular remetida pelo Grupo ANF às farmácias de fls. 3204 dos autos).
- 393) As arguidas agiram de forma livre, direta, consciente e voluntária, tendo praticado ou, quanto à Farminveste SGPS, omitido as ações destinadas a evitá-los de forma deliberada, sabendo que estavam a abusar da posição dominante da Farminveste IPG no mercado de fornecimento de dados das farmácias, que isso desvirtua a concorrência e que é proibido por lei.
- 394) A IMS faturou cerca de 2641 milhões de dólares americanos em 2014.
- 395) Em 2014, a IMS procurou adquirir a HMR.
- 396) A maioria dos clientes dos estudos vê a entrada da HMR como positiva, em particular ao nível da inovação.
- 397) A qualidade dos estudos aumentou e os preços diminuíram.
- 398) A GFK, empresa de estudos de sondagens, realizou um inquérito a 81 pessoas representando 65 empresas da indústria farmacêutica, sendo que para 57% dos inquiridos, a qualidade dos estudos de sales tracking data produzidos (i.e. MSRM, OTC e outros produtos de saúde e bem estar) tem aumentado nos últimos cinco anos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

- 399) Mais refere o estudo, em resposta à questão sobre os preços dos estudos, três quartos dos inquiridos referiu que os preços baixaram (33%) ou mantiveram-se (39%).
- 400) Ainda de acordo com os resultados do inquérito (i) relativamente aos estudos relativos a MSRM, 49% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à hmR, 31% à IMS e 20% a ambas, sendo que 17% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à Cegedim (entretanto adquirida pela IMS) e à GfK; (ii) quanto aos estudos relativos a OTC, 56% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à hmR, 20% à IMS e 24% a ambas, sendo que 19% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à Cegedim; finalmente, (iii) no que toca aos estudos relativos a outros produtos de saúde e bem estar, 72% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à hmR, 17% à IMS e 10% a ambas, sendo que 10% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à Cegedim; 69% das empresas inquiridas afirmaram que nos últimos 5 anos mantiveram os mesmos fornecedores de estudos.
- 401) No primeiro trimestre de 2015, a IMS tinha 1100 farmácias, em junho de 2015 tinha 1262 farmácias e, segundo o seu plano de negócios para 2015, a empresa tinha como objetivo deter um painel de 1750 farmácias em outubro do mesmo ano.
- 402) Cerca de 80% das receitas da IMS sempre foi gerada pela produção de estudos sobre MSRM.
- 403) A IMS compra os dados dos armazenistas que representam mais de 90% do mercado armazenista nacional, sendo com base neste painel que, antes do corte de fornecimento de dados pela ANF, elaborava os estudos sobre MSRM, com uma desagregação territorial superior a 600 regiões, e também alguns estudos sobre PAC, NTR e OTC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

- 404) A venda de estudos de *consumer health* incluindo OTC's representava, em 2007/ 2008, 10% do volume de negócios da IMS, ou seja € 2 milhões anuais, sendo que a venda dos estudos de *consumer health* excluindo OTC's não ultrapassaria € 1 milhão anuais.
- 405) A IMS é uma estrutura internacional que procede a uma negociação centralizada de contratos com as grandes multinacionais farmacêuticas.
- 406) A IMS dispõe de uma oferta global de informação que disponibiliza aos *headquarters* dos clientes (ferramenta MIDAS). Este produto integra a informação de todos os países, cuja fonte é o canal armazenista.
- 407) Até 2008, a ANF forneceu em exclusivo à IMS os dados sobre consumo de medicamentos, que os explorava em situação de quase monopólio no mercado português.
- 408) A Associação da Indústria Farmacêutica, após a apresentação da denúncia não mais voltou, contrariamente à IMS, a alimentar este processo.
- 409) Na sequência do término das relações comerciais entre a Farminveste IPG e a IMS, aquela iniciou um procedimento arbitral pela violação de um conjunto de obrigações da IMS, ao abrigo do Acordo de 2008, tendo o Tribunal Arbitral considerado, na fundamentação da sentença, cuja cópia se mostra junta a fls. 23412 e ss, dando-se por aqui integralmente por reproduzido o seu conteúdo, ser “equitativo fixar o preço unitário em € 150 (por farmácia, por mês)”.
- 410) Após o corte de relação comerciais em 2009, a IMS nunca solicitou a compra dos dados por este preço ou qualquer outro.
- 411) O Sifarma e o Farmalink permitem às farmácias beneficiar: (i) de um sistema informático adequado ao seu exercício profissional; (ii) de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

informação permanentemente atualizada sobre produtos e medicamentos existentes no mercado, sua composição e regras de comparticipações pelo Estado e restantes entidades privadas; (iii) de um sistema de monitorização e controle dos seus stocks; e (iv) da possibilidade de proceder a encomendas de produtos junto dos armazenistas que bem entenderem.

- 412) Esta rede e tais ferramentas tiveram custos de conceção e têm custos de manutenção, que são mais avultados à medida que o sistema foi ficando mais sofisticado.
- 413) Sempre que há informação relevante (v.g. contraindicações de determinado medicamento), a ANF atualiza o software, para que o farmacêutico disponha, com a maior brevidade possível, de todos os elementos aptos a prestar um melhor serviço ao consumidor.
- 414) A HMR foi criada na medida em que a cessação das relações comerciais com a IMS impediu a ANF de rentabilizar os dados de *sell-out* recolhidos das farmácias para suportar os custos associados com a manutenção do Sifarma e Farmalink.
- 415) E dessa forma reduzir os custos a suportar pelas farmácias suas associadas.
- 416) Em 2009, a IMS era a única empresa a operar em Portugal que manifestou interesse em comprar os dados de *sell-out* da ANF.
- 417) Se o teste de compressão de margens tivesse sido realizado com base nas receitas constantes do plano de atividades da HMR à data da sua entrada no mercado, as margens da hmR seriam positivas.
- 418) A legislação sobre genéricos, introduzida em 2012, diminuiu a importância dos estudos sobre prescrições médicas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

- 419) Conforme resulta do Relatório e Contas consolidado de 2014 da arguida Farminveste SGPS, 306.794.300 € (94,6%) do seu volume de negócios são resultado direto da Alliance Healthcare.
- 420) Conforme resulta da análise da respetiva certidão de matrícula, a Alliance Healthcare tem como objeto a *“distribuição e comércio, importação e exportação, de drogaria, perfumaria, produtos químicos e farmacêuticos e prestação de serviços. A título acessório, a sociedade exercerá igualmente as seguintes actividades: a) transporte e distribuição de mercadorias, nomeadamente especialidades farmacêuticas, por conta de outrem; b) formação profissional no âmbito da sua actividade comercial para destinatários internos e externos; c) tratamento e eliminação de resíduos não perigosos decorrentes do exercício da sua actividade comercial; d) telemarketing, merchandising, e promoção de vendas, venda de espaço publicitário, comercialização de dados relativos à sua actividade económica; e) organização de eventos relacionados com a actividade, apoio a ensaios clínicos; e f) representação de marcas e laboratórios”*.
- 421) O Grupo ANF adotou, a partir do momento em que foi instado a colaborar ativamente com a AdC e até ao presente momento, uma postura que se tem traduzido na resposta atempada a todos os elementos solicitados.
- 422) Até ao momento da prolação da decisão impugnada, as recorrentes não praticaram qualquer ato tendente a fazer cessar o ilícito contraordenacional que lhes é imputado.
- 423) A Farminveste IPG, no dia 21.01.2016, remeteu à AdC a carta, junta a fls. 21308 e ss, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, na qual indicava que o preço de venda dos dados, segundo os critérios de cálculo efetuados pela AdC e que permitiam fixar a margem média da HMR em zero,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

seriam, para o ano de 2014, € 218,70 e, para o ano de 2013, de € 209,40, mais tendo acrescentado que “está disponível para vender a qualquer operador que os solicite os dados de todo o seu painel de farmácias ao preço máximo de 218,70€, por mês e por farmácia” e que “Estamos igualmente disponíveis para implementar um preço inferior se a AdC entender que o preço deve permitir uma margem superior a zero. Para pôr em prática esta redução do preço dos dados, solicitamos a essa Autoridade a confirmação de que o método utilizado para calcular o preço máximo por farmácia por mês para a totalidade do painel de farmácias da Farminveste IPG é considerado, por essa Autoridade, compatível com as regras de concorrência aplicáveis. Obtida essa confirmação, a Farminveste IPG ajustará, nos termos acima referidos, o preço máximo de comercialização dos dados do painel de farmácias com todos os interessados, atuais e futuros”.

424) A ANF e a Farminveste IPG têm antecedentes contraordenacionais no âmbito jusconcorrencial, tendo ambas sido condenadas por decisão da AdC, de 26.06.2014, por prática contraordenacional correspondente a realização de operação de concentração não previamente notificada, no âmbito do processo contraordenacional que correu termos nesta Autoridade sob a referência interna PCC/1/2012.

425) Quanto à situação económica das arguidas, a ANF declarou um volume de negócios relativo ao exercício de 2014, de €20.487.063,00 (vinte milhões quatrocentos e oitenta e sete mil e sessenta e três euros), conforme resulta do teor de fls. 19798 dos autos.

426) A Farminveste SGPS declarou um volume de negócios (consolidado), relativo ao exercício de 2014, de €324.400.090,00 (trezentos e vinte e quatro milhões quatrocentos mil e noventa euros), conforme resulta do teor de fls. 19893, verso, dos autos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

- 427) A Farminveste IPG declarou um volume de negócios, relativo ao exercício de 2014, de €11.676.539,00 (onze milhões seiscentos e setenta e seis mil quinhentos e trinta e nove euros), conforme resulta do teor de fls. 19849, verso, dos autos.
- 428) A HMR declarou um volume de negócios relativo ao exercício de 2014, de €8.588.362,00 (oito milhões quinhentos e oitenta e oito mil trezentos e sessenta e dois euros), conforme resulta do teor de fls. 19923 dos autos.
- 429) A ANF, no ano de 2015, teve um volume de negócios de € 20.689.870 e um resultado líquido do período negativo de € 1.809.027, tendo em fundos próprios € 114.574.268,00.
- 430) No ano de 2015, a Farminveste SGPS teve um resultado líquido do período negativo de € 4.959.406, sendo que o volume de negócios de todas as suas subsidiárias foi de € 387.217.100 e, sem o volume de negócios da Farminveste IPG e da HMR, de € 366.589,7, sendo o seu capital próprio de € 93.900.383,00.
- 431) No ano de 2015, a Farminveste IPG teve um volume de negócios de € 18.403.811, um resultado líquido negativo de € 4.949.123 e tem um capital próprio de € 94.228.474,00.
- 432) No ano de 2015, a HMR teve um volume de negócios de € 8.912.166, um resultado líquido do exercício negativo de € 412.333 e tem um capital próprio de € 666.910,00.

*

Factos não provados:

- a) Com exceção dos factos referidos nos factos provados a propósito das “compras em carrossel” em relação aos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

genéricos, não se provou que a venda direta de produtos CH tem como consequência a revenda de parte do stock das farmácias a outras farmácias ou aos distribuidores grossistas.

- b) Devido à exportação paralela, os originadores patenteados afetados passaram a vender, em regra, os medicamentos diretamente às farmácias, através de um operador logístico, como forma de se certificarem de que o que colocam no mercado é para consumo efetivo e não para exportação, controlando diretamente as encomendas e fazendo chegar às farmácias os produtos de acordo com o seu potencial de consumo e número de utentes.
- c) A devolução de medicamentos e a contrafação, aumentaram a importância dos dados de venda ao consumidor final para a produção de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico, relativamente a produtos CH, mas também relativamente a MSRM.
- d) Bastaria um painel de farmácias muito reduzido para corrigir os dados dos grossistas em relação às compras carrossel e à exportação paralela e ao cruzar os dados dos laboratórios com as vendas dos armazenistas às farmácias, rapidamente se identificam as situações de exportação paralela.
- e) O momento de aquisição do estudo, e da respetiva informação nele contida, é determinante para a sua aquisição por parte da indústria farmacêutica.
- f) Em face de queixas das farmácias sobre problemas gerados pelo Sifarma, a ANF investigou o sucedido e, foi



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

devido a essas queixas, que constatou a existência do módulo de extração instalado pela IMS.

- g) A ANF constatou que esse software criava instabilidade e prejudicava o funcionamento correto do Sifarma.
- h) Foi devido a essas queixas que a ANF retirou o software e apresentou a queixa na Polícia Judiciária.
- i) O acesso aos dados das farmácias através das próprias com recurso à transmissão de relatórios de gestão por email implica custos com a remuneração do técnico de farmácia.
- j) A produção diária do Infoprex implicaria a disponibilização por parte do farmacêutico de 20 minutos ou mais diariamente.
- k) A automatização da interação gráfica é uma alternativa rudimentar.
- l) A compressão seria um procedimento manual.
- m) Colocar o serviço de *upload* acessível na internet é imprudente por razões de segurança.
- n) No caso de ligação do servidor das farmácias diretamente a outra rede de comunicações independente do Grupo ANF, teria de ser o Grupo ANF a parametrizar o servidor de forma a que o envio de dados fosse efetuado, não através do Farmalink, mas pela linha adicional.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

- o) As alternativas de instalação de uma rede de comunicações paralela ao Farmalink e independente do Grupo dependem da colaboração da ANF na sua implementação.
- p) A IMS, quando do corte de dados pela ANF, pretendia lançar um serviço regional de sell-out para 154 Regiões.
- q) A IMS só permanece no mercado português porque está apoiada numa estrutura internacional sólida e que tem apoiado a sua sociedade portuguesa com os encargos financeiros daí advientes.
- r) A decisão da AdC pode ter como consequência a destruição da hmR e o regresso da IMS à situação de monopólio em que se encontrava até 2008.
- s) Os preços são uma das razões particulares pelo facto da maioria dos clientes dos estudos ver a entrada da HMR como positiva.
- t) O desenvolvimento e o custeio da rede Farmalink e do Sifarma, nos termos em que teve lugar, só foi possível na medida em que a ANF e a Farminveste IPG conseguiram encontrar formas de financiar os serviços que prestavam, reduzindo assim a parcela dos custos a suportar pelas farmácias suas associadas.
- u) A venda dos dados das farmácias é essencial para suportar os custos associados ao Sifarma.
- v) A IMS apenas iniciou a comercialização do Pharmatrend In-Motion em 2007.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

- w) O módulo de extração instalado pela IMS
acedia à correlação entre os medicamentos, as suas patologias e os alertas
aos consumidores.

*

Tudo o que conste na decisão impugnada e nos recursos de impugnação e que não tenha reflexo nos factos provados e não provados é matéria de direito, conclusiva ou irrelevante.

*

Motivação:

Impõe-se recordar que o objeto do controlo judicial efetuado pelo Tribunal, na presente fase de impugnação judicial, não é a decisão impugnada, mas as questões subjacentes à mesma, ou seja, aquilo que se pede ao juiz que faça, no âmbito do recurso de impugnação judicial do processo de contraordenação, é que lance um “novo olhar” sobre a questão, que a decida de novo, e que não se limite a apreciar a consistência e correção lógica da fundamentação da decisão com os elementos que o decisor dispunha no momento em que decidiu. Pretende-se, assim e apropriando-nos das palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, que o Tribunal proceda não a uma revisão da consistência lógica da decisão impugnada, mas a um genuíno reexame do caso¹⁹. Por conseguinte, é irrelevante se, tal como sustentam as recorrentes, “a “prova” constante da Decisão Condenatória revela uma ideia preconcebida da Autoridade quanto à conduta das Arguidas” ou se a “forma como a AdC se colou às informações da IMS contaminou inelutavelmente a investigação” ou, no mesmo sentido e como refere Mário Marques Mendes no parecer de fls. 23827 e ss, a decisão impugnada revela “uma abordagem preconcebida da Autoridade na interpretação e avaliação dos factos, orientada pela posição da IMS” (fls. 23941 dos autos, p. 115 do parecer). Efetivamente, o Tribunal irá efetuar a sua própria apreciação dos meios de prova produzidos, quer dos meios

¹⁹ Voto de vencido no acórdão de 27.09.2011, no caso Menarini v. Itália, *in* <http://hudoc.echr.coe.int/>.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

probatórios produzidos na fase organicamente administrativa, que podem ser valorados na fase de impugnação judicial²⁰, quer dos novos meios de prova produzidos.

Esclarecido o objeto do controlo judicial a empreender, impõe-se então salientar que na admissão e valoração destes meios de prova foram levadas em conta as normas legais relativas à admissibilidade dos meios de prova no processo de contraordenação (cfr. art. 42º, do RGCO) e no processo penal, aplicáveis subsidiariamente e com as devidas adaptações (cfr. art. 41º/1, do RGCO), bem como o princípio geral da livre apreciação da prova (cfr. art. 127º, do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do RGCO). E, no plano específico da valoração, concorda-se que, neste processo de contraordenação tal como nos demais, as provas têm de ser “precisas e concordantes”, “sólidas e convincentes”²¹ e é aplicável o princípio da presunção da inocência.

Definidos os parâmetros gerais considerados, quatro notas complementares se impõem antes de se enunciar, em pormenor, os fundamentos da convicção do Tribunal.

Em primeiro lugar, a não referência, na motivação, a qualquer meio de prova produzido e admitido significa que o mesmo não foi considerado relevante, designadamente por não fornecer qualquer contributo para o apuramento dos factos.

Em segundo lugar, para evitar constantes repetições, esclarece-se também que sempre que seja efetuada referência a um meio de prova para sustentar a convicção relativamente a um facto, sem específica alusão às razões pelas quais o mesmo mereceu credibilidade, significa que tal meio de prova foi considerado credível no que respeita à demonstração do facto em causa, designadamente por ter aptidão para o efeito, não apresentar qualquer sinal de inveracidade ou manipulação, não se mostrar incompatível com padrões de normalidade e razoabilidade e não ter sido contrariado, de todo ou de forma minimamente consistente, por qualquer outro meio de prova.

²⁰ No sentido do aproveitamento da prova produzida na fase organicamente administrativa, veja-se, entre outros, Pinto de Albuquerque, *ob.cit.*, p. 291.

²¹ Cfr. acórdão do Tribunal Geral no processo T-286/09, Intel Corp./Comissão, de 12 de junho de 2014, e parecer de Mário Marques Mendes de fls. 23827 e ss.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

Em terceiro lugar, a não indicação de fundamentação específica para determinado facto, na motivação que se efetuará *infra*, deve-se à circunstância do meio de prova de suporte ser documental e estar indicado no facto respetivo.

Em quarto lugar, a decisão impugnada sustenta-se, em parte e tal como é defendido pelas recorrentes, em informações prestadas pela IMS. O facto desta sociedade ter sido uma das denunciadas e ter mantido com a ANF um litígio judicial decorrente do preço de cedência dos dados e do corte das relações comerciais ocorrido em 2009, conforme o demonstram a decisão do Tribunal Arbitral e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa juntos a fls. 23412 e ss, não significa, só por si, que seja exato, como sustentam as recorrentes, que tudo se resume a um “conflito exclusivamente comercial” entre a HMR e a IMS e à tentativa da IMS regressar à situação de monopólio em que se encontrava em 2008, sugerindo uma instrumentalização da AdC por parte da IMS e uma manipulação da informação. Tais circunstâncias, reveladoras de que a IMS tem interesse no desfecho dos autos, também não afetam a admissibilidade das informações por si prestadas, enquanto meios de prova. Contudo, impõem, evidentemente, cautela na sua valoração, não podendo ser aceites acriticamente ou apenas porque, como explicou Cátia Felisberto, técnica da AdC, economista e instrutora do processo, se assume que as empresas prestam informações verdadeiras à AdC. Podendo esta assunção ser válida em relação a empresas sem mácula no plano da isenção, não se pode aceitar como suficiente quando estão em causa empresas com um incontornável interesse na condenação das empresas visadas. Razão pela qual as informações prestadas pela IMS apenas serão aceites como credíveis nas seguintes condições: se incidirem sobre factos que não foram especificamente questionados pelas recorrentes e não foram postos em causa pelos demais meios de prova; ou se, pelo contrário, incidirem sobre factos especificamente impugnados pelas recorrentes ou abalados por outros meios de prova, forem corroboradas por elementos probatórios adicionais e/ou se mostrarem compatíveis com as regras da experiência comum e critérios de normalidade e razoabilidade, em detrimento dos meios de prova produzidos em sentido contrário.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Passemos, então, à exposição dos fundamentos concretos da convicção do Tribunal.

Os factos relativos às denúncias apresentadas (pontos 1) e 2)) estão documentados nas fls. do processo aí indicadas.

A factualidade relativa à caracterização da IMS (pontos 3) a 7)) resulta da denúncia apresentada pela IMS, especificamente fls. 818 e 921, da carta remetida pela IMS às farmácias, de fls. 945 (quanto ao ponto 6). Uma vez que estão em causa factos que não foram especificamente questionados pelas recorrentes, nem postos em causa pelos demais meios de prova, as informações e documentos juntos pela IMS mereceram credibilidade.

Os factos relativos à Apifarma (pontos 8) a 10)) resultaram da informação *Web* de fls. 18122 e dos respetivos Estatutos, juntos a fls. 18124 e ss.

No que respeita à caracterização das recorrentes (pontos 11) a 69)) os factos respetivos resultaram dos documentos mencionados nos mesmos, acrescentando-se apenas, no que respeita ao apuramento da percentagem detida pela ANF no capital social da Farminveste SGPS que também foi tomado em consideração o depoimento de José Bonifácio Lopes, diretor financeiro da ANF desde 1989. É de salientar ainda não existir documentação de suporte quanto à atual direção da ANF, para além de Paulo Duarte, uma vez que a página da internet indicada pela AdC, na decisão impugnada, não disponibiliza essa informação. Contudo, tratando-se de dados institucionais, entende-se que a ausência de qualquer reparo por parte das recorrentes quanto a este dado de facto permite concluir com segurança pela sua exatidão.

A factualidade que se reporta aos contratos celebrados entre a IMS e a ANF (pontos 70) a 97)) foi extraída das cópias dos respetivos contratos e demais documentos referidos nos factos provados. Salienta-se apenas no que respeita à divisão de receitas no âmbito do acordo de 2006 (ponto 89) que resulta das faturas de fls. 1209 a 1318, em conjugação com o relatório e conta da IMS de 2007 e a declaração de IRC de 2008, fls. 23383 e ss e 24201 e ss, respetivamente, que a IMS não repartiu com a ANF todos os valores faturados a todos os seus clientes, mas os valores relativos aos estudos baseados em dados das farmácias, o que também resulta do contrato de parceria. Daí que, em



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

relação a este facto, se tenha concluído que as partes dividiam as receitas (50% – 50%) relativamente aos estudos elaborados pela IMS com base nos dados fornecidos pela ANF. Impõe-se ainda referir sobre esta matéria que o facto exposto no ponto 90) - *a ANF afirma que este contrato lhe era prejudicial, motivo pelo qual, lhe terá querido pôr termo* – resulta da informação prestada pela ANF, que consta a fls. 1129 a 1131.

No que respeita aos factos relativos aos contratos celebrados entre as recorrentes, entre si, e com as farmácias (pontos 98) a 107)) resultaram das cópias respetivas e demais documentos mencionados em tais factos.

No que respeita ao tipo de produtos farmacêuticos (pontos 108) a 114)), a classificação que consta nos factos provados tem por base o regime jurídico dos medicamentos de uso humano, consagrado no DL nº 176/2006, de 30.08, e a informação prestada pela IMS, que consta a fls. 7330, não havendo razões, face à alegação das recorrentes e à prova produzida, para duvidar da exatidão das terminologias e classificações aí referidas.

No que respeita ao tipo de fontes de dados dos estudos sobre produtos farmacêuticos (pontos 115) e 116)) a prova produzida permite afastar, com segurança, outras potenciais fontes para além das indicadas na decisão impugnada. Efetivamente, a única fonte adicional abstrata e razoavelmente possível seria, nos casos de relação direta entre o laboratório e a farmácia, os operadores logísticos que intervêm no transporte do produto, quando esse serviço é contratado a uma empresa terceira, ou pré-grossistas (na terminologia utilizada pelas recorrentes na resposta de 04.12.2015, junta a fls. 20029 e ss, cfr. em particular fls. 20039).

A propósito desta matéria, alegaram as recorrentes ANF e Farminveste IPG, no artigo 130º, do recurso de impugnação que são os grossistas (*ora na veste de grossistas, ora na veste de meros operadores logísticos*) *que procedem ao abastecimento e à faturação das farmácias, tendo, por isso, percepção dos stocks de cada ponto de venda do retalho*. Infere-se desta asserção que uma empresa de estudos de mercado poderia ter acesso a todos os dados de compras (dados *sell-in*) das farmácias, incluindo aquelas que resultam de negociação direta com os laboratórios, através dos grossistas, uma vez que o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

transporte do produto seria efetuado sempre por via dos mesmos, enquanto operadores logísticos.

Neste sentido, Paulo Duarte afirmou que a parte logística é contratada pelos laboratórios e que uma forma de melhorar o painel era incluir estes dados, porque estas empresas que intervêm como operadores logísticos trabalham com a indústria. Mais confirmou que a mesma entidade pode fazer de operador logístico e de grossista. Também Miguel Lança (colaborador da ANF desde 1989 na área de tecnologias de informação e atualmente administrador não executivo da Glintt e membro da comissão executiva da Farminveste Serviços) referiu que há uma negociação entre a indústria e farmácia, mas depois a distribuição é feita pelo armazenista. No mesmo sentido, começaram por ser efetuadas, no início do seu depoimento, afirmações pela testemunha Sofia Guerreiro, técnica superior de estatística, que trabalhou para a IMS entre 1999 e agosto de 2009, como responsável pela área de controlo de qualidade da informação dos vários painéis, sendo funcionária da HMR desde que deixou de trabalhar para a IMS, como responsável da mesma área. Assim, começou por referir a testemunha que a IMS não tinha no seu painel os grossistas que apenas distribuíam para alguns laboratórios, mas que podia ser recrutado. Contudo, no decurso do seu depoimento acabou por admitir *acreditar* que, *por defeito*, nos contratos entre indústria farmacêutica e armazenistas para venda direta não se possa fornecer informação. Estas últimas afirmações da testemunha são mais razoáveis e credíveis, tendo em conta o tipo de relações contratuais envolvidas neste tipo de operações, que serão de mero transporte quando o grossista intervém como operador logístico. Razão pela qual o depoimento de Hugo Mendes, funcionário da IMS há 17 anos, exercendo atualmente as funções de diretor de marketing e da parte de fontes de informação da IMS, se revelou pleno de credibilidade sobre esta matéria, em detrimento dos meios de prova em sentido contrário, tendo a testemunha afirmado que a IMS tem poucos pré-grossistas a trabalhar com o painel, porque ou é preciso autorização do laboratório, havendo casos destes, e o pré-grossista pode ou não querer fornecer dados. Foi, assim, com base no depoimento desta testemunha que se concluiu – relativamente à factualidade alegada pelas recorrentes – que os grossistas, quando intervêm como meros



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

operadores logísticos, só pontualmente fornecem dados às empresas de estudos de mercado (ponto 116)).

No que respeita aos factos relativos à caracterização dos dados fornecidos por cada uma das fontes identificadas (pontos 117) a 130)), os mesmos resultaram da informação prestada pela IMS, constantes de fls. 3399 a 3404 e 16394, e da informação prestada pela HMR sobre o conteúdo dos dados de farmácias de fls. 4062. As informações prestadas pela IMS foram consideradas credíveis, uma vez que se trata de matéria que não é particularmente controvertida e que não foi posta em causa pela demais prova produzida.

A utilização dos dados comerciais de produtos farmacêuticos para a produção de estudos de mercado (ponto 131) é matéria de facto incontroversa face à generalidade da prova produzida.

Relativamente aos tipos de estudos identificados nos factos provados (pontos 132) a 138)), as categorias de estudos identificadas nestes pontos refletem elementos – como a fonte dos dados, a amostra, o tipo de produto, a periodicidade, a desagregação regional e o momento da disponibilização – que são suscetíveis de interferir na elaboração e configuração final dos estudos e, consequentemente, também na sua finalidade, pois afigura-se lógico e, nesta medida concorda-se com a AdC, que finalidades e características não são dissociáveis. Atestam estas asserções as considerações tecidas pela farmacêutica Pfizer e reproduzidas na decisão impugnada, no sentido de que “[a] finalidade do estudo determina as características essenciais do mesmo para a obtenção do efeito pretendido. Assim, um estudo terá as características necessárias para a obtenção da sua finalidade, o que significa que qualquer uma das acima referidas características [periodicidade, unidade geográfica, produtos abrangidos, tipo de informação disponibilizada] pode ser essencial para o respetivo estudo. À partida, um estudo que apresenta características diferentes (mesmo que seja a alteração de apenas um dos factores acima referidos), não é substituível por qualquer outro”, conforme resulta de fls. 12357. E acrescenta a Pfizer que “[q]ualquer uma das características acima referidas (fonte de dados utilizados, unidade geográfica, produtos abrangidos, tipo de informações e período de análise) poderá alterar a finalidade pretendida”, conforme resulta de fls. 12359.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Acresce ainda que a oferta disponibilizada pela HMR e pela IMS também confirma que essas características não são meras assunções abstratas, mas estavam presentes nos estudos concretamente disponibilizados. Com efeito, retira-se dos produtos fornecidos pela HMR (cfr. factos respetivos e sua fundamentação) que esta empresa oferecia estudos que se baseavam apenas em dados de farmácias, designadamente num painel superior a 1531, que abrangiam todo e qualquer produto farmacêutico e também informação sobre prescrições (RX Watch) e sobre a atividade das farmácias (Pharmacy Watch). Mais oferecia estudos nacionais e regionais, com uma desagregação temporal diária, semanal, mensal, bimensal, trimestral, semestral e anual e disponibilizava os seus estudos até ao final da primeira semana do mês seguinte àquele a que respeitavam (facto confirmado por Paulo Duarte). Por sua vez, a IMS disponibiliza estudos com base em outras fontes, nomeadamente armazenistas, hospitais, médicos, etc (cfr. fls. 3405), o que não é questionado pelas recorrentes (que inclusive salientam a importância do canal armazenista para o negócio da IMS), nem posto em causa pela demais prova produzida. E disponibilizava também estudos baseados em dados de farmácias, designadamente numa amostra distinta da HMR (cfr. factos respetivos e sua fundamentação). Os seus estudos eram e continuam a ser disponibilizados após a primeira semana do mês seguinte a que respeitam, o que foi, desde logo, confirmado por Paulo Duarte.

Importa ainda referir que não resultou da prova produzida qualquer categoria adicional suscetível de diferenciar, em termos de características e com o mínimo de relevo, os vários estudos referidos.

No que respeita especificamente ao tipo de estudos, considerando o conteúdo da informação disponibilizada, que podem ser produzidos com base nas diferentes fontes, a factualidade exarada no ponto 135) é uma decorrência lógica do tipo de dados que são fornecidos por cada uma das fontes.

No que concerne aos clientes dos estudos de mercado baseados nos dados comerciais das farmácias e às finalidades dos estudos baseados nestes dados (pontos 139 e 140), é matéria de facto incontroversa face à generalidade da prova produzida, salientando-se, no que respeita ao ponto 140), que se trata de factos admitidos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

expressamente pelas recorrentes (cfr. arts. 223º e 224º do recurso de impugnação da ANF e da Farminveste IPG, para o qual remetem os recursos das demais recorrentes).

Quanto às afirmações efetuadas pela Apifarma (ponto 141), as mesmas estão documentadas a fls. 11924. É certo que esta Associação deixou de acompanhar e alimentar o processo, após a apresentação da denúncia, conforme resulta dos autos e foi também confirmado por João Pedro Lopes, Presidente dessa Associação. A testemunha esclareceu que a criação da HMR suscitou *algumas reservas na medida em que poderia de alguma maneira constituir algum tipo de verticalização da parte da ANF*. Contudo, *depois não veio a perturbar aquilo que poderia ser complicado e prejudicial para as empresas associadas à Apifarma*. Note-se que a preocupação da Apifarma estava associada ao facto da ANF ser uma entidade com interesses em todos os níveis da cadeia de valor do sector, designadamente na distribuição grossista [Alliance] e, mais recentemente, na produção de medicamentos genéricos por intermédio da posição de controlo que detém na Almus. Lda., e que passaria a tratar e a fornecer os dados até aqui trabalhados pela IMS Health de forma independente – fls. 387. Por conseguinte, o facto da Apifarma ter deixado de se interessar pelo processo não significa – por não ser incompatível – que a informação prestada a fls. 11924 não corresponda ao entendimento da referida Associação. Nem do depoimento prestado por João Pedro Lopes resultou qualquer elemento em sentido contrário ao que consta em tal informação.

Quanto às diferenças entre a informação disponibilizada pelos dados de hospitais e médicos e pelos dados de farmácias (pontos 142) a 145)) os factos respetivos são evidências lógicas face ao conteúdo desses dados, confirmados também pelas declarações emitidas pela farmacêutica Sanofi, que constam a fls. 11904 e reproduzidas nos factos provados.

No que respeita aos factos relativos à venda direta de produtos pela indústria farmacêutica às farmácias (ponto 146), é exato, face à prova produzida, que o fenómeno da venda direta verificava-se efetivamente em relação à maioria dos produtos CH, que não OTC. Assim, este facto resultou do depoimento de Filomena Santos, funcionária da IMS desde 1996, sendo atualmente gestora de serviços, que mereceu credibilidade, nesta parte,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

porquanto foi corroborado por outros meios de prova, designadamente o depoimento de Sofia Guerreiro, de Miguel Lança e as declarações de Paulo Duarte, em consonância, aliás, com a alegação das recorrentes ANF e Farminveste IPG (para as quais remetem as demais recorrentes), constantes nos arts. 135º a 137º da motivação do respetivo recurso. Adicionalmente, o facto em análise é corroborado por alguns questionários de empresas que comercializam estes produtos, como a Phytoderm (fls. 11408 e ss) e a Isus (cfr. fls. 11413 e ss).

O fenómeno em análise também estava presente, de forma significativa, podendo-se estimar em 40%, nos MNSRM (e não a maioria conforme se referia na decisão impugnada, consubstanciando esta concretização de 40% um facto de âmbito mais reduzido, mas não diverso daquele que foi imputado). Assim, tal facto resultou também do depoimento de Filomena Santos, funcionária da IMS desde 1996 e atualmente gestora de oferta de serviços da IMS, que referiu a percentagem de 40%, tendo merecido credibilidade, uma vez que encontra apoio em outros meios de prova, designadamente no próprio Parecer da Compass Lexecon, junto a fls. 19686 e ss (tradução), no qual se refere que a ANF estima que 50% a 60% dos produtos OTC são distribuídos por grossistas, sendo o remanescente distribuído por pré-grossistas (cfr. fls. 19701, verso). O depoimento de Sofia Guerreiro também foi relevante. Efetivamente, pese embora esta testemunha tenha afirmado que os estudos sobre OTC se podem basear apenas em dados de grossistas, fê-lo no pressuposto, já analisado, de que parte dos dados seria fornecida pelos grossistas que intervêm como operadores logísticos (“pré-grossistas”), tendo confirmado que há fenómenos de venda direta de OTC’s para as farmácias e que a IMS utilizava os dados das farmácias para refletir estas vendas. Adicionalmente, a existência de vendas diretas, de forma significativa, neste setor de atividade também resultou das informações prestadas por alguns laboratórios, como a Merck (cfr. fls. 14562 e ss), que refere expressamente que *“há venda directa à farmácia, atingindo em alguns casos grandes dimensões por exemplo em MNSRM ou em mercados sazonais”*. Igualmente Mafalda Araújo, da divisão de medicamentos não sujeitos a receita médica da Bayer desde 2005, confirmou a existência de vendas diretas como um dos fatores que justifica o recurso aos dados das



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

farmácias, não efetuando qualquer distinção entre OTC e os demais produtos que se incluem no CH.

É seguro concluir-se que a existência das vendas diretas e o facto de não serem refletidas nos dados dos grossistas aumentam a importância dos dados das farmácias na elaboração dos estudos de mercado relativamente ao CH, pois, conforme referiu João Madeira, diretor geral da Mylan desde 2011, precisamente porque vendem diretamente têm de ter capacidade de compreender que o produto que está a ser vendido está efetivamente a ser consumido na farmácia. Acresce que as percentagens em causa, quer em relação aos CH, que não OTC's, quer em relação a estes, são expressivas. Para além disso e contrariamente àquilo que as recorrentes alegaram e que também foi referido por Sofia Guerreiro, os grossistas/armazenistas, quando intervêm na qualidade de operadores logísticos, apenas, pontualmente, facultam a informação.

Em contrapartida, não foi produzida prova concreta no sentido de que esta venda, ao nível dos produtos CH e com exceção das “compras carrossel” relativas aos genéricos, que abaixo serão analisadas, redundasse em acumulação de stocks e revenda à indústria farmacêutica, razão pela qual tais factos ficaram por demonstrar (alínea a)).

Relativamente à informação que não é disponibilizada pelos dados dos grossistas, mas apenas pelos dados das farmácias (ponto 147)), remete-se para a fundamentação exarada a propósito do conteúdo dos dados dos grossistas e das farmácias, acrescentando-se apenas que Paulo Duarte confirmou que estes dados apenas são obtidos por via dos dados das farmácias.

No que respeita à relevância destes dados para o aumento da importância dos dados das farmácias na elaboração dos estudos de mercado, Paulo Duarte referiu que os stocks das farmácias não é uma informação muito relevante, não sendo vendável isoladamente e que a incluem para completar o produto. Ora, a Bene, na informação que prestou à AdC, constante de fls. 14007 e ss, faz referência ao stock com um dos dados que tornam os dados da HMR mais completos, pelo que se conclui que este elemento também é relevante.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Quanto ao preço dos produtos de venda livre, Sofia Guerreiro afirmou que este elemento não interessa muito às companhias, uma vez que o preço não varia muito de farmácia para farmácia, dando como exemplo o paracetamol. Acrescentou que num champô pode haver mais variação. Tais afirmações são contrariadas pela informação prestada pela Théa, à AdC, constante de fls. 11383, que esclareceu que através dos estudos também conseguem *uma atualização do real valor pedido ao consumidor final dos MNSRM, por parte das farmácias, já que muitas vezes detêm valores de PVP muito acima do proposto pela empresa*. Por conseguinte, conclui-se que este elemento também é relevante.

No que respeita às prescrições, a importância que todos os envolvidos na parceria entre a ANF e a IMS entre 2006 e 2008 atribuíram ao X-ponent, que era um produto centrado em torno deste elemento, factos retirados, entre outros, dos depoimentos de João Cordeiro e Filomena Santos, permite concluir que este elemento era relevante. Admite-se que a legislação relativa aos medicamentos genéricos tenha diminuído a importância dos dados sobre prescrições. Contudo, não a eliminou, tendo em conta que a HMR disponibiliza um estudo sobre prescrições médicas. Veja-se ainda a informação prestada pela Bluefish, cliente dos estudos, constante de fls. 10870.

No que respeita à importância dos dados *sell-out* das farmácias para avaliar campanhas de publicidade, tal facto resultou do depoimento de Sofia Guerreiro, tendo a mesma indicado a existência de muitas campanhas em relação aos CH, que não OTC's, como um dos fatores que justifica o uso dos dados das farmácias em relação a este tipo de produtos. No mesmo sentido, Mafalda Araújo referiu que para medir campanhas de televisão os dados de grossista não ajudam nada.

No que respeita aos stocks de produtos CH e periodicidade das encomendas (ponto 148), os factos em apreço resultaram da informação prestada pela IMS, constante de fls. 16390, que, em relação às encomendas mensais e trimestrais, foi confirmada pelo depoimento de João Cordeiro, sendo o demais (designadamente que os fornecedores e as farmácias devem gerir muito bem o nível de *stocks* que têm nas farmácias para planear a entrega dos produtos atempadamente) uma asserção lógica.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

Relativamente ao fenómeno das “compras em carrossel” (pontos 149) a 152)), foi tida em consideração a informação prestada pela IMS, constante de fls. 16399 e 16300, quanto à caracterização do fenómeno, que se mostrou credível na medida em que Sofia Guerreiro confirmou a existência deste tipo de procedimentos. Quanto à sua localização temporal, a prova produzida não foi tão pacífica. Efetivamente, Sofia Guerreiro afirmou que em 2008 o fenómeno diminuiu bastante, tendo também referido que o fenómeno atualmente é pouco expressivo, que teve um apogeu há uns anos atrás, quando o preço dos genéricos era mais elevado e era uma oportunidade das farmácias comprarem mais a preço mais baixo. Contudo, acrescentou que as companhias optaram por deixar de fazer isso e há grupos de farmácias que negociam com as companhias e depois distribuem farmácia/farmácia. Ora, João Cordeiro confirmou o aparecimento dos grupos de farmácias, há cerca de 4/5 anos e o seu surgimento como forma das farmácias terem capacidade negocial diretamente com a indústria farmacêutica designadamente em relação aos genéricos. Afigura-se lógico que conseguindo estes grupos melhores condições por efetuarem compras mais elevadas de genéricos e evitarem stocks elevados nas farmácias, a diminuição do fenómeno das “compras carrossel” seja contemporânea da consolidação desses grupos. Esta correlação foi estabelecida por Miguel Lança, tendo referido que o fenómeno foi-se diluindo com os grupos de farmácias e, neste sentido, Filipa Freitas, proprietária da Farmácia Central de Peniche desde 2011, referiu que em 2014 passou a pertencer ao Grupo Rede Claro e que, por isso, agora consegue valores mais competitivos sem encher a farmácia de stock e que antes para obter preços competitivos tinha de comprar grandes quantidades de produto. E, pese embora, João Cordeiro tenha referido que os grupos apareceram há 4/5 anos, Fernando Casaca, colaborador da IMS desde 2010, enquanto angariador de farmácias, afirmou que os grupos de farmácias entraram “*em força*” em 2013. O que se mostra credível tendo em conta que João Pedro Lopes, Presidente da Apifarma, cujo depoimento é de todas as testemunhas referidas o mais isento, afirmou que há cerca de 3 anos que se deixou de ouvir falar do fenómeno das “compras carrossel”. Razão pela qual se concluiu que o fenómeno existiu até 2013, ou seja, sem prejuízo de já existirem antes os grupos de farmácias, a sua consolidação e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

aumento, com repercussão relevante na diminuição do aludido fenómeno, ocorreu nesse ano, ressaltando-se que as vendas diretas da indústria se mantiveram por via dos grupos de farmácias. Vendas diretas essas que em relação aos MSRM atingem, pelo menos, 10% das vendas, valor indicado no Parecer da Compass Lexecon já referido, fls. 19701 e verso, como representando a estimativa da ANF. Efetivamente, face à prova produzida, não se pode concluir por uma percentagem superior, sendo certo que 10% não é uma percentagem residual.

Quanto à sua representatividade e importância em relação aos dados das farmácias, é de concluir em sentido afirmativo, tendo em conta que se trata de um fenómeno identificado e sinalizado pelas empresas de estudos de mercado. Revela isto o depoimento de Sofia Guerreiro, que demonstrou ter conhecimento do mesmo, apenas tendo localizado temporalmente o fenómeno, na sua maior expressividade, fora do período de referência, o que, face à demais prova produzida e supra analisada, não mereceu credibilidade.

No que respeita aos factos relativos à exportação paralela (pontos 153) a 155)), a existência do fenómeno da exportação paralela (que não é distinto da liberalização dos mercados farmacêuticos e das compras entre os Estados-Membros, referidas na decisão impugnada, razão pela qual tais segmentos, por redundância, foram eliminados), durante o período em referência, e a sua origem foi confirmada pelos depoimentos de Henrique Rodrigues, médico e Presidente do Infarmed desde janeiro de 2016, João Pedro Lopes, Ana Paula Correia, Bastonária da Ordem dos Farmacêuticos, e Sofia Guerreiro. Esta última testemunha esclareceu ainda sobre esta temática que a IMS criou e introduziu um algoritmo para captar estes dados, mais afirmando que a exportação paralela sempre aconteceu, que se trata de um fenómeno contínuo. Resultou ainda dos seus depoimentos que a exportação paralela não é extensiva a todos os medicamentos, mas apenas a alguns, os de preço mais elevado e de marca. Tais depoimentos não foram infirmados nesta parte pela demais prova produzida, sendo de acrescentar que tal fenómeno também resulta da certidão de fls. 24063 e ss, relativa ao processo nº 415/13.4TFLSB, deste Tribunal, que se reporta a factos de novembro de 2010 a abril de 2011. Outra evidência da sua existência reconduz-se à Deliberação do Infarmed 2100/2013, de 26.09, que impôs a obrigatoriedade



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

de notificação prévia pelos distribuidores de medicamentos da exportação ou distribuição para outros Estados membros da União Europeia de medicamentos constantes de uma lista de medicamentos, referindo nos considerandos que a exportação e distribuição de medicamentos para outros Estados membros da União Europeia é uma atividade que, embora com o adequado acolhimento legal quando exercida por fabricantes ou distribuidores por grosso de medicamentos autorizados, é suscetível de criar constrangimentos ao normal e regular abastecimento do mercado nacional, privando os doentes portugueses das terapêuticas adequadas.

Quanto ao volume de vendas objeto de exportação paralela, Ana Paula Correia referiu que, segundo um estudo da Comissão Europeia que não soube identificar com pormenor, mais de 95% das vendas são para o mercado nacional. Também João Pedro Lopes referiu que 98%, 99% das vendas se destinam ao mercado nacional. Tais depoimentos são congruentes com os dados disponibilizados pela Apifarma e pelo Infarmed. Com efeito, a diferença entre o número de embalagens de MRSM colocados no mercado nacional ambulatorio indicado pela Apifarma, a fls. 24169, e o número de embalagens de MSRM dispensados no mercado nacional ambulatorio (assumindo-se que estes números se reportam às vendas ao consumidor final) publicado pelo Infarmed, conforme fls. 23268 e 23285 e ss, atingem, durante o período de referência, proporções na ordem dos 5%. Assim, no ano de 2013 foram colocadas no mercado nacional 221.050.867 embalagens e foram dispensadas 209.480.803, sendo a diferença de 11.570.164, que representa 5,2% do total de embalagens colocadas no mercado. No ano de 2012 foram colocadas no mercado nacional 220.408.242 embalagens e foram dispensadas 208.605.738, sendo a diferença de 11.802.504, que representa 5,4% do total de embalagens colocadas no mercado. No ano de 2011, a diferença representa 5% do total de embalagens ($214.737.988 - 204.098.630 = 10.639.358$). No ano de 2010, a diferença representa 5, 3% ($224.096.945 - 212.262.065 = 11.834.880$). Ao que acresce a possibilidade dessa diferença não se reportar apenas a embalagens objeto de exportação paralela, mas estar relacionada com outras razões, como stock. Assim, face à prova produzida, não se consegue apurar com segurança a proporção exata de medicamentos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

objeto de exportação paralela, mas conclui-se que não foi superior a 5% do total do número de embalagens colocadas no mercado nacional ambulatorio.

Quanto aos efeitos da exportação paralela, associados à venda direta dos laboratórios às farmácias, Henrique Rodrigues e Ana Paula Correia confirmaram que este fenómeno faz com que a indústria farmacêutica coloque no mercado apenas a quantidade necessária para o consumo nacional, em função do seu potencial de consumo e do número de utentes, o que se revela lógico e plausível. Contudo, já não resultou de tais depoimentos nem da demais prova produzida, com a consistência e solidez necessária, a asserção, que constava na decisão da AdC, com base na informação prestada pela IMS a fls. 16400, no sentido de que a exportação paralela conduziu a indústria farmacêutica a vendas diretas às farmácias, no pressuposto implícito de que passou a ser o procedimento normal ou a forma regular de abastecimento para evitar o desvio dos medicamentos (alínea b)). Na verdade, o que se extrai da prova produzida é que a escassez de medicamentos, que pode estar associada à exportação paralela, conduziu, em casos de rutura, mais acentuados nos anos de 2009/2010 e 2011 (segundo o depoimento de Miguel Pedro, proprietário da Farmácia Louro, que está na sua família desde 1974) à aquisição dos mesmos diretamente aos laboratórios. Assim, efetuaram afirmações, neste sentido, Gonçalo Paulino (proprietário da Farmácia Central de Almada há 13/14 anos), Miguel Pedro, Maria Alexandra Pereira (proprietária da Farmácia Vitex há 18 anos) e Filipa Freitas. Acresce ainda que mesmo Filomena Santos quando se referiu a tais factos afirmou que a venda direta de medicamentos aumentou devido à existência de produtos rateados, motivada pela exportação paralela, acrescentando que há companhias que para resolver o problema criaram o canal SOS. Ora, um canal SOS é para casos urgentes, o que vai de encontro à demais prova produzida no sentido da associação entre exportação paralela e venda direta se reconduzir a casos de rutura de determinados medicamentos de marca e, consequentemente, que a venda deste tipo de medicamentos é efetuada, em regra, pelo canal grossista normal. Nesta medida, não se pode concluir que tais vendas diretas tenham aumentado a importância dos dados das farmácias na produção dos estudos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

Isto não significa que o fenómeno da exportação paralela não tenha gerado outras implicações relevantes no âmbito dos estudos em causa. Na verdade, o primeiro problema reside nos dados dos grossistas que se dedicam a esta prática. Alegam as recorrentes que a *“IMS tem a perfeita perceção destes fenómenos que na maior parte dos casos são levados a cabo pelos próprios armazenistas. Ao cruzar os dados dos laboratórios com as vendas dos armazenistas às farmácias, rapidamente se identificam as situações de exportação paralela”*. Não se duvida de que a IMS tinha conhecimento da exportação paralela, pois conforme resultou do depoimento de Sofia Guerreiro a empresa criou e introduziu um algoritmo para expurgar esta realidade. Contudo, o que já não se considera exata é a factualidade alegada pelas recorrentes (alínea d)).

Assim, a testemunha Ana Paula Correia referiu que, nos casos de exportação paralela, a conciliação dos dados dos armazenistas com a informação interna não chega e que, caso tivesse um produto de exportação paralela importante, queria ter dados da HMR. Por sua vez, Hugo Mendes referiu, no seu depoimento, que os distribuidores podem refletir na sua informação consumos para exportação e não para o mercado nacional, que, entretanto, um grossista forneceu dados errados (indicados como sendo para o mercado nacional, quando se destinavam a exportação) e tiveram de efetuar uma revisão de dados de um ano, com emissão de notas de crédito e perda de alguns clientes. Mais acrescentou que esta informação foi pública, tendo o armazenista admitido o erro e que houve promotores que receberam dinheiro/bónus com base em vendas que não se fizeram. Acrescentou ainda que os grossistas podem ter interesse em ver as vendas para exportação refletidas no consumo doméstico e que é difícil conseguirem construir padrões, porque eles têm formas sofisticadas de esconder esta informação. Filomena Santos confirmou este episódio, que situou no ano de 2014 e que também foi corroborado, em termos gerais, por João Cordeiro. É certo que Miguel Lança afirmou, sobre esta matéria, que o painel de grossistas se for bem extraído pode detetar este tipo de anomalias, que até há um ano e meio, a IMS utilizava dados agregados das regiões e não dados transacionais e o grossista podia diluir este fenómeno pelas regiões e que bastava que a IMS tivesse pedido os dados transacionais, o que começou a fazer há um ano e meio. Não se compreende em que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

medida a diferença entre os dados agregados e os dados transacionais seria suscetível de tornar tão simples a deteção de tais fenómenos. Mas mais importante do que isso resultou do depoimento de Ana Paula Correia, supra referido, a importância dos dados das farmácias para detetar estes fenómenos. Por conseguinte, considera-se, quanto a esta matéria, que o depoimento de Hugo Mendes mereceu credibilidade em detrimento do depoimento de Miguel Lança. Foi, assim, com base nos meios de prova indicados se concluiu nos termos exarados no ponto 154) e se deu como não provada a factualidade exarada na alínea d)), 2ª parte.

A exportação paralela tem ainda importância por outra razão, designadamente por desencadear fenómenos de “venda/compra em carrossel”, não originados nas vendas diretas da indústria à farmácia já analisadas, mas em compras a vários grossistas e subsequentes revendas a um armazenista para exportação. A certidão de fls. 24063 e ss é indiciadora do fenómeno da revenda para exportação, que foi confirmado por João Cordeiro, tendo a testemunha esclarecido que a farmácia tinha vários fornecedores e um dizia que estava interessado em adquirir um medicamento para a exportação. A farmácia iria comprar a outros fornecedores (compras elevadas, diárias, muitas vezes de manhã e à tarde) e era assim que concentravam stocks que depois entregavam a outro grossista para efeitos de exportação. Também Ana Paula Correia, que trabalhou na MSD até 2014, confirmou este fenómeno, tendo referido que havia um grupo de farmácias com ligação ao armazenista, que compraria aos armazenistas e que fariam uma faturação contrária, sendo o produto exportado. Mais acrescentou que falava-se muito disto quando estava na MSD e que era um fenómeno que preocupava a indústria.

Quanto à natureza residual ou não destes fenómenos relacionados com a exportação paralela, considera-se existirem elementos suficientes que permitem sustentar a fundada convicção de que, mesmo podendo assumir números não muito expressivos no mercado total de medicamentos transacionais (conforme supra explicitado), não são fenómenos desprezíveis para os operadores de mercado afetados e para os estudos adquiridos pelos mesmos, conforme resultou do depoimento de Ana Paula Correia. O que também é corroborado pelo facto da própria IMS ter sentido necessidade, conforme



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

referiu Sofia Guerreiro, de ter introduzido um algoritmo para refletir estes dados. E não há razões para se considerar que o fenómeno diminuiu a sua expressividade a partir de 2009, antes pelo contrário. Efetivamente, conforme esclareceu Henrique Rodrigues, os preços dos medicamentos começaram a descer sobretudo a partir de 2011 e a descida dos preços está diretamente relacionada com as exportações. Acresce ainda que a intervenção do Infarmed, no final de 2013, por via da referida Deliberação é demonstrativa de que o fenómeno, não obstante a vigilância desta entidade, continuou a verificar-se. Nesta medida, é de concluir que, podendo a IMS ter-se bastado no passado com algoritmos para procurar refletir estes dados, o certo é que a permanência do fenómeno, associada ao surgimento de estudos com uma amostra tão elevada de farmácias, cujos dados não sofrem esta contaminação, fez aumentar a importância dos dados das farmácias em relação aos estudos sobre os medicamentos afetados.

Relativamente ao *switch* de MSRM para MNSRM (ponto 156)) afirmava-se na decisão da AdC que muitas empresas tinham optado por efetuar esta mudança, porque isso lhes dava maior liberdade de ação no que se refere ao preço, à distribuição do produto e à sua promoção, fundando este facto na informação prestada pela IMS, constante de fls. 16401. Sucede que os números relatados pelo Infarmed, constantes de fls. 24177, em comparação com o total de medicamentos comparticipados indicados a fls. 23291, são demonstrativos de que este fenómeno não assumiu a expressão referida na decisão, não se podendo concluir, por isso, que muitas empresas adotaram esse procedimento, mas apenas que ocorreram as reclassificações indicadas pelo Infarmed. Contudo, estando em causa uma área cuja percentagem de vendas diretas é expressiva (cerca de 40%), conclui-se que estas mudanças aumentam a importância dos dados das farmácias.

Foi, assim, com base nos meios de prova referidos, a propósito dos factos e fenómenos descritos nos pontos 146) a 156), que se conclui nos termos constantes no ponto 157).

Algumas notas adicionais se impõem ainda sobre esta matéria face às alegações das recorrentes.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Em primeiro lugar, o facto da IMS tipicamente dispor de um painel de armazenistas praticamente censitário para elaborar os estudos sobre MSRM, a nível internacional, sendo verdadeiro ou não, é irrelevante e insuscetível de afastar as asserções precedentes, pois não há evidências de que o mercado do medicamento nos outros países, nomeadamente aqueles que são indicados pelas recorrentes, tenha a mesma dinâmica que o mercado português. E mesmo que exista exportação paralela nesses países, isso não significa que os operadores de mercado atuem nos mesmos termos que em Portugal.

Alegaram ainda as recorrentes que não é necessário um painel significativo de farmácias para captar os fenómenos de compras em carrossel e exportação paralela, que bastaria para a IMS, que dispõe de um painel de grossistas praticamente censitário, um painel de farmácias de dimensão muito reduzida. O que importa esclarecer, sobre esta matéria, em termos factuais, é que resultou do depoimento de Sofia Guerreiro, em convergência com o depoimento de Filomena Santos, que o recurso a um eventual painel de farmácias para corrigir dados de outro painel não funciona ao nível da produção, ou seja, os dados das farmácias não vão ser “misturados” com os dados dos grossistas para os corrigir. O que sucede é o apuramento de dados por via de duas fontes diferentes e a sua comparação. Por conseguinte, um “pequeno painel de farmácias” não serve para corrigir as eventuais falhas de um painel armazenista, decorrentes dos aludidos fenómenos. E ele próprio não captará esses fenómenos se não se fundar numa amostra suficientemente representativa. E quanto à dimensão da amostra, conforme se explicitará *infra*, é necessário um painel de farmácias de, pelo menos, 542 (em relação a estudos nacionais) e 1531 (em relação a estudos regionais com uma desagregação de 74 regiões) para garantir os níveis de fiabilidade indicados pela própria HMR, pelo que se conclui que um pequeno painel de farmácias, combinado ou não com um painel de armazenistas praticamente censitário (o que é indiferente), não capta, com a referida fiabilidade, os aludidos fenómenos. Daí ter ficado por demonstrar a factualidade exarada na alínea d), 1ª parte.

Alegaram também as recorrentes que a IMS nunca solicitou a aquisição dos dados pelo preço apurado pelo Tribunal Arbitral de € 150,00, sendo isso revelador de que não precisava destes dados. Isto é contrariado, desde logo, pelas afirmações prestadas por



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Carlos Mocho, diretor-geral da IMS até janeiro de 2009 e diretor-geral da HMR a partir de junho de 2009, durante a fase organicamente administrativa, tendo afirmado que nas “primeiras discussões do budget de 2009, que tiveram início em Setembro de 2008, foi considerada essencial a manutenção do painel de armazenistas, do painel de farmácias, entre outros”, em relação à IMS – fls. 1566. Acresce ainda que Hugo Mendes esclareceu a propósito que a IMS não solicitou os dados por esse preço porque a IMS paga menos que esse valor às farmácias (o que é exato face, entre outros, ao depoimento de Pedro Vasques, proprietário, entre o mais, da Farmácia Telheiras desde 2007) e com esse custo não conseguiria rentabilizar o produto, tendo em conta também o preço praticado pela HMR, que é muito baixo. Não há razões para duvidar de tais afirmações, tendo em conta o esforço que a IMS desenvolveu para angariar um painel de farmácias após o corte de relações comerciais com a ANF.

Por fim, o facto do Infarmed utilizar estudos fornecidos pela IMS, conforme resulta de fls. 23759 e ss e é salientado pelas recorrentes no requerimento datado de 05.07.2016, ref.ª 22564 (fls. 23759 e ss), e bem assim o Ministério da Saúde, conforme afirmou Ana Paula Correia, são elementos que, só por si, não significam que os fenómenos identificados não existam nos termos descritos e não aumentem a importância dos dados das farmácias para os estudos de mercado, na perspetiva daquele que é o grosso da procura, designadamente a indústria farmacêutica.

No que respeita à devolução de medicamentos, Miguel Pedro confirmou a devolução de medicamentos aos grossistas devido ao prazo de validade (ponto 158)). Já não resultou da prova produzida que este fenómeno tenha uma expressividade mínima suscetível de ter aumentado a importância dos dados das farmácias durante o período em causa (alínea c)).

No que respeita à contrafação – alínea c) – constava na decisão impugnada que este fenómeno aumentou a importância dos dados de venda ao consumidor final para a produção de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico, relativamente a produtos CH e MSRM. Sofia Guerreiro referiu, no seu depoimento, que a contrafação, a existir, afeta quer os dados dos armazenistas, quer os dados das farmácias. O depoimento



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

de Miguel Lança foi no mesmo sentido. Não foi produzida prova em sentido contrário ou com o mínimo de consistência suscetível de concretizar em que medida a contrafação torna os dados das farmácias mais importantes. Razão pela qual este facto ficou por demonstrar.

No que respeita às decisões e informações prestadas pela procura (pontos 159) a 191)), consta na decisão impugnada o seguinte: quando existe um painel de farmácias de grande qualidade e com elevada taxa de cobertura, como o do Grupo ANF, a procura não considera os estudos baseados nesses dados substituíveis pelos estudos baseados nos dados de outras fontes, designadamente, nos dados dos grossistas; e que a procura de estudos não considera os estudos baseados nos dados dos grossistas ou numa combinação de dados dos grossistas com uma pequena amostra de farmácias como substitutos dos estudos baseados nos dados de um painel alargado de farmácias.

A AdC sustentou estas asserções nas respostas ao questionário que dirigiu à indústria farmacêutica, reproduzidas nos factos provados e que constam nas fls. aí indicadas e bem assim na informação prestada pela Novartis, que consta a fls. 14819 e fls. 14820.

Vejamos o que resulta da prova produzida.

Em primeiro lugar, não é exato concluir-se que a não substituíbilidade entre os estudos baseados em dados de grossistas e os estudos baseados num painel de farmácias de grande qualidade com elevada taxa de cobertura, como o do grupo ANF, se aplica a toda a procura, conforme ilustram algumas das respostas relativas ao questionário elaborado pela AdC.

Assim, a Generis – fls. 11956 e ss – que comercializa genéricos, tendo sido a empresa com uma quota de mercado superior nos anos de 2010 a 2013 (cfr. fls. 24178), referiu que adquiriu estudos à IMS e à HMR. Salienta diferenças entre os estudos das duas empresas. Contudo, quanto às relações de substituíbilidade, referem que “os produtos não sendo totalmente iguais servem o mesmo objectivo, ou seja, se não houver uma alternativa utilizamos o outro como fonte de informação” e, quanto à alteração de preço de 5% a 10%, referem que, se um dos estudos for demasiado oneroso, utilizam o outro.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

No sentido da substituíbilidade no mercado dos MSRM pronunciou-se a Takeda – fls. 13878 e ss – que começou a operar no mercado a partir de 2009, tendo adquirido estudos à IMS e à HMR. Refere que, a partir de 2012, deixou de adquirir estudos à HMR, passando a adquirir à IMS, devido a razões de alinhamento (uma vez que os dados da IMS ... permitem comparações entre países) e reputação de fiabilidade. Considera que os estudos da IMS, baseados em dados de sell-in, e os estudos da HMR, baseados em dados de sell-in e sell-out, podem se considerados substituíveis entre si, sendo que as diferenças entre os dados referidos não são normalmente muito relevantes. Nesta medida, considera que basta uma pequena diferença de preço para escolher um fornecedor em vez do outro.

Também a empresa Quilaban – fls. 11294 e ss – afirmou adquirir desde fevereiro de 2011 informação à HMR sobre insulinas humanas e análogos, testes de diabetes e outros testes de diagnóstico. No que respeita às relações de substituíbilidade referiu ser do seu conhecimento que existem duas empresas de estudos de mercado que actuam em Portugal e que concorrem no mercado dos produtos, MSRM: a IMS e a hmR. Os estudos fornecidos por qualquer uma destas empresas, tendo em conta as suas necessidades, são substituíveis entre si. Já quanto aos MNSRM e outros produtos de saúde, tanto quanto é do seu conhecimento, para além da hmR e da IMS, existe também a ACNielsen. Mais referiram que o maior grau de substituíbilidade é entre a farmácia e o grossista, já que é o grossista que coloca, na maioria dos casos, nas farmácias, o produto que esta vende ao consumidor. Assim, as vendas dos produtos efetuada pelas farmácias ao consumidor, pouco varia, em teoria, daquilo que elas próprias compram ao grossista. Caso exista o aumento não transitório de preços referido no questionário a Quilaban ponderaria certamente a utilização de um estudo alternativo.

A empresa Moreno prestou informações muito similares – fls. 11338 e ss. Assim, afirmou ter adquirido estudos esporádicos à HMR sobre mercados antiácidos, pensos e anticólicas infantis, que concorrem apenas nos mercados de MNSRM e outros produtos de saúde e que neste mercado existem três companhias de estudos – a ACNielsen, a IMS e a HMR, acrescentando que as duas primeiras têm para além de um painel de farmácias, um painel de parafarmácias e de espaços de saúde, o que permite avaliar qual o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

comportamento dos produtos fora das farmácias e que quanto aos produtos vendidos pelas farmácias, a hmR, a Nielsen e a IMS têm painéis de farmácias. Referiram ainda que o maior grau de substituíbilidade é entre a farmácia e o grossista, já que é o grossista que coloca, na maioria dos casos, nas farmácias, o produto que esta vende ao consumidor. Assim, as vendas dos produtos efetuada pelas farmácias ao consumidor, pouco varia daquilo que elas próprias comprem ao grossista. Mais esclareceram que caso exista o aumento referido, consideram a utilização de fornecedores alternativos.

A empresa Decomed – fls. 11388 e ss –, que se dedica ao fabrico e distribuição de medicamentos, afirmou ter adquirido estudos à IMS e à HMR, que os dados são recolhidos quer nas farmácias, quer nos armazenistas, sabendo-se ainda que são feitas sondagens de prescrição junto dos médicos. Mais esclareceu que Decomed desconhece o método de obtenção de dados, tratando-se de procedimentos internos das empresas e que não são divulgados e que a empresa atualmente tem contrato com a empresa HMR, tendo o critério de escolha sido relacionado com o preço dos serviços. Referiu, por fim, que os dados fornecidos por uma e outra empresa são equivalentes e substituíveis entre si, daí que a opção por uma ou outra tenha tido como único critério o preço dos serviços.

A Azevedo – fls. 11415 e ss – que vende MSRM e MNSRM referiu ter adquirido estudos à IMS até 2009 e a partir de 2010 à HMR e que os serviços prestados por uma e outra [dados de farmácias e armazenistas] são substituíveis, independentemente de os dados utilizados na sua produção, uma vez que estes quando utilizados pelas empresas fornecedoras são extrapolados para o mercado total nacional. De acordo com a empresa fornecedora e os dados utilizados nas bases fornecidas, a empresa adapta as suas análises e metodologia de trabalho, em conformidade com as referidas bases.

A Tolife – fls. 13042 e ss – referiu que os estudos da IMS e da HMR são substituíveis e que a contratação da HMR, em vez da IMS Health, teve como objetivo a procura de um serviço melhor, quer quanto ao preço do serviço quer quanto ao próprio serviço prestado à Tolife, sendo a HMR uma empresa mais pequena, vocacionada para a dimensão e necessidades da ToLife e atenta às suas necessidades.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

A Actavis – fls. 14081 e ss – refere que há substituíbilidade entre dados de farmácias e grossistas.

A Bial – fls. 16035 – admite relações de substituíbilidade.

A P & G – fls. 16583 e ss – afirmou que um aumento não transitório, na ordem dos 5 e 10%, do preço dos estudos de dados de stock ou sell-out, que utilizam para a sua produção dados provenientes das farmácias poderá alterar a relação de substituíbilidade, uma vez que a P&G poderia substituir tais dados, por outros equivalentes provenientes dos grossistas.

Veja-se ainda a resposta da Medinfar (fls. 16107 e ss), da Udifar (cfr. fls. 12236 e ss) e da Shire (fls. 11273 e ss) e bem assim do depoimento prestado por Ana Cristina Campos, diretora geral da Novartis Pharma desde 2012, tendo a mesma esclarecido que, em relação aos MSRM, a Novartis Pharma apenas recorre à HMR em casos pontuais, tendo adquirido sempre estudos regulares, como fonte primária de informação, à IMS.

Contudo, em contrapartida, analisadas as respostas dadas pelos clientes da HMR, no ano de 2012 (cfr. fls. 16702 e ss), aquelas que se mostram juntas aos autos e disponibilizam informação sobre as relações de substituíbilidade, verifica-se que os seus clientes, cujas compras de estudos representaram cerca de 46% do volume total de vendas da HMR nesse ano, consideram, em geral, que os dados das farmácias não são substituíveis pelos dados dos grossistas.

Assim, foi o caso da: Bayer, fls. 11453, que no ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 2,69% do volume total de receitas; da Pfizer, que no ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,31% do volume total de receitas; da Bluefish, que no ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,19% do volume total de receitas; da AstraZeneca, que no ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 2,42% do volume total de receitas; da Johnson&Johnson, que no ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 2,55% do volume total de receitas; da Ferrazlynce, que no ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,33% do volume total de receitas; da Sanofi, que no ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 3,65% do volume total de receitas; da Zambon, no ano de 2012 adquiriu



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

estudos à HMR, que representaram 0,46% do volume total de receitas; da Mylan, que no ano de 2012 adquiriu estudos à HMR que representaram 2,18% do volume total de receitas da HMR.

Foi também o caso da Ratiopharm, que integra o Grupo Teva (cfr. fls. 15491 e ss e 11536 e ss), que no ano de 2012 adquiriu estudos à HMR que representaram 2,99% do volume total de receitas da HMR.

Considera-se igualmente ser o caso da Novartis CH, uma vez que o depoimento de Ana Cristina Campos incidiu apenas sobre estudos relativos a MSRM. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR que representaram 1,81% do volume total de receitas da HMR.

Por sua vez, a MSD (Merck Sharp & Dohme, Lda) – fls. 14560 e ss – referiu ter adquirido estudos à IMS até 2012 e à HMR em 2012. A partir de 2012, a MSD passou a adquirir aos serviços (...) à HMR, atendendo à diferença de Canal e Unidades Geográficas, não sendo os mesmos na sua maioria substituíveis pelos adquiridos à IMS pela diferente periodicidade e características de serviços. Os Serviços/ Estudos que utilizam para a sua elaboração dados provenientes unicamente de cada uma das categorias de operadores identificados (Grossistas, Farmácias) são insubstituíveis entre si, porque a fonte de dados não é a mesma e consequentemente referem-se a mercados diferentes entre si. O aumento, não transitório, entre 5% e 10% do preço dos Serviços/ Estudos mencionados, não altera as relações de substituíbilidade identificadas, na verdade diferentes Fontes (canais) de dados resultam em diferentes mercados. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,54% do volume total de receitas. É certo que Ana Paula Correia, que trabalhou na MSD, referiu que esta empresa adquiria estudos à IMS. Contudo, a testemunha, para além de ter referido que os dados da HMR “são muito bons”, não trabalhava no departamento que tratava especificamente destas matérias.

Por sua vez, a farmacêutica Lilly – fls. 14423 e ss – referiu que um aumento, não transitório, entre 5% a 10% no preço dos Estudos de Mercado não altera as relações de substituíbilidade, porque os estudos não versam sobre as mesmas realidades, cumprindo finalidades distintas. A título de exemplo, se, para analisar um determinado aspeto do mercado, a Lilly necessitar da informação respeitante aos dados de *sell-out* das farmácias,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

não é por ocorrer um aumento do preço que passará a adquirir estudos baseado noutra tipo de dados, uma vez que estes não irão permitir à Lilly obter a mesma informação. A Lilly pode nesta situação optar por adquirir ou não adquirir os dados referidos num normal processo de gestão de recursos. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,21% do volume total de receitas.

A farmacêutica Merck – fls. 14562 e ss –, para além do que consta nos factos provados, referiu ainda que uma variação entre 5% e 10% no preço pode justificar a substituição da fonte armazenista pela fonte farmácia; já o contrário, isto é a substituição da fonte farmácia pela armazenista não será viável para todos os segmentos de mercado sendo no entanto possível para os MSRM, excetuando ainda assim, alguns segmentos de maior exposição a promoção directa na farmácia. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,40% do volume total de receitas.

A UCB Pharma – fls. 14810 – apenas comercializa MSRM e referiu, para além do que consta nos factos provados, que um aumento, não transitório, entre 5 e 10%, do preço dos estudos não pode alterar as relações de substituíbilidade referidas acima, uma vez que os estudos em causa têm objetos, finalidades e graus de fiabilidade completamente díspares. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,92% do volume total de receitas.

A Nutricia Advanced Medical Nutrition – fls. 14890 e ss – adquiriu um estudo sobre as vendas de produtos dietéticos destinados a fins medicinais específicos mensal e plurianual de âmbito nacional à IMS entre 2005 e 2010 e um estudo similar à HMR entre 2012 e 2012. Optou pelo estudo da HMR porque fornece dados mais reais de acordo com a performance mensal de cada player/produto/segmento presente no mercado, recolhendo dados sell in, sell out e stocks existentes, enquanto a IMS apenas fornecia dados sell in, o que não demonstrava a realidade just in time. Por conseguinte, optou “por contratar um serviço mais eficaz na recolha de dados, para melhor adequação e ajustamento das respectivas estratégias de marketing e venda”. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,17% do volume total de receitas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

A Forté Pharma – fls. 14366 e ss – apenas vende suplementos alimentares e adquiriu estudos de mercado à HMR em 2012 e apenas adquiriu e adquire estudos de mercado que utilizam para a sua produção dados de farmácia. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,09% do volume total de receitas.

A Beiesdorf – fls. 14356 e ss – também revelou adquirir apenas estudos baseados em dados de farmácias. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,35% do volume total de receitas.

A Edol – fls. 13914 e ss – de 2002 a 2009 adquiriu estudos à IMS e a partir de 2010 à HMR. Consideram que estes estudos não são substituíveis entre si, uma vez que o estudo da IMS indica dados de sell in e o da HMR indica dados de sell out, podendo-se complementar. Acrescenta que os custos são fundamentais para a decisão sobre o tipo de informação a comprar. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,95% do volume total de receitas.

A Davi – fls. 14073 – adquiriu estudos à IMS (até 2011) e em 2011 à HMR. A empresa considera não existir substituíbilidade, entre si, dos estudos baseados em dados provenientes unicamente farmácias, parafarmácias, grossistas, hospitais ou médicos; uma vez que cada uma destas categorias de operadores de mercado dispõe de dados distintos sobre realidades que não se sobrepõem. No entender da empresa, um aumento, não transitório, entre 5 e 10% do preço dos estudos que utilizam para sua produção dados provenientes das farmácias, não altera as relações de substituíbilidade pois os dados provenientes de cada uma das categorias em causa, incluindo farmácias, versam realidades distintas. O fator decisivo de escolha é a finalidade do estudo. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,01% do volume total de receitas.

A Celsis – fls. 14178 – adquiriu estudos de sell-in, sell-out e stocks à HMR e referem, tal como consta nos factos provados, que de acordo com a farmacêutica Celsis, “[a]s características dos dados sell in, sell out e stock que a Celsis Farmacêutica S.A. adquire à HMR Health Market Research não têm (no nosso entender, naturalmente) substituto no mercado Nacional. O outro fornecedor (pelo menos que tenhamos conhecimento) deste tipo de produtos/serviços é a IMS Health, mas com **diferenças**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

fundamentais entre si. Os dados HMR Health Market Research saem directamente das farmácias (2.835 farmácias). Os dados sell in, sell out e stock da IMS Health são obtidos por extrapolação de dados recolhidos num número substancialmente inferior de farmácias, logo com margem de erro superior. Por isso, não consideramos que o serviço que adquirimos à HMR Health Market Research tenha substituto” (realce nosso), conforme resulta de fls. 14178 e fls. 14179. Para a Celsis, se esse aumento de preço fosse de 20% ou 30% não alteraria a sua posição quanto à não substituíbilidade dos produtos/serviços adquiridos. Um aumento de preço nos serviços adquiridos à HMR Health Market Research levaria a uma renegociação do nosso contrato com a empresa, mas não levaria à substituição dos dados a ela adquiridos pelos dados de outro fornecedor, uma vez que, em seu entender e até onde lhes é dado observar, não existe substituto para os produtos/serviços que atualmente adquirimos”. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,34% do volume total de receitas.

A Bene – fls. 14007 e ss – que nos anos de 2011 a 2013, segundo os dados da Apifarma (cfr. fls. 24170), esteve entre os cinco maiores fornecedores de MNSRM, que em 2010 e 2011 adquiriu estudos à IMS (sobre prescrições e mercado hospitalar) e à HMR (sobre vendas das farmácias de MSRM e MNSRM) e referiu que os dados da IMS Health provêm das vendas dos grossistas às farmácias, faltando-lhes as vendas diretas dos laboratórios às farmácias e os stocks das farmácias. Os dados da HMR, incluem não apenas as compras das farmácias aos grossistas, mas também as compras diretas das farmácias aos laboratórios, os seus stocks e as suas vendas. Os dados da HMR são portanto muito mais completos para o ambulatório, tanto a nível nacional como regional. Por isso não os consideram substituíveis. Quanto à alteração de preço, referiu que não altera tais asserções, que é um aumento indesejável, que os pode fazer reduzir o número dos dados fornecidos, para assim não aumentar o preço total a pagar, mas não altera a sua decisão. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,38% do volume total de receitas.

A Janssen – fls. 12143 e ss – adquiriu estudos à IMS e à HMR, verificando-se que os estudos sobre os dados regionais passaram a ser adquiridos, a partir de 2011, apenas à



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

HMR. No que respeita às relações de substituíbilidade afirmou que no seu entender: não existe substituíbilidade entre a informação retirada de cada um dos estudos ... por canal de venda, uma vez que cada um representa uma realidade distinta, que a Janssen Cilag tem interesse em conhecer. Até 2010, tanto quanto é do conhecimento da Janssen-Cilag, apenas a IMS disponibilizava estes estudos. Em 2010, apareceu a HMR a oferecer estudos com base em dados *sell out*, isto é, baseados nas vendas directas ao público pelas farmácias, tendo a Janssen começado a adquirir também estes serviços, por entender que estes estudos são suscetíveis de refletir, de uma forma mais correta, a posição de mercado dos operadores. Trata-se de uma inovação face aos dados disponibilizados pela IMS, que são dados *sell in*, isto é, reportam as vendas ao nível do armazenista. Mais referiu que qualquer aumento de preço e qualquer mudança nas características/tipo de informação não altera a relação de substituíbilidade. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,46% do volume total de receitas.

A Vitalion, Grupo Vitória – fls. 11244 e ss – adquiriu estudos à HMR nos anos de 2010 a 2012 e considera que os estudos baseados em dados dos médicos, das farmácias e dos grossistas não são substituíveis entre si, uma vez que revelam um determinado ponto do circuito do medicamento, salientando, no que respeita às farmácias, que através desta fonte obtêm as vendas ao cliente final (com ou sem receituário, o que é demonstrativo de que vende medicamentos sujeitos a receita médica). Acrescentam que o preço não altera a relação de substituíbilidade, pese embora pese em cada decisão de compra a relação custo/benefício. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,13% do volume total de receitas.

Por sua vez, os Laboratórios Vitória – fls. 11247 e ss – adquiriram estudos à IMS sobre OTC (Pharmatrend) até 2009 e sobre prescrições (X-ponent) também até 2009 e nos anos de 2010 a 2012 adquiriram estudos sobre informação nacional mensal e informação regional semanal sobre MSRM, OTC e nutrição, sobre as vendas dos seus produtos e dados de prescrição à HMR. No questionário consideraram não existir qualquer substituíbilidade. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 2,32% do volume total de receitas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

A Ciclum – fls. 11395 – afirmou adquirir estudos à IMS e à HMR e que os dados fornecidos pelas duas empresas são complementares, porque através da IMS obtêm informação dos totais nacionais de sell-in (quantidades compradas pelos distribuidores) e através da HMR obtêm informação de sell-out (quantidades compradas pelos consumidores e stock médio existente). No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,08% do volume total de receitas.

A Phytoderm – fls. 11408 e ss – é uma empresa direccionada para o canal farmácia e as suas áreas de comercialização são os suplementos alimentares, os cosméticos e os dispositivos médicos. Adquire estudos à HMR e, quanto aos estudos da IMS, refere que consideram o sell-in, o que não é uma opção para si porque o interesse da empresa é no sell-out, visto que o sell-in é facilmente calculado através do programa de contabilidade que existe internamente. Mais acrescenta que sendo a Phytoderm uma empresa relativamente jovem e com uma equipa de vendas direccionada exclusivamente para o canal farmácia, não seria ponderada a substituição do estudo contratado para mais nenhum canal, porque quanto aos *grossistas*, a maioria das suas vendas são feitas diretamente à farmácia, por isso os *grossistas* representam uma percentagem baixa na sua comercialização. Conclui que o aumento de preço não teria qualquer influência na sua decisão. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,08% do volume total de receitas.

A Isus – fls. 11413 e ss – apenas comercializa produtos de dermocosmética e suplementos alimentares e adquiriram estudos à IMS até 2009, à Cegedim de 2009 a 2011 e à HMR entre 2010 e 2012. Mais esclarecem que a partir de 2010, passaram a utilizar os serviços da HMR por esta empresa lhes fornecer informações recolhidas na farmácia, que eram as mais adequadas ao seu tipo de actividade e que toda a actividade da ISUS assenta sobre dados fornecidos sobre a venda real dos produtos, sendo, por isso irrelevante falar-se em relações de substituíbilidade. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,16% do volume total de receitas.

A L’Oreal (inclui a Innéov e a Cosmética Ativa) – fls. 13332 e ss – adquiriu estudos à IMS e à HMR, esta a partir de 2010, e nunca adquiriu estudos do canal *grossista*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Referiram o seguinte: No que diz respeito à escolha das empresas a quem solicitámos os estudos, são tidos em conta vários aspetos nomeadamente: know-how da organização em causa, qualidade e fiabilidade da amostra relativa ao estudo, relação preço qualidade, sistemas de transmissão da informação e serviços de apoio ao cliente. A HMR e a IMS são as duas empresas que nos dão um maior painel de representatividade fiável para fazermos as nossas análises ao consumo, são assim as que se podem considerar mais credíveis para obter os propósitos *supra* referidos. A partir do ano de 2010 a HMR passou a dar-nos um painel correspondente à totalidade das farmácias, e a IMS a dar-nos um painel no que diz respeito à realidade das parafarmácias. Para responder a esta questão é preciso termos uma amostra e saber a representatividade de cada uma das empresas que nos fornecem estudos para se poder comparar. A escolha do fornecedor de estudos depende da representatividade e qualidade dos dados de cada. Importa referir que nunca se pediu informação de grossistas nem de hospitais. O custo dos estudos é uma entre outras das variáveis que são ponderadas para fundamentar as nossas opções nesta matéria (por norma solicitamos vários orçamentos). No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,71% do volume total de receitas.

A Menarini – fls. 13380 e ss – adquiriu estudos à IMS e à HMR. No mercado onde a Menarini Portugal atua essencialmente 98% dos produtos são MSRM. Nestes mercados os estudos que só tenham uma fonte de informação não podem ser substituídos por outros estudos com fonte de informação diferente, na medida em que os clientes de cada um deste segmento tem comportamentos distintos. Neste âmbito só as vendas grossistas poderiam espelhar a totalidade das vendas. No entanto, esta informação está muitas vezes corrompida porque no canal existe exportação feita pelos outros operadores o que desvirtua a informação. Por outro lado, a informação do médico não é relativa à unidade prescrita pois é contra a lei, mas sim às terapêuticas usadas, a patologia a que classe do medicamento foi usada. Assim, consideram que os estudos relativos a diferentes categorias de operadores não se substituem entre si pois, são relativos a diferentes etapas do circuito de distribuição e, simultaneamente, relativos a diferentes estádios da adoção da utilização desses produtos, com significados diferentes. Pelas razões anteriormente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

referidas, não lhes parece que o preço tenha influência -não é por o preço aumentar que as relações de substituíbilidade podem alterar. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,25% do volume total de receitas.

A Rottapharm – fls. 13439 e ss – entre 2002 e 2009 os estudos foram exclusivamente contratados à empresa IMS/AZYX, e partir de 2010 passaram a ser contratados serviços de características/regularidade/fontes diferentes ou complementares às empresas IMS/AZYX e HMR. Quando à substituíbilidade farmácias -grossistas – referem que é parcialmente possível do ponto de vista teórico (na vertente sell-in). Ainda assim, na vertente sell-in a substituíbilidade não será completa, por dissonância de dados, dado a presumível existência de fenómenos de exportação paralela para outros países (armazenistas ou grupo de farmácias) da aquisição de produtos (compras centralizadas) por grupos de farmácias, que podem potencialmente deturpar quer os valores globais nacionais, quer ainda a sua distribuição geográfica. No caso dos grossistas, a vertente sell-out e stock de farmácias não está disponível, diminuindo ainda mais a possível substituíbilidade dos estudos com fontes diferenciadas desses 2 canais. A variação de preços citada não alteraria as razões de substituíbilidade identificadas. Esse aumento de preço poderia sim condicionar a decisão de aquisição destes estudos ou a sua aquisição mais ocasional ou ainda a sua aquisição regular mas menos frequente favorecendo análise temporal de períodos mais longos, assumindo a diferença de qualidade inerente a "observar" o mercado com menos frequência. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,09% do volume total de receitas.

A Tecnifar – fls. 13457 e ss – adquiriu estudos à IMS e HMR sobre MSRM e MNSRM. A empresa considera não existir substituíbilidade, entre si, dos estudos baseados em dados provenientes unicamente farmácias, parafarmácias, grossistas, hospitais ou médicos; uma vez que cada uma destas categorias de operadores de mercado dispõe de dados distintos sobre realidades que não se sobrepõem. No entender da empresa, um aumento, não transitório, entre 5 e 10% do preço dos estudos que utilizam para sua produção dados provenientes das farmácias, não altera as relações de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

substituibilidade. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,55% do volume total de receitas.

A Pharmex (Kiron X) – fls. 13508 e ss – adquiriu estudos à IMS e à HMR (2010 e 2011). Em geral, consideram que existe substituibilidade nos estudos fornecidos pelas empresas identificadas. No específico e dado atual situação do mercado farmacêutico no nosso país, o fornecimento de dados de "Sell out" com Qualidade representa uma mais-valia para a empresa e poderá reduzir a substituibilidade dos estudos (à favor da empresa que pode oferecer estes estudos com dados de sell-out). Os estudos não são substituíveis e uma diferença de preço de 5% a 10% em relação aos dados das farmácias não é suficiente para influenciar essa análise. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,05% do volume total de receitas.

A Pierre Fabre Medicament – fls. 11483 e ss – adquiriu estudos à IMS até 2011 e à HMR 2010 a 2012. Relativamente aos vários tipos de estudo, referem que o estudo então adquirido (HMR) é o que melhor se adequa às suas necessidades à data. A opção alternativa (IMS) não compreende um painel alargado de farmácias que satisfaça os seus requisitos. Qualquer alteração de preço *elou* periodicidade não faz alterar a opção de aquisição se as alternativas não forem equivalentes. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,63% do volume total de receitas.

A Ales Group – fls. 12175 – apenas comercializa produtos de dermocosmética e produtos capilares, não comercializando nem MSRM, nem MNSR. Afirma que adquire dados mensais de sell-out à HMR desde 2011, que têm conhecimento da existência de estudos de dados de mercado de dermocosmética comercializados pela empresa IMS Health, e que podem ter uma relação de substituibilidade com os estudos HMR mensais que adquirem. Mais referiram que o seu canal core como é a farmácia, logo consideram que estudos com dados provenientes de outros canais não considerados core como sendo não substituíveis. Mais referem que um aumento de preços dos estudos com dados provenientes das farmácias entre 5% e 10 % não os faria considerar a hipótese de substituibilidade sugerida. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,21% do volume total de receitas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

A Théa – fls. 11383 e ss – afirmou ter adquirido estudos sobre MSRM e MNSR, baseados em dados de vendas do armazenista para a farmácia e em dados de vendas da farmácia para o consumidor final, bem como dos preços relativos a suplementos vitamínicos. Tais estudos foram fornecidos pela IMS, entre 2002 e 2008, pela HMR desde 2009 até 2012, sendo que nos anos de 2009 e 2011 tiveram em simultâneo o serviço das duas empresas. Salientam, quanto à finalidade dos estudos, que, para além do conhecimento das necessidades do mercado, que também conseguem uma atualização do real valor pedido ao consumidor final dos MNSRM, por parte das farmácias, já que muitas vezes detêm valores de PVP muito acima do proposto pela empresa. Quanto às relações de substituíbilidade, referem que a mudança de dados de SELL-IN para SELL-OUT deve-se exclusivamente ao facto de que estes últimos se tornam, na perspetiva da empresa, muito mais merecedores de crédito e de melhor suporte para as decisões a tomar. Mais acrescentam que as únicas razões de eventual substituíbilidade terão sempre a ver com a credibilidade dos dados fornecidos e com os meios utilizados para obtenção dos mesmos. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,33% do volume total de receitas.

A Abbot – fls. 12627 e ss – referiu que em regra os estudos que têm por base as diferentes categorias de operadores do circuito do medicamento não são substituíveis entre si, dado que, dependendo do tipo de informação a que se pretenda aceder, as várias fontes de informação identificadas podem não ser aptas à recolha dos elementos relevantes. Um aumento não transitório, entre 5% e 10%, do preço dos estudos que utilizam para a sua produção os dados que têm origem nas farmácias não altera a aparente ausência de relações de substituíbilidade mencionada na resposta à pergunta precedente. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,06% do volume total de receitas.

A Angelini – fls. 10873 – referiu que os estudos não são substituíveis, uma vez que não servem os mesmos objetivos, representam partes de um todo, e em muitas circunstância não são complementares. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 2,5% do volume total de receitas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

A Artsana – fls. 11113 e ss – referiu que dadas as diferentes fontes que são utilizadas para a produção dos estudos, identificadas na questão, a empresa considera que tais estudos podem não ser substituíveis entre si. o aumento do preço, em 5% a 10%, dos estudos que utilizam para a sua produção dados provenientes das farmácias não aparenta alterar a ausência de substituíbilidade acima assinalada.. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,01% do volume total de receitas.

A ISDIN – fls. 11476 e ss- referiu a alteração do preço não altera as relações de substituíbilidade porque não existe, atualmente, alternativa para os dados de sell-out das farmácias apresentados pela HMR (os de sell-in podem ser também avaliados através dos grossistas), mesmo que o preço apresentado por uma companhia concorrente fosse 50% abaixo do valor pago atualmente. Ou seja, se a HMR aumentar os preços para um nível insuportável para a ISDIN, terá de passar sem esta informação porque não existe alternativa no mercado. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,53% do volume total de receitas.

A Leo – fls. 16035 e ss –cuja área de atuação é essencialmente o mercado ambulatorio, referiu que os estudos que apresentam resultados a partir de dados provenientes de farmácias têm, em teoria, mais interesse, por retratarem aquilo que é o mercado real, aquele que se passa ao balcão da farmácia e o consumo real dos produtos pelos doentes. Padecem, no entanto, de um problema de representatividade em áreas onde a cobertura (número de farmácias que fornece dados de vendas) é inferior, causando alguns desvios importantes. Por outro lado, a utilização de dados oriundos apenas de grossistas parece-lhes também insuficiente, principalmente no contexto atual em que a exportação paralela de medicamentos se faz essencialmente por via destes operadores, fenómeno que, não raras vezes, pode mascarar a realidade do mercado nacional. A situação ideal é aquela que usa os dados oriundos de ambas as fontes, com algoritmos de validação e cujo resultado é o mais próximo da realidade. Mais refere que o preço é um fator importante na decisão do comprador. No entanto a escolha da Leo Farmacêuticos foi originada, em primeiro lugar, por outros factores que não o preço entre os dois tipos de estudo, nomeadamente a origem dos dados, a plataforma de acesso aos mesmos e sua



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

facilidade de utilização, o serviço pós-venda. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,46% do volume total de receitas.

A Lei – fls. 16065 – referiu que entre 2005 e 2008 adquiriu estudos à IMS e, entre 2010 e 2012 à HMR. Consideram que os estudos não são substituíveis entre si e uma alteração de preço não altera tal asserção. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,48% do volume total de receitas.

A Server – fls. 12275 e ss – só vende MSRM e referiu que quer os estudos realizados pela IMS, elaborados com base em informação das vendas dos grossistas às farmácias, quer os estudos realizados pela HMR., elaborados com base na informação de vendas das farmácias dão uma perspetiva comparável sobre o desempenho dos diversos produtos farmacêuticos, em particular sobre as quotas de mercado medidas nas vendas dos armazenistas às farmácias (vendas *sell-in*). No entanto o estudo da HMR tem também outras métricas que não encontram no estudo da IMS designadamente as vendas das farmácias aos doentes (vendas *sell-out*) e o stock das farmácias. Assim, a Servier entende que a diferente metodologia (e fonte) toma estes estudos parcialmente substituíveis no que diz respeito aos dados de *sell-in*. Na perspetiva da Servier, o preço não altera de nenhuma forma as relações de substituíbilidade referidas. O preço só é um fator de negociação na compra dos estudos que pela natureza dos dados são, à partida, substituíveis. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,26% do volume total de receitas.

A Expanscience – fls. 12530 e ss – considera que os estudos que utilizam para a sua produção dados provenientes unicamente das farmácias, parafarmácias, grossistas, hospitais e médicos não são substituíveis. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 0,40% do volume total de receitas.

A Roche – fls. 12834 – só adquire estudos sobre farmácias e parafarmácia e considera que não são substituíveis pelos dados dos grossistas e uma alteração de 5% a 10% do preço não altera esta afirmação. No ano de 2012 adquiriu estudos à HMR, que representaram 1,02% do volume total de receitas.

Quanto à prova produzida em audiência de julgamento, Mafalda Araújo, diretora da divisão de MNSRM desta empresa, que assinou a resposta, confirmou a resposta, tendo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

esclarecido que o colega que a assinou conjuntamente consigo recolheu informações sobre as demais divisões da Bayer, pelo que se conclui que a resposta reflete também a posição desta empresa em relação aos estudos sobre MSRM. Luís Costa, diretor de marketing da Bene, desde o seu início em 2010 até 2015, referiu que uma das razões que levou a Bene a optar pela HMR foi o facto de ter preços inferiores. Contudo, não deixou de salientar que escolheram a HMR também porque tinha dados mais fiáveis e que não tomava decisões sozinho, mas no âmbito de um comité no qual intervinha em última análise o diretor geral, pelo que o seu depoimento não afasta a resposta apresentada pela empresa. Artur Manuel de Jesus Ardo Correia Costa (doravante Artur Costa), diretor geral para a área do consumo, que inclui OTC's e cosmética, também confirmou a resposta dada por esta empresa. João Madeira, da Mylan, referiu que os dados do canal farmácia e do canal grossista são complementares.

Se bem que, em relação aos estudos sobre MSRM, apenas se possa concluir, face a algumas das respostas fornecidas e sem dados adicionais, que uma parte da procura não considera o canal farmácia substituível pelo canal armazenista, quanto aos estudos sobre CH conclui-se que essa preferência inclui a maior parte da procura.

Assim, no que respeita aos estudos sobre todos os produtos CH verifica-se que a IMS, antes do corte de fornecimento dos dados, produzia estudos sobre estes produtos sendo que alguns apenas com base no canal farmácias. Tal resultou dos depoimentos de Hugo Mendes e Filomena Santos, em convergência com a informação prestada pela IMS, de fls. 3405. Para além disso, Mafalda Araújo, da Bayer, confirmou recordar-se de um corte de fornecimento de estudos pela IMS, que utilizavam o canal farmácia. Acresce ainda que a IMS dispunha de um painel praticamente censitário de grossistas e tinha uma posição quase-monopolista. Para além disso, conforme já referido, o canal grossista não reflete uma parte significativa das vendas, designadamente as vendas diretas da indústria farmacêutica às farmácias. Conjugando estes dados, considera-se seguro concluir-se que se a IMS tinha uma oferta de estudos sobre CH baseada apenas no canal farmácias, quando dispunha de um painel praticamente censitário de armazenistas, era para atingir



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

uma parte muito significativa da procura e, nessa medida, que a maioria dos clientes deste tipo de estudos não considera o canal farmácia substituível pelo canal grossista.

Quanto ao binómio estudos baseados em dados de grossistas combinado com um pequeno painel de dados das farmácias e estudos baseados num painel de grande qualidade e elevada taxa de cobertura, como o da ANF, refere-se, no parecer da Arnold & Porter, de fls. 22875 e ss, que o questionário da AdC, nas perguntas mais específicas que incluem o teste SNIPP (isto é perguntas 6, 7 e 8), não testam essa possibilidade e que as respostas dadas pela indústria farmacêutica, salientando as respostas da Bayer e da Pfizer, demonstram que as empresas apenas tiveram em consideração a substituição de estudos baseados em dados exclusivos de grossistas com estudos baseados em dados exclusivos de farmácias.

É verdade que o questionário não aborda esta questão. Contudo, a combinação de dados de grossistas com um pequeno painel de farmácias não aumenta a fiabilidade estatística de cada um destes dados, na medida em que, conforme já referido, os dados não se “misturam” para a produção do estudo, servindo apenas de comparação. Razão pela qual se considera que a perceção de tal informação levaria as empresas a fornecer as mesmas respostas.

É certo que a Leo alude a uma combinação de dados dos grossistas com dados de farmácias e a validações com algoritmos. Contudo, fá-lo por considerar que pode haver insuficiências nos dois painéis. É verdade também que Ana Cristina Campos referiu que, em relação aos MSRM, compram dados de grossistas à IMS, tendo conhecimento de que esta empresa valida os dados com painéis de farmácias, que fazem validações internas e que os estudos vão de encontro às suas expetativas. Sucede que a testemunha, não revelou um conhecimento fundamentado e sólido sobre a forma como o painel de farmácias da IMS é utilizado para validar os dados dos armazenistas e, para além disso, apresentou duas outras razões, que colocou em primeiro lugar, para justificar a opção da Novartis Pharma pela IMS, designadamente razões de política internacional e devido ao histórico que já adquiriram. Por conseguinte, o seu depoimento não afasta a convicção segura de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

que a combinação de um painel de grossistas com um pequeno painel de farmácias não alteraria as respostas dadas quanto às perguntas mais específicas sobre a substituíbilidade.

Também pela mesma razão se entende que o facto do questionário não ter questionado as empresas no sentido de esclarecerem qual seria a dimensão relevante do painel de farmácias – lacuna que é igualmente salientada pelo Parecer Arnold & Porter – não altera as asserções precedentes, pois, estando em causa a fiabilidade, não seria certamente uma amostra de farmácias, insuscetível de garantir uma fiabilidade estatística aproximada àquela que garante o painel de farmácias do Grupo ANF e com um propósito comparativo, que alteraria as respostas. É bastante ilustrativa, neste sentido, a resposta da Alter (cfr. ponto 182)).

Conclui-se, assim, quanto aos estudos sobre CH, que quando existe um painel de farmácias de grande qualidade e com elevada taxa de cobertura, como o do Grupo ANF, a maior parte da procura de estudos relativos a CH não considera os estudos baseados nesses dados substituíveis pelos estudos baseados nos dados de outras fontes, designadamente, nos dados dos grossistas ou numa combinação de dados dos grossistas com uma pequena amostra de farmácias como substitutos dos estudos baseados nos dados de um painel alargado de farmácias (e não a totalidade da procura conforme se referia na decisão impugnada, consubstanciando esta concretização um facto de âmbito mais reduzido, mas não diverso daquele que foi imputado). Quanto aos demais estudos, alcança-se a mesma conclusão em relação a parte da procura de estudos sobre MSRM (e não a totalidade da procura conforme se referia na decisão impugnada, consubstanciando esta concretização um facto de âmbito mais reduzido, mas não diverso daquele que foi imputado).

No geral, conclui-se que 46% da procura (em volume de compras de estudos) que adquire estudos à HMR considera que os dados das farmácias não são substituíveis por dados dos grossistas (exclusivamente ou combinados com um pequeno painel de farmácias) e que um aumento não transitório de 5% a 10% do preço não alteraria essa relação de não substituíbilidade.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Note-se ainda que o facto do volume de negócios da IMS ter continuado a diminuir de forma expressiva no ano de 2014 (passou de € 11.028.482,15 em 2013, cfr. declaração de IRC de fls. 24316, para € 8.715.310,43 em 2014, cfr. declaração de IRC de fls. 24330) e ter mantido essa redução em 2015 (€ 8.034.347,86, cfr. declaração de IRC de fls. 24336), é revelador de que, podendo ter havido clientes de estudos de MSRM que adquiriram estudos à HMR apenas durante um ano, havendo a possibilidade de terem regressado à IMS – como sugere o Parecer Compass Lexecon de fls. 19677 –, isso não terá sido a regra.

No que respeita aos factos relativos à evolução dos clientes da HMR e da IMS (pontos 192) a 195)) remete-se para a fundamentação exarada a propósito da figura 9.

Relativamente à factualidade que se reporta às parafarmácias (pontos 196) a 198)), a diferença entre o número de embalagens vendidas pelas farmácias e pelas parafarmácias, elencada no quadro de fls. 23273, baseado na informação publicada pelo Infarmed de fls. 23281 e ss, é demonstrativa de que a representatividade das farmácias é bastante mais reduzida. Consequentemente, é lógico concluir-se que as parafarmácias estão mais concentradas nas áreas mais populosas e não permitem atingir uma cobertura geográfica adequada. Nessa medida e dada a diferença de representatividade ser tão significativa considera-se que a asserção da AdC quanto às preferências dos clientes de estudos CH, alicerçada ilustrativamente na resposta fornecida pela Sanofi (fls. 11904), reproduzida nos factos provados, se mostra exata.

Quanto ao facto da HMR apenas recorrer a dados de farmácias (ponto 199)), tal facto resulta da informação de fls. 4063, tendo sido também confirmado por Paulo Duarte, que esclareceu que recorrem atualmente a dados de hospitais, mas que isso sucede apenas há alguns meses.

Os factos respeitantes à oferta de estudos de mercado (ponto 200)), são incontrovertidos face à generalidade da prova produzida.

A factualidade que se refere à amostra necessária para produzir os estudos (pontos 201) a 221) baseou-se nos conhecimentos próprios da instrutora do processo, Cátia Felisberto, conforme foi possível inferir do seu depoimento, em conjugação com a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

informação prestada pela HMR, constante de fls. 4065, as informações prestadas pela IMS de fls. 491 e 16407 e pelo seu Statistics Office (STO), junta a fls. 19732 e ss, no que respeita ao intervalo de confiança, ao erro de amostragem considerado pelas duas empresas e número de farmácias necessário e os fatores ponderados pelo STO. Foi também tida em conta a informação prestada pelo CEFAR, reproduzida nos factos provados. Do depoimento de Cátia Felisberto foi possível concluir que a mesma tem a formação e os conhecimentos necessários para sustentar, em termos sólidos, os factos em análise, uma vez que é licenciada em economia, ao que acresce que os mesmos não foram minimamente abalados pela demais prova produzida.

No que respeita às asserções relativas às especificidades do mercado português (ponto 222)), considera-se uma decorrência lógica das preferências manifestadas pela procura, já analisadas, das quais resulta que a fiabilidade estatística é o fator, em geral, mais valorizado. Note-se ainda que não resultou da prova produzida qualquer elemento probatório seguro ou consistente no sentido de que em outros países, a realidade dos estudos seja a mesma, ou seja, que exista uma empresa no mercado a fornecer estudos com um painel de farmácias tão elevado como o da ANF. Inclusive, no que respeita a Espanha, pode-se concluir em sentido contrário, porquanto a HMR também está presente neste mercado e não resultou das declarações de Paulo Duarte – como seria lógico que sucedesse se tal se verificasse – que essa realidade exista em Espanha.

No que respeita aos factos relativos à desagregação regional (pontos 223) a 229)), concluiu-se que a indústria tem interesse em acompanhar as tendências de vendas no mercado e monitorizar os esforços de vendas dos colaboradores que trabalham, no caso dos MSRM de, pelo menos, 74, tendo em conta o número de regiões que a HMR oferece para todos os produtos (410 regiões) e o número de regiões que a IMS fornecia em relação aos produtos éticos (600 regiões, segundo Sofia Guerreiro), ou seja, números muito superiores ao número considerado pela AdC, sendo irrelevante a existência ou não de uma correlação entre as áreas de influência dos Centros de Saúde e o interesse da indústria nos estudos regionais.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16:0YUSTR

No que respeita aos produtos MNSRM, PEC, PAC e NTR, Sofia Guerreiro referiu que o interesse em termos de informação regional desagregada é inferior, que as 410 regiões que desenharam é sobretudo para os éticos, por causa da visitação das forças de vendas, trabalham mais o médico e não o consumidor. Referiu ainda que a Nielsen assentava em sete regiões e que em termos produtivos a HMR tem a mesma estrutura territorial para todos os produtos, mas não é por necessidade dos clientes da HMR. Mais esclareceu que 200 regiões para os produtos CH é muito e que a IMS entregava estudos sobre CH com sete regiões. Por sua vez, Filomena Santos referiu que atualmente já conseguem produzir estudos com 150 regiões, porque já têm um histórico de 24 meses e que essa desagregação se aplica a qualquer área. Referiu ainda, questionada sobre os estudos que precisam de mais granularidade, que os éticos precisam, os OTC's também, assim como o mercado de nutrição e que a área que necessita de menos granularidade é a dermocosmética e nas áreas que comunicam mais com o público, acrescentando, contudo, que há companhias que fazem uma dermocosmética mais medicalizada. Considerou-se o depoimento de Filomena Santos credível, na medida em que, antes do corte de fornecimento de dados, a IMS produzia o Pharmatrend In-Motion com 97 regiões. Nesta medida, levando em conta, por um lado, o número de regiões do Pharmatrend In-Motion e o facto das receitas da IMS terem continuado a diminuir em 2014 e em 2015 (cfr. declaração de IRC de fls. 24334 e ss), quando já oferecia estudos para 8 regiões, e o depoimento de Filomena Santos, é seguro concluir-se que a maior parte da indústria tem interesse em acompanhar as tendências de venda no mercado e monitorizar os esforços de venda dos seus colaboradores, no caso dos CH de, pelo menos, 74 regiões.

Quanto ao número de regiões oferecido pela IMS, resultou dos depoimentos de Hugo Mendes e Filomena Santos que, atualmente, já é superior a 8 regiões, pelo que este facto foi limitado temporalmente tendo por referência a data da informação prestada pela IMS e constante de fls. 18236, não havendo razões para duvidar da veracidade desta informação, dentro do aludido limite temporal, na medida em que se mostra compatível com o depoimento das referidas testemunhas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

Os factos relativos aos estudos disponibilizados pela HMR que fazem referência às áreas de influência dos Centros de Saúde resultaram da informação disponibilizada por esta empresa na internet, constante de fls. 22925 a 22937.

No que respeita ao ponto 230), trata-se de uma decorrência lógica das preferências da procura de estudos MSRM já analisadas.

Quanto ao facto das empresas disporem de infraestruturas, capital humano e os conhecimentos técnicos necessários para produzir qualquer estudo baseado nos dados necessários (ponto 231), trata-se de uma asserção assente em padrões de normalidade e razoabilidade, que não foram abalados pela prova produzida.

O mesmo se aplica ao facto de ser racional e eficiente as empresas oferecerem um leque completo de estudos por existirem economias de gama (ponto 232)). Já no que respeita ao facto de a não disponibilização do leque completo de estudos levar sempre à perda de clientes, considera-se não ter sido produzida prova nesse sentido. Contudo, admite-se como razoável, de acordo com padrões de normalidade, que essa possibilidade exista, ou seja, que a não disponibilização de alguns estudos possa levar à perda de clientes, uma vez que a aquisição de todos os produtos ao mesmo fornecedor possibilita, normalmente e nomeadamente, melhores condições comerciais e de negociação. Nesta medida, face a tal possibilidade, aceita-se também como razoável, de acordo com parâmetros de normalidade e razoabilidade, que, à partida e em regra, qualquer empresa de estudos tenha interesse em disponibilizar a globalidade dos estudos de modo a evitar que tal aconteça. Foi também com base nos mesmos parâmetros que se concluiu que as empresas, em regra, têm interesse em adquirir um pacote de dados que lhes permita a realização de qualquer tipo de estudos (ponto 223)). Alega-se, no parecer da Arnold & Porter, de fls. 22875 e ss, que “não é claro em que tal se baseia”. Ora, tal baseia-se em parâmetros de normalidade e razoabilidade, que se considera não terem sido infirmados.

Paulo Duarte confirmou que a Faminveste apenas vende os dados das farmácias em pacote (ponto 234)).

Os factos relativos à descrição do Farmalink e Sifarma (pontos 235) a 239)) resultaram das informações prestadas pelas recorrentes, constantes de fls. 4202 e 5874.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Quanto à forma como a Farminveste IPG tem acesso aos dados das farmácias (ponto 240)), os factos em apreço resultaram, entre outros, do depoimento de Miguel Lança.

No que respeita à quantificação do universo de farmácias que cede dados à Farminveste IPG (pontos 241) a 244)), os factos respetivos foram retirados das informações prestadas pelas recorrentes, constantes de fls. 2549 a 2574 e 4065.

No que concerne às formas possíveis de acesso aos dados das farmácias (pontos 245) e 246)), concluiu-se que o mesmo apenas é possível através da Farminveste IPG ou farmácia a farmácia, face à ausência de qualquer elemento minimamente consistente quanto à existência de outras formas. Incluiu-se a referência à eventual intervenção mediadora de grupos de farmácias, uma vez que resultou, entre o mais, do depoimento de Hugo Mendes e de Miguel Pedro, que a IMS negocia com grupos de farmácias. Neste sentido, Miguel Pedro referiu que cede dados à IMS, através do Grupo Holon, e que nunca foi contactado diretamente pela IMS. Note-se, contudo, que os grupos intervêm apenas como mediadores, ou seja, não são os grupos que compram os dados às farmácias e que depois os vendem como entendem, pelo que a relação comercial/contratual tem de ser estabelecida farmácia a farmácia. Assim, neste sentido Isaura Martinho, proprietária da Farmácia Marvila desde 1995, afirmou pertencer atualmente ao Grupo Mais e ter deixado de ceder dados à IMS. Isto demonstra que o Grupo apenas intervém na negociação, mas a relação contratual quanto à cedência de dados para um determinado fim pertence a cada uma das farmácias do Grupo. É verdade que, tal como se explicitará infra, sucederam casos de cedência de dados à IMS através de Grupos que não eram do conhecimento das farmácias envolvidas. Isaura Martinho referiu ter sido vítima deste procedimento por parte do Grupo Holon a que pertencia, tendo afirmado que julgava estar a ceder dados ao Grupo para efeitos de negociação com os fornecedores. Esta explicação demonstra que o procedimento foi anómalo. Nesta medida conclui-se que, mesmo quando a negociação é efetuada através de Grupos, a relação comercial/contratual de compra dos dados tem de ser realizada farmácia a farmácia, porque estas não cedem os dados ao Grupo para estes disporem dos mesmos livremente, intervindo apenas como mediador.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Quanto ao preço pelo qual a Farminveste IPG venderia os dados a terceiros (pontos 247) e 248)), a decisão da AdC sustentou-se na informação prestada pela recorrente, constante de fls. 16721 verso. Sobre esta matéria referiu Paulo Duarte, nas declarações prestadas na audiência de julgamento, que a IMS nunca solicitou o preço fixado pela decisão arbitral de € 150,00, que não teriam razões para praticar um preço diferente daquele que estavam a aplicar à HMR, que ponderaram, no decurso do processo, a alteração do preço, tendo proposto à AdC um preço diferente, de € 212,00 (preço que não permitia a compressão de margens), como forma de regularização e para não estarem permanentemente neste processo. Mais referiu que o preço cobrado à HMR é um preço de transferência interno, que quando foi fixado inicialmente permitia antever a obtenção de lucro, que estiveram 5/6 anos sob o escrutínio da AdC, *“que era o que mais faltava”* serem acusados de praticar um preço discriminatório e que qualquer movimento que fizessem seriam mal interpretados. Por sua vez, Bonifácio Lopes, diretor financeiro da ANF, referiu que o preço de € 255,00 já tinha sido estabelecido no acordo com a IMS, tendo em conta as projeções que existiam quanto àquilo que o negócio iria gerar. Mais afirmou que se trata de um preço de transferência e que foram buscar a única referência de mercado que dispunham. Acrescentou ainda que era o preço que tinham de praticar sob pena de estarem a correr o risco de práticas discriminatórias, o que resultou do diálogo com os seus advogados. Referiu também, neste sentido, que, quando foi elaborada a resposta, a intenção não era a de afirmar que iriam efetuar o preço de € 255,00, mas a questão da discriminação, até porque já havia a decisão do tribunal arbitral a fixar 150 euros. Mais esclareceu que foi efetuado um plano de negócios e que, de acordo com esse plano, o negócio seria rentável com o preço de € 255,00. Consta ainda, no parecer elaborado pela RBB Economics, de fls. 22860 e ss, que o *“preço de 2008 foi negociado entre a ANF e a IMS antes da crise económica e antes da entrada da HMR e, como tal, é provável que tivesse sido renegociado se tivesse sido solicitado à ANF que o fornecesse numa fase posterior”* e que *“o preço de € 255 entre a Farminveste e a HMR corresponde de facto a um preço de transferência interno e, por isso, não é indicativo de qual seria o*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

resultado das negociações entre a ANF e potenciais clientes que pudessem ter querido adquirir esses dados”.

Considera-se que as declarações prestadas por Paulo Duarte e Bonifácio Lopes não mereceram credibilidade, nesta parte, nem se concorda com as asserções tecidas, sobre esta matéria, pela RBB Economics. E a razão principal pela qual assim se entende não se deve tanto à resposta dada pela Farminveste IPG, de fls. 16721 e verso, mas a dois conjuntos de razões essenciais.

Em primeiro lugar, a circunstância da Farminveste IPG ter mantido sempre o preço de € 255,00, quando, por um lado e de um ponto de vista puramente interno, tinha interesse em reduzi-lo e, por outro lado, não havia obstáculos a que o fizesse. Assim, havia razões para baixar o preço do ponto de vista puramente interno (ou seja, caso não se pretendesse produzir com o mesmo efeitos externos em relação a concorrentes e potenciais concorrentes), porque a HMR se deparava, do ponto de vista contabilístico, com problemas importantes, decorrentes do facto de apresentar sucessivos prejuízos, conforme foi esclarecido por Carlos Grenha, Revisor Oficial de Contas (ROC) de todas as recorrentes. Efetivamente Carlos Grenha afirmou que o facto da HMR ter apresentado resultados negativos ao longo dos anos tem levado à verificação do art. 35º do Código das Sociedades Comerciais (indícios de perda de capital). Mais esclareceu que a aplicação desta norma legal tem sido afastada com injeções diretas de dinheiro que possam suprir essas deficiências, para continuar a sua atividade em perfeita regularidade (existiam participações suplementares à volta de 10 milhões em relação ao capital social inicial, em 2015), factos que não poderiam deixar de ser do conhecimento das recorrentes.

Por outro lado, não havia obstáculos para se proceder à redução de preço e eliminar esses constrangimentos contabilísticos. Com efeito, sem prejuízo de se entender que a decisão arbitral não impunha essa redução – pois a decisão arbitral não fixa este preço no dispositivo da decisão, consubstanciando apenas um pressuposto da fundamentação, pelo que, mesmo no âmbito puramente privado das relações entre a ANF e a IMS, a primeira não estava obrigada, por força da decisão, a contratar ao preço de € 150,00, não sendo credível que as recorrentes não dispusessem desta informação uma vez que sempre



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

estiveram assessoradas juridicamente, e, no plano contraordenacional, as recorrentes sabem que o Tribunal Arbitral não é a AdC, tendo Paulo Duarte referido, de forma bastante ilustrativa e a propósito do facto de terem questionado a AdC sobre qual seria o preço que deveriam cobrar, que esta entidade lhes merece mais consideração – o certo é que a Farminveste IPG podia justamente invocar o acatamento da decisão arbitral (cujo recurso teve efeito meramente devolutivo – cfr. fls. 24368 e ss), para baixar o preço que cobrava à HMR, sem incorrer no risco de ser acusada de discriminação ou do seu comportamento consubstanciar uma confissão quanto à existência de um preço excessivo, pois estaria em linha com um facto novo e com uma postura de cautela, designadamente a decisão arbitral. O que nunca sucedeu.

Em segundo lugar, se a ANF, em 2009, estava convencida que tinha razões para cobrar o preço de € 255,00, essas razões tornaram-se ainda mais fortes com a criação da HMR, pois, pese embora Paulo Duarte tenha dito que o sucesso da HMR não está dependente dos dados das farmácias, o certo é que foi esse fator o principal responsável, face a um número significativo das respostas dadas aos questionários dirigidos pela AdC à indústria farmacêutica, nos termos já analisados, pela angariação de clientes pela HMR. Esse elemento é inclusive salientado pela HMR, nomeadamente no seu relatório e contas de 2012, no qual se refere que a “oferta da hmr é constituída por produtos e serviços inovadores tendo como base dados recolhidos num painel de cerca de 2.350 farmácias” (cfr. fls. 16711 e ss). O mesmo resulta da participação criminal efetuada pela ANF e pela Farminveste IPG contra a IMS, na qual se exarou que os dados das farmácias “constituem uma preciosa fonte de informação para as empresas operando neste sector da indústria farmacêutica” e bem assim que tal informação é “de enorme valor », pois pressupõe uma análise mais fina do comportamento dos consumidores na aquisição de fármacos e de outros produtos” (cfr. fls. 24349 e ss). Afirmções efetuadas por João Cordeiro demonstram o mesmo. Assim, pese embora tenha afirmado que os dados das farmácias são substituíveis pelos dados dos grossistas, também referiu que se estivesse no lugar da indústria obviamente preferia sell-out do que sell-in, que a informação relativamente a venda tem um rigor diferente da compra do sell-in, que o único país que negociava dados



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

de sell-out credíveis era Portugal e que a sua informação era muito mais valiosa que a dos grossistas. E não se diga que a Farminveste IPG ganharia mais dinheiro se vendesse os dados das farmácias por € 150,00 à IMS e à HMR, pois o preço pago pela HMR não se traduz num acréscimo efetivo de riqueza para o Grupo ANF.

As asserções precedentes permitem sustentar a fundada convicção de que as recorrentes tinham todo o interesse em manter um preço que bloqueasse interessados e potenciais interessados na aquisição dos dados e mantiveram o preço de € 255,00 com esse propósito, sendo o mesmo uma expressão efetiva daquela que seria a vontade da Farminveste quanto ao preço que cobraria, caso a aquisição dos mesmos lhe tivesse sido solicitada.

No que respeita aos factos relativos ao módulo de extração instalado pela IMS (pontos 249) a 255)), a instalação do módulo de extração é um facto incontrovertido, admitido pelas recorrentes e confirmado, entre outros meios de prova, pela própria participação criminal junta a fls. 24351 e ss.

Quanto ao período durante o qual o módulo de extração esteve instalado, considerou-se a data da participação criminal de fls. 24351 e ss, o depoimento de Hugo Mendes que localizou a remoção do módulo em 2012 fazendo referência às buscas de que a IMS foi alvo e que foram noticiadas, em conjugação com a data das notícias constantes a fls. 3211 e 3212, sendo lógico que a módulo tenha sido removido após as buscas. Nesta medida, os depoimentos de Celso Vieira, funcionário da Glintt desde 2000, e Miguel Lança no sentido de que o módulo foi removido em final de 2011 não mereceram credibilidade, admitindo-se imprecisão temporal involuntária da parte das testemunhas.

Quanto ao número de farmácias envolvidas, este segmento resultou do depoimento de Carlos Godinho colaborador da IMS desde 1988 sempre na área de informática, que participou na instalação do módulo em algumas farmácias, não havendo razões, face à demais prova produzida, para duvidar do seu depoimento nesta parte.

Relativamente à autorização das farmácias, cumpre esclarecer, em primeiro lugar, que não é minimamente razoável admitir que a IMS se atrevesse a efetuar a instalação do módulo de extração sem uma qualquer autorização da parte da farmácia ou de um grupo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

de farmácias, neste caso na convicção de que a própria farmácia assim o havia consentido, ou seja, de forma oculta e deliberada, pois não seria uma solução sustentável a médio e longo prazo, dada a elevada probabilidade de ser detetado e a gravidade das consequências, em termos de imagem, para a IMS. As sentenças juntas pelas recorrentes proferidas por tribunais espanhóis, constantes de fls. 24129 e ss, não são suscetíveis de afastar estas asserções, pois reportam-se a um litígio de natureza civil, substancialmente distinto de uma atuação que pode assumir contornos criminais.

Não obstante isso, admite-se a possibilidade do módulo de extração ter sido instalado em algumas farmácias, não pela IMS mas por um Grupo de Farmácias, sem que as mesmas tivessem, individualmente, prestado o seu consentimento para o efeito. Assim, afirmaram Isaura Martinho, proprietária da Farmácia Marvila desde 1995, e Maria Alexandra Pereira que o Grupo Holon, ao qual pertenciam, procedeu à instalação do módulo de extração nos seus computadores sem as mesmas terem conhecimento de que se destinava a ceder dados à IMS, estando convencidas de que se destinava a transmitir dados ao Grupo para efeitos de negociação de produtos farmacêuticos em nome do Grupo. Admite-se como possível que tal tenha sucedido, na medida em que Hugo Mendes referiu, a propósito das autorizações, que havia casos de grupos de farmácias. Acresce ainda que Carlos Godinho, que participou na instalação do módulo, afirmou que havia uma parceria com um grupo, o Grupo Holon, e que o módulo de extração foi entregue a esse grupo para eles fazerem a instalação. Face a tais meios de prova, conclui-se que existiram casos em que o módulo de extração foi instalado em farmácias, que individualmente não prestaram o seu consentimento, devido à intervenção e por atuação direta, nos termos descritos, pelo referido grupo de farmácia.

No que respeita à remoção do módulo, sem comunicação prévia à IMS e sem comunicação ou autorização prévia e individualizada das farmácias afetadas, tal facto foi inferido do depoimento de Miguel Lança.

Quanto às consequências da remoção para a IMS, foram levados em consideração os depoimentos de Hugo Mendes e Filomena Santos, que são consentâneos, nesta parte, com padrões de normalidade e razoabilidade. Ao que acresce as notícias divulgadas na



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

comunicação social *supra* referidas, que são evidenciadoras de que o episódio em causa foi divulgado publicamente.

Relativamente ao facto do módulo de extração interferir com o desempenho das bases de dados e de terem existido queixas das farmácias que se veio a descobrir estarem relacionadas com este facto (alíneas f) a h)), considera-se que a prova produzida não foi convincente. É certo que Isaura Martinho referiu que o sistema ficava mais lento, que ia a baixo, bloqueava mais vezes que o normal e que telefonou à Glinnt para resolver o problema. Contudo, também referiu desconhecer se isso estava relacionado com a cedência de dados. Maria Pereira fez igualmente alusão ao facto de, durante aquele período, o sistema ir abaixo, que podia ser de manhã ou à tarde, que contactou a assistência técnica. No entanto, também não resultou do seu depoimento um conhecimento cabal quanto ao facto destes problemas estarem relacionados com o módulo de extração. Para além disso, Miguel Pedro e Gonçalo Paulino referiram que, durante o período de instalação do módulo de extração, do qual tinham conhecimento, não detetaram problemas no sistema informático. É certo ainda que Manuel Lopes Rocha, advogado que subscreveu a participação criminal apresentada pela ANF e pela Farminveste IPG referiu que algumas farmácias se queixaram do sistema, sobretudo da lentidão a determinadas horas do dia e que se recorda de terem falado que havia farmácias com problemas em vários pontos de país. Tratando-se de informação que lhe foi transmitida, não significa que seja verdadeira. É verdade ainda que tais queixas e interferências com o sistema foram descritas, com mais pormenores técnicos, por Celso Vieira (colaborador da Glinnt desde o ano 2000) e Miguel Lança e, em termos gerais, por João Cordeiro. Sucede que a razão relatada, na participação criminal, que conduziu à descoberta do módulo de extração não se reconduz às alegadas queixas das farmácias. Efetivamente, o que se extrai da participação é que foi na “sequência de um processo de atualização da informação técnico-profissional nas Farmácias que estava a ser efetuada por técnicos da Glinnt, (...), detetou-se que a base de dados dessa Farmácia, em concreto, estava estranhamente em utilização (...). Na sequência dessa deteção, foi feita, por técnicos das participantes, uma investigação mais alargada que detetou a existência desse



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

software ... em 178 farmácias” (fls. 24353). Factualidade que não coincide com o relato de Celso Vieira, do qual resultou que a descoberta do módulo de extração esteve relacionada com as queixas das farmácias. É certo que, na participação, se refere que o software em causa “afeta o desempenho das bases de dados, uma vez que executa processos durante o período de funcionamento das farmácias, e a largura de banda uma vez que existe download e upload de informação numa altura específica do dia, coincidente com a actividades críticas para a Farmácia, nomeadamente no arranque do sistema” (fls. 24354). Contudo, não é efetuada qualquer alusão concreta a queixas das farmácias. Nesta medida, os depoimentos referidos, no sentido de terem existido queixas das farmácias, que essas queixas estava relacionadas com o módulo de extração e bem assim que este interferia com o desempenho das bases de dados não foram convincentes e tais factos ficaram por demonstrar.

Alegaram ainda as recorrentes ANF e Farminveste IPG, no requerimento com a ref.^a 23853, que a remoção do módulo de extração era um direito que lhes assistia, em virtude da conjugação do art. 7º e 11º, ambos do DL nº 122/2000, de 04.07, uma vez que as informações constantes da tabela do Sifarma – onde se processa a correlação entre os medicamentos, as suas patologias e os alertas aos consumidores – subsumem-se ao conceito de “base de dados” nos termos e para os efeitos do art. 2º/2, do aludido diploma. Neste sentido, Miguel Lança também referiu que o módulo de extração retirava informação vasta do dicionário, que contém a caracterização e composição do produto, sendo inaceitável porque é trabalho e propriedade da ANF. Mais acrescentou que, mesmo que as farmácias tivessem consentido na extração dos dados, continuava a justificar-se a remoção e a apresentação da queixa devido, entre o mais, aos direitos de propriedade intelectual em relação a esses elementos.

Analisada a participação criminal, de fls. 24351, especificamente a informação que era retirada através do módulo de extração e que consta a fls. 24335 verifica-se que não é feita referência à “correlação entre os medicamentos, as suas patologias e os alertas aos consumidores” (alínea v)), que são os pontos que, na alegação das recorrentes, corporizam



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

os alegados direitos de propriedade intelectual. Razão pela qual esta matéria ficou por demonstrar.

No que respeita aos factos relativos aos possíveis modos técnicos de recolha e transmissão de dados (pontos 256) a 311)), a replicação de todos os registos de operações que implicaria a instalação de dois sistemas de gestão paralelos foi confirmada, em audiência de julgamento por Celso Vieira e por Carlos Godinho. É uma asserção lógica, assente em padrões de normalidade e razoabilidade, que essa solução comporta custos e é inviável, pois não é credível que os farmacêuticos estivessem dispostos a replicar todas as operações, mediante uma contrapartida financeira não exorbitante e comportável para a empresa de estudos de mercado, apenas para cederem dados à mesma.

No que respeita ao acesso de dados com recurso à transmissão de relatórios de gestão por email, os factos respetivos resultaram da informação prestada pela IMS a fls. 17247, 17250 e 17253, que se considera credível, tendo em conta que o próprio Parecer elaborado pela Equipa Cracs/Inesc Tec, de fls. 19485 e ss, refere a propósito dos relatórios que “não é fácil automatizar o processamento do seu conteúdo já que os relatórios foram criados e são mantidos com vista a serem interpretados pelos farmacêuticos” (fls. 19494). Para além disso, no que respeita à necessidade de um back office para o envio por email, considera-se tal informação razoável e, nessa medida, credível, tendo em conta a maior falibilidade da intervenção de uma pessoa no procedimento. Não resultou da prova produzida que, para além da remuneração das farmácias, este método implique custos para a empresa de estudos relativos à remuneração do técnico de farmácia (alínea i)).

Quanto ao método de recolha farmácia a farmácia, os factos respetivos à circunstância desse método condicionar o tempo para o seu tratamento foram confirmados, entre outros, por Fernando Casaca, funcionário da IMS desde 2010 que participou na angariação de farmácias, e por Carlos Godinho, depoimentos que mereceram credibilidade tendo em conta que, conforme já referido e resultou inclusive das declarações de Paulo Duarte, há uma diferença em termos de disponibilização dos estudos entre a IMS e a HMR. Diferença essa que apenas pode ser compreendida devido aos métodos utilizados. O facto dessa diferença se traduzir numa desvantagem



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

competitiva para a IMS resultou da informação de fls. 17237 prestada por esta empresa, que mereceu credibilidade tendo em conta que Sofia Guerreiro confirmou que uma das vantagens da HMR é o prazo de entrega, salientando que a informação mensal começa a ser disponibilizada pela HMR ao 3º dia útil do mês seguinte. Também Paulo Duarte referiu que este fator é uma vantagem competitiva. O que, note-se, não é incompatível com o facto deste elemento não ser determinante para as escolhas da indústria farmacêutica em termos de substituíbilidade entre os estudos. Com efeito, podendo ser importante em termos de opção entre os estudos considerando o fator preço e nessa medida uma vantagem competitiva, não é, conforme se explicitará *infra*, essencial independentemente das variações de preços. O facto da recolha manual diária ou semanal não ser economicamente viável sustenta-se na informação prestada pela IMS de fls. 16938, da qual não se duvida face à sua razoabilidade. Quanto ao facto deste processo não permitir à IMS obter os dados comerciais das farmácias para manter a oferta que tinha antes do corte, tal deve-se ao facto de antes do corte a IMS disponibilizar estudos com periodicidade inferior à mensal, conforme resulta dos factos respetivos e sua fundamentação para os quais se remete.

Quanto aos demais modos de recolha, indicados pelas recorrentes, a generalidade dos factos fundou-se no parecer elaborado pelo INESC TEC, de fls. 19485 e ss, e, em relação aos quais, não foi infirmado pela demais prova produzida. Impõe-se apenas destacar alguns pontos.

Assim, quanto ao Infoprex, deu-se como não provado que a produção diária do Infoprex implicaria a disponibilização por parte do farmacêutico de 20 minutos ou mais diariamente (alínea j)), uma vez que tal facto não tem suporte no parecer referido, nem resultou da prova produzida nenhum elemento suficientemente seguro passível de o confirmar.

No que respeita ao user Exporta, o facto do mesmo se traduzir, em último termo, na criação de um ficheiro, que depois tem de ser transmitido, o método de implementação e o número de farmácias aderentes, foram confirmados pelas recorrentes a fls. 19587, 20001 e 20011. Quanto às razões que motivam a necessidade do pedido, os factos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

respetivos fundam-se na informação prestada pelas recorrentes a fls. 20025 e 20026. No que respeita ao facto do pedido de criação do exporta alertar o Grupo ANF para o início da colaboração de tal farmácia com um concorrente da HMR/ANF, admite-se, tal como referiu Celso Vieira, que o pedido e a criação do user não está dependente de informação por parte da farmácia quanto ao uso que lhe vai dar. Contudo, é uma evidência lógica, sustentada em parâmetros de normalidade e razoabilidade, que o facto de existir um pedido pode conduzir ao conhecimento dessa informação, pois, à partida, não há nenhuma razão que leve a farmácia a ocultar esse facto, caso seja questionada sobre o mesmo. No que respeita ao facto desta solução poder ser inviável devido à circunstância de estar dependente de um pedido ao Grupo ANF remete-se para as razões exaradas a propósito das dificuldades que a IMS teve de enfrentar para angariar farmácias. Relativamente ao facto do Grupo ANF ter controlo sobre o que a farmácia solicita e que informação será disponibilizada através do exporta, concluiu-se que tal é tecnicamente possível, porquanto, pese embora Celso Vieira, ter afirmado, num primeiro momento, que tecnicamente não conseguem ver o resultado dos query's (comando de pesquisa), o certo é que, após ter referido que conseguiam perceber o query que era efetuado no módulo de extração, mas em tempo real para não sobrecarregar o sistema, seleccionando as evidências que querem registar, pois caso contrário fica uma solução muito cara e exagerada para o dia-a-dia, acabou por confirmar que, no exporta, também conseguem ver o query em tempo real. Mais referiu que ter estes mecanismos de monitorização sempre em operação vão degradar a resposta, o que é um exagero para a atividade. Resulta, assim, do depoimento da testemunha que tecnicamente é possível saber os conteúdos que são retirados através do exporta, simplesmente a instalação destes mecanismos de monitorização como rotina sobrecarrega o sistema. Ora, a averiguação daquilo que um terceiro retira através do exporta, não sendo razoável admitir que isso varia de farmácia para farmácia ou sofra variações temporais constantes, não exige uma monitorização permanente. Acresce ainda que João Pedro Mesquita, investigador que participou na elaboração do parecer supra referido, confirmou que tecnicamente é possível ao grupo ANF saber a informação que é disponibilizada pelo exporta, da mesma forma que seria



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

possível saber o que é que o farmacêutico está a fazer a qualquer altura. O único obstáculo que colocou foi o facto de poderem existir duas entidades a aceder aos mesmos dados e que seria muito difícil de os separar. Contudo, considerando o número de farmácias que têm o Farmalink e o Sifarma, que é muito elevado, o cenário apresentado pela testemunha, que pressupunha a existência de duas entidades a aceder aos mesmos dados em todas, é mais teórico do que prático. Em face de tais meios de prova, conclui-se que é tecnicamente possível o Grupo ANF ter controlo sobre o que a farmácia solicita e que informação está a ser disponibilizada. Quanto ao facto de se tratar de um instrumento pouco conhecido e utilizado pelas farmácias, o mesmo retira-se do número de farmácias que o utilizam e adicionalmente dos depoimentos de Isaura Martinho e de Filipa Freitas, que referiram desconhecer este mecanismo.

No que respeita ao ficheiro Saft-T, a exportação com carácter diário foi confirmada por Celso Vieira, não havendo razões para duvidar da sua credibilidade nesta parte.

Quanto ao método de cópia de segurança, o facto do acesso a todos os dados permitir o acesso a toda a informação recolhida pela farmácia, incluindo dados pessoais, sustenta-se na informação prestada pela IMS de fls. 19961, verso, sendo uma evidência lógica face à informação que as farmácias recolhem e à circunstância de estar em causa uma cópia integral de todos os seus dados.

No que respeita à automatização, retira-se do parecer supra referido que todos os métodos de recolha podem ser automatizados, o que não foi posto em causa, de forma minimamente consistente, pela demais prova produzida. Face a esta possibilidade e à ausência de prova adicional, não é possível concluir que essa automatização seja rudimentar, nem que a própria compressão de dados não fosse passível também de ser automatizada (alíneas k) e l)).

No que concerne ao facto das soluções referidas, com exceção do exporta, obrigarem a um pré tratamento após a recolha para tornar a informação diária trabalhável e que a obtenção dos dados através das bases de dados minimiza o tempo entre a recolha dos dados e a disponibilização dos respetivos estudos, foi tomado em consideração o Comentário ao Parecer Técnico elaborado pela IMS, designadamente por Carlos Godinho



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

(conforme se inferiu do seu depoimento prestado em audiência de julgamento), de fls. 19959 e ss, em conjugação com o depoimento desta testemunha, que se entendeu ser credível, tendo em conta as características dos ficheiros em causa.

Quanto à transmissão dos dados através do Farmalink, os factos provados fundaram-se, na sua generalidade, no parecer elaborado pelo INESC TEC, de fls. 19485 e ss, e, em relação aos quais, não foi infirmado pela demais prova produzida. No que respeita especificamente às questões de segurança associadas a estes métodos (alínea m)), o Comentário elaborado por Carlos Godinho não faz referência a problemas de segurança quanto ao uso de um servidor acessível na internet. No que respeita ao alojamento de ficheiros, a própria decisão impugnada não afirma a existência de efetivos problemas de segurança, mas dúvidas. Acresce ainda que Filipa Freitas referiu que, devido à avaria da box, a IMS lhe solicitou o envio dos dados através de um programa e pelo Farmalink. É certo que a testemunha esclareceu que a box permanece na farmácia, a pedido da IMS, porquanto não era caso único e iriam reclamar junto do fornecedor para perceber se podiam continuar a utilizar a box. Contudo, isso demonstra que a IMS recorre a este tipo de procedimentos, ainda que pontualmente e temporariamente.

Quanto à instalação de uma rede paralela e independente do Farmalink, os factos dados como provados resultaram das informações colhidas no âmbito da deslocação dos Técnicos da AdC à Farmácia Belém, constantes de fls. 17156 e ss. Contudo, já não resultou da prova produzida que a parametrização do servidor de forma a que o envio dos dados fosse efetuado pela linha adicional tivesse de ser efetuada pelo Grupo ANF ou que a implementação de uma rede de comunicações paralela ao Farmalink dependesse da colaboração da ANF (alíneas n) e o)). Acresce que João Mesquita referiu que isso pode ser efetuado por uma entidade externa ao Grupo ANF.

Os factos relativos à circunstância do acesso à internet ser efetuado através da rede Farmalink e de existirem preocupações de segurança que se traduzem em limitações resultou do Parecer do INESC TEC, fls. 19489 e 19490.

Quanto ao controlo que a rede Farmalink e o Sifarma atribuem ao Grupo ANF, especificamente pontos 309) a 311), é uma evidência face ao sucedido em relação ao



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

módulo de extração instalado pela IMS, que foi detetado, analisado e removido à distância pela Glintt, conforme resultou do depoimento de Celso Vieira.

É certo que é referido no Parecer Técnico que o acesso à internet faz-se através de uma firewall com filtros de conteúdos que são geridos pelo provedor de acesso à internet e que os filtros de conteúdo estão configurados para apenas bloquearem conteúdos que possam por em risco a segurança da rede, sejam moralmente questionáveis ou ilegais. Se existir algum constrangimento no acesso, uma farmácia pode pedir para relaxar os filtros que são aplicados no seu acesso à Internet (cfr. fls. 19490). Isto foi confirmado por João Mesquita em audiência de julgamento. Por sua vez, Miguel Lança referiu que podem solicitar à operadora (a MEO) o bloqueio de endereços e que não o conseguem fazer diretamente porque não acedem à firewall da PT. Ainda que se admita que tais factos são verdadeiros, resulta dos mesmos que, ainda que seja por via do provedor da rede, o Grupo ANF consegue bloquear envios para endereços, sendo o episódio relativo ao módulo de extração da IMS uma evidência disso.

Tenha-se ainda presente o depoimento de João Mesquita que, a propósito do exporta, referiu que tecnicamente é possível ao grupo ANF saber a informação que é disponibilizada pelo exporta, da mesma forma que seria possível saber o que é que o farmacêutico está a fazer a qualquer altura. Referiu ainda que a Glintt consegue controlar todo o tráfego que circula e que caso seja usado o Famalink sabe-se para quem a informação vai. A testemunha também referiu que, caso tivesse que optar por uma rede paralela de ligação à internet, colocaria um computador para fazer a ligação (em vez da colocação da pen – dispositivo de ligação à rede paralela – ao servidor), porque havia garantias que quem tivesse acesso ao servidor não conseguiria ver o que estava a fazer e era uma forma estanque que não ia criar problemas/impacto na farmácia. Note-se que atualmente, a IMS recebe os dados, de algumas farmácias aderentes, não presencialmente, como sucedia, em regra, anteriormente (para além de envios por email), mas por via informática. Contudo, essa transmissão não é automática, na medida em que pressupõe a gravação do ficheiro num dispositivo de gravação e a inserção do mesmo numa box pelo farmacêutico, independente dos computadores da farmácia, e que apenas se destina a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

enviar esses dados para a IMS. Tais factos foram confirmados, entre outros, por Carlos Godinho.

Mais conclui-se que o Grupo ANF tem vontade comercial para impossibilitar/inviabilizar qualquer método de recolha automático pelas mesmas razões que se concluiu que o preço que seria cobrado durante o período de referência a qualquer cliente/concorrente potencial seria de € 255,00, remetendo-se para as mesmas.

Quanto aos factos respeitantes à evolução do painel de farmácias da IMS (312) a 321)), avançaram as recorrentes várias explicações para o facto desta empresa ter demorado tanto a reconstruir o seu painel de farmácias, designadamente as seguintes: *a IMS sempre acreditou que não seria possível que uma empresa concorrente tivesse a longevidade e atingisse os resultados que a hmR tem alcançado; ainda que assim não fosse, a IMS calculou que mais cedo ou mais tarde poderia acabar por adquirir a hmR, o que, aliás, tentou e não conseguiu; porque nunca acreditou que a hmR se pudesse vir a expandir para outros mercados, como o fez, deixando de ser uma mera "inconveniência local" para passar a ser um verdadeiro desafio ao seu modelo de negócio numa escala mais ampla; tratando-se de matéria de alguma complexidade, a IMS acreditou que poderia vir a influenciar a AdC, fazendo-se de vítima, e justificando as eventuais perdas de receitas - que sofreu em resultado da crise económica e da entrada de um novo operador no mercado -, com o facto de não lhe ser possível aceder aos dados das farmácias, acrescentando que, em 2009, a IMS tinha não só apresentado à Autoridade a queixa que está na origem dos presentes autos, como também estava envolvida no já referido processo arbitral com a ANF e que a angariação de um painel de farmácias de modo célere poria em causa a sua credibilidade nos processos pendentes; Mais acrescenta que a IMS em pouco mais de meio ano recrutou um número substancial de farmácias, pois, no final de 2014 proclamava já deter um painel de 700 farmácias, no primeiro trimestre de 2015 já dispunha de 1100 farmácias, e, no seu business plan para 2015 (de junho de 2015), referia dispor de um painel de 1262 farmácias com um objetivo explícito de alargar esse painel para 1750 farmácias até ao final do ano de 2015. Ou seja, a IMS duplicou o seu painel em apenas um ano. Alegam ainda que do confronto das*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

respostas das farmácias com o rápido crescimento do painel da IMS, percebe-se que até muito recentemente aquelas farmácias não tinham recebido qualquer proposta séria da IMS para a aquisição dos seus dados comerciais. Explicita novamente que ao início do recrutamento de farmácias em Portugal por parte da IMS não é alheia a entrada da hmR em Espanha. Se em Portugal a IMS julgava que tinha a situação sob controlo, em Espanha a situação é bastante diferente. No espaço de um ano a hmR conseguiu um painel de farmácias competitivo (inferior a 20% do total das farmácias) e em maior número do que o da IMS. Tal permitiu-lhe começar a entrar no mercado espanhol, tendo já mais de 80 clientes. Ora, tendo muitas das empresas da indústria farmacêutica uma gestão ibérica, e atendendo à representatividade que a hmR tem vindo a conquistar junto do mercado, discutindo “taco a taco” a liderança do mesmo com a IMS em Portugal, é óbvio que a IMS tem de fazer algo mais para proteger o seu mercado em Espanha. A IMS não quer perder os clientes em Portugal, porque tal poderá significar uma quebra de receitas em Espanha. O mercado em Espanha representa quatro vezes mais do que a soma das receitas da hmR e da IMS em Portugal, se tomarmos como base a informação disponibilizada pela própria AdC. Assim, recuperar o quase monopólio que sempre teve em Portugal é uma obrigatoriedade para a IMS se defender da entrada da hmR em Espanha, e, por conseguinte, recuperar o monopólio nos dois países.

Mais alegam as recorrentes que no âmbito dos processos Ccent. 80/2005²² e Ccent. 41/2012²³, a AdC concluiu que as farmácias associadas na ANF dispõem de absoluta liberdade na sua atuação comercial. As farmácias associadas da ANF não recebem nem tampouco são sensíveis a quaisquer ordens ou instruções da associação que as representa. Acrescentam que a ANF jamais promoveu quaisquer diligências no sentido de impedir que as farmácias suas associadas cedessem os seus dados à IMS ou a qualquer outra entidade e que este facto resulta claríssimo das respostas das farmácias aos inquéritos conduzidos pela própria AdC a fls. 3548 a 5577 verso e fls. 5628 a 5759 dos autos, quantificando os resultados. Quantificação essa que foi efetuada pela testemunha

²² Decisão Ccent. 80/2005 – Farmindústria/ JMP II/ Alliance Santé/ Alliance Unichem, parágrafo 242.

²³ Decisão Ccent. 41/2012 – Farminveste/ JMP II/ Alliance Group/ Alliance Healthcare, parágrafos 385 e 386.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

José Pedro Guerreiro, estaticista e funcionário da ANF há 14 anos. Salientaram também as recorrentes, a título de exemplo, que *a fls. 3625 dos autos, a farmácia Vitalia afirma muito claramente que disponibiliza os dados à ANF, confirmando que se tivesse qualquer outra proposta séria para a aquisição por terceiros dos seus dados comerciais certamente os disponibilizaria, até porque não conhece qualquer obrigação de exclusividade na cedência dos dados à ANF*. Acrescentaram que o mesmo sucede com um conjunto alargado de farmácias, entre as quais referem apontar, *a título de meros exemplos, só algumas: (i) a farmácia Carvalho²⁴; (ii) a farmácia Lima Natário²⁵; (iii) a farmácia Barradas²⁶; (iv) a farmácia Luz Marques²⁷; (v) a farmácia Carlos Pereira Lucas²⁸; (vi) a farmácia do Padrão²⁹; (vii) a farmácia Pinho³⁰; (viii) a farmácia Fátima³¹; e (ix) a farmácia Lemos³².*

Em consonância com estas alegações, salienta-se no parecer Arnold & Porter, de fls. 22875 e ss, em síntese, que a “AdC não apresentou provas de que esforços foram genuinamente desenvolvidos pela IMS durante os cinco anos em que tentou construir o painel”.

De referir ainda que as testemunhas Isaura Martinho, Maria Pereira, Filipa Freitas e Pedro Vasques, referiram que nunca sofreram qualquer tipo de pressão, de qualquer forma, pela ANF para não cederem dados a terceiros.

Para além disso, Celso Vieira referiu que, com uma equipa de 20 pessoas, o Grupo ANF demorou seis meses a angariar e instalar a solução relativa à receita eletrónica em 1400 farmácias e que num ano uma equipa com o mesmo número de pessoas angariou 2000 farmácias para o projeto Farmácias Portuguesas. Por sua vez, Miguel Lança referiu que para recrutar 1400 farmácias diria, à luz da sua experiência, que teria de ter uma

²⁴ Fls. 4029 a 4030 dos autos.

²⁵ Fls. 4052 a 4053 dos autos.

²⁶ Fls. 5519 verso dos autos (cede dados à IMS).

²⁷ Fls. 5575 a 5577 verso dos autos (cede dados à IMS).

²⁸ Fls. 5756 a 5759 dos autos.

²⁹ Fls. 6036 a 6038 verso dos autos.

³⁰ Fls. 6157 a 6159 dos autos.

³¹ Fls. 6170 a 6172 dos autos.

³² Fls. 6224 a 6226 verso dos autos (cedeu e cessou por não saber que tipo de dados estavam a ser retirados).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

equipa de, no mínimo, de 13/14 pessoas e que, havendo resistências, a equipa teria de ser maior.

Vejamos.

Quanto à existência de uma estratégia deliberada da IMS no sentido de um recrutamento mais lento, que é avançada pelas recorrentes, considera-se que a mesma não é verosímil, desde logo, face à acentuada diminuição do seu volume de negócios. Assim, veja-se que em 2008 a IMS tinha um volume de negócios de € 18.763.875,23 (cfr. declaração de IRC de fls. 24290), em 2009 tinha um volume de negócios de € 16.929.052,55 (cfr. declaração de IRC de 2009, de fls. 24295), em 2010 tinha um volume de negócios de € 14.872.037,00 (cfr. declaração de IRC de fls. 24302), em 2011 tinha um volume de negócios de € 12.512.390,58 (cfr. declaração de IRC de fls. 24308), em 2012 tinha um volume de negócios de € 11.028.482,15 (cfr. declaração de IRC de fls. 24316) e em 2013 tinha um volume de negócios de € 8.544.985,28 (cfr. declaração de IRC de fls. 24324). Admite-se que foram anos de crise económica e que o mercado, conforme se salienta no parecer da RBB Economics, de fls. 22860 e ss, com base nos volumes de receitas totais da HMR e da IMS, tenha caído, entre 2009 e 2013 em termos globais, 5,3%. Contudo, a diminuição sofrida pela IMS, em termos globais e entre 2009 e 2013, é esmagadoramente superior. Acresce ainda que a RBB Economics ao fazer os cálculos para efeitos de apuramento de uma compressão de margens de acordo com o plano de negócios da HMR, considerou um cenário menos otimista, tendo reduzido as previsões em 10%. Nuno Alvim esclareceu, em audiência de julgamento, que não analisou o plano de negócios da HMR para saber se o mesmo era ou não razoável, referindo, entre o mais e para credibilizar ainda assim a sua análise, que *reduzir as receitas em 10% é muito*. Ora, a redução das receitas da IMS foi bastante superior. E não era necessário esperar até 2014 para ter perceção disso, porque a redução de receitas foi baixando todos os anos. Neste cenário, não é minimamente credível que a IMS tivesse demorado muito tempo a perceber que a HMR era uma concorrente muito séria. Acresce ainda que a HMR recrutou alguns funcionários qualificados da IMS, conforme afirmou Filomena Santos e confirmou Sofia Guerreiro, e não podia deixar de ser evidente para uma empresa com a experiência da IMS



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.OYÜSTR

aquilo que a ANF e a Farminveste já afirmavam em 2011, designadamente que a informação das farmácias “é de um enorme valor, pois pressupõe uma análise mais fina do comportamento dos consumidores na aquisição de farmácias e de outros produtos” (cfr. participação de fls. 24356).

O facto da IMS ter calculado ou não que mais cedo ou mais tarde poderia acabar por adquirir a HMR não afasta estas asserções, pois não é minimamente razoável aceitar que uma empresa permitisse uma redução do seu volume de negócios, sem fazer um esforço sério e efetivo para o evitar, por colocar a possibilidade de adquirir a sua concorrente, que é um facto incerto. Ao que acresce que em 2009, a ANF tinha assumido uma posição intransigente quanto ao preço dos dados e a HMR estava a ter sucesso. Para além disso, essa proposta de aquisição só veio a ocorrer, segundo as declarações de Paulo Duarte, em 2014. Conceber que a IMS, até 2014, se limitou a aguardar ou a fazer um esforço mínimo de angariação e a ver o seu volume de negócios reduzir, confiante que iria adquirir a HMR, não é credível.

Quanto à entrada da HMR em Espanha, as recorrentes tentam estabelecer relações e efeitos entre os dois mercados, mas não há o mínimo de evidência que as sustentem e que justifique sequer uma análise mais aprofundada desta temática.

No que respeita aos processos em curso, refere Mário Marques Mendes, no Parecer de fls. 23827 e ss, que “é clássica, dos manuais, a utilização das regras da concorrência por concorrentes com o objetivo de proteger as suas posições nos mercados relevantes, seja através de denúncias, junto das autoridades de concorrência competentes, a fim de porem em causa os comportamentos dos concorrentes no mercado, seja através de ações judiciais através das quais pretendem obter condenações dos concorrentes por violação das regras de concorrência, excluindo-os do mercado ou diminuindo a sua capacidade de nele permanecer” (fls. 23875). Contudo, isso não significa que as empresas estejam dispostas a correr o risco de perderem, de forma muito volumosa, as suas receitas, como foi o caso, perante procedimentos judiciais de resultado incerto (note-se que foi interposto recurso da decisão arbitral), sem garantias de uma reparação ou satisfação efetiva e plena dos seus interesses e sem uma limitação temporal segura.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

O facto da HMR ter conseguido em Espanha e num ano recrutar um painel de farmácias competitivo e em maior número do que o da IMS, também não sustenta a tese da estratégia da IMS, pois não resultou da prova produzida qualquer indício com o mínimo de consistência de que as condições do mercado sejam similares.

No que respeita às respostas dadas pelas farmácias ao inquérito efetuado pela AdC, isso não significa que as farmácias não tenham sido contactadas em momento posterior. E quanto à circunstância de existirem farmácias que estariam dispostas a ceder dados se recebessem uma “proposta séria”, como referido pela farmácia Vitália (cfr. fls. 3625), importa esclarecer que idêntica afirmação ou posição não se retira dos demais exemplos dados pelas recorrentes. E quanto à farmácia Vitália, é evidente que a existência de uma ou algumas farmácias que não aceitaram fornecer dados à IMS por não lhes agradar as condições comerciais oferecidas não significa que para as demais as condições apresentadas não fossem atrativas e que a não angariação de farmácias pela IMS se deveu essencialmente a esse facto. Note-se que, em 2010, a IMS pagava às farmácias € 1.000 por ano e em 2014 pagava € 500,00, com um software, tendo acrescentando € 250,00 quando introduziu a box, valor que é pago às farmácias aderentes, conforme referiram; entre outros, Fernando Casaca e Pedro Vasques.

No que respeita aos juízos efetuados pela AdC nos processos Ccent. 80/2005, parágrafo 242, e Ccent. 41/2012, parágrafos 385 e 386, os mesmos reportavam-se à liberdade de escolher os grossistas, ou seja, a um contexto diferente daquele que está em causa. Note-se que o abastecimento das farmácias é essencial para o negócio, enquanto que a cedência de dados é totalmente lateral, pelo que a possibilidade de influência da ANF sobre as decisões das farmácias num e noutro contexto é completamente distinto. Tenha-se ainda em conta que essa possibilidade de influenciar as decisões das farmácias não implica necessariamente formas de pressão diretas ou explícitas. Efetivamente, o envolvimento que as farmácias têm com a ANF e o peso que esta representa para as mesmas (que inclusive se verifica a nível financeiro, devido ao adiantamento das participações), não sentem essa pressão por via indireta. Sobretudo quando recebem circulares da ANF, que evidenciam claramente uma animosidade entre o Associação e a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

IMS. Veja-se o teor da circular de 29.05.2009, de fls. 3204, na qual a ANF, para além de invocar o incumprimento da IMS, de referir a criação da HMR, salienta, no final, que lamenta que “a IMS tenha violado de forma tão grosseira o acordo que voluntariamente subscreveu, demonstrando falta de boa fé e pondo em causa a confiança que a ANF depositava naquela empresa”. Veja-se também a circular de 17.03.2011, junta a fls. 3208, na qual se refere o facto da IMS peticionar uma indemnização de 20 milhões e ter apresentado queixa na AdC. Refira-se ainda o caso da Farmácia Viriato, que, em resposta ao inquérito da AdC, refere que “[d]e livre vontade as informações da actividade comercial não são disponibilizadas. No entanto, tem-se noção que a HMR recebe dados das vendas das farmácias pelo próprio sistema, este controlado pela Glintt, a HMR controlada pelo grupo ANF”, conforme resulta de fls. 13911.

No que respeita às afirmações efetuadas por Celso Vieira quanto à angariação de farmácias em projetos da iniciativa da ANF, das mesmas também nada se retira de relevante, na medida em que relativamente à ANF não se verificavam as dificuldades que uma entidade terceira, com conflitos com a ANF, teria. Quanto às afirmações de Miguel Lança, o número de pessoas envolvida numa equipa de angariação, só por si, não é o fator suficiente para afastar a existência de outros obstáculos, como a resistência da parte do público-alvo.

Quanto à evolução do painel a partir do final de 2014, é verdade que, no primeiro trimestre de 2015, a IMS afirmava ter mais de 1100 farmácias, conforme resulta do email subscrito por Fernando Casaca, junto a fls. 19459, e, nos planos de negócios de 2015, referia dispor de um painel de farmácias com 1262, com o objeto de alargar o painel para 1750 – cfr. fls. 18994 e ss e 19457 e ss. Objetivo este que, note-se, não foi alcançado, tendo a testemunha Fernando Casaca, entre outras, esclarecido que atualmente a IMS tem 1380 farmácias, não havendo razões para duvidar do seu depoimento nesta parte. Em todo o caso, verifica-se efetivamente uma evolução, sobretudo no primeiro semestre de 2015, mais rápida do que aquela que ocorreu entre 2010 e o final de 2014. Contudo, essa evolução não é incompatível com a existência de resistências na angariação, cuja intensidade foi variando ao longo do tempo, conforme resultou do depoimento de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

Fernando Casaca. Também não significa que a IMS não fez um esforço efetivo de angariação antes de 2015, pois o reforço da equipa de angariação de 4 pessoas, mais uma pessoa de apoio na sede, para 12 pessoas, teve lugar, conforme referiu Fernando Casaca, em 2014 e não em 2015. É certo que a testemunha afirmou que em 2014 “*arrancaram o ano em força*”, podendo-se inferir destas palavras que, antes, a equipa não era suficiente e que foi devido a esse fator que a angariação foi mais lenta. Não se concorda com esta asserção, pois trata-se, em primeiro lugar, de uma expressão isolada, que não afasta o resto do depoimento da testemunha, tendo Fernando Casaca afirmado que a fase inicial, de 2010 a 2012, foi muito difícil, as farmácias estavam completamente desligadas, não se conseguia criar uma conversa mínima, ouviam falar da IMS e “*esqueçam*”, que o problema era o facto de as farmácias estarem completamente fechadas e que podiam lá estar mais pessoas que era *a mesma coisa*. Mais referiu que, entretanto, os grupos de farmácias se consolidaram, o que facilitou a angariação, porque têm uma perspetiva mais economicista. Afirmou ainda que atualmente continua a existir resistência, devido ao facto das farmácias serem associadas da ANF. Para além disso, o reforço da equipa foi, conforme referido, anterior a 2015. Hugo Mendes também afirmou que desde a decisão da AdC que tiveram farmácias a desistir.

É certo também que Fernando Casaca, antes de trabalhar para a IMS, tinha formação em gestão hoteleira e experiência no ramo de venda de automóveis. Contudo, isso não significa que não tivesse as aptidões necessárias para angariar farmácias e que, rapidamente, não tenha apreendido as particularidades do setor.

É verdade ainda que, mais recentemente, a IMS adotou o procedimento de instalação de boxes, com uma ligação autónoma à internet, evitando a recolha presencial de dados em relação às farmácias aderentes. Contudo, continua a ser um procedimento que exige a intervenção do farmacêutico e que não exclui as dificuldades de angariação.

Não há, por conseguinte, nenhuma razão para não conferir credibilidade às testemunhas Hugo Mendes, Filomena Santos, Fernando Casaca, João Paulo Marques (analista de programação da IMS desde 1988 e que também participou no processo de recrutamento por contacto telefónico através da sede) e Nuno Oliveira (colaborador da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

IMS na angariação de farmácias a partir de 2014) quanto: às dificuldades que a IMS teve e tem na angariação; quanto à evolução do painel que atualmente é de cerca de 1380 farmácias, não tendo a IMS conseguido atingir as 1531; quanto ao facto de tal não se ter devido ao facto de não ter empreendido um esforço sério e efetivo, mas devido sobretudo a resistências na angariação, decorrentes da circunstância da maior parte das farmácias serem associadas da ANF, podendo-se concluir dos seus depoimentos que uma equipa mais alargada ou a adoção do método de recolha e transmissão através da box, entretanto adotado, ou por upload de ficheiros (que também implicado intervenção humana) não teria conduzido a resultados com uma diferença relevante; quanto aos modos de recolha de dados das farmácias com Sifarma (presencial, por email e, mas recentemente, através da box); quanto ao impacto nos estudos que produziam no final de 2014 e na data da sua disponibilização, impossibilitando a IMS de apresentar os estudos na primeira semana do mês seguinte. Face ao teor de tais depoimentos, também não há razões para duvidar da veracidade das informações prestadas pela IMS, constantes de fls. 16385 e 16378, tendo, assim, os factos em análise resultado de tais informações e da prova testemunhal indicada.

Quanto aos factos relativos à desagregação temporal (pontos 322) a 330)), a asserção de que os dados dos relatórios com maior agregação temporal podem ser agregados em dados com menor desagregação temporal é uma evidência lógica. Por sua vez, os preços praticados pela HMR constam a fls. 4121, fls. 4123 e fls. 4123, verso.

Relativamente ao facto da desagregação temporal depender da forma de recolha dos dados é uma decorrência lógica e necessária do facto dos métodos de recolha e transmissão com intervenção humana não serem viáveis com uma periodicidade inferior à mensal, quer porque, conforme já referido, a recolha presencial pela empresa de estudos é economicamente inviável, quer porque não é verosímil que, sem prejuízo de algum farmacêutico estar disponível para enviar os dados diariamente (como afirmou Filipa Freitas), a esmagadora maioria não estaria. Para além disso, esse envio diário implicaria um esforço de pré-tratamento (no caso de ficheiros que não o ficheiro gerado pelo exporta) e/ou de resolução de falhas de envio que, em consonância com o depoimento de Carlos Godinho, não seria funcional.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

No que respeita aos factos relativos à desagregação regional (pontos 331) a 335)), o facto dos estudos regionais com maior desagregação geográfica permitirem às empresas proceder a análises que estudos com menor desagregação não permitem e de os dados dos relatórios dos primeiros poderem ser agregados em dados com menor desagregação são evidências lógicas. No que respeita à viabilidade desta agregação, os preços resultam das tabelas que constam a fls. 4121, fls. 4123 e fls. 4123, verso, e as asserções relativas ao tempo consideram-se lógicas. O número de regiões oferecido pela ANF foi confirmado por Sofia Guerreiro.

O âmbito geográfico dos estudos (ponto 336)) resulta do tipo de estudos disponibilizados pela HMR e pela IMS.

No que respeita à existência de um quadro legislativo e regulatório que faz com que as empresas multinacionais necessitem de comprar os estudos junto de cada Estado-Membro (ponto 337)), admite-se este facto como verdadeiro tendo em conta que mesmo empresas multinacionais, como a IMS, produzem os estudos em Portugal para o mercado nacional.

Os factos expostos nos pontos 338) a 341) são incontrovertidos face à generalidade da prova produzida.

No que respeita aos estudos produzidos pela HMR e pela IMS (pontos 342) a 355)), a factualidade respetiva, no que respeita à HMR, resultou das informações prestadas a fls. 16899 e 17036.

Quanto aos estudos produzidos pela IMS antes do corte de fornecimento, os factos respetivos resultam das informações prestadas pela IMS, constantes de fls. 466, fls. 482, fls. 490, fls. 491, 3405, 3412 a fls. 3415, fls. 16404 e fls. 16405, fls. 15986 e fls. 15987, 15988, e fls. 17235 a fls. 17237, que mereceram credibilidade, na medida em que, em termos gerais, se mostraram consentâneas com os depoimentos prestados por Hugo Mendes, Filomena Santos e Carlos Godinho e bem assim com a importância que os dados das farmácias tinham em cada uma das áreas de consumo, sendo bastante mais significativa, face às vendas diretas, em relação ao CH que não OTC's. E foi por esta razão que o depoimento de Sofia Guerreiro no sentido de que as farmácias que a IMS



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16:0YUSTR

dispunha aquando do corte permitiam efetuar estudos nacionais de CH, que não OTC's, não mereceu credibilidade. Impõem-se ainda alguns esclarecimentos adicionais. Quanto ao X-ponent, a produção do estudo e comercialização no segundo trimestre de 2008 resultou do depoimento de Filomena Santos e retira-se também da informação prestada pelos Laboratórios Vitória já referida e pela Merck, de fls. 14577 e 14578, que a IMS chegou a fornecer este estudo. Quanto ao lançamento de um estudo regional de *sell-out* para 154 regiões (alínea p)), pese embora Hugo Mendes e de Filomena Santos tenha afirmado que havia um projeto de migração do *sell-in* para o *sell-out*, não referiram nenhum pormenor em concreto, nem há nenhuma evidência adicional, em termos de planeamento, que concretize essa intenção. Razão pela qual tal facto ficou por demonstrar. Impõe-se ainda referir que dos aludidos meios de prova resulta que, pese embora a IMS também disponibilizasse estudos sobre alguns produtos de CH baseados no canal grossistas, os estudos em causa eram produzidos apenas com base no canal farmácias que a IMS dispunha e não com base num painel armazenista combinado com um pequeno painel de farmácias.

No que respeita às quotas de mercados (ponto 356)) constantes nos factos provados (que têm como pressuposto e enquadramento os mercados de estudos baseados nos dados comerciais das farmácias definidos pela AdC na decisão impugnada), a AdC baseou os cálculos efetuados nas informações colhidas dos Relatórios e Contas da HMR de 2010 (fls. 4145), de 2011 (fls. 4178) e de 2013 (fls. 17040) e bem assim na informação prestada pela IMS, de fls. 17279. Tendo em conta os estudos que a IMS deixou de fornecer após o corte e a diminuição do seu volume de receitas durante o período em questão (factos já analisados), não há razões para duvidar dos valores apresentados pela mesma. Também não há razões para duvidar da correção dos cálculos efetuados com base nas fontes de informação referidas.

A evolução da quantidade de estudos vendidos pela HMR e os factos relativos ao *Pharmacy Watch* (pontos 358) a 360)), resultam das informações indicadas nos factos provados.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

Quanto à factualidade referente ao peso da ANF junto das suas associadas (ponto 361)), considera-se que se trata de uma evidência decorrente do tipo de serviços que são prestados pela ANF às suas associadas e bem assim do próprio número de associados, que inclui a esmagadora maioria das farmácias.

No que respeita às tabelas 6 a 10 (pontos 362) a 366)), os valores indicados na tabela 6 correspondem à divisão do volume de vendas total pela quantidade total de estudos baseados nos dados das farmácias vendidos, tendo sido consideradas, tal como se refere na decisão da AdC, as informações constantes dos Relatórios & Contas da HMR de 2010, 2011, 2012 e 2013 (cfr. fls. 4139 a 4164, 4173 a 4193, 16711 a 16720 e 17037 a 17047), nomeadamente, no que se refere ao valor das vendas e serviços prestados, conforme resulta do teor de fls. 4145, fls. 4178 e fls. 17040 dos autos, e a informação fornecida em resposta ao pedido de elementos da AdC, relativa às quantidades totais anuais de estudos baseados nos dados das farmácias, conforme resulta do teor de fls. 14305, fls. 16701 e fls. 17036 dos autos. Também como se refere na decisão impugnada, como a HMR apenas produz e comercializa estudos baseados nos dados das farmácias, o volume de vendas corresponde à rubrica “vendas e serviços prestados” da demonstração de resultados da HMR.

Quanto à tabela 7, o valor cobrado anualmente pela Farminveste IPG, por conta dos dados das farmácias, corresponde à multiplicação do preço cobrado mensalmente por farmácia (€255,00) pelo número total de farmácias que transferiram dados das farmácias no ano em causa, sendo o número total de farmácias que transferiram dados das farmácias no ano em causa igual à soma do número de farmácias que transferiram dados das farmácias em cada mês, conforme resulta do teor de fls. 16724. Mais considerou-se a quantidade de estudos baseados nos dados das farmácias vendidos pela HMR no próprio ano, com exceção feita para o ano de 2010, pois, conforme refere a AdC, por ser o ano seguinte ao de arranque da HMR, a quantidade por esta vendida poderia ser inferior à de uma empresa já implantada no mercado há mais tempo e para se garantir o cenário mais favorável às recorrentes, considerou-se a quantidade de estudos baseados nos dados das farmácias vendidos pela HMR em 2011.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

A tabela 8 reproduz meros cálculos aritméticos efetuados com base nos dados das tabelas 6 e 7.

Quanto à tabela 9, a fonte dos dados resulta das informações aí indicadas, sendo apenas de salientar que comercializando a HMR apenas estudos baseados em dados comerciais das farmácias (durante o período de referência) não há razões para discordar da AdC no sentido de que se devem empregar os pressupostos aplicáveis a uma empresa monoproduto, para efeitos de determinação dos custos relevantes, o que significa que o total dos custos operacionais corresponde ao total dos custos específicos dos estudos baseados nos dados das farmácias da HMR. Custos operacionais esses que englobam, tal como refere a AdC, os fornecimentos e serviços externos, os gastos com o pessoal, a imparidade de dívidas a receber e outros gastos e perdas, sendo que os fornecimentos e serviços externos incluem subcontratos (nos quais se inclui o contrato com a Farminveste para o fornecimento dos dados das farmácias), serviços especializados, materiais, energia e fluídos, deslocações, estadas e transportes, e serviços diversos e os outros gastos e perdas incluem impostos, correções relativas a períodos anteriores e outros gastos não especificados. Apenas se excluíram os custos de depreciações e amortizações, a que alude o parecer da RBB Economics, fls. 22871, e que foram os seguintes: em 2010, 6.236,34; em 2011, 91.152; em 2012, 107.278; e em 2013, 98.417.

No que respeita às figuras 8 e 9 (ponto 367)), os dados relativos à HMR resultaram dos Relatórios e Contas de 2010 (fls. 4145), de 2011 (fls. 4178) e de 2013 (fls. 17040). Quanto à IMS, o total de proveitos indicado nas informações prestadas pela IMS, de fls. 17279 e 17467 mostram-se conformes com as declarações de IRC de fls. 24201 e ss. e com os Relatórios e Contas de fls. 23351 e ss. É certo que a IMS, desde 2008, que não elabora Relatórios e Contas, constando a fls. 24277 e ss, as razões pelas quais assim procedeu. Insurgem-se as recorrentes contra as razões apresentadas pelos fundamentos aduzidos no requerimento de 07.09.2016 (ref.ª 23235), fls. 24362 e ss, sendo que já em momento anterior e face à informação mais simplificada prestada à data pela IMS de fls. 23350 (ref.ª 22485), se pronunciaram sobre a questão, designadamente no requerimento de 05.07.2016 (ref.ª 22579), de fls. 23960 e ss. Por sua vez, Carlos Grenha, Revisor



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Oficial de Contas das recorrentes, confrontado com o esclarecimento prestado pela IMS de fls. 23350, referiu que a existência de um litígio judicial não impede que apresente as suas contas, é preciso avaliar se dá lugar à constituição de uma provisão, ou seja, é motivo para dar lugar a algum reconhecimento nas contas e não para a apresentação de contas. Analisados os argumentos invocados pelas recorrentes e as informações prestadas pela IMS, podendo a IMS ter incumprido voluntariamente uma obrigação legal, existir margem de decisão quanto aos critérios contabilísticos aplicáveis, ser equacionável, em tese, uma alteração da providência cautelar face à decisão proferida pelo Tribunal Arbitral e existindo outras opções à aplicação do art. 35º, do CSC, não são incompatíveis com entendimentos diversos. É também razoável que, estando em causa tantos anos de atividade, a tarefa demore mais tempo. Mas mais importante do que isso é que as declarações de IRC são documentos de natureza fiscal, não sendo razoável admitir, sem provas sólidas e consistentes em sentido contrário, que as mesmas não reflitam os volumes de receitas obtidos pela IMS.

No que respeita à figura 9, os dados respetivos resultaram das informações prestadas pela IMS, de fls. 16365, 17280 e 17468 e da HMR de fls. 17478. Quanto às informações prestadas pela IMS consideram-se as mesmas credíveis, tendo em conta os depoimentos prestados por Hugo Mendes e Filomena Santos que, sem números concretos, permitiram, contudo, perceber a ordem de grandeza dos clientes que perderam e considerando adicionalmente quer a diminuição do volume de receitas da IMS, quer os factos, já analisados, relativos aos estudos que deixaram de produzir em virtude do corte dos dados pela ANF.

A correlação entre a diminuição do volume de vendas da HMR em 2012 ao módulo de extração instalado pela IMS (ponto 368)) considera-se lógica e razoável.

Quanto ao facto da sociedade-mãe da IMS não poder abdicar da informação que a IMS Portugal lhe fornece (ponto 369)), tal facto resulta da informação de fls. 16403 e considera-se credível, na medida em que, conforme alegam as próprias recorrentes, a IMS celebra acordos internacionais com empresas farmacêuticas multinacionais. Isto resultou dos depoimentos de Ana Cristina Campos da Novartis e de João Madeira da Mylan e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

adicionalmente, entre outras respostas aos questionários, da informação prestada pela Takeda a fls. 11440, que refere a preferência pela IMS por razões de alinhamento internacional (uma vez que os dados da IMS permitem comparações entre países). Foi também com base nestes meios de prova que se concluiu que uma parte dos clientes das empresas que produzem estudos de mercado também são empresas multinacionais e pretendem efetuar estudos comparativos dos vários países (ponto 370)).

O facto relativo à necessidade de serem fornecidos dados históricos de 24 meses (ponto 371)) foi confirmado por Filomena Santos, não havendo razões para duvidar da sua credibilidade nesta parte.

A Tabela 11 (ponto 373)) baseia-se nas fontes aí indicadas, tendo-se sido introduzida uma correção decorrente da eliminação das depreciações e amortizações dos custos dos estudos.

No que respeita aos factos relativos à intervenção da ANF (pontos 374) a 383)), os factos provados resultaram dos seguintes elementos, salientados pela AdC: o facto da ANF deter integralmente a Farminveste SGPS, que, por sua vez, detém na sua totalidade a Farminveste IPG e a HMR; as asserções exaradas pela ANF nos seus Relatórios e Contas e da informação constantes de fls. 17503 e 17511, reproduzidas nos factos provados; a circunstância de ser a ANF quem, em primeira linha e nessa qualidade, obtém os dados comerciais das farmácias suas associadas; e o facto de, durante o período de referência (2010 a 2013), primeiro, João Cordeiro e, depois, Paulo Duarte, foram, cumulativamente, Presidentes da Associação Nacional de Farmácias, Presidentes do Conselho de Administração da Farminveste SGPS, Presidentes do Conselho de Administração da Farminveste IPG e Gerentes da HMR. Face a este conjunto de factos conclui-se com segurança que a ANF não foi alheia à atuação concreta da Farminveste IPG e HMR, mas que, pelo contrário, tinha conhecimento dessa atuação e que a mesma foi levada a cabo não no universo isolado dessas empresas, mas no âmbito de uma estratégia conjunta, dirigida, na sua cúpula, em nome e nos interesses da ANF, na medida em que os dirigentes máximos das recorrentes são comuns e o universo empresarial da ANF justifica-se para alcançar os fins associativos da própria.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

No que respeita à intervenção da Farminveste SGPS (pontos 384) a 387)), concluiu-se que esta sociedade acompanhou todos os comportamentos da Farminveste IPG e da HMR, tendo em conta que os administradores e gerentes da Farminveste IPG e da HMR, respetivamente, durante o período de referência também eram, na sua maioria, administradores da SGPS. A circunstância da Farminveste SGPS nada ter feito para evitar tais comportamentos é uma evidência lógica e necessária do facto das pessoas singulares responsáveis pela vontade das demais intervenientes serem, em grande medida, as mesmas que determinam a vontade da SGPS.

No que respeita aos factos relativos ao elemento subjetivo e à consciência da ilicitude da conduta (ponto 392)), a diferença de preços dos dados cobrado pela ANF no contrato de fornecimento de 2003 (€ 100,00 por farmácia) e em 2009 (€ 255,00 por farmácia) é uma evidência concludente da noção de que a detenção desses dados atribuía uma posição dominante. Efetivamente, a diferença é de tal forma elevada que não é razoavelmente explicável pela inflação, mas apenas e só pela perfeita e cabal noção de detenção de um produto que conferia um poder de atuação independente. Ao que acresce a posição intransigente que a ANF assumiu quando a estrutura internacional da IMS não quis assumir o pagamento desse preço. Resultou das declarações prestadas por João Cordeiro, que, à data, era Presidente da ANF, que o mesmo teve intervenção direta nestes factos.

Não há razões para se concluir que, nos anos subsequentes, essa noção tenha sofrido variações, antes pelo contrário. Efetivamente, a grande mais-valia da HMR era justamente o facto de fazer uso de uma fonte de dados valiosa e que só a HMR dispunha, não tendo merecido credibilidade as declarações prestadas por Paulo Duarte e as afirmações efetuadas por Sofia Guerreiro no sentido de que a implantação da HMR no mercado se deveu e se deve a outros fatores. Considera-se esse dado de facto evidente, na medida em que era o único que a concorrência existente à data, a IMS, e a concorrência potencial que pudesse surgir não conseguiam acompanhar. Por conseguinte, não é razoável admitir que as pessoas singulares que determinavam e determinaram a vontade da recorrente, designadamente os seus representantes legais identificados nos factos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

provados, não tivessem noção disso. Note-se, tal como já referido, que a própria HMR, no seu Relatório e Contas de 2012, refere que a sua oferta “é constituída por produtos e serviços inovadores”, acrescentando de imediato que tem “como base dados recolhidos num painel de cerca de 2.350 farmácias” (cfr. fls. 16711 e ss). O facto de fazer alusão específica a este elemento e de ser o único elemento concreto que indica para além de uma referência genérica a “produtos e serviços inovadores” é evidenciador da importância que os dados das farmácias tinham para o sucesso da HMR. Recordem-se ainda as palavras de João Cordeiro já referidas.

No que respeita ao preço praticado pela Farminveste IPG à HMR pelos dados, importa referir, em primeiro lugar, que a tese de que as recorrentes confiaram no plano de negócios da HMR, foi gorado devido a fatores supervenientes com os quais não contavam, como a crise económica, um aumento significativo do número de farmácias em 2010 e alterações legislativas introduzidas no setor dos medicamentos genéricos que afetaram as receitas previstas (cfr. parecer da RBB Economics, de fls. 22860) e que os seus preços foram estabelecidos com base nessas expectativas, não é credível. Efetivamente, tal como salienta a AdC, essa tese é desmentida pelo facto das recorrentes não terem alterado o preço cobrado à HMR durante todo o período de referência. Note-se ainda que Paulo Duarte, nas declarações prestadas na fase organicamente administrativa, referiu que o ano de 2008 foi um período difícil para as farmácias, “foi na altura que o mercado começou a cair” (cfr. fls. 19503, verso). Mas mesmo que não tivesse “começado a cair” nesta altura, os efeitos da crise manifestaram-se seguramente antes do final de 2013, tendo Bonifácio Lopes referido que as quebras de margens nas farmácias ocorreram em 2011. Recorde-se também que foi em 2011 que se iniciou o programa de intervenção nas finanças públicas e na economia portuguesa negociado pelo Governo com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, mediante o qual Portugal recebeu um empréstimo de 78 mil milhões de euros. Acresce que as alterações introduzidas no setor dos genéricos afetaram as receitas de 2012 (cfr. fls. 22869), pelo que, no ano de 2013, os preços podiam ter sido ajustados, o que não sucedeu. Afastada esta tese considera-se que o facto dos preços dos dados e dos estudos efetuados



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

conduzirem a um esmagamento de margens de um concorrente na venda de estudos não pode deixar de ter sido percecionado pelas recorrentes, uma vez que, conforme já referido, tais fatores colocavam a HMR na situação prevista no art. 35º, do CSC. E esse facto não pode deixar de ter sido percecionado pelas pessoas singulares que determinavam e determinaram a vontade das recorrentes (Presidentes, administradores e gerentes das intervenientes durante o período de referência, identificados nos factos provados) e que, (na sua grande maioria, foram as mesmas) pelas razões expostas no parágrafo antecedente. Efetivamente, está em causa informação essencial sobre o negócio, atividade e viabilidade da empresa em causa, não sendo credível, nem tendo resultado da prova produzida a mínima evidência nesse sentido, que as referidas pessoas singulares não tivessem conhecimento da situação económico-financeira da HMR.

Em segundo lugar, as recorrentes também não podiam deixar de ter noção das dificuldades práticas e funcionais para uma empresa terceira de aceder aos dados das farmácias da mesma forma que os mesmos eram transmitidos para a ANF (automática, diária, contínua e segura), pois essas dificuldades advinham dos sistemas informáticos instalados na maioria das farmácias pelo Grupo ANF. E esse facto não pode deixar de ter sido percecionado pelas pessoas singulares que determinavam e determinaram a vontade das recorrentes (Presidentes, administradores e gerentes das intervenientes durante o período de referência, identificados nos factos provados, e que, na sua grande maioria, foram as mesmas), porquanto não é credível que os mesmos não tivessem acompanhado os esforços que a IMS ia desenvolvendo para ter de obter dados, cujo conhecimento tinham acesso fácil através das farmácias. Acresce ainda que o episódio relativo à instalação do módulo de extração, em 2011/2012, não podia deixar de ter tornado ainda mais patentes essas dificuldades para as referidas pessoas singulares.

Em terceiro lugar, as circulares emitidas pela ANF, nos anos de 2009 e 2011, evidenciam também, só por si, que as recorrentes não podiam deixar de ter consciência do peso e da possibilidade de influência da ANF nas decisões de relacionamento das farmácias com a IMS e com potenciais concorrentes da HMR, suscetível de obstar à angariação de um painel capaz de concorrer com o painel que a HMR dispunha.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Efetivamente, em ambas as circulares, a ANF salienta o facto das receitas provenientes da cedência de dados lhes permitir subsidiar os projetos Farmalink, Sifarma e Farmácias Portuguesas, tornando-os menos onerosos para os associados e que a HMR foi criada para rentabilizar esses dados. Trata-se de factos que, pela sua natureza, não podiam ter deixado de ser decididos e/ou conhecidos pelas pessoas singulares que determinavam e determinaram a vontade das recorrentes (Presidentes, administradores e gerentes das intervenientes durante o período de referência, identificados nos factos provados, e que, na sua grande maioria, foram as mesmas). E a evidência disso é que a primeira circular se mostra subscrita em nome de João Cordeiro (fls. 3204), não havendo razões para duvidar de que tenha sido o próprio a assiná-la, e a segunda em nome da Direção (fls. 3208), também não existindo razões para duvidar de que tenha sido a Direção da ANF a sua autora.

Em quarto lugar, já se concluiu (e remete-se para a respetiva fundamentação), que o preço de € 255,00 seria o preço que seria cobrado a uma empresa concorrente da HMR que pretendesse aceder aos dados. Tal elemento, em conjugação com a noção da importância dos dados em causa, de que a diferença entre o preço dos dados e o preço dos estudos conduzia a margens negativas e da existência das referidas dificuldades no acesso aos dados e na angariação das farmácias, não permite equacionar como razoável que as pessoas singulares que determinavam e determinaram a vontade das recorrentes (Presidentes, administradores e gerentes das intervenientes durante o período de referência, identificados nos factos provados, e que, na sua grande maioria, foram as mesmas) não tivessem consciência de que a sua conduta afetava a capacidade competitiva de empresas concorrentes da HMR, que essas empresas podiam ser multinacionais, como a IMS e que, por isso, a sua conduta podia afetar a concorrência ao nível do mercado europeu.

Quanto à vontade das recorrentes, a tese de que as recorrentes agiram de forma a não serem acusadas de “discriminação”, conforme referiu Paulo Duarte e Bonifácio Lopes, ou de modo a que uma redução de preços não seria interpretada como uma confissão de que o preço exigido à IMS era um preço excessivo, também não é sustentável



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

pelas razões que se expuseram a propósito da convicção firmada no sentido de que o preço que seria praticado a uma empresa concorrente da HMR seria de € 255,00 e para a qual se remete. Acresce ainda que a grande mais-valia da HMR era justamente o facto de fazer uso de uma fonte de dados valiosa e que só a HMR dispunha, conforme já referido.

Quanto à consciência da ilicitude, a arguida não alega desconhecimento das normas legais aplicáveis, o que, aliás, seria inverosímil, uma vez que são normas básicas de parametrização da atividade de qualquer empresa estruturada, organizada e com a dimensão da arguida. O que importa, assim, apurar é o juízo de ilicitude concreto e, neste âmbito, é necessário esclarecer que os destinatários destas normas são empresas, cuja atividade se norteia por juízos técnicos e económicos, pelo que o desvalor de ilicitude deste tipo de condutas está ao seu alcance, sendo certo que não é exigível “uma consciência da ilicitude em um preciso sentido jurídico”³³. Basta uma “avaliação paralela” na esfera das empresas³⁴, ou seja, não é necessário que as recorrentes tivessem a noção precisa de que a sua atuação consubstanciava a figura típica de “compressão de margens”, sendo irrelevante, por isso e tal como afirmou Bonifácio Lopes, que a sua assessoria jurídica nunca lhes tenha falado “em compressão de margens”. Considerando este critério, é intuitivo para quem dirige entidades como as recorrentes e se confronta, de forma regular e conforme sucedeu em concreto, com o regime da concorrência a noção de que condutas de empresas que têm uma posição dominante no mercado que geram entraves artificiais à concorrência, que não resultam do mérito da sua atividade, são condutas proibidas e suscetíveis de os fazer incorrer em responsabilidade contraordenacional. Ora, face a estes parâmetros de normalidade e razoabilidade, que não foram minimamente abalados pela prova produzida, não é razoável admitir que as concretas pessoas singulares que determinavam e determinaram a vontade das recorrentes (Presidentes, administradores e gerentes das intervenientes durante o período de referência, identificados nos factos provados, e que, na sua grande maioria, foram as mesmas) não

³³ Jorge de Figueiredo Dias, in *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 549.

³⁴ Cfr. fórmula utilizada por Figueiredo Dias, ob. cit., pág. 549, adaptada aos destinatários das normas em causa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16:0YUSTR

tivessem essa noção. Dir-se-á, para contrariar as asserções precedentes, que as recorrentes estavam convencidas de que a sua atuação não era ilícita devido a uma qualquer justificação económica. Sucede que não resultou da prova produzida nenhuma referência com o mínimo de consistência nesse sentido, para além das expetativas quanto às receitas da HMR já analisadas. Miguel Lança também fez referência aos direitos de propriedade intelectual. Contudo, não resulta das alegações das recorrentes que as mesmas se oponham à obtenção de dados das farmácias por entidades terceiras, sendo certo ainda que a possibilidade desse acesso ser feito através do user “Exporta”, que permite o acesso às bases de dados do Sifarma (em relação às quais se supõe que as recorrentes possam sustentar a alegação dos direitos de propriedade intelectual), foi referido pela própria Farminveste IPG (cfr. fls. 17373 e ss). Nesta medida, não é minimamente credível que as recorrentes tenham agido como agiram para proteção de direitos de propriedade intelectual.

Por último, considera-se que as pessoas singulares que determinavam e determinaram a vontade das recorrentes (Presidentes, administradores e gerentes das intervenientes durante o período de referência, identificados nos factos provados, e que, na sua grande maioria, foram as mesmas) tinham noção de que a sua conduta e a sua ilicitude não deixavam de fora a SGPS, pois eram, no essencial, as mesmas pessoas físicas e, face ao controlo praticamente total das sociedades envolvidas pela SGPS, a questão do envolvimento desta sociedade, pelo simples facto de saber e nada fazer, é bastante intuitiva. Com efeito, questionado Bonifácio Lopes no sentido de esclarecer o que faria a SGPS se tivesse conhecimento que uma participada está a praticar um facto ilícito e porquê deu como resposta aquilo que qualquer pessoa capacitada diria: *“presumo que tenha de agir”*, *“porque é uma empresa que é sua e está a prejudicar também a SGPS”*. Faz-se aqui alusão às suas respostas para evidenciar que, independentemente da construção jurídica que se faça, é intuitivo para qualquer pessoa capacitada que, caso uma empresa que detenha a totalidade ou a esmagadora maioria do capital social de uma subsidiária e que sabe – porque as pessoas físicas que as controlam são as mesmas – que a subsidiária está a praticar um facto ilícito, tem noção de que a primeira também está



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

envolvida, porque, em último caso, a atuação da subsidiária está dependente da sua vontade. Ora, não há a mínima razão para duvidar de que as pessoas singulares que determinavam e determinaram a vontade das recorrentes não fossem pessoas capacitadas, pelo que não é credível que as mesmas não tivessem noção disso.

No que respeita aos factos relativos à faturação da IMS (ponto 393)) foi tida em consideração a informação divulgada na página da internet da empresa, salientando-se em particular o endereço <http://ir.imshealth.com/investor-news-and-media/financial-news/Press-Release-Details/2016/IMS-Health-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2015-Results-Issues-Full-Year-2016-Guidance/>.

Relativamente ao facto da IMS ter tentado comprar a HMR em 2014 (ponto 394)), levaram-se em conta as declarações de Paulo Duarte, não havendo razões para duvidar da sua credibilidade nesta parte.

No que respeita ao facto da maior parte dos clientes de estudos verem a entrada da HMR no mercado como positiva em particular ao nível da inovação (ponto 395)), tal facto resultou do depoimento de João Pedro Lopes, tendo referido que a HMR de alguma maneira acabou por provocar o desenvolvimento do mercado, sendo a oferta hoje bastante mais alargada em tipos de serviços, “coisas que à data não existiam e hoje existem”, dando como exemplo os dados de medicamentos genéricos e não sujeitos a receita médica, tendo a HMR conseguiu desenvolver esta informação de uma maneira que a IMS não conseguia fazer. Referiu ainda que a indústria farmacêutica está satisfeita, porque tudo o que pretendem comprar em termos de estudos há quem ofereça.

Já não se conclui que o preço é um dos fatores pelos quais a maioria dos clientes está contente com a entrada da HMR (alínea s)), na medida em que, pese embora João Pedro Lopes tenha referido que os preços baixaram, o que também foi confirmado por Hugo Mendes e João Cordeiro, tendo esta testemunha referido que a IMS diminuiu os preços e a HMR acompanhou, razão pela qual se concluiu que os preços diminuíram (ponto 396)), o certo é que o fator preço não é dos mais invocados pela indústria farmacêutica para justificar a preferência pelos estudos da HMR, mas, conforme já analisado, a fiabilidade estatística. Note-se também que, mesmo no inquérito da GFK,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

referido nos factos provados, apenas três quartos dos inquiridos confirmou que os preços baixaram.

No que respeita à qualidade do estudos, conclui-se que a mesma melhorou tendo em conta o painel de farmácias alargado do Grupo ANF, pois, quanto ao mais não se pode concluir por um aumento da qualidade, na medida em que Mafalda Araújo, da Bayer, que demonstrou um conhecimento profundo sobre a matéria em relação ao setor do CH, referiu que os estudos da HMR *certamente que não* são melhores que os estudos da IMS antes do corte de fornecimento de dados quando questionada sobre a sua qualidade. O que a testemunha considerou importante nos estudos da HMR foi a sua fiabilidade estatística, decorrente de uma amostra tão alargada.

Os factos relativos ao estudo elaborado pela GFK (pontos 397) a 399)), resultaram do inquérito de fls. 19220 e ss, em conjugação com o depoimento de António Manuel Almeida Salvador, diretor geral da GFK, tendo o mesmo esclarecido que as entrevistas foram efetuadas na empresa, por telefone, mas com vigilância.

O número de farmácias que a IMS tinha em 2015 e as suas projeções (ponto 400)) constam no plano de negócios já referido a propósito da evolução do painel de farmácias desta empresa.

Quanto à proporção das receitas da IMS relativas a MSRM e ao número de armazenistas que fornecem a IMS (pontos 401) e 402)), tais factos resultaram do parecer da New Next Moves indicado, que refere mais de 80% das vendas. Quanto ao mais foi considerada a informação prestada pela IMS a fls. 3405, que não foi afastada pela prova produzida com o mínimo de consistência e se mostra consonante com os depoimentos de Hugo Mendes e Filomena Santos. Foi ainda considerado o depoimento de Sofia Guerreiro quanto à desagregação regional, que não foi contrariado pela demais prova produzida.

No que respeita ao volume de vendas de estudos de CH, nos anos de 2007/2008 (ponto 403)), a factualidade em apreço foi extraída das declarações de Paulo Duarte e João Cordeiro, no segmento que ficou provado, que mereceram credibilidade, nesta parte, porquanto se basearam nos montantes pagos pela IMS à ANF no âmbito da parceria e que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

conduziram à insatisfação relativa ao cumprimento do contrato. E que também se mostram compatíveis com o parecer da New Next Moves.

Relativamente à circunstância da IMS ser uma estrutura internacional que procede a uma negociação centralizada de contratos com as grandes multinacionais farmacêuticas e à ferramenta MIDAS (pontos 404) e 405)), tais factos resultaram dos depoimentos de Ana Cristina Campos, da Novartis e de João Miguel Madeira da Mylan e adicionalmente, entre outras respostas aos questionários, da informação prestada pela Takeda a fls. 11440. Quanto ao sistema Midas, este facto foi confirmado por Ana Paula Correia. Conclui-se que a fonte da informação é a mesma por razões de comparabilidade, tendo também João Pedro Lopes afirmado que se as empresas estiverem a fazer uma comparação internacional estão mais interessadas em ter dados agregados dos grossistas, por serem mais úteis.

Quanto ao facto da ANF ter fornecido, em exclusivo, os dados à IMS até 2008 (ponto 406)), tal resulta dos contratos celebrados. Relativamente ao facto da IMS explorar esses dados em situação de monopólio no mercado português, apenas se pode concluir que o fazia em quase monopólio devido à existência da Nielsen que produzia estudos com base em dados das farmácias – cfr. fls. 3847 e ss.

Quanto ao facto da Apifarma ter deixado de acompanhar e alimentar o processo (ponto 407)), após a apresentação da denúncia, tal facto resulta dos autos e foi também confirmado por João Pedro Lopes, Presidente dessa Associação.

A decisão arbitral (ponto 408)) consta a fls. 23412 e ss. Veja-se em particular fls. 23468.

O facto da IMS nunca ter solicitado a compra dos dados pelo preço de € 150,00 ou qualquer outro (ponto 409) resultou, entre outros, do depoimento de Hugo Mendes.

Quanto às razões que conduziram à criação da HMR (pontos 410) a 414)), levaram-se em conta as declarações prestadas por Paulo Duarte e os depoimentos de João Cordeiro, Celso Vieira e Miguel Lança, admitindo-se como possível, por ser razoável, que a criação da empresa tenha surgido na sequência do corte de relações com a IMS e para



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

financiar os custos associados à manutenção do Sifarma e do Farmalink e reduzir os custos a suportar pelas farmácias suas associadas.

Em contrapartida, a prova produzida não é suficiente para se concluir que o desenvolvimento e custeio do Farmalink e do Sifarma nos termos em que teve lugar só foi possível devido à cedência de dados e que a cedência de dados é essencial para custear a manutenção do sistema (alíneas t) e u)), designadamente por não se considerar demonstrado que seria possível fazê-lo suportando as farmácias os encargos respetivos. Note-se que sobre esta questão Bonifácio Lopes aludiu a esses factos mas em termos hipotéticos, tendo afirmado que sem dados para vender pela ANF se calhar o sistema não teria esta evolução.

Quanto ao facto da IMS ter sido a única empresa a operar em Portugal que manifestou interesse em comprar os dados de *sell-out* da ANF em 2009 (ponto 415)), considera-se o mesmo demonstrado face à inexistência de qualquer evidência em sentido contrário.

O facto relativo aos resultados do teste de compressão de margens caso tivesse sido realizado com base nas receitas do plano de atividades da HMR (ponto 416)) considera-se demonstrado com base no Parecer da RBB Economics, junto a fls. 22860, em conjugação com o depoimento de Nuno Alvim, que procedeu à sua elaboração.

A factualidade relativa à diminuição da importância dos estudos sobre prescrições médicas em 2012 (ponto 417)), afigura-se lógica e razoável tendo em conta o tipo de alterações introduzidas pela Portaria nº 137-A/2012, de 11.05.

Os factos relativos à Alliance (pontos 418) e 419)) resultam do seu Relatório e Contas consolidado de 2014 já referido.

Quanto à colaboração das recorrentes (ponto 420), a mesma está evidenciada nos autos.

Relativamente ao facto das recorrentes nada terem feito para fazer cessar o ilícito imputado até ao momento da prolação da decisão resulta o mesmo da inexistência de qualquer evidência nesse sentido, sendo certo que a manifestação de vontade da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Farminveste IPG, refletida na comunicação de 21.01.2016, foi posterior à prolação da decisão (pontos 421) e 422)).

Quanto aos antecedentes contraordenacionais das recorrentes, trata-se de informação na disponibilidade da AdC (ponto 423)), que as recorrentes não põem em causa, afirmando apenas tratar-se de um lapso, o que é irrelevante face ao caráter definitivo da decisão.

No que respeita aos factos relativos à situação económica das recorrentes (pontos 424) e ss) resultam os mesmos dos Relatórios e Contas juntos aos autos (cfr. ref.ªs 23591, 23632 e 23636, quanto aos Relatórios de 2015).

Quanto ao momento de disponibilização dos estudos (alínea e)), Mafalda Araújo referiu que faz muita diferença o timing de aquisição dos estudos, porque têm dados de reporting para a casa mãe e se os dados não estão disponíveis no início do mês podem estar a reportar dados que já não são utilizáveis. Mais acrescentou que quando mais cedo os dados estão disponíveis mais rapidez podem reagir, em termos de comunicação ao público, cortar alguma companhia que não está a ter o impacto que queriam, sendo a velocidade de reação crítica. Contudo, em contrapartida, para além de não se retirar da informação da Bluefish de fls. 10869, referida na decisão da AdC, qualquer referência a um acompanhamento em tempo real, os demais depoimentos prestados por representantes da indústria farmacêutica foram em sentido contrário. Assim, João Paulo Madeira, da Mylan, questionado acerca da relevância do momento de disponibilização da informação referiu que não faz muita diferença, apesar da área do medicamento genérico ser mais dinâmica. Também Luís Costa, da Bene, referiu que se o ciclo for igual, o dia em que o estudo chega não é muito relevante e se recebesse a informação todos os meses no dia 20, adaptava-se a essa rotina. Por sua vez, Artur Costa, da Johnson & Johnson, referiu que o momento da disponibilização é importante na tomada da decisão, mas se for uma diferença de uma ou duas semanas podem equacionar a diferença de custos. Caso a diferença seja de uma semana para um ano, já o custo não é relevante. Considerando estes depoimentos e o facto de resultar do depoimento de Mafalda Araújo que o principal fator de decisão para a Bayer é a fiabilidade da fonte, não se pode concluir, conforme constava



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

na decisão da AdC, que o momento de aquisição do estudo, podendo ser importante em condições de preço equivalentes, seja determinante para a sua aquisição por parte da indústria farmacêutica, independentemente de variações de preços.

No que respeita ao facto da IMS apenas permanecer no mercado português porque está apoiada numa estrutura internacional sólida e que tem apoiado a sua sociedade portuguesa com os encargos financeiros (alínea q)), verifica-se efetivamente que a IMS tem apresentado sucessivos resultados negativos no ano de 2010 (€ - 6.354.230, cfr. declaração de IRC, de fls. 24293), o mesmo se tendo verificado em 2011 (€ - 1.294.626,57), em 2013 (€ - 1.939.721,46), em 2014 (€ - 925.025,01) e em 2015 (€ - 2.798.245). É certo que em 2006 e 2007, a IMS também apresentou resultados líquidos negativos (cfr. Relatório e Contas de 2007, fls. 23387, verso), mas são significativamente inferiores. Contudo e mesmo que se admita que tais prejuízos advêm da perda de clientes associada à entrada no mercado da HMR e custos na angariação do painel de farmácias, o certo é que sem informação adicional e sólida desconhece-se como é que a IMS tem gerido essa situação.

Quanto ao facto da decisão da AdC ter como consequência a destruição da HMR (alínea r)), não foi produzida prova sobre esta matéria.

Quanto à alínea v), não foi produzida prova.

Fundamentação de direito

*

Enquadramento jurídico dos factos:

Importa começar por definir os parâmetros legais aplicáveis ao caso, verificando-se a que a AdC reconduziu a conduta das recorrentes aos arts. 11º, do NRJC, e ao art. 102º, do TFUE.

A conduta em análise reporta-se aos anos de 2010 a 2013, ou seja, na confluência, no âmbito nacional, de duas leis distintas, designadamente a Lei nº 18/2003 e o atual NRJC, aprovado pela Lei nº 29/2012, que entrou em vigor no dia 07.06.2012 (cfr. arts.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

99º/1 e 101º) e que estabelece o novo regime jurídico da concorrência. Tratando-se da lei substantiva, não é aplicável, nem que seja por imperativo constitucional, a norma transitória prevista no art. 100º/1, al a), do NRJC. Adicionalmente, ao estar em causa uma infração permanente, na medida em que após a sua consumação inicial se perpetua no tempo por mera vontade dos agentes envolvidos, com integral verificação dos elementos objetivo e subjetivos já no âmbito da lei nova, não há nenhum fundamento para que esta tenha de ceder a favor dos diplomas anteriores ainda que concretamente mais favoráveis.

Nesta medida, é à luz do NRJC que tem de ser apreciada a conduta das recorrentes. E dizer isto significa não só a subsunção dos factos ao art. 11º, do NRJC, mas também ao art. 102º, do TFUE, que, ao abrigo da nova Lei, constitui uma contraordenação autónoma – cfr. art. 68º/1, al b), do NRJC. O que, em regra é dada a profunda convergência entre o direito nacional e o direito europeu da concorrência, implicará apenas a aferição complementar dos requisitos específicos de aplicação do art. 102º, do TFUE, designadamente que a prática seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados Membros.

A violação dos arts. 11º, do NRJC, e, simultaneamente, do art. 102º, do TFUE, tendo por referência a mesma conduta, conduz aparentemente à prática de duas contraordenações, por força do art. 68º/1, als a) e b), do NRJC. Contudo, impõe-se chamar à colação a figura jurídica que se pode designar por “unidade de norma ou de lei” e que é diferente do concurso aparente pressuposto pelo art. 30º/1, do Código Penal (CP), *ex vi* art. 32º, do RGCO. Assim, verificar-se-á “uma unidade de norma ou lei” quando a um concreto comportamento é “em abstrato aplicável uma pluralidade de normas incriminadoras”, que se encontram numa “relação lógico-jurídica tal (numa relação, poderia dizer-se de “lógica hierarquia”) que, em verdade, apenas uma delas ou algumas delas são aplicáveis, excluindo a aplicação desta ou destas normas (prevalecentes) a aplicação da ou das restantes normas (preteridas); pela razão de que à luz da(s) norma(s) prevalecente(s) se pode já avaliar de forma esgotante o conteúdo de ilícito (e de culpa) do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

comportamento global”³⁵. Trata-se, conforme esclarece Figueiredo Dias, de “uma operação de natureza lógico-conceitual, de um trabalho sobre normas (leis) que constitui “pressuposto” da indagação material da unidade ou pluralidade de crimes; por isso uma tal operação deve ser levada a cabo – e igualmente a sua exposição sistemática – antes que se afrente o problema substancial da unidade ou pluralidade do facto punível segundo o conteúdo do ilícito típico revelado”³⁶.

A referida relação de hierarquia entre normas pode assumir três categorias, designadamente especialidade, subsidiariedade e consumpção. Verifica-se uma relação de especialidade sempre que “um dos tipos legais (*lex specialis*) integra todos os elementos de um outro tipo legal (*lex generalis*) e só dele se distingue porque contém um qualquer elemento adicional, seja relativo à ilicitude ou à culpa”³⁷. É o que sucede no caso, sendo a aplicação do art. 102º, do TFUE, por via do art. 68º/1, al b), do NRJC, lei especial, pelo que a sua verificação afasta a aplicação dos arts. 11º, e 68º/1, al a), ambos do NRJC.

Em termos metodológicos, iremos apreciar a conduta da arguida à luz do direito nacional e à luz do direito comunitário, apurando-se, a final, da verificação ou não do requisito específico de aplicação do art. 102º, do TFUE.

Quer no direito nacional, quer no direito europeu da concorrência, o abuso de posição dominante está reservado às empresas e especificamente àquelas que tenham uma posição dominante e que abusem dessa posição. Analisemos, então, cada um dos requisitos substantivos do abuso de posição dominante.

*

Empresa:

O conceito de empresa relevante para efeitos de aplicação do art. 11º, do NRJC, e do art. 102º, do TFUE, é, no essencial, o mesmo, abrangendo qualquer entidade que desempenha uma atividade económica, o que inclui qualquer tipo de organização, formal ou não, independentemente da sua natureza jurídica e de ter ou não personalidade jurídica

³⁵ Todas as citações do parágrafo in Jorge de Figueiredo Dias, Manual de Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 992.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Idem*, p. 994.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

que oferece bens ou serviços num determinado mercado³⁸ - cfr. art. 3º/1, da Lei nº 19/2012. E pode incluir, “lado a lado”, entidades com e sem fins lucrativos³⁹.

A aplicação deste conceito à Farminveste SGPS, à Farminveste IPG e à HMR não suscita dúvidas, uma vez que são sociedades comerciais (cfr. art. 2º/1, do DL nº 495/88, de 30.12, quanto à SGPS), que por natureza existem para desempenhar uma atividade económica, ainda que no caso da Farminveste SGPS seja por via indireta. O que é irrelevante, na medida em que pode interferir, por via da gestão da sua participação social nas outras sociedades, com o exercício da atividade económica desenvolvida por estas.

Quanto à ANF, a sua posição é similar. Com efeito, tendo exercido uma atividade económica direta, enquanto foi a fornecedora dos dados das farmácias à IMS, passou a exercer posteriormente a mesma atividade por via do controlo e detenção da quase totalidade do capital social das demais recorrentes e, nessa medida, com o poder de interferir no exercício da atividade económica desenvolvida por estas.

Adicionalmente, verifica-se que as recorrentes formam, à luz do disposto no art. 3º/2, al a), do NRJC, uma única empresa.

*

Posição dominante:

O atual art. 11º, do NRJC, em convergência com o art. 102º, do TFUE, não contém nenhuma definição de posição dominante. Contudo, o conceito está solidamente consolidado na jurisprudência comunitária. Efetivamente, data dos acórdãos *United Brands*⁴⁰ e *Hoffmann-La Roche*⁴¹ a definição da posição dominante como “uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida

³⁸ Cfr. José Luís Caramelo Gomes, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, págs. 153-154.

³⁹ Miguel Sousa Ferro, *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência*, Teoria e Prática, 2014, Almedina, pág. 438. Cfr. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 2001/07/05, *Colin Arthur Roberts et al c. Comissão* (T-25/99).

⁴⁰ Processo n.º 27/76, acórdão de 14.02.1978, in <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=76609>.

⁴¹ Processo n.º 85/76, acórdão de 13.03.1979, in <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89251&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77522>.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores”⁴².

Esta definição conjuga dois elementos: “um relativo ao impacto na concorrência efetiva e outro à margem de discricionariedade à disposição da empresa em causa”⁴³. É este segundo elemento, que traduz a ideia de independência, que constitui, conforme salienta Ricardo Bordalo Junqueiro, o elemento central do conceito⁴⁴. Efetivamente, deter posição dominante corresponde a deter poder substancial de mercado e uma empresa detém poder substancial de mercado “quando pode elevar os preços a um nível supracompetitivo, de forma lucrativa e duradoura, sem recear perder clientes. Tal sucede apenas quando não é sujeita a pressões concorrenciais efetivas”⁴⁵. Isto não significa que a posição dominante pressuponha necessariamente a inexistência de concorrência efetiva, pois, conforme salientou o TJ, no acórdão United Brands, “para ocupar uma posição dominante, não é necessário que uma empresa tenha eliminado toda e qualquer possibilidade de concorrência”⁴⁶, ou seja, “uma posição dominante não preclui a existência de concorrência residual”⁴⁷. Contudo, a concorrência existente é insuficiente para afetar de forma sensível as decisões da empresa em posição dominante⁴⁸. A definição de posição dominante retirada da jurisprudência comunitária permanece atual, tendo sido reiterada pela Comissão Europeia na Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante⁴⁹ - cfr. parágrafo 10.

Seguindo a prática adotada pelas autoridades de concorrência e pela jurisprudência comunitária, a existência de uma posição dominante e a aferição do grau de poder de

⁴² Parágrafo 65 do acórdão United Brands e parágrafo 38 do acórdão Hoffmann-La Roche.

⁴³ Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008, pág. 611. No mesmo sentido, veja-se OCDE, *Policy Roundtables, Abuse of Dominance and Monopolisation*, 1996, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2379408.pdf>.

⁴⁴ Ricardo Bordalo Junqueiro, *Abuso de Posição Dominante*, Almedina, 2012, pág. 61.

⁴⁵ *Idem*, págs. 61 e 62.

⁴⁶ Parágrafo 113.

⁴⁷ Miguel Mendes Pereira, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009, pág. 150.

⁴⁸ Ricardo Bordalo Junqueiro, *ob. cit.*, pág. 62.

⁴⁹ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 24.02.2009, C45/7.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

mercado têm sido determinados mediante o recurso a métodos indiretos⁵⁰. Métodos esses que pressupõem, como requisito prévio e necessário, a definição do mercado relevante, uma vez que “uma posição dominante não pode, por definição, existir em abstrato mas tão somente em relação a um dado mercado concreto”⁵¹.

O mercado relevante visa identificar “as pressões concorrenciais efetivamente sentidas pelas empresas ..., para compreender de que modo está limitada a sua atuação no mercado”⁵² e “é definido a partir da conjugação de três perspetivas (ou dimensões) distintas e complementares: (i) a dimensão do produto; (ii) a dimensão geográfica; e (iii) a dimensão temporal”⁵³.

Quanto à primeira dimensão, por mercado de produto relevante “dever-se-á entender o conjunto dos produtos e/ou serviços razoavelmente substituíveis pelos outros produtos e/ou serviços incluídos no conjunto, seja da perspetiva da procura, seja da perspetiva da oferta, atendendo às suas características, às necessidades que satisfazem (ou utilização a que se destinam) e ao contexto económico em que concorrem entre si (decorrente, designadamente, das condições de concorrência e da estrutura da oferta e da procura no mercado)”⁵⁴. Sendo esta a definição geral adotada impõem-se alguns esclarecimentos complementares.

Em primeiro lugar, acolhe-se no que respeita ao grau de substituíbilidade necessário o “critério da permutabilidade suficiente”, que tem sido adotado pela jurisprudência comunitária⁵⁵, assente na ideia de razoabilidade ou suficiência⁵⁶, considerando-se que o chamado teste do monopolista hipotético (teste SSNIP), cujo grau de substituíbilidade radica na reação da procura ou da oferta a um pequeno aumento (5% a 10%), mas não transitório, do preço de um produto e/ou serviço por parte de um monopolista hipotético, um indicador. A ideia essencial deste teste é a seguinte: se “não

⁵⁰ Cfr. Miguel Moura e Silva, ob. cit., págs. 582-583.

⁵¹ *Idem*, pág. 151.

⁵² *Idem*, pág. 8.

⁵³ Miguel Sousa Ferro, ob.cit., pág. 663.

⁵⁴ Miguel Sousa Ferro, ob. cit., pág. 664, que não é a que o autor considera mais correta, porque não incorpora a formulação do teste do monopolista hipotético, mas que é a que resulta da leitura global da jurisprudência.

⁵⁵ Miguel Sousa Ferro, ob. cit., pág. 367

⁵⁶ Cfr. jurisprudência citada por Miguel Sousa Ferro, ob. cit., na nota de rodapé 1493, pág. 367.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

for lucrativo a uma empresa com a totalidade das vendas de um produto subir o preço em cerca de 10%, impõe-se a conclusão de que, das duas uma, ou o produto em causa concorre com outros produtos, ou existem outras empresas que podem passar, no curto prazo, a oferecer aquele produto e para quem esse pequeno aumento tornaria lucrativa essa reafecção dos seus recursos”⁵⁷.

Em segundo lugar, é relevante tanto a substituíbilidade do lado da procura, como a substituíbilidade do lado da oferta, sendo que a substituíbilidade do lado da oferta pressupõe “que os fornecedores possam transferir a sua produção para os produtos relevantes e comercializá-los a curto prazo [-ou seja, sem adaptações significativas dos ativos corpóreos e incorpóreos existentes-] sem incorrer em custos ou riscos suplementares significativos em resposta a pequenas alterações duradouras nos preços relativos”⁵⁸ – parágrafo 20.

Em terceiro lugar, no caso de contradição entre os resultados de ambas as perspetivas, deve reter-se a delimitação mais ampla”⁵⁹.

Em quarto lugar, a concorrência potencial, que “diz respeito à capacidade de empresas que estão fora do mercado relevante nele entrarem a médio ou longo-prazo (mais do que um ano)”⁶⁰, não é operativo na delimitação do mercado relevante, mas na determinação da posição dominante.

Esclarecidos estes pontos, impõem-se ainda algumas notas complementares reclamadas pelas particularidades do caso concreto.

Assim, a primeira nota reporta-se à questão de saber se a delimitação do mercado relevante de um produto intermédio – ou seja, um “bem que é utilizado como “input” na produção de outro bem” – “não se pode limitar à ponderação das pressões concorrenciais diretas, exercidas no próprio mercado, mas que deve ainda ter em consideração as pressões concorrenciais indiretas provenientes dos mercados dos produtos que incorporam

⁵⁷ Miguel Sousa Ferro, ob. cit., pág. 381.

⁵⁸ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante (97/C 372/03) § 20.

⁵⁹ Miguel Sousa Ferro, ob. cit., pág. 373, citando jurisprudência pertinente na nota de rodapé 1524.

⁶⁰ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 40.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

o produto intermédio”⁶¹. A pressão concorrencial “indireta é a que decorre de forças da oferta e da procura que se situam no exterior das estritas fronteiras do mercado, mas que, ainda assim, condicionam o modo como se comportam a oferta e/ou a procura no interior desse mercado”⁶². Conforme esclarece Miguel Sousa Ferro, a “manifestação mais comum do elemento de pressão concorrencial indireta na delimitação de mercados decorre de situações em que se dá relevância a pressões decorrentes da procura num mercado a jusante ou relacionado”⁶³. Esta é a posição sufragada pela AdC nas Linhas de Orientação para a análise económica de operações de concentração horizontais, §1.6.34, aí se exarando que “a incorporação da restrição imposta pela concorrência indireta, via o mercado a jusante, pode justificar o alargamento do mercado para incluir fornecedores de outros produtos intermédios, não obstante não serem substitutos diretos a montante”. Não parece ser, contudo, a posição que resulta da jurisprudência comunitária, como esclarece Miguel Sousa Ferro, da qual se infere que a elasticidade cruzada não pode ser aferida numa relação vertical”⁶⁴. Neste sentido, invoca a decisão proferida pelo Tribunal Geral de 06.10.1994, Tetra Pak c. Comissão (T-83/91), § 64 a 66. Isto não significa que a pressão concorrencial indireta seja irrelevante. Sê-lo-á, como salienta o mesmo autor, mas na determinação do poder de mercado, tal como a concorrência potencial.

A segunda nota reporta-se à substituíbilidade unidirecional, que se verifica quando um produto e/ou serviço é substituível por outro (na aceção referida de substituíbilidade razoável), mas não o inverso. Isto pode igualmente ocorrer na delimitação geográfica do mercado⁶⁵. Contudo, as particularidades do caso concreto limitam a relevância da questão ao mercado relevante quanto ao produto, pelo que será analisada apenas nesta dimensão.

Conforme esclarece Miguel Sousa Ferro, esta unidirecionalidade está, “normalmente, associada a um diferente grau de eficiência na satisfação de uma mesma necessidade, *lato sensu*, variação essa que pode decorrer de características dos produtos em

⁶¹ Miguel Sousa Ferro, ob. Cit., pág. 465

⁶² *Idem*, ob. cit., pág. 421.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Idem*, pág. 467 e cfr. págs. 420 e ss.

⁶⁵ *Idem*, pág. 531



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

causa, de características da procura, ou de características da oferta, nomeadamente: (i) quando um produto/serviço novo, tecnologicamente mais avançado, substitui um produto/serviço anterior (e.g. a substituição do acesso à internet em banda estreita pelo acesso à internet em banda larga, ou um novo medicamento que ataca diretamente a fonte do problema, em vez de ter um efeito apenas indireto): a procura transita do produto “antigo” para o produto “novo”, mas, por via de regra, não estará disposta a regressar ao produto “antigo” (pelo menos, não em reação a um pequeno aumento de preços; situação de “irreversibilidade”); (ii) quando um produto/serviço novo, economicamente mais eficiente, substitui um produto/serviço anterior (e.g. a substituição do transporte marítimo de determinados produtos a granel pelo seu transporte em contentores): uma vez adotado o “novo” produto/serviço, verificar-se-á resistência em regressar aos custos acrescidos do produto/serviço “antigo”; (iii) quando um produto de “maior qualidade” (tecnicamente apto a satisfazer necessidades específicas e mais exigentes) é vendido, igualmente, a clientes de outros setores com necessidades menos exigentes, mas os produtos de “menor qualidade” não são aptos a satisfazer as necessidades de uma parte da procura; (...) (vi) quando se verifica uma grande discrepância nos custos de mudança (*switching costs*) entre dois produtos, de tal modo que a transição de um para outro pode ser economicamente aliciente, mas não o inverso”⁶⁶.

Nestes casos, dever-se-ão delimitar dois mercados relevantes quanto ao produto, ou seja: “um mercado onde está presente apenas um produto (e.g. o produto “novo” ou “melhor”), e outro mercado onde estão presentes dois produtos (e.g. os produtos “novo” e “antigo”, ou “melhor” e “pior”)”⁶⁷. Estando em causa uma prática restritiva da concorrência para a qual importa, no essencial, o “mercado do produto novo” interessa apenas a delimitação deste mercado.

É necessário ainda esclarecer que o facto do processo de substituição de um produto pelo outro ser gradual, continuando a vender-se ambos os produtos em grandes quantidades, não significa a inexistência de substituíbilidade unidirecional. Efetivamente,

⁶⁶ Miguel Sousa Ferro, ob. cit., págs. 532 e 533.

⁶⁷ *Idem*, pág. 534.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

o TG, no acórdão de 2010/07/01, AstraZeneca c. Comissão (T-321/05), C.J. (2010) II-2805, §90, esclareceu que “em princípio, a natureza gradual do crescimento das vendas de um produto novo em substituição de um produto existente não pode bastar, por si só, para concluir que o produto existente exerce uma pressão concorrencial significativa sobre o produto novo” e que, inversamente, a identificação de uma tendência de “substituição assimétrica” (i.e. unidirecional) constitui um importante indício da falta de pressão concorrencial do produto existente sobre o produto novo (cfr. § 96).

No que respeita à segunda dimensão *supra* identificada, por “mercado geográfico relevante” dever-se-á entender o conjunto das áreas razoavelmente substituíveis pela área ou áreas em que as empresas em causa oferecem e/ou procuram produtos e/ou serviços, seja da perspetiva da procura, seja da perspetiva da oferta, atendendo à presença de condições concorrenciais suficientemente homogêneas”.

Por fim, a delimitação do mercado relevante quanto ao produto e do mercado geográfico é sempre efetuada por referência a um determinado período temporal. No caso de uma prática restritiva da concorrência esse período corresponde ao período de duração da infração. Adicionalmente, o fator tempo pode surgir “como uma componente integrante da própria definição de mercado, por força das características desse mercado”⁶⁸. Neste caso, por “mercado temporal relevante” dever-se-á entender “o conjunto dos períodos temporais razoavelmente substituíveis por outros períodos temporais, seja da perspetiva da procura, seja da perspetiva da oferta, em que se verifica oferta ou procura pelas empresas em causa do produto/serviço em causa, na área em causa (só tem de ser definido quando se identifique uma significativa heterogeneidade de condições concorrenciais entre períodos temporais)”⁶⁹.

A aplicação prática dos conceitos referidos, que integram as três dimensões relevantes, “pauta-se pela ponderação conjunta de múltiplos fatores (que não correspondem à aplicação de um método económico de definição de mercados, propriamente dito, mas sim a uma aproximação jurídica, guiada por considerações de

⁶⁸ Miguel Sousa Ferro, ob. cit., pág. 525.

⁶⁹ *Idem*, ob. cit., 664-665.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

pragmatismo e inteligibilidade), entre os quais: estrutura da oferta e quotas de mercado; estrutura da procura e padrões estáveis da procura; preços; distâncias e custos de transporte; identidade e características dos produtos; preferências da procura; testes de choque; exigências legais ou regulamentares; barreiras económicas; etc.”⁷⁰.

Determinado o mercado relevante, o segundo passo necessário para a aferição da existência de uma posição dominante consiste na aplicação de métodos determinação de poder de mercado. De acordo com a Comissão os fatores mais importantes na avaliação de uma posição dominante são os seguintes: (i) a posição da empresa no mercado e a posição dos seus concorrentes; (ii) a existência de barreiras à expansão (dos concorrentes atuais) ou à entrada (de concorrentes potenciais); (iii) poder negocial dos compradores. Também os critérios preponderantes na jurisprudência comunitária têm sido “as quotas de mercado da empresa em causa, a sua comparação com as quotas dos concorrentes, a análise de concentração no mercado, a existência de obstáculos à entrada e ponderação de outros fatores que indiquem a ausência de pressões concorrenciais sobre a empresa supostamente dominante”⁷¹.

Levando em consideração estes parâmetros, vejamos o que resulta da sua aplicação ao caso concreto.

Na decisão impugnada, a AdC definiu os seguintes mercados relevantes quanto ao produto: a montante, o mercado dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias; a jusante, os mercados dos estudos, baseados nesses dados, sobre MSRM, MNSRM, PAC, PEC, NTR, médicos/utentes/prescrições médicas, atividade das farmácias e outros não padronizados baseados naqueles dados, com uma amostra inferior a 1531 farmácias e igual ou superior a 1531 farmácias, com desagregação geográfica nacional, regional até 74 regiões ou com mais de 74 regiões, com desagregação temporal diária, semanal, mensal/bimensal, trimestral, semestral e anual e disponibilizados durante a primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados ou em período posterior. Com a designação de painel representativo de farmácias, a AdC refere-se à representatividade

⁷⁰ *Idem*, pág. 665.

⁷¹ Cfr. Miguel Moura e Silva, ob. cit., pág. 583.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

estatística de um determinado número de farmácias (designadamente 1531 farmácias), à desagregação temporal da informação (dados que permitam a elaboração de estudos com periodicidade inferior à mensal) e ao momento de disponibilização do estudo (na primeira semana do mês a que respeitam).

As recorrentes não concordam com esta delimitação do mercado relevante quanto ao produto, invocando vários argumentos. Em primeiro lugar, alegam não ser líquido que se possam entender que existem mercados a montante e a jusante, salientando que não existe qualquer precedente da Comissão Europeia que tenha identificado um mercado separado para este tipo de dados em bruto, i.e. não tratados, sejam eles recolhidos junto das farmácias ou junto de quaisquer outros operadores, em particular os grossistas. Mais acrescentam que no processo IMS/Cégédim, a própria IMS considerou que não deveria ser delimitado nenhum mercado a montante consistente na recolha e fornecimento de dados separado de um mercado a jusante para a elaboração de estudos baseados nesses dados. Em segundo lugar, no que respeita aos mercados a jusante, põem em evidência o facto da AdC ter concluído pela existência de 576 mercados relevantes distintos. Referem que as conclusões que a AdC alcança na Decisão Condenatória contrastam em absoluto com a prática constante da Comissão Europeia, pelas seguintes razões: a AdC define categorias de produtos significativamente mais restritas do que as que têm sido até à data definidas pela Comissão Europeia, em particular em processos envolvendo a própria IMS; a AdC define mercados por referência ao tipo de dados utilizados, uma abordagem que não encontra qualquer apoio na prática decisória comunitária; a AdC não considera o fim para o qual os clientes poderiam utilizar cada um dos estudos nem até que ponto outros estudos podem satisfazer a mesma procura; ignora a significativa substituíbilidade que existe do lado da oferta e que tem justificado, aos olhos da Comissão Europeia, uma definição de mercado baseada em gamas de produtos. Acrescentam ainda que a análise levada a cabo na Decisão Condenatória não tem, ainda, qualquer aderência às realidades no terreno, pois se tivermos em consideração a oferta de estudos da IMS no início do período do alegado abuso, os próprios produtos que a Decisão Condenatória considera poderem ser apenas produzidos com dados das farmácias eram há anos fornecidos com



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do.Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16:0YUSTR

sucesso pela IMS com base no seu painel grossista, corrigido com uma pequena amostra de farmácias (vg o OTC Offtake) num contexto em que a IMS já tinha acesso a uma ampla amostra de dados de farmácias através do Grupo ANF. Salvo casos muito pontuais em que os clientes pretendam estudar alguma realidade muito específica, os dados das diferentes fontes são substituíveis. Há quem faça uso de uma só fonte de dados (v.g. a hmR recorre só aos dados das farmácias), e quem use uma ou mais fontes em diferentes proporções (como sucede com a IMS, que em todo o mundo dá clara prevalência aos dados dos armazenistas). Referem ainda que a hmR solicitou recentemente à empresa de sondagens GfK/ Intercampos um inquérito a 81 pessoas, representando 64 empresas da Indústria Farmacêutica e que as suas conclusões não deixam qualquer margem para dúvidas e contrariam frontalmente as asserções constantes da Decisão Condenatória da AdC. De acordo com os resultados do inquérito (i) relativamente aos estudos relativos a MSRM, 49% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à hmR, 31% à IMS e 20% a ambas, sendo que 17% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à Cegedim (entretanto adquirida pela IMS) e à GfK; (ii) quanto aos estudos relativos a OTC, 56% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à hmR, 20% à IMS e 24% a ambas, sendo que 19% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à Cegedim; finalmente, (iii) no que toca aos estudos relativos a outros produtos de saúde e bem estar, 72% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à hmR, 17% à IMS e 10% a ambas, sendo que 10% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à Cegedim. Ou seja, a hmR utiliza uma fonte de informação que é diferente da IMS mas que, segundo as respostas dos clientes, serve os mesmos fins. Pelo exposto, podemos concluir que existe forte concorrência entre a IMS e a hmR nos estudos relativos a MSRM, enquanto que nos estudos relativos a OTC e outros produtos de saúde e bem estar, apesar do maior peso da hmR, a presença da IMS é também expressiva. Por outro lado, destacam que 69% das empresas inquiridas afirmaram que nos últimos 5 anos mantiveram os mesmos fornecedores de estudos. Tal demonstra bem que a IMS nunca foi excluída de qualquer segmento do mercado.

Vejamos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Importa começar por referir, em primeiro lugar, que os precedentes decisórios, quer se reconduzam a decisões da Comissão, quer se reconduzam a decisões da AdC, não são vinculativos.

Em segundo lugar, verifica-se, ao nível da distinção entre dois mercados separados, a montante e a jusante, que a prática decisória da Comissão deixou a questão em aberto, conforme é reconhecido no parecer Arnold & Porter, de fls. 19619 e ss, tendo por referências as decisões proferidas pela Comissão no processo VNU/ACNielsen (processo nº COMP/M.2291), no processo TPG/IMS Health (processo nº COMP/M.5736, de 02 de fevereiro de 2010) e no processo IMS Health/Cegedim Business (processo nº COMP/M.7337, decisão de 19.12.2014). Não se pode, por conseguinte, falar em contradição, mas, quando muito e como é referido no aludido parecer, na inexistência de precedentes. Contudo, a inexistência de precedentes, devido ao facto de nunca ter sido necessário aprofundar a questão, não fornece qualquer indicador relevante quanto à incorreção da distinção de dois mercados separados.

Em terceiro lugar, a única decisão judicial referida pelo parecer Arnold & Porter, a propósito da distinção de dois mercados, a montante e a jusante – a decisão do Tribunal de Justiça no processo C-418/01, IMS Health v. NDC Health, 2004 – reporta-se a um reenvio prejudicial relativamente a um caso em que o produto que a alegada vítima de um abuso de posição dominante (a NDC) pretendia que lhe fosse fornecido pela empresa em posição dominante (a IMS) – a estrutura modular 1870 – não era comercializado autonomamente. Daí que o Tribunal se tenha socorrido da noção de “mercado potencial, ou mesmo hipotético” ou de “dois estádios de produção diferentes”. Contudo, a ideia que está subjacente a esses conceitos é o reconhecimento de uma distinção entre dois mercados, a montante e a jusante, mas colocada no plano “potencial”, “hipotético” ou como “estádio de produção” porque o produto ainda não era comercializado autonomamente.

Em quarto lugar, a posição que a IMS assumiu em anteriores processos é irrelevante.

Efetuada estes esclarecimentos prévios considera-se que é necessário distinguir os mercados a montante e a jusante, porque a estrutura da procura e da oferta são



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

substancialmente diferentes. Com efeito a procura dos estudos de mercado sobre produtos farmacêuticos é constituída, sobretudo, pela indústria farmacêutica e, residualmente, por quaisquer entidades que tenham interesse em obter informação do setor em causa e a oferta por empresas que produzem estudos de mercado, como a HMR e a IMS. Por sua vez, a procura de dados para a elaboração desses estudos é constituída pelas empresas que produzem estudos de mercado, enquanto que a oferta integra operadores que produzem ou vendem os dados a essas empresas, como as farmácias e a Farminveste IPG, e que não os destinam a mera produção interna.

Ultrapassada esta primeira questão, impõe-se, em segundo lugar, delimitar o mercado relevante quanto ao produto a montante, seguindo-se, neste plano, uma metodologia distinta daquela que foi adotada pela AdC. Efetivamente, a AdC, tal como salienta Mário Marques Mendes, no Parecer de fls. 23827 e ss, “parece ter partido da automatização daquilo que entendeu ser uma procura específica, no mercado a jusante dos estudos, de dados de um painel significativo de farmácias, para concluir pela existência de um mercado autónomo a montante, com este âmbito” (fls. 23906). Metodologia esta coerente com a posição que assumiu nas Linhas de Orientação para a análise económica de operações de concentração horizontais, §1.6.34, já referida e que significa atender às pressões concorrenciais indiretas na delimitação do mercado relevante. Não é o entendimento que se adota, conforme já explanado, pelo que se irá proceder à delimitação do mercado relevante quanto ao produto considerando apenas as pressões concorrenciais diretas, exercidas neste mercado. As pressões concorrenciais indiretas derivadas da procura e da oferta no(s) mercado(s) a jusante serão consideradas na determinação do poder de mercado.

Esclarecido este ponto, verifica-se, no que respeita à procura, que os dados das farmácias não são razoavelmente substituíveis pelos dados dos hospitais, pelos dados dos médicos, pelos dados das parafarmácias, pelos dados dos profissionais de saúde e consumidores e pelos dados dos grossistas, uma vez que estes não permitem efetuar determinados estudos de mercado sobre produtos farmacêuticos que podem ser produzidos através dos dados das farmácias.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Assim, os dados dos hospitais deixam de fora o segmento ambulatorio.

Os dados dos médicos apenas permitem elaborar estudos sobre médicos, utentes e prescrições médicas. Acresce ainda que mesmo em relação a este tipo de estudos, os dados dos médicos são insuficientes para disponibilizar o percurso completo da prescrição, designadamente a unidade geográfica onde a prescrição é disponibilizada. Veja-se o estudo RX Watch disponibilizado pela HMR, que dá informação sobre o *“travelling da prescrição, ou seja, a unidade geográfica onde a prescrição de um determinado medicamento teve origem e a unidade geográfica onde a prescrição foi disponibilizada”*.

Os dados das parafarmácias não permitem elaborar estudos sobre MSRM.

Os dados dos profissionais de saúde e consumidores apenas permitem elaborar estudos de consultoria, o que exclui os estudos padronizados.

Os dados dos grossistas não permitem efetuar estudos sobre a atividade das farmácias. Note-se que a HMR desenvolveu um estudo desta natureza – Pharmacy Watch. Também os estudos sobre prescrições médicas não podem ser produzidos com base em dados de grossistas. Veja-se o caso do Rx Watch produzido pela HMR e do X-onent que a IMS produzia antes do corte de fornecimento de dados.

Assim, uma empresa que pretenda disponibilizar toda a gama de produtos – incluindo estudos sobre a atividade das farmácias e estudos completos sobre as prescrições – não o consegue fazer sem recorrer a dados de farmácias. Neste caso, a empresa teria de limitar a sua oferta, ou seja, teria de deixar de produzir determinados tipos de estudos, não se verificando uma transferência da procura de um produto para outro, mas uma necessidade que deixaria de ser satisfeita.

Ora, é racional e eficiente para as empresas de estudos oferecerem um leque completo de estudos, nomeadamente porque existem economias de gama na produção de diferentes tipos de estudos, pois estas empresas já possuem as infraestruturas, o capital humano e os conhecimentos necessários para a produção de qualquer tipo de estudo, podendo, facilmente e sem custos elevados, alargar a sua oferta desde que tenham um painel de dados que o permita fazer. Para além disso, em concreto esse interesse existe,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

tendo ficado demonstrado que a IMS, antes do corte de dados das farmácias pela ANF, produzia um estudo sobre prescrições que utilizava os dados das farmácias – o X-ponent – sendo certo que, podendo a importância destes estudos ter diminuído devido ao novo regime introduzido pela Portaria nº 137-A/2012, de 11.05, a HMR, conforme referido, disponibiliza um estudo desta natureza. Assim como disponibiliza um estudo sobre a atividade das farmácias.

Para além disso, no que respeita aos estudos que podem ser elaborados com base em dados de farmácias e com base em dados de outras fontes, como as parafarmácias e os grossistas, verifica-se que os dados das parafarmácias e os dados dos grossistas não permitem elaborar estudos com o mesmo rigor que os estudos baseados nos dados das farmácias.

Assim, a representatividade dos dados das parafarmácias, que se limitam a informação sobre produtos CH, é reduzida.

Por sua vez, os dados dos grossistas não indicam os stocks das farmácias, nem o preço de venda ao público. Também não refletem as vendas diretas, que são bastantes expressivas no setor do CH. Todos estes fatores e bem assim as campanhas publicitárias aumentam a importância dos dados das farmácias para a produção de estudos de mercado. Acresce ainda que a IMS, antes do corte de fornecimento de dados pela ANF, numa situação quase-monopolista e apesar de dispor de um painel praticamente censitário de grossistas, não prescindia dos dados das farmácias, designadamente para elaborar estudos sobre CH e sobre prescrições. Para além disso, o esforço desenvolvido pela IMS, após o referido corte, é também a evidência de que os dados das farmácias não são substituíveis por outras fontes.

Não basta, contudo, uma qualquer amostra de farmácias. Efetivamente, tal como ficou provado, fazer uso de dados de farmácias para efeitos de elaboração de estudos de mercado sobre produtos farmacêuticos, destinados à monitorização do mercado, implica definir uma amostra representativa que permita inferir as propriedades da população que se pretende estudar, na medida em que o tamanho da amostra utilizada vai repercutir-se na fiabilidade dos estudos e na desagregação geográfica (granularidade) dos mesmos. Assim,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

a produção de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico com base nos dados comerciais das farmácias exige o acesso aos dados de um número mínimo de farmácias. A amostra mínima de farmácias necessária varia em função da variável que se pretende analisar, da fiabilidade e da desagregação geográfica pretendidas (por exemplo, um determinado estudo de nível regional exige um número maior de dados do que o mesmo estudo de nível nacional). Tendo em conta estes parâmetros, ficou provado que o dimensionamento de uma amostra para uma população de 2.903 farmácias (população a nível nacional em 2012), através da estimação de uma proporção num cenário pessimista (variância máxima, i.e., 50%), considerando um nível de confiança de 99% e uma margem de erro de 5%, retorna uma amostra de 542 farmácias. Contudo, a garantia de representatividade a nível nacional (para o total da população) não garante necessariamente a representatividade a nível regional (para cada subconjunto da população), em particular quando estamos a estudar as vendas de produtos farmacêuticos que por vezes são distribuídos em apenas algumas farmácias. Uma forma de ultrapassar esta questão é calcular a amostra representativa para uma região (assumindo o número médio de farmácias numa região como o valor da população) e depois extrapolar esse valor para a totalidade do território português. Assim, para 74 regiões, assumindo um intervalo de confiança de 95% (inferior ao sugerido pela HMR, que era de 99% e inferior ao sugerido pela IMS), um erro de amostragem de 15% (superior ao sugerido pela HMR, que era de 5%, e idêntico ao valor aceite pela IMS para 8 regiões) e uma variabilidade média traduzida num coeficiente de variação de 50% (semelhante à hipótese assumida pela HMR), obtemos como valor mínimo da amostra 1531 farmácias.

Considerando estes parâmetros, verifica-se que os dados de facto permitem concluir que a procura não considera os dados de uma amostra inferior como razoavelmente substituíveis. Efetivamente, a HMR fornece estudos com uma desagregação geográfica superior a 400 regiões. Tendo em conta este elemento é seguro concluir-se que uma empresa que queira concorrer com a HMR pretenda apresentar uma oferta, pelo menos, aproximada em termos de desagregação geográfica. O número considerado pela AdC para efeitos de cálculo da amostra mínima – 74 regiões – está



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

bastante aquém do número de regiões oferecidas ao mercado, sendo irrelevante se existe ou não interesse por parte da indústria farmacêutica em monitorizar as suas vendas e o desempenho da sua força de vendas tendo por referências os Centros de Saúde. É certo que a AdC tomou este fator como referência. Contudo, o que se considera verdadeiramente decisivo é que, face à oferta da HMR, o número de 74 regiões está certamente compreendido na oferta que qualquer empresa de estudos de mercado que pretenda produzir estudos concorrentes aos da HMR tem a pretensão de produzir ou vir a produzir. Acresce ainda que, antes do corte de fornecimento de dados pela ANF, a IMS já produzia estudos com uma desagregação geográfica superior a 74 regiões. E isto num contexto de quase-monopólio.

Esclarecido este ponto, considera-se também seguro concluir-se que uma empresa que queira concorrer com a HMR pretenda apresentar estudos com uma fiabilidade aproximada, porque é uma das características essenciais do produto, na medida em que se baseia numa amostra. Ora, os cálculos *supra* indicados consideraram requisitos de fiabilidade inferiores àqueles que foram sugeridos pela HMR.

Note-se que a especificidade do produto em causa – dados de farmácias – que é o produto fornecido pela Farminveste IPG implicava necessariamente a determinação de um painel de farmácias, ou seja, de um número mínimo, porque, como se referiu, os estudos são produzidos com base numa amostra. E o que se considera verdadeiramente relevante é que esse número mínimo esteja compreendido dentro de limites que claramente seriam considerados pela procura como diferenciadores. Ora, o mínimo a que a AdC chegou cumpre este requisito, conforme resulta da análise precedente. E mais uma vez a realidade de facto verificada demonstra esta asserção. Com efeito, a IMS não deixou de angariar farmácias, sendo certo que, em 2015 e conforme alegam as próprias recorrentes, anunciou ao mercado que iria atingir um painel de 1750 farmácias. Não conseguiu, mas o facto de o ter anunciado demonstra a importância de atingir um painel de farmácias aproximado àquele que é utilizado pela HMR.

Considera-se também seguro concluir-se que uma empresa que queira concorrer com a HMR pretenda apresentar estudos com a mesma rapidez, designadamente na



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

primeira semana do mês seguinte a que dizem respeito, uma vez que, tal como ficou demonstrado, lhe confere uma vantagem competitiva.

Por fim, considera-se igualmente seguro concluir que uma empresa que queira concorrer com a HMR pretenda apresentar estudos com a mesma desagregação temporal, sendo certo que a IMS, quando operava num contexto de quase monopólio, oferecia estudos, com base em dados de farmácias, com uma periodicidade temporal inferior à mensal.

Conclui-se, do lado da procura, que para uma empresa de estudos de mercado, os dados das farmácias não são razoavelmente substituíveis pelos dados de outras fontes e que a desagregação regional, a fiabilidade dos estudos, o seu momento de disponibilização e a desagregação temporal nos termos analisados são elementos diferenciadores, sobretudo quando existe no mercado, como é o caso, uma empresa a elaborar estudos com base num painel de farmácias que permite uma desagregação geográfica superior a 400 regiões, com a fiabilidade referida, que são disponibilizados na primeira semana do mês a que respeitam e com uma desagregação temporal ampla que inclui estudos com uma periodicidade inferior à mensal. Por conseguinte, para uma empresa de estudos de mercado os dados de um painel representativo de farmácias – ou seja, um painel com, pelo menos, 1531 farmácias e que permite disponibilizar estudos até primeira semana de cada mês e com a referida desagregação temporal – não é razoavelmente substituível por um painel não representativo de farmácias.

No que respeita ao lado da oferta, a inexistência de substituíbilidade é igualmente evidente. Com efeito, a angariação de um painel de 1750 farmácias pressupõe o recrutamento de cada uma das farmácias e mesmo que esse recrutamento se possa fazer com a mediação de grupos de farmácias, não é, conforme evidencia o percurso empreendido pela IMS, uma tarefa que possa vir a ser alcançada ou, pelo menos, de curto prazo para qualquer empresa que já exista no mercado, face às dificuldades de angariação decorrentes da circunstância da esmagadora maioria das farmácias ser associada da ANF.

Para além disso, não basta angariar um painel de, pelo menos, 1531 farmácias. O método de recolha e transmissão também é relevante porque determina o momento de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

disponibilização do estudo e a desagregação temporal, que são elementos diferenciadores da perspetiva da procura. Assim, resulta dos factos provados que métodos não automáticos, ou seja, que implicam a intervenção humana, não permitem a disponibilização dos estudos mensais na primeira semana do mês a que respeitam e não permitem a elaboração de estudos com uma desagregação temporal inferior à mensal, conforme sucede com a IMS.

Sucede que o Grupo ANF tem a capacidade técnica e a vontade comercial para impossibilitar/inviabilizar qualquer método de recolha e/ou transmissão automático que venha a ser implementado pela IMS. O que equivale a dizer por qualquer empresa concorrente. Ora, não é minimamente razoável exigir que uma empresa utilize um método de recolha e transmissão de dados que a coloque sob qualquer forma sujeita a uma ação obstaculizante da parte da sua concorrente, sem estar protegida por uma relação contratual, correndo riscos de incumprimento com os seus clientes e reputacionais. Por conseguinte, o acesso a um método de recolha e/ou transmissão automáticos não está ao alcance das empresas não compreendidas no universo do Grupo ANF.

Em face de todo o exposto, concorda-se com a decisão impugnada no sentido de que o mercado dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias (ou seja, um painel com, pelo menos, 1531 farmácias e que permita a elaboração de estudos mensais na primeira semana do mês a que dizem respeito e com uma desagregação temporal inferior à mensal) constitui um mercado autónomo quanto ao produto, uma vez que não há substituíbilidade razoável nem do lado da procura, nem do lado da oferta.

No que respeita ao mercado geográfico, também se concorda com a AdC, no sentido de que abrange o território nacional, porque integra a totalidade dos dados comerciais das farmácias nacionais e só destas, e, por outro lado, a ANF agrupa a esmagadora maioria das farmácias portuguesas.

Quanto ao mercado temporal, não há variações temporais que justifiquem uma delimitação do mercado autónoma.

Passemos à análise do mercado a jusante.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

Assim, importa começar por referir no que respeita aos precedentes decisórios da Comissão Europeia, que se verifica mais uma vez que a questão foi deixada em aberto nos processos que incidiram sobre serviços de informação de marketing em geral e informação especializada sobre a atividade farmacêutica em particular. Tal sucedeu no processo VNU/ACNielsen já referido, no processo WPP/TNS (processo nº COMP/M 5232, decisão de 23 de setembro de 2008) e nos citados processos TPG/IMS e IMS Health/Cegedim, tal como, aliás, é explicitado no parecer Arnold & Porter. No que concerne à decisão da Comissão no processo NDC Health/IMS Health (processo COMP D3/38.044, de 03.07.2011), não estava em causa o acesso a uma determinada fonte de dados para a elaboração dos estudos. E nos processos Avida/Pinnacle (processo nº COMP/M. 3838, decisão de 04.08.2008) e Compute Sciences Corporation/Soft Group (processo nº COMP/M.6237, decisão de 20.06.2011), para além da delimitação do mercado relevante ter ficado novamente em aberto, a gama de produtos em causa é diferente daquela que se discute nos autos. Nesta medida, o facto da decisão impugnada ter definido categorias de produtos mais restritas do que aquelas que têm sido até à data aplicadas nas decisões da Comissão e de ter definido o mercado do produto relevante por referência ao tipo de dados utilizados não significa, inclusive à luz apenas e só dos aludidos precedentes, que a análise esteja errada.

Quanto aos precedentes nacionais, é verdade que a AdC, no processo de controlo de concentração Ccent 15/2003 IMS Health/Azyx-Serviços de Geomarketing Farmacêutica, Lda, e tal como salienta Mário Marques Mendes, no seu Parecer (fls. 23906), identificou, como mercado relevante do produto, o mercado do *Marketing Intelligence Pharma*. Sucede que a AdC concluiu pela não identificação de entraves significativos à concorrência efetiva neste mercado, pelo que não era necessário que a análise quanto ao mercado relevante do produto fosse mais detalhada. Por conseguinte, este precedente também não é um indicador de que a jusante não possam ser identificados mercados de dimensão inferior.

Esclarecidos estes pontos, impõe-se salientar, em primeiro lugar, que o ponto de partida de análise deve ser o produto oferecido pela HMR, tendo em conta os contornos da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

infração praticada. Este produto caracteriza-se pelo fornecimento de estudos de mercado sobre produtos farmacêuticos destinado à monitorização de vendas e remuneração das forças de vendas que utiliza dados provenientes de um painel representativo de farmácias, ou seja, de um painel com mais de 1531 farmácias, cujos dados recebe de forma contínua e automática e que permite a elaboração de estudos sobre a atividade das farmácias, sobre prescrições e sobre o setor ambulatorio e dentro deste setor sobre todo o tipo de produtos farmacêuticos – MSRM e CH -, que refletem as vendas das farmácias ao consumidor final, com os níveis de fiabilidade já referidos considerando estudos com uma desagregação regional de 74 regiões e que permite também a elaboração de estudos com uma periodicidade diária e mensal e que são disponibilizados na primeira semana de cada mês. Sendo estas as características essenciais que definem o produto justifica-se que as operações de substituíbilidade se desenvolvam em torno das mesmas e sem que isso implique que se esteja a desprezar os fins ou as necessidades que os clientes pretendem satisfazer através dos estudos. Efetivamente, dentro do fim mais genérico da monitorização de vendas e remuneração das forças de vendas, podem existir finalidades mais específicas e formas de satisfação dessas finalidades ou necessidades, decorrentes das características dos estudos e que são suficientemente diferenciadoras para que, na perspetiva da procura e da oferta, os estudos não sejam razoavelmente substituíveis entre si. Ora, essas características podem ser determinadas pela fonte de dados utilizada, pela desagregação regional, pela desagregação temporal e pelo momento de disponibilização dos estudos. Razão pela qual as operações de substituíbilidade têm de atender a estes elementos, não se podendo quedar pelo fim genérico de monitorização de vendas.

Dito isto, considera-se, na perspetiva da procura, que não existe substituíbilidade razoável, na perspetiva da procura, entre estudos sobre os diferentes tipos de produtos farmacêuticos, estudos sobre médicos, utentes e prescrições médicas, estudos sobre a atividade das farmácias e estudos não padronizados, uma vez que satisfazem necessidades distintas. Também não existe substituíbilidade razoável, na perspetiva da procura, entre estudos nacionais e regionais, uma vez que os segundos permitem a monitorização do esforço das equipas de vendas e, por fim, que não existe substituíbilidade razoável entre



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

estudos com periodicidade diária, semanal, mensal/bimensal, trimestral, semestral ou anual, tendo em conta as diferenças de preços salientadas pela AdC na decisão impugnada.

Quanto ao momento da disponibilização dos estudos, não resulta da prova produzida que este fator – considerando a diferença entre o momento de disponibilização pela HMR e o momento de disponibilização pela IMS – fosse determinante para orientar as decisões da procura.

No que respeita à fonte, os estudos baseados em dados de hospitais, médicos e profissionais de saúde e consumidores não são razoavelmente substitutos dos estudos baseados em dados de farmácias, na medida em que não satisfazem os mesmos fins ou necessidades ou não são aptos a fazê-lo. Com efeito e tal como já referido, os estudos baseados nos dados dos hospitais não incluem o setor ambulatorio. Ora, para uma empresa farmacêutica que pretenda monitorizar as suas vendas nesse setor é bastante claro que não irá optar por estudos baseados em dados de hospitais, qualquer que seja a variação do preço dos estudos que lhe permitam obter informação sobre o setor ambulatorio. Quanto aos médicos, a informação disponibilizada pode não traduzir o consumo efetivo, uma vez que os medicamentos que prescrevem podem ser substituídos na farmácia por outro medicamento com o mesmo princípio ativo. Quanto aos estudos baseados em dados de outros profissionais de saúde e de consumidores, são estudos de consultoria, não permitindo, por isso, uma monitorização contínua das vendas.

No que respeita aos estudos baseados em dados de parafarmácias, também não são razoavelmente substitutos, na perspetiva da procura, pelos estudos baseados em dados das farmácias, tendo em conta que não permitem monitorizar as vendas dos MSRM e, quanto aos produtos CH, não permitem uma cobertura geográfica adequada, verificando-se que as preferências dos clientes incidem sobre os estudos baseados nos dados do maior canal de distribuição retalhista e não seriam afetadas por uma pequena variação, não transitória, do preço.

Quanto aos estudos baseados em dados de grossistas, os mesmos não permitem a elaboração de estudos sobre prescrições médicas e atividades de farmácias. No que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

respeita aos produtos CH, ficou demonstrado que uma percentagem significativa das vendas (a maioria nos produtos CH, que não OTC's, e aproximadamente 40% nos MNSRM) são vendas diretas que não são refletidas pelos dados dos grossistas, uma vez que, quando intervêm como operadores logísticos, só pontualmente fornecem os dados. Os dados dos grossistas também não fornecem determinada informação, como os *stocks* das farmácias e o preço praticado. Ao que acresce que os dados das farmácias são de especial relevância para avaliar campanhas publicitárias.

O facto da IMS, antes do corte de fornecimento de dados, disponibilizar estudos sobre CH com base em dados de farmácias, quando dispunha de um painel praticamente censitário de grossistas e podia limitar a sua oferta aos estudos sobre CH que produzia com base no painel armazenista, é um indicador de que há procura especificamente interessada em estudos baseados no canal farmácia. E note-se que não se tratava apenas de produzir estudos diferentes com recurso aos mesmos meios que permitem a elaboração de qualquer estudo – como sucede, por exemplo, em relação a estudos com diferente periodicidade – mas de estudos que implicavam gastos acrescidos com um painel distinto.

Ao que acresce o número de clientes que a IMS perdeu, após o corte de fornecimento de dados, em relação aos estudos baseados em dados de farmácias (cfr. figura 9) e o número de clientes que a HMR angariou, que não sofreram inversões relevantes durante o período de referência.

A possibilidade das preferências dos clientes se ter guiado pela diminuição de preços que ocorreu, é afastada pelo facto de ter ficado demonstrado que a maior parte da procura de estudos relativos a CH não considera os estudos baseados num painel de farmácias de grande qualidade e com elevada taxa de cobertura, como o do Grupo ANF, substituíveis pelos estudos baseados exclusivamente nos dados de outras fontes, designadamente, nos dados dos grossistas ou nos estudos baseados nos dados dos grossistas e numa pequena amostra de farmácias.

Importa, contudo, determinar se a dimensão da amostra do canal farmácia é relevante. Também neste plano se justifica salientar que o produto fornecido pela HMR implicava necessariamente, a determinação de um painel de farmácias, ou seja, de um



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed.Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

número mínimo, porque, como se referiu, os estudos são produzidos com base numa amostra. E o que se considera verdadeiramente relevante é que esse número mínimo esteja compreendido dentro de limites que claramente seriam considerados pela procura como diferenciadores. Ora, o mínimo a que a AdC chegou cumpre este requisito, pois considera margens de confiança e de erro menos exigentes do que aquelas que a HMR apresentou, sendo certo que as preferências da procura referidas tomam por referência um painel de farmácias de grande qualidade e com elevada taxa de cobertura, como o do Grupo ANF. Acresce que os estudos baseados em dados de grossistas elaborados pela IMS tomam em consideração uma amostra praticamente censitária. Ora, certamente que a procura não reconhecerá aos estudos baseados no canal farmácia a aptidão para satisfazer as suas necessidades se a amostra não for igualmente esmagadora, sendo certo que o mínimo definido pela AdC está aquém de uma representativa tão elevada.

Ao que acresce a importância da desagregação regional para efeitos de monitorização do esforço das equipas de vendas, necessidade que não é alcançada, de forma viável, por via dos estudos nacionais e que, se concluiu corresponder, no mínimo, a 74 regiões, relativamente à maior parte da procura, em relação aos CH.

Face a este conjunto de elementos considera-se seguro concluir-se que a amostra representativa, definida pela AdC, de 1531 farmácias, está compreendida no mínimo que parte da indústria farmacêutica – para quem os dados das farmácias não são substituíveis pelos dados dos grossistas exclusivamente ou combinados com um pequeno painel de farmácias – consideraria como elemento qualitativamente diferenciador dos estudos e, nessa medida, não substituível por estudos baseados numa amostra inferior.

Face a tais elementos, coloca-se a questão de saber se é possível delimitar, tendo em conta a procura, um mercado autónomo para os estudos baseados nos dados das farmácias a par de um mercado em que estes estudos e os estudos baseados num painel de grossistas estejam presentes. Considera-se que sim, tendo em conta que a maior parte da procura os considera não substituíveis pelos dados dos grossistas exclusivamente ou combinados com um pequeno painel de farmácias e a oferta da IMS, antes do corte de fornecimento de dados, já incluía estudos sobre estes produtos baseados apenas em dados



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

de farmácias. Estes dados permitem concluir, com segurança, que em relação aos produtos CH (o que inclui todos) os estudos baseados em dados de grossistas não exercem pressão concorrencial em relação aos estudos baseados em dados de farmácias.

O inquérito elaborado pela GFK não afasta as asserções precedentes, desde logo, porque não apresenta critérios de extrapolação para o universo total.

Em relação aos MSRM verifica-se que os dados das farmácias têm mais-valias em relação aos dados dos grossistas, pois também há venda direta (em relação aos genéricos) e exportação paralela relativamente a alguns MSRM de marca que afetam os dados dos grossistas. Contudo, pese embora estes fatores aumentem a importância dos dados das farmácias, não assumem a mesma expressividade que se verifica em relação aos produtos CH.

Ao que acresce que, em geral, apenas se pode concluir que, pelo menos, 46% dos clientes da HMR (tendo em conta o volume de compras dos estudos) preferem um painel elevado e de grande qualidade de farmácias, como o do grupo ANF. O que se considera não ser suficiente, sem dados adicionais e atendendo ao facto das diferenças entre os dados dos grossistas e os dados das farmácias serem bastantes menos expressivas em relação aos MSRM, para se concluir que, neste segmento, os estudos baseados em dados de grossistas não exercem uma pressão concorrencial sobre os estudos baseados num painel representativo de farmácias. É certo que a evolução gradual das vendas do produto novo não significa que o produto antigo continue a exercer pressão concorrencial sobre o mesmo, conforme decorre da jurisprudência comunitária supra citada. Contudo, não há dados adicionais significativos que permitam, face à percentagem apurada quanto às preferências da procura e aos fatores que distinguem os estudos baseados em dados de grossistas dos estudos baseados em dados das farmácias, concluir no sentido de que os primeiros não continuam a exercer pressão concorrencial em relação aos segundos.

Na perspetiva da oferta, sendo exato, tal como é afirmado pela AdC, que as empresas de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico têm as infraestruturas, o capital humano e os conhecimentos necessários para produzir um qualquer tipo de estudo, isso dependerá do acesso aos dados respetivos. E o que resulta da factualidade apurada é



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

que o acesso a um painel de farmácias durante o período de referência, dependia da aquisição desse painel à Farminveste IPG pelo preço de € 255,00 ou da angariação farmácia a farmácia (com eventual mediação através de grupos de farmácias) e da implementação de um método de recolha e transmissão dos dados.

Ora, a primeira via implica custos adicionais que conforme se explicitará infra não permitiam a um operador igualmente eficiente obter margens de lucro positivas e a segunda depara-se, entre outros óbices, com o fator temporal, sendo o esforço empreendido pela IMS a evidência de que o acesso a esse painel não é algo que pudesse sequer ser alcançado (em relação a uma amostra de, pelo menos, 1531 farmácias) ou, pelo menos, ser alcançado num curto prazo (em relação a uma amostra inferior), face às dificuldades associadas com a angariação das farmácias decorrente da circunstância da maioria ser associada da ANF. Nesta medida, considera-se que não há substituíbilidade razoável, no plano da oferta, entre estudos baseados em dados comerciais de amostras de farmácias e outros estudos.

Contudo, o acesso à amostra de farmácias permite a qualquer empresa produzir estudos sobre qualquer tipo de produto farmacêutico – MSRM, OTC, PEC, PAC e NTR –, permite igualmente a produção de estudos sobre médicos, utentes, prescrições médicas, atividade das farmácias e informação não padronizada e permite igualmente a produção de estudos nacionais e regionais, ainda que em relação a estes últimos com um grau de fiabilidade inferior, tendo por referência 74 regiões, se a amostra se situar aquém das 1531.

Já no que respeita à desagregação temporal, os dados de facto introduzem um elemento adicional, que decorre da forma como o acesso aos dados é efetuado. Com efeito e tal como já referido, a disponibilização de estudos com uma periodicidade inferior à mensal, designadamente estudos diários e semanais, depende de um acesso automático. Ora, esse acesso não é possível através de métodos que impliquem, no processo de recolha e/ou transmissão, a intervenção humana, nem é exigível que uma empresa utilize um método que a coloque sob a possibilidade de ver esse acesso condicionado de alguma forma por uma empresa concorrente, sem a proteção de uma relação contratual, como



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

sucede, no caso, em relação aos métodos automáticos possíveis. Por conseguinte, não é possível a uma empresa concorrente proceder à elaboração de estudos com uma periodicidade inferior à mensal.

Tendo em conta os elementos descritos e conjugando as conclusões alcançadas na perspetiva da procura e da oferta, reiterando-se que prevalece aquela que for mais ampla, considera-se que, a jusante, há os seguintes mercados relevantes quanto ao produto, com interesse para o caso concreto, designadamente:

- o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e atividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácia com periodicidade inferior à mensal;

- o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e atividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácia com periodicidade igual ou superior à mensal;

- o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e atividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal;

- o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e atividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade igual ou superior à mensal;

- o mercado dos estudos sobre MSRM em ambulatório com base em dados de grossistas ou dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias (tendo em conta que não se poder concluir que os dados dos grossistas não permitam elaborar estudos com periodicidade inferior à mensal);

- o mercado dos estudos destinados à monitorização de vendas sobre MSRM em ambulatório com base em dados de grossistas ou dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias.

No que respeita ao mercado geográfico, não é controvertido que o mesmo é nacional, uma vez que os estudos, tanto nacionais como regionais não têm de ser produzidos localmente, nem se destinam especificamente a clientes locais, mas em geral à



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

indústria farmacêutica com equipas de venda espalhadas por todo o território. Por outro lado, existe um quadro legislativo e regulatório em Portugal, parcial ou totalmente distinto dos demais Estados-Membros (v.g., ao nível de autorizações de introdução no mercado; finalidade terapêutica de determinados medicamentos; exigência de prescrição médica; licenciamento de operadores), que implica que mesmo as multinacionais necessitem de obter estes estudos junto de cada um dos Estados-Membros.

Quanto ao mercado temporal, não há variações temporais que justifiquem uma delimitação do mercado autónoma.

Definidos os mercados relevantes, é forçoso concluir que o grupo ANF, através da Farminveste IPG, detém uma posição dominante no mercado dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias. Com efeito, sendo exato, tal como referem as recorrentes, que a Farminveste IPG concorre com as farmácias, o certo é que é a única entidade que está presente na recolha e comercialização de dados comerciais de um painel representativo de farmácias, ou seja, de pelo menos, 1531 farmácias.

E os dados de facto demonstram que se trata de uma posição sólida, pois não existe concorrência potencial a considerar, tendo em conta a dificuldade de angariação de um painel com 1531 farmácias, decorrente da circunstância da maioria das farmácias serem associadas do Grupo ANF, sendo de salientar que a IMS, ao fim de seis anos, ainda não conseguiu atingir esse painel. O que também diminui o poder negocial dos clientes.

Para além disso, as pressões concorrenciais indiretas que resultam do mercado a jusante também não abalam a posição da Farminveste IPG, antes pelo contrário, pois existe procura, nos mercados a jusante, para os estudos de mercado baseados em dados comerciais de um painel representativo de farmácias. Inclusive alguns dos mercados incluem apenas estudos baseados em dados de um painel representativo de farmácias, com exclusão apenas do momento de disponibilização. O que não afeta o poder de mercado da Farminveste IPG, tendo em conta que o mercado do produto a montante não se cinge exclusivamente a esse elemento.

Quanto ao poder negocial dos clientes, é exato, face aos factos apurados, que a IMS garante clientes por via dos acordos internacionais que celebra. É verdade também



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

que a IMS, antes do corte de fornecimento de dados pela ANF, utilizava os dados das farmácias para elaborar estudos de mercado sobre CH e prescrições e não para elaborar os estudos de mercado sobre MSRM, que representavam mais de 80% das suas receitas. É certo ainda que uma parte da procura se continua a satisfazer com estudos baseados em dados de grossistas e, em relação aos MSRM, se conclui existir substituíbilidade do lado da procura.

Sucede que os referidos acordos internacionais não impediram que a IMS não tivesse acesso a determinados mercados e, em termos gerais, a uma parte significativa da procura. Acresce que é um fator que pode não estar presente em relação a outros potenciais clientes. Em segundo lugar, se os dados das farmácias não eram importantes para a IMS em relação aos MSRM no passado certamente que passaram a ser a partir do momento em que entra no mercado uma empresa que os utiliza para esse efeito e uma parte da procura considera que não são substituíveis pelos dados dos grossistas.

Pode-se, assim, concluir que os clientes potenciais da Farminveste IPG não têm um poder negocial suficientemente forte – quer pelo tipo de alternativas equacionáveis (que não são alternativas viáveis), quer pelo interesse que têm em relação aos dados das farmácias – para dissuadir ou inviabilizar a tentativa por parte da Farminveste IPG de aumentar os preços.

*

O abuso:

O direito nacional da concorrência e o direito europeu da concorrência não proíbem a aquisição de uma posição dominante, mas apenas o seu abuso. Significa isto, no essencial, que uma empresa pode adquirir uma posição dominante, mas, uma vez conquistada essa posição, tem uma especial responsabilidade, designadamente “ de não atentar, pelo seu comportamento, contra uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum” (acórdão do TJ Michelin). Pode-se, assim, dizer que o “conceito fundamental, onde assenta a disciplina do abuso de posição dominante, é o de aceitação da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

existência de tais posições, tendo como contrapartida a sujeição das empresas que ascendam a tal predomínio a um conjunto de deveres especiais de conduta”⁷².

O direito nacional da concorrência e o direito europeu da concorrência também convergem, atualmente, no conteúdo do interesse tutelado e, nessa medida, no “critério de apreciação das práticas restritivas da concorrência”⁷³. Trata-se, sobretudo, de proteger a concorrência no mercado, mas entendida como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afetação de recursos. Verificou-se, neste âmbito e no que respeita ao direito comunitário da concorrência, uma “mudança do seu programa teleológico”⁷⁴, que inicialmente visava garantir a integração do mercado europeu e que se transferiu para a defesa de interesses económicos. É importante salientar que o conceito de consumidor “utilizado no direito comunitário da concorrência é mais amplo que o aplicado no direito do consumo (...). De facto, enquanto o direito do consumo visa a proteção de interesses não necessariamente económicos, como a saúde ou a segurança, do consumidor final, o direito da concorrência pretende salvaguardar sobretudo interesses económicos do «comprador», ainda que este seja um mero intermediário”⁷⁵.

É também comum aos dois ordenamentos jurídicos a proibição quer dos abusos de exploração, quer dos abusos de exclusão.

Um abuso de exploração corresponde a um comportamento “pelo qual a empresa dominante explora as possibilidades que lhe são oferecidas pelo seu poder de mercado para prejudicar diretamente os seus clientes ou parceiros comerciais como, por exemplo, fornecedores”⁷⁶.

⁷² Miguel Moura e Silva, O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, Teses, Almedina, 2010, pág. 399.

⁷³ Sofia Oliveira Pais, O Critério do Bem-estar dos Consumidores no Contexto de Renovação do Direito Comunitário da Concorrência, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume I, Almedina, pág. 626.

⁷⁴ *Idem*, pág. 626.

⁷⁵ *Idem*, pág. 626. Cfr. nota de rodapé 2, pág. 10, da Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

⁷⁶ Miguel Mendes Pereira, ob. cit., pág. 173.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr: Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

Um abuso de exclusão “corresponde a um comportamento pelo qual a empresa dominante procura manter ou aumentar o seu poder de mercado prejudicando os seus concorrentes, impedindo ou dificultando a sua entrada no mercado, debilitando a respetiva posição concorrencial ou excluindo-os mesmo do mercado”⁷⁷, ou seja, utilizando procedimentos que não correspondem a uma concorrência pelo mérito. É importante salientar que “[d]iversamente do que sucede com o abuso por exploração, o abuso por exclusão não prejudica diretamente, em regra, clientes ou fornecedores da empresa dominante, pelo menos no curto prazo. No entanto, se o comportamento da empresa dominante for eficaz e produzir efeitos excludentes em detrimento dos seus concorrentes em grau tal que a estrutura concorrencial do mercado seja afetada, reforçando o poder de mercado da empresa dominante, é provável que no médio ou longo prazo os consumidores ou fornecedores sejam prejudicados, na medida em que o resultado obtido coloque a empresa dominante em posição de cometer um abuso de exploração”⁷⁸. São figuras típicas desta forma de abuso, entre o mais, a compressão de margens, à qual a AdC reconduziu a prática imputada às recorrentes e que a jurisprudência comunitária enquadra no art. 102º, § 1º e 2, al a), do TFUE (cfr. acórdão do TJ Telia Sonera v. Comissão, de 17.02.2011, processo C-52/09, § 25).

No que respeita especificamente a esta forma típica de abuso de posição dominante, é exato, conforme salienta Mário Marques Mendes, no seu parecer, que a compressão de margens “nem sempre foi reconhecida como uma violação autónoma do direito da concorrência” (fls. 23845) e bem assim que o “tema é controverso e ao longo dos anos tem permanecido a discussão, particularmente na teoria económica, sobre se a realidade a que se refere a compressão de margens não pode ser analisada e avaliada à luz de outros conceitos e princípios de direito da concorrência” (fls. 23846). É igualmente exato, como também se põe em evidência no referido parecer, que a Comissão Europeia configura a compressão de margens como “algo de semelhante a uma recusa de contratar” (fls. 23847) ou, acrescenta-se, como uma modalidade da recusa de contratar. O que

⁷⁷ *Idem*, pág. 161.

⁷⁸ *Idem*, pág. 161.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

consignou na Comunicação – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 2009/C45/07 (doravante Comunicação de 2009).

Contudo, conforme também não deixa de reconhecer Mário Marques Mendes, não foi essa a posição do Tribunal de Justiça. Efetivamente, resulta do acórdão deste Tribunal, no âmbito de um reenvio prejudicial no processo Telia Sonera (processo C-52/09, decisão de 17.02.2011), que o TJ “acolheu a natureza autónoma da compressão de margens, a qual no seu entender, não deve ficar dependente de se encontrarem preenchidos os requisitos da recusa de fornecimento, já que isto reduziria indevidamente o efeito útil do artigo 102º do TFUE” (fls. 23848 e 23850).

Enquadrada, em termos gerais, a figura vejamos quais são os seus requisitos à luz da jurisprudência comunitária.

Assim, em primeiro lugar, é necessária a existência de uma empresa verticalmente integrada, ou seja, que esteja simultaneamente presente no mercado a montante e no mercado a jusante, e, para além disso, que forneça um produto ou serviço que é utilizado para produzir o produto ou serviço disponibilizado no mercado a jusante.

Em segundo lugar, a empresa verticalmente integrada tem de “deter posição dominante no mercado grossista, onde fornece o input, não sendo exigível que domine também o mercado do produto derivado”⁷⁹.

Em terceiro lugar, o preço que a empresa verticalmente integrada cobra, no mercado a montante, pelo produto/serviço aos seus clientes quando confrontado com o preço que pratica no mercado a jusante, comprime as margens dos seus concorrentes igualmente eficientes no mercado retalhista, fazendo com que estes corram o risco de só poderem operar no mercado retalhista com prejuízos ou a taxas de rentabilidade artificialmente reduzidas (acórdão TeliaSonera § 30 e 33).

Em quarto lugar, a conduta tem de dar origem a um efeito de encerramento anticoncorrencial do mercado. Efeito esse que, conforme esclarece o TJ no processo

⁷⁹ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit.,pág. 217. Cfr. acórdão do TJ TeliaSonera, § 89.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

TeliaSonera, não tem necessariamente de ser concreto, sendo suficiente a demonstração de um efeito anticoncorrencial potencial (§ 64). Tal efeito “respeita aos eventuais entraves que as práticas tarifárias da recorrente possam ter causado ao desenvolvimento da oferta no mercado de retalho dos serviços de acesso aos utilizadores finais e, portanto, ao grau de concorrência nesse mercado” (§ 252, acórdão Deutsche Telekom/Comissão Europeia e § 62 do acórdão Telia Sonera), ou seja, ao efeito típico de um abuso de exclusão que, conforme resulta da definição supra exarada, se traduz em impedir ou dificultar a entrada de concorrentes no mercado, debilitando a respetiva posição concorrencial ou excluindo-os mesmo do mercado.

O TJ considera que esse efeito potencial é provável quando o produto grossista é indispensável para a venda do produto retalhista (§ 70) ou quando, não sendo indispensável, a margem é negativa (§ 73). Em contrapartida, o efeito tem de ser demonstrado se não se verificarem estes pressupostos (§ 74).

Importa ainda referir que, segundo a jurisprudência comunitária, um produto ou serviço é indispensável para o exercício de uma atividade quando não existe qualquer substituto real ou potencial (acórdão Oscar Brönnner/Mediaprint, proc. C-7/97, decisão de 26.11.1998, § 41). Resulta ainda da mesma jurisprudência que não há substituto real ou potencial quando existam obstáculos técnicos, regulamentares ou mesmo económicos que sejam de natureza a tornar impossível, ou mesmo desrazoavelmente difícil, para qualquer outro concorrente, criar, sozinho ou em colaboração com outros, um produto ou serviço substituto, ainda que menos vantajoso (acórdão Brönnner, § 43 e 44). O que deve ser aferido tomando como referência a empresa em posição dominante (acórdão Brönnner § 46).

Por último, a empresa em posição dominante pode demonstrar a existência de uma justificação objetiva para a conduta. O TJ esclareceu, a este propósito, no acórdão TeliaSonera que a “apreciação da justificação económica de uma prática tarifária susceptível de produzir um efeito eliminatório aplicada por uma empresa em posição dominante efectua-se com base no conjunto das circunstâncias do caso concreto (v., neste sentido, acórdão Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, já referido, n.º 73).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

A este respeito, é necessário determinar se o efeito eliminatório que resulta deste regime, que é nefasto para a concorrência, pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor. Se o efeito eliminatório desta prática não está relacionado com vantagens para o mercado e os consumidores ou vai para além do que é necessário para obter essas vantagens, tal prática deve ser considerada abusiva (acórdão *British Airways/Comissão*, já referido, n.º 86)” (§ 76).

Damien Geradin e Robert O'Donoghue apresentam as seguintes possíveis justificações para casos de compressão de margens: as condições de mercado podem ser temporariamente más, mas espera-se que melhorem; a empresa pode estar a fixar preços baixos como uma estratégia de marketing; a empresa introduziu um novo produto e correntemente tem poucas vendas, mas espera que as mesmas aumentem; um concorrente pode estar a cobrar preços insustentáveis mas provavelmente irá deixar o mercado ou rever as suas políticas; o mercado pode estar em declínio, mas há alguns participantes que esperam sair; a empresa acredita que pode melhorar a sua performance e dos seus produtos; a empresa pode ter cometido um erro e entrou no mercado em escala demasiado grande, entre outros⁸⁰. Considera-se que este conjunto de casos não consubstanciam justificações objetivas à luz do conceito supra referido, resultante da jurisprudência comunitária, mas podem afastar o elemento subjetivo.

É entendimento da jurisprudência comunitária que “embora o ónus da prova quanto à existência das circunstâncias constitutivas de uma violação do artigo 82.º CE impenda sobre a Comissão, é, todavia, à empresa dominante em causa, e não à Comissão, que incumbe, se for o caso, antes do fim do procedimento administrativo, invocar uma eventual justificação objetiva e apresentar argumentos e elementos de prova a esse respeito. Compete, em seguida, à Comissão, se pretender concluir pela existência de um abuso de posição dominante, demonstrar que os argumentos e os elementos de prova invocados pela referida empresa não procedem e que, por conseguinte, a justificação

⁸⁰ *In The Concurrent Application Of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze in the Telecommunications Sector*, p. 7, disponível na Internet.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

apresentada não pode ser acolhida” (acórdão Clearstream, citando o acórdão Microsoft/Comissão).

O acolhimento desta posição no âmbito do direito nacional da concorrência não contende, na nossa perspetiva, com o princípio da presunção da inocência, consagrado no art. 32º/2, da CRP, pois a justificação económica atua num segundo momento, ou seja, após a verificação de todos os pressupostos da infração, evitando que o abuso de posição dominante se traduza numa proibição absoluta.

No plano dos requisitos da compressão de margens, as recorrentes alegam, como primeiro requisito essencial, que a empresa em posição dominante tem de concorrer com o seu cliente no mercado a jusante, ou seja, para haver compressão de margens tem de existir, no mercado a jusante, um concorrente ou concorrentes que também é ou são clientes da empresa verticalmente integrada. O que durante o período de referência – 2010 a 2013 – não se verificava, porquanto a Farminveste IPG tinha como único cliente a HMR e a prática do preço de € 255,00 à IMS ocorreu num momento prévio em que a HMR ainda não existia e, por conseguinte, não se verificava o pressuposto da integração vertical e da presença da empresa dominante – Farminveste IPG – no mercado a montante e no mercado a jusante.

Com base nestes pressupostos sustentam as recorrentes que: é conceptualmente impossível calcular uma compressão de margens uma vez que nunca coexistiu um preço do Grupo ANF para clientes a jusante relativamente ao qual se pudesse comparar o preço praticado à IMS a montante; inexistente qualquer relação causal putativa entre a alegada compressão de margens e o facto da IMS ter deixado de ter acesso aos dados; não existiu qualquer ligação entre o preço acordado em 2008 e a decisão subsequente de constituir a hmR; após o momento em que a IMS decidiu incumprir o acordado com o Grupo ANF, não mais voltou a IMS a solicitar a cedência de dados à Farminveste IPG – nem mesmo após a prolação do acórdão do Tribunal Arbitral – pelo que é inconcebível a existência de qualquer abuso em momento posterior, seja durante o período objeto da Decisão Condenatória, seja em qualquer outro; só faria sentido qualificar a infração como



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

permanente se houvesse indícios de uma vontade contínua da IMS de aceder aos dados do grupo ANF, o que não sucedeu.

Na mesma linha, defende-se no parecer da Compass Lexecon, fls. 22777, que “só pode ocorrer esmagamento de margens quando a empresa dominante está verticalmente integrada e melhora a posição competitiva do seu ramo a jusante através do aumento do custo dos seus concorrentes a jusante. Assim, um esmagamento de margens requer (a) concorrência a jusante entre a empresa dominante e as alegadas vítimas do comportamento abusivo, e (b) controlo pela empresa dominante dos custos dos concorrentes a jusante. As condições (a) e (b) implicam que não pode existir esmagamento de margens exceto se a empresa dominante estiver verticalmente integrada a jusante e se for, ao mesmo tempo, fornecedora do seu concorrente a jusante. Estas condições não se encontram satisfeitas no caso em apreço”. Mais acrescenta que a “AdC pode tentar argumentar que não pretende determinar se a IMS sofreu efetivamente um esmagamento de margens, mas sim se um concorrente igualmente eficiente que tivesse solicitado acesso aos dados da ANF teria sofrido um esmagamento. Mas tal é erróneo porque, tal como declarado pelo Tribunal de Justiça Europeu, a AdC deve demonstrar que a prática é suscetível de ter um efeito anticoncorrencial e isso requer a identificação de uma empresa que poderia ter sido excluída ou marginalizada em resultado da conduta da ANF. Dado que apenas a IMS era concorrente da ANF (hmR) mas não era cliente enquanto concorrente, o alegado esmagamento de margens da ANF não era suscetível de restringir a concorrência”.

Discorda-se deste entendimento. Com efeito, resulta do acórdão TeliaSonera que não é requisito necessário para a existência de uma compressão de margens a circunstância dos operadores em causa serem clientes existentes ou novos da empresa dominante, ou seja, clientes que ainda não operam no mercado em causa (acórdão TeliaSonera § 92 e 93), pois, conforme salienta o TJ, o caráter abusivo da compressão de margens deve ser apreciado atendendo não apenas à possibilidade de essa prática vir a eliminar do mercado relevante operadores com o mesmo grau de eficiência já ativos nele mas igualmente aos eventuais entraves que ela possa criar a operadores potenciais com o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

mesmo grau de eficiência, que ainda não estão presentes no mercado (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 178) (§ 94).

Por conseguinte, é conceptualmente possível a existência de compressão de margens sem que existam no mercado a jusante concorrentes que são simultaneamente clientes da empresa dominante no mercado a montante e verticalmente integrada. E isto não compromete a verificação do efeito anticoncorrencial, na medida em que, como afirma o TJ, no acórdão TeliaSonera, esse efeito não tem de ser concreto, podendo ser potencial.

Acresce ainda que exigir a verificação do requisito invocado pelas recorrentes conduziria ao mesmo efeito que o TJ salientou a propósito da exigência da obrigação de contratar no âmbito da compressão de margens e que por identidade de razões também é aplicável ao pressuposto em análise, efeito que consiste em “reduzi[r] indevidamente o efeito útil do artigo 102.º TFUE” (§ 58) e, acrescenta-se, também o do art. 11º, do NRJC. Efetivamente, a afetação da concorrência pode ser provocada, conforme salienta o TJ, não só por via da exclusão de concorrentes já existentes no mercado, mas também por via da criação de entraves à entrada de novos concorrentes. Entraves esses que não resultam de uma concorrência pelo mérito, mas são artificialmente criados por uma empresa em posição dominante. Uma prática de compressão de margens, mesmo quando não existam concorrentes que são simultaneamente clientes da empresa dominante, é suscetível de criar esses entraves.

Esclarecida esta questão prévia, vejamos se os requisitos supra referidos estão presentes no caso concreto.

Assim, quanto ao primeiro, verifica-se a existência de integração vertical, uma vez que a Farminveste IPG está presente no mercado a montante e no mercado a jusante através da HMR, que detém a 100%. Constatou-se adicionalmente que a Farminveste IPG fornece um produto – dados de um painel representativo de farmácias – que são utilizados para produzir estudos nos mercados a jusante.

Em segundo lugar, a Farminveste IPG tem uma posição dominante no mercado grossista ou a montante.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

Em terceiro lugar, o terceiro requisito deve ser aferido tendo em conta, “em princípio e prioritariamente, os preços e os custos da empresa em causa no mercado das prestações retalhistas. Só quando não for possível, atendendo às circunstâncias, fazer referência a esses preços e custos é que devem ser examinados os dos concorrentes que operam nesse mercado” (acórdão TeliaSonera § 46). O que se verifica designadamente nos seguintes casos: quando a estrutura dos custos da empresa dominante não pode ser identificada de modo preciso por razões objetivas; ou quando a prestação fornecida aos concorrentes consiste na simples exploração de uma infraestrutura cujo custo de produção já foi amortizado, pelo que o acesso a tal infraestrutura já não representa um custo para a empresa dominante que seja economicamente comparável ao custo que os seus concorrentes devem suportar para aceder a ela; ou quando as condições de concorrência específicas de mercado o exijam, por exemplo, pelo facto de o nível de custos da empresa dominante depender precisamente da situação de vantagem competitiva na qual a posição dominante a coloca (acórdão TeliaSonera § 46). No caso não se verifica nenhuma destas hipóteses pelo que há que considerar os custos e preços praticados pelo grupo ANF, conforme efetuou a AdC tomando por referência o teste do operador igualmente eficiente (OIE).

O que, note-se, também não é questionado pelas recorrentes. Na verdade, o que as recorrentes sustentam, com apoio no parecer da Compass Lexecon (cfr. fls. 22767, que reitera o seu anterior parecer) e em linha também com o parecer da RBB Economics (cfr. fls. 22860), é que, a AdC “recorreu a receitas e custos ex-post e não teve em consideração que os preços fixados pela hmR foram baseados em expectativas de procura ex-ante que acabaram por se revelar incorretas ex-post devido a uma alteração inesperada da regulamentação farmacêutica em Portugal e aos efeitos da crise no sector. E que, se o teste de compressão de margens tivesse sido realizado com base nas receitas constantes do plano de atividades da hmR à data da sua entrada no mercado, o que é usual e economicamente viável, a AdC teria concluído que as margens da hmR eram positivas e, consequentemente, que um concorrente com o mesmo grau de eficiência teria sido viável”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

A ideia essencial subjacente a estas asserções é explicitada no parecer Compass Lexecon e está associada ao facto de não existir um preço de mercado efetivo que a AdC pudesse tomar como referência, uma vez que a Farminveste IPG não tinha, durante o período de referência, outros clientes para além da HMR, sendo o preço cobrado a esta empresa um mero preço de transferência interno. Assim, nesta linha, defende-se, no aludido parecer, o seguinte: “A razão para utilizar preços cobrados a concorrentes é simples. Uma empresa dominante verticalmente integrada pode cobrar as suas atividades a jusante a um preço de transferência que não reflete efetivamente o preço de mercado, o que torna o teste-custo inútil. E isto porque a atividade a jusante da empresa dominante não precisa de ter o mesmo poder de negociação que um concorrente igualmente eficiente. Assim, se bem que o preço de transferência possa corresponder a uma transação em condições normais de mercado, não representa o preço que emergiria de uma negociação sem restrições entre a empresa dominante e o seu concorrente igualmente eficiente. No caso presente, a AdC está de facto a analisar a rentabilidade da atividade da hmR utilizando um preço de transferência interno que a ANF não se deu ao trabalho de ajustar desde 2008. Em vez de utilizar o preço de transferência, a AdC deveria ter utilizado o preço que a ANF deveria ter cobrado aos concorrentes da hmR pelos dados das farmácias durante o Período da Infração. A questão, naturalmente, é que tal preço não existe porque a IMS já não era cliente da ANF e não tinha havido outro concorrente a contactar a ANF pra adquirir os seus dados. Nesta situação, a AdC poderia ter abordado esta lacuna de informação: quer (a) utilizando os dados disponíveis em 2008 sobre custos de dados dos painéis de farmácias (i.e., o preço cobrado à IMS) e as receitas esperadas pela hmR com a venda de estudos de mercado, o que designamos por análise ex-ante; ou (b) Utilizando as receitas de estudos de mercado geradas pela hmR entre 2010 e 2013 e o preço que a ANF teria cobrado a um concorrente da hmR pelos dados dos painéis de farmácias em função das condições económicas e regulamentares à data em vigor, o que designamos por análise ex-post” (fls. 22772 e 22773), ou seja, “o preço de mercado – caso alguém tivesse solicitado a abertura de negociações com a ANF durante o Período da Infração – teria refletido a alteração das circunstâncias do mercado” (fls. 22777). Alterações essas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

marcadas pela crise financeira, pela redução do programa de assistência financeira e pela introdução de legislação que aumentou o uso de produtos genéricos em detrimento de produtos de marca (fls. 22774).

Por sua vez, defende-se, no parecer da RBB Economics, que a “escolha feita pela AdC de considerar o preço de 2008 como a referência relevante para o este de esmagamento de margens não se baseia em fundamentos económicos sólidos: o preço praticado em 2008 foi negociado entre a ANF e a IMS antes da crise económica e antes da entrada da HMR e, como tal, é provável que tivesse sido renegociado se tivesse sido solicitado à ANF que o fornecesse numa fase posterior; e o preço de € 255 entre a Farminveste e a HMR corresponde de facto a um preço de transferência interno e, por isso, não é indicativo de qual seria o resultado das negociações entre a ANF e potenciais clientes que pudessem ter querido adquirir esses dados. (...) Para assegurar a coerência com o preço fixado em 2008, a AdC não deveria ter utilizado as receitas e custos efetivos mas, em vez disso, desenvolver um cenário em que as condições económicas tivessem piorado. E isto porque o preço fixado em 2008 não teve em conta a brusca deterioração ocorridas nas condições económicas” (fls. 22866 e 22867).

Não se concorda com o entendimento defendido pelas recorrentes e nos referidos pareceres, pelas mesmas razões que justificam que se tenha em consideração os custos e preços da empresa em causa no mercado retalhista. Razões essas que o Tribunal Geral expôs no acórdão Wanadoo España/Telefónica (T-336/07), de 29.03.2012, e, que entre o mais, se traduzem na circunstância de “uma prática de exclusão afeta[r] igualmente os potenciais concorrentes da empresa dominante, que poderão ser dissuadidos de fazer a sua entrada no mercado pela perspectiva de uma falta de rentabilidade” (§ 192).

Ora, é também isso que está aqui em causa. Com efeito, admite-se que, no plano subjetivo, os argumentos aduzidos podem ter alguma valia (que, no caso concreto, não têm face à prova produzida). Contudo, no plano objetivo, considera-se que, independentemente dos fatores que determinaram o preço fixado pela empresa dominante à empresa no mercado a jusante no qual está verticalmente integrada e independentemente dos fatores que interferiram na fixação do preço praticado pela empresa no mercado



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

retalhista, o certo é que são esses os preços que potenciais entrantes podem tomar como referência para decidirem entrar ou não no mercado. O preço, no mercado a montante, por corresponder ao custo de referência do fator produtivo e os preços no mercado retalhista por serem aqueles com os quais terá de concorrer. Por conseguinte, neste plano o que importa é o preço que a empresa dominante efetivamente praticou e o preço que a empresa no mercado a jusante efetivamente cobrou, pelo que são estes os valores que devem ser tomados em consideração na aplicação do teste do operador igualmente eficiente.

É certo que o caso tem uma particularidade adicional, designadamente o facto da IMS, única empresa concretamente identificada que demonstrou interesse na aquisição dos dados das farmácias, dispor de uma decisão do Tribunal Arbitral que, na sua fundamentação considerava que o preço equitativo pelos dados era de € 150,00 e nunca ter solicitado à Farminveste IPG a aquisição dos dados por este ou por qualquer outro preço.

Sucede que este fator não afasta as asserções *supra* exaradas a propósito de outros potenciais entrantes e, para além disso, ficou demonstrado que o preço que a Farminveste IPG cobraria durante o período de referência seria de € 255,00

Esclarecida esta questão, refere-se ainda no parecer da Compass Lexecon, fls. 22770-22771, que a AdC aplicou o teste do OIE a um mercado que não corresponde a nenhum dos mercados de produto relevantes definidos na decisão, ou seja, a AdC adicionou receitas e custos para todos os tipos de estudos relativamente a todos os 576 diferentes mercados de produto para determinar se o preço a montante da ANF produziu um esmagamento de margens. Numa ótica económica a realização do teste de esmagamento de margens a nível agregado não é necessária para garantir a comparabilidade entre o produto a montante e o produto a jusante. Acrescenta ainda que a AdC alega, mas não demonstra, que a utilização de um preço médio ponderado agregado a jusante não invalida as suas conclusões relativamente à existência de um esmagamento de margens em cada um dos 576 diferentes mercados de produtos da decisão. Tal constitui uma mera afirmação. A AdC não menciona que um preço a montante pode produzir um



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

esmagamento de margens em termos agregados mas não o fazer relativamente a um subconjunto de produtos a jusante cujos preços tenham sido agregados e que a identidade dos mercados dos produtos em que a concorrência seria distorcida será necessariamente influenciada pela alocação de custos comuns.

Discorda-se deste entendimento, na medida em que as premissas que a AdC considerou para efetuar o teste de esmagamento de margens a nível agregado estão corretas.

Efetivamente, a Farminveste IPG, tal como salienta a AdC, só faculta o acesso aos dados em bloco, o que significa que o valor pago pelos dados não pode ser ajustado em função das necessidades da empresa que adquire os dados comerciais das farmácias. Assim sendo, o preço total pago pelos dados é o mesmo caso a empresa que os adquire os utilize apenas para produzir estudos incluídos num dos mercados identificados a jusante ou em todos. Exemplificando: o valor total cobrado pela Farminveste IPG em 2012 - € 7.120.365 – aplica-se quer à totalidade de estudos vendidos durante esse ano – 29.969 – quer para cada um dos tipos de estudos incluídos nesse total. Por conseguinte, se o preço médio dos dados não for calculado com base na totalidade dos estudos vendidos será superior para cada um dos tipos de estudos, tendo por referência cada um dos mercados relevantes do produto a jusante.

Ora, importa considerar que os dados das farmácias fornecidos pela Faminveste IPG permitem a uma empresa de estudos produzir estudos para concorrer em todos os mercados de estudos baseados em dados das farmácias. Adicionalmente, verifica-se que as empresas de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico possuem as infraestruturas, o capital humano e os conhecimentos necessários para a produção de um qualquer tipo de estudo, podendo transferir a sua capacidade produtiva entre os diversos tipos de estudos baseados nos dados comerciais das farmácias desde que garantido o acesso a esses dados. Ou seja, qualquer operador no mercado retalhista ponderaria a diluição do montante pago pelos dados pelo maior número possível de estudos, porque este é o cenário que, em termos globais, lhe permitiria rentabilizar mais os dados das farmácias.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

Nesta medida, a agregação de todos os tipos de estudos baseados nos dados das farmácias e a utilização do seu preço médio ponderado mostra-se correta, porque corresponde àquele que seria o padrão racional de ponderação eficiente de qualquer operador no mercado retalhista. Acresce que, tal como salienta a AdC, garante a comparabilidade entre o produto a montante e os produtos a jusante, na medida em que o produto a montante permite a produção de qualquer um dos produtos a jusante.

Esclarecidos estes pontos prévios, não há razões para discordar da análise económico-financeira efetuada pela AdC, com exceção da correção introduzida nos factos provados, mas que não altera a conclusão final.

Assim, concorda-se, em primeiro lugar, com a consideração, no teste do OIE, do Custo Incremental Médio de Longo Prazo (CIMLP) (*Long Run Average Incremental Cost - LRAIC*), período-a-período, aderindo-se aos argumentos aduzidos pela AdC e que são os seguintes:

“A Comissão utiliza o CIMLP do departamento a jusante da empresa dominante integrada⁸¹ (ou da empresa a jusante integrada no grupo da empresa dominante a montante) como indicador comparativo para determinar os custos de um concorrente com o mesmo grau de eficiência⁸².

O CIMLP de um determinado produto inclui todos os custos específicos do produto associados ao volume total de produção desse produto, representando a “*média de todos os custos (fixos e variáveis) em que uma empresa incorre para produzir um determinado produto*”⁸³.

Dito de outra forma, o CIMLP corresponde à diferença entre os custos totais incorridos pela empresa em todos os seus produtos, incluindo o produto em análise, e o custo total da empresa quando não existe produção do produto em análise (mantendo o

⁸¹ No entanto, em determinados casos, o CIMLP de um concorrente a jusante não integrado pode ser utilizado como critério de referência, designadamente, quando não for possível atribuir os custos incorridos pela empresa dominante a operações a jusante e a montante.

⁸² Conforme Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, § 80.

⁸³ Conforme Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, § 26.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

nível de produção dos restantes produtos), dividida pelo nível de produção do produto em análise.

A medida de CIMLP tem em consideração os custos totais de longo prazo (custos operacionais e custos de capital) que são incrementais à prestação do serviço, incluindo *“os custos fixos específicos do produto ocorridos antes do período durante o qual se registou o comportamento alegadamente abusivo”*⁸⁴.

Para além de todos os custos que variam diretamente com o volume produzido e os custos/investimentos fixos diretamente relacionados com o volume total produzido (custos diretos imputáveis), o CIMLP inclui também o aumento nos custos comuns imputáveis à atividade em causa (custos indiretos imputáveis)⁸⁵.

O CIMLP não inclui os custos não imputáveis, *i.e.*, os custos que apenas podem ser imputados em base arbitrária.

O CIMLP e o custo total médio (CTM) são bons indicadores recíprocos e são iguais no caso de empresas com um só produto⁸⁶.

Se empresas com vários produtos realizarem economias de gama, o CIMLP será inferior ao CTM para cada um dos produtos, visto os verdadeiros custos comuns não serem tidos em consideração no CIMLP⁸⁷.

No caso de vários produtos, quaisquer custos que poderiam ter sido evitados com a não produção de um determinado produto ou de uma gama específica não são considerados custos comuns⁸⁸.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Os custos comuns decorrem do facto de dois ou mais produtos/serviços serem produzidos em conjunto, embora pudessem ser produzidos em separado. São muitas vezes também denominados por custos partilhados, se aplicáveis a todos os serviços/produtos do operador.

⁸⁶ Conforme Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, § 26.

⁸⁷ Conforme Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, § 26.

⁸⁸ Conforme Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, § 18.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16:0YUSTR

Nas situações em que os custos comuns são elevados, os mesmos poderão ter de ser considerados na avaliação da capacidade de encerramento do mercado a concorrentes com o mesmo grau de eficiência⁸⁹.

A incapacidade de cobrir o CIMLP indica que a empresa em posição dominante não está a cobrir todos os custos imputáveis à produção do bem ou serviço em causa e que um concorrente igualmente eficiente poderia ser excluído do mercado⁹⁰.

O método histórico *período-a-período* consiste em comparar anualmente (ou em períodos mais reduzidos) as receitas e custos observados, extraídos das contas da empresa verticalmente integrada, nas quais as despesas em investimentos foram corretamente amortizadas⁹¹.

Com o método *período-a-período* as regras gerais de contabilidade resultam no tratamento de alguns custos como despesas que são atribuídos apenas ao período em que foram incorridos e de outros custos como sendo capitalizados e alocados a mais do que um período de tempo, normalmente através do uso da depreciação linear.

Outro método através do qual também se pode avaliar a rentabilidade de um negócio é o método *Discounted Cash Flow* (DCF)⁹².

O método DCF consiste em avaliar a rentabilidade global ao longo de um período adequado (em geral vários anos). O crescimento futuro da empresa é levado em conta na análise da rentabilidade através da agregação dos fluxos de caixa esperados ao longo do tempo, a fim de chegar a uma única medida, o valor atual líquido (VAL). Como os custos são incorridos e as receitas são geradas durante um período de vários anos, o valor presente descontado dos fluxos de custos e receitas é usado para comparar as receitas e custos totais.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Conforme Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, § 26.

⁹¹ Conforme Decisão da Comissão no processo *Wanadoo España/Telefónica*, § 328.

⁹² Conforme Decisão da Comissão no processo *Wanadoo España/Telefónica*, § 326.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

O VAL corresponde, então, à soma das receitas descontadas menos a soma dos custos descontados. Um VAL positivo revela que a atividade gera valor ao longo do período adequado. Um VAL negativo revela que o investimento não é recuperado⁹³.

O método DCF, tal como o método *período-a-período*, também aborda a questão da recuperação de custos ao longo do tempo, mas fá-lo de uma forma diferente.

A abordagem DCF olha para a rentabilidade de uma empresa durante um período razoavelmente longo (vários anos), não especificando como devem os custos ser recuperados nos diferentes subperíodos (anualmente). Este método considera a evolução das receitas e das despesas da empresa durante o período utilizado para a análise e calcula o VAL do negócio.

No entanto, o método DCF apresenta algumas características que, em geral, não são desejáveis para a análise de uma compressão de margens⁹⁴.

Em primeiro lugar, existe o risco de o resultado do teste depender de previsões irrealistas feitas pela empresa Arguida, concluindo-se pela inexistência de compressão de margem quando ela existe. Este risco é particularmente elevado quando são considerados lucros futuros significativos, passíveis de ultrapassar as perdas ocorridas nos primeiros anos de um projeto e resultando num VAL positivo; contudo os pressupostos sobre os lucros futuros podem não ser sustentáveis.

Em segundo lugar, o modelo de DCF permite a recuperação das perdas iniciais pelos lucros futuros. Assim, um VAL positivo pode ser precisamente o resultado de um comportamento anticoncorrencial bem sucedido.

Uma estratégia de compressão de margens bem sucedida pode passar precisamente por, numa primeira fase, suportar prejuízos económicos por forma a excluir os concorrentes do mercado, reduzir-lhes a sua capacidade de reação no futuro, e/ou evitar a entrada de concorrentes no mercado, para, numa segunda fase, obter lucros elevados em consequência desse enfraquecimento do quadro competitivo. Nestes casos, o modelo DCF

⁹³ Conforme Decisão da Comissão no processo *Wanadoo España/Telefónica*, § 329.

⁹⁴ A Comissão sintetizou essas características na decisão adotada no processo *Wanadoo España/Telefónica* (vide, § 333 a § 335).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

revela um valor positivo que mais não significaria do que o resultado de uma conduta anticoncorrencial.

Dito de outra forma, o método DCF pode reportar um VAL positivo devido, não ao normal funcionamento do mercado, mas ao fortalecimento do poder de mercado da empresa dominante, que permite que as perdas obtidas no curto prazo se traduzam em ganhos no longo prazo.

O método DCF apenas permitiria verificar se as Arguidas teriam tido uma estratégia que lhes acrescentaria valor no longo prazo, ficando-se sem saber se tal resultava de um comportamento anticoncorrencial e se os custos de um OIE poderiam ser recuperados durante qualquer subperíodo, em particular, aquele em que decorreram os comportamentos em apreço.

Finalmente, a utilização do método DCF permitiria às Arguidas obter perdas iniciais elevadas (a serem compensadas no futuro), sem considerar se os concorrentes seriam capazes de absorver essas perdas durante vários anos”.

Não há razões para duvidar da correção destes parâmetros gerais.

Na sua aplicação concreta, concorda-se com a AdC no sentido de que é necessário, num primeiro momento, “avali[ar] se a diferença entre o preço médio ponderado cobrado pelos produtos nos mercados a jusante e o preço cobrado pelo fator de produção no mercado a montante, pela empresa dominante, in casu, o Grupo ANF, permite que um concorrente com o mesmo grau de eficiência exerça, de uma forma rentável e duradoura, atividades nos mercados a jusante”. E “se a resposta for negativa, então verifica-se a existência de uma compressão (ou esmagamento) de margens”.

Neste plano, já se concluiu que é necessário comparar o preço médio de todos os estudos vendidos pela HMR durante o período de referência – ou seja, a receita total dividida por todos os estudos vendidos (o que está refletido na tabela 6) - com o preço médio dos dados das farmácias – ou seja, o preço total cobrado pela Farminveste IPG dividido por todos os estudos vendidos (o que está refletido na tabela 7).

Como a diferença entre um e o outro é positiva (cfr. tabela 8), há que considerar, tal como sustenta a AdC, “o cálculo dos custos médios específicos suportados pela HMR



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

para a produção dos estudos baseados nos dados das farmácias (excluindo o custo com a obtenção dos dados das farmácias), para determinar se a margem entre o preço médio pago pelo consumidor final e o preço médio dos dados das farmácias permite cobrir esses mesmos custos”. Utilizando o referido método de ponderação de preços, obtêm-se os valores indicados na tabela 9, concluindo-se, de acordo com os dados da tabela 10, que a margem de lucro média (por estudo) seria sempre negativa durante o período de referência.

Consequentemente e face aos valores constantes nos factos provados, considera-se que este requisito também está verificado.

Quanto aos efeitos, considera-se que este requisito também se mostra preenchido.

Assim, a título preliminar, importa salientar, tal como esclareceu o TJ, no acórdão TeliaSonera, a verificação de uma compressão de margens não depende da existência de uma posição dominante no mercado retalhista (§ 89). Acresce, tal como o TJ salienta no mesmo aresto, o âmbito de aplicação material da responsabilidade particular que impende sobre uma empresa dominante deve ser apreciado tendo em conta as circunstâncias específicas de cada caso, que demonstrem um enfraquecimento da concorrência (§ 84, citando o acórdão Tetra Pak/Comissão, já referido, n.º 24). Note-se ainda que a HMR tinha uma posição dominante, pelo menos, no mercado de estudos sobre CH, prescrições e atividades das farmácias com um painel inferior a 1531 farmácias e com uma periodicidade inferior à diária e nos mercados de estudos sobre CH, prescrições e atividades das farmácias com um painel igual ou superior a 1531 farmácias, uma vez que era a única empresa a fornecer estudos deste tipo, sendo certo que o facto da IMS ainda não conseguir fornecer estudos desses tipo é evidenciador de que não existe concorrência potencial.

Em segundo lugar, verifica-se que para se concorrer, em alguns dos referidos mercados, é necessário que os concorrentes tenham acesso aos dados de um painel de, pelo menos, 1531 farmácias e que esse acesso seja automático e contínuo, uma vez que apenas esta forma de acesso permite a produção de estudos de mercado com uma periodicidade inferior à mensal. Note-se que são condições de acesso essenciais para que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

uma empresa esteja presente nesses mercados, pelo que, contrariamente ao que sugerem as recorrentes, não se trata apenas de concorrer com mais ou menos vantagens.

Acresce ainda no que respeita ao mercado que se reporta aos estudos sobre MSRM, mesmo tendo-se concluído que há substituíbilidade entre os estudos baseados em dados de grossistas e os estudos baseados em dados de farmácias, uma parte da procura prefere estes em detrimento dos primeiros, designadamente quando baseados num painel com a qualidade do painel do Grupo ANF, sendo que, no conjunto das receitas da HMR e em geral relativamente a todos os produtos, se pode concluir que 46% da procura tem essa preferência. Ora, isto significa que, em geral, o não acesso ao aludido painel de farmácias significa não ser possível a uma empresa aceder a essa parte da procura, o que, dado o seu volume, implicará necessariamente uma afetação da sua capacidade competitiva e do desenvolvimento da concorrência. Com efeito, 46% das receitas da HMR assume uma proporção muito significativa. Veja-se que, em 2013, 46% das receitas da HMR representavam 3.492.274. Nesse mesmo ano, as receitas da IMS ascendiam a pouco mais de € 11 milhões (cfr. figura 9)). O que significa que as receitas potenciais que não pode auferir representavam cerca de 30% do seu volume de negócios. O que é muito. Tenha-se presente que, segundo certo entendimento, a fixação do limite de 10% do volume de negócios durante um ano como limite máximo das coimas aplicáveis (que é o limite também previsto, a nível comunitário, no Regulamento 1/2003), funciona como “cláusula de bloqueio”, tendo subjacente a “ideia de que a defesa da concorrência não deve fazer-se através da incapacitação económica das empresas (infratoras), porque, de outro modo, a atuação do Estado ver-se-ia envolvida num paradoxo de sentido (defesa da concorrência através da eliminação da concorrência)”⁹⁵ (p. 91, fls. 21663). Pese embora se rejeite esta interpretação no sentido de que esse limite funciona como “cláusula de bloqueio”, conforme infra se explicitará, chama-se à colação aqui tais asserções apenas para evidenciar que a aludida proporção de receitas potenciais às quais a IMS não pode aceder é muito expressiva.

⁹⁵ Cfr. Parecer de Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, p. 91, fls. 21663.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.OYUSTR

E isto não se considera ser apenas um meio menos vantajoso à luz da jurisprudência Brönnner. Na verdade, a jurisprudência Brönnner tem subjacente, como não pode deixar de ser à luz dos interesses que se pretendem tutelar por via do art. 102º, do TFUE, meios menos vantajosos quando o não acesso a meios mais vantajosos está relacionado com a (in)eficiência dos operadores concorrentes, como sucedia nesse processo. O que não é o caso, pois o não acesso de um concorrente da HMR a um painel de, pelo menos, 1531 farmácias não é fruto de menor mérito.

Efetuada estes esclarecimentos, considera-se verificado um efeito anticoncorrencial potencial, desde logo, porque o acesso ao produto em questão por via da Farminveste IPG pressupunha, durante o período de referência, margens negativas. Ora, tal como referido, a existência de margens negativas, tal como a indispensabilidade do produto/serviço, torna provável, à luz da jurisprudência comunitária, o efeito anticoncorrencial potencial de exclusão de concorrentes e, em consequência, a criação de entraves e dificuldades de acesso ao mercado e desenvolvimento da concorrência.

A essas margens acresce ainda o facto de não existirem substitutos reais ou potenciais para o produto oferecido pela Farminveste IPG ou, pelo menos e quanto ao acesso a um painel de 1531 farmácias, existirem fortes barreiras ao seu acesso, alheias ao mérito dos potenciais concorrentes.

Assim, resulta dos factos provados que o acesso aos dados de um painel de farmácias, sem ser através de uma relação contratual com a Farminveste IPG, teria de ser efetuado farmácia a farmácia (com eventual mediação através de grupos de farmácias) e a utilização de métodos automáticos poderia ser tecnicamente bloqueada pelo grupo ANF. Não é razoável aceitar que uma empresa fique sujeita a essa possibilidade por parte de uma empresa concorrente, sem a proteção de uma relação contratual, uma vez que a interrupção do acesso pode impedir a empresa de cumprir com os compromissos assumidos com os seus clientes e afetar a sua imagem e reputação. E isto é algo objetivo, que resulta da possibilidade técnica do bloqueio ser efetuado. Ora, essa forma de acesso impede a elaboração de estudos com periodicidade inferior à mensal, o que, por sua vez, conduz à insusceptibilidade de concorrer nos mercados a jusante identificados relativos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

aos estudos com essa periodicidade. Razão pela qual se conclui que o produto fornecido pela Farminveste IPG é, para esses mercados, um produto indispensável, porque não há substituto real ou potencial, face à existência de obstáculos técnicos e económicos (decorrentes da viabilidade de manter um fornecimento contínuo face a uma possível ação obstaculizante por parte do Grupo ANF) que impossibilitam um concorrente de aceder aos dados de forma a poder atuar nesses mercados.

No que respeita aos demais mercados, o problema está no acesso a um painel de farmácias. Neste plano, os dados de facto demonstram que aceder a um painel igual ou superior a 1531 farmácias através da obtenção dos dados por via de relações contratuais com as farmácias é desrazoavelmente difícil. Com efeito, pese embora as farmácias sejam juridicamente livres de ceder os seus dados, o certo é que a angariação de farmácias depara-se com dificuldades decorrentes do facto da sua maioria ser associada do Grupo ANF. Trata-se de um obstáculo que se pode qualificar de “técnico”, na medida em que está associado ao modo de obtenção do produto, e é um obstáculo que uma empresa que pretenda aceder aos dados não consegue controlar, que lhe é alheio e que torna incerta a obtenção dessa via alternativa e o prazo para a mesma ser alcançada. Nessa medida, considera-se que a angariação de um painel de, pelo menos, 1531 farmácias através de relações contratuais diretamente com as farmácias não é um substituto real ou potencial.

Mas mesmo que assim se não entenda, ou seja, mesmo que se considere que o acesso a um painel da dimensão referida não era desrazoavelmente difícil ao ponto de não se poder considerar um substituto potencial, o seu acesso estava limitado pela existência de fortes barreiras. O que associado às margens negativas decorrentes do preço praticado pela Farminveste IPG pelos dados, permite concluir que a conduta era suscetível de obstar à entrada de novos concorrentes em alguns dos mercados identificados e de enfraquecer a concorrência, em geral, nos mercados a jusante.

Ora, sendo possível afirmar o efeito potencial devido aos fatores referidos, verifica-se adicionalmente que não há razões para se concluir o contrário, ou seja, para se afastar a aludida probabilidade decorrente desses elementos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Com efeito, a IMS que pretendia aceder a um painel representativo de farmácias, que desenvolveu esforços nesse sentido por via da angariação através de relações contratuais com as farmácias e que não se pode considerar uma empresa menos eficiente que a HMR, não o conseguiu fazer, devido a fatores que são alheios ao seu mérito e à sua eficiência. E tal fez, desde logo, com que a IMS não tivesse conseguido entrar em alguns dos mercados identificados a jusante. E também afetou necessariamente a sua capacidade competitiva mesmo nos mercados a jusante em que a IMS se manteve presente, uma vez que a IMS não teve acesso a uma parte da procura, com a expressividade já analisada. E se isto aconteceu com a IMS, que é uma multinacional com forte implantação no mercado e larga experiência no setor, não há razões para se concluir que o mesmo não teria sucedido com outros potenciais concorrentes durante o período de referência e que, por conseguinte, os fatores referidos sonsubstanciavam sérios entraves à entrada de potenciais concorrentes.

O facto dos clientes dos estudos de mercado em questão terem ficado satisfeitos com a entrada da HMR não afasta as asserções precedentes, pois não está em causa a entrada desta empresa no mercado. Ou seja, os polos de comparação não são o antes e o depois da entrada da HMR no mercado, mas o mercado real, após a entrada da HMR, e o mercado que teria sido possível se não tivessem sido criados entraves artificiais à concorrência. Efetivamente, mesmo verificando-se uma melhoria da qualidade dos estudos e uma diminuição de preços, isso não significa que, caso tivessem operado nos mercados em questão outras empresas e/ou com acesso à totalidade da procura, os preços e/ou a qualidade dos produtos não tivessem sido superiores. Para além disso, a diminuição dos preços é compatível com uma estratégia de exclusão que se destina justamente a permitir, num momento posterior, aumentar os preços. Adicionalmente, também não há nenhuma razão para concluir que a HMR não teria conseguido entrar e manter-se nos mercados em causa, apenas pelo mérito, em concorrência com uma empresa como a IMS ou outra igualmente eficiente.

Também a circunstância da IMS garantir clientes por via da celebração de acordos internacionais e de ferramentas que permitem a comparação de dados entre países não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16:0YUSTR

afasta as asserções precedentes, pois, para além de tal se dever ao seu mérito, isso não garantia clientes à IMS nos mercados a jusante nos quais não conseguiu entrar e, em geral a uma parte significativa da procura nos mercados a jusante identificados. Ao que acresce que tal fator pode não se verificar em relação a outros potenciais concorrentes.

E se o não acesso a um painel representativo de farmácias por via do Grupo ANF pela IMS se iniciou antes do período de referência, o certo é que a conduta das recorrentes era em todo o caso suscetível de impedir a IMS de ter acesso a esse painel e, nessa medida, a sua entrada em alguns dos mercados a jusante e o acesso à possibilidade de disputar a totalidade da procura, uma vez que a aquisição dos dados à Farminveste IPG pelo preço de € 255,00 conduzia a margens de lucro negativas, sendo certo que ou não existiam alternativas e/ou as mesmas eram muito difíceis de alcançar.

Em face das razões expostas, considera-se que, não sendo o presente caso similar ao processo Telefónica S.A. e Telefónica de España, S.A. c. Comissão Europeia (cfr. acórdão do TG de 29.03.2012, processo T-336/07), invocado pelas recorrentes, pode-se concluir, com segurança e solidez, que a perda de, pelo menos, parte da quota de mercado da IMS não se deveu a mérito da HMR. Efetivamente, as recorrentes, por via dos preços praticados no mercado a montante e nos mercados a jusante e das margens entre os mesmos, criaram entraves artificiais e efetivos à entrada de potenciais concorrentes nos mercados sobre CH, prescrições médicas e atividades de farmácias com periodicidade inferior à mensal, e nos mercados sobre CH, prescrições médicas e atividades de farmácias com um painel de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias. E criaram entraves artificiais e efetivos ao desenvolvimento da concorrência, em termos gerais, nos mercados a jusante identificados.

Vejamos, por fim, se se verifica alguma justificação objetiva.

Neste âmbito, verifica-se, em primeiro lugar, que as recorrentes não identificam, de forma expressa e cristalina, nenhuma justificação objetiva. Contudo, fazem referência ao facto da IMS ser, antes da entrada da HMR, uma empresa monopolista, que não tinha interesse pelos dados das farmácias, pelo menos, em relação aos estudos sobre MSRM, que a condenação das recorrentes conduzirá à destruição da HMR e ao regresso ao



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

monopólio da IMS, que a criação da HMR foi uma forma de financiar a manutenção e desenvolvimento do Sifarma e do Farmalink. Aludem ainda à crise e à alteração da legislação sobre genéricos e invocam direitos de propriedade intelectual, acrescentando no requerimento com a ref.^a 23860 que as informações constantes nas tabelas do Sifarma – onde se processa a correlação entre os medicamentos, as suas patologias e os alertas aos consumidores – subsumem-se ao conceito de “base de dados” nos termos e para os efeitos do art. 1º/2, do DL nº 122/2000.

Nenhuma destas razões é procedente.

Assim e conforme já referido, a detenção de uma posição dominante ou de uma posição monopolista não é proibida em si mesma, pelo que qualquer prática restritiva da concorrência destinada ou suscetível de eliminar uma posição dominante ou um monopólio de uma empresa carece de fundamento.

Em segundo lugar, mesmo admitindo que a situação de quase-monopólio da IMS, antes da entrada da HMR, a tenha levado a desenvolver pouco produtos, sobretudo na área dos MSRM, com base em dados comerciais de farmácias, em prejuízo dos consumidores, e a HMR tenha potenciado esse tipo de produtos isso não significa, nem está demonstrado, que a HMR não teria conseguido alcançar o mesmo efeito através do mérito, ou seja, sem criar entraves artificiais à entrada de concorrentes nos mercados a jusante identificados.

Em terceiro lugar, o Sifarma e o Farmalink são programas que existem independentemente da cedência de dados comerciais das farmácias para o seu financiamento e que estão relacionados com a prossecução pela ANF dos seus interesses associativos. Ora, independentemente da cedência de dados ser ou não essencial para custear as aludidas ferramentas, o certo é que interesses desta natureza – designadamente interesses associativos – não podem em circunstância alguma justificar práticas restritivas da concorrência, na medida em que são alheios à concorrência pelo mérito. Para além disso, em concreto não se traduzem em benefícios para os consumidores potencialmente afetados.

Em quarto lugar, a infração durou desde 2010 a 2013, ou seja, um período demasiado longo para que a conduta pudesse ser justificada por fatores, como a crise e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

alteração da legislação sobre genéricos, que não impediam uma inflexão ainda durante o período em causa, conforme se concluiu a propósito da verificação do elemento subjetivo.

Em quinto lugar, a alegação das recorrentes quanto aos direitos de propriedade intelectual é claramente insuficiente para se perceber se qualquer modo de extração automática dos dados comerciais das farmácias contende com eventuais direitos de autor que lhe assistem por via do DL nº 122/2000, de 04.07. Ao que acresce que as próprias recorrentes apresentam a solução “exporta”, que permite um acesso direto à base de dados, como uma alternativa de acesso. E mesmo admitindo que o específico módulo de extração instalado pela IMS contendia com uma parte da base de dados eventualmente protegida pelos alegados direitos de autor (o que não ficou demonstrado), isso em nada afasta o que ficou demonstrado quanto à dificuldade de angariação de farmácias dispostas a ceder dados devido à circunstância da maior parte ser associada da ANF. Por conseguinte, este argumento também não procede.

Em face de todo o exposto, considera-se verificada uma compressão de margens e não um mero litígio comercial entre a HMR e a IMS.

*

Critérios de jurisdição que determinam a aplicação do art. 102º, do TFUE:

Conforme já referido, a aplicação do direito comunitário da concorrência está dependente da suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados Membros e que essa afetação seja sensível.

Quanto ao primeiro requisito, “resulta de jurisprudência assente que, para um acordo entre empresas ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, deve ser possível prever com um grau suficiente de probabilidade, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, que tem influência direta ou indireta, efetiva ou potencial, nos fluxos comerciais entre Estados-Membros de modo a poder prejudicar a realização dos objetivos de um mercado único entre Estados-Membros (v., neste sentido, designadamente, acórdão Dalmine/Comissão, já referido, n.º 90)” – acórdão do TJ, de 23.04.2009, AEPI Elliniki Etaireia pros Prostasian tis Pnevmatikis Idioktisias AE, v Comissão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.OYUSTR

Essa influência ou impacto nos fluxos comerciais entre Estados-Membros é mais evidente nos casos em que o abuso cobre ou está implantado em vários Estados-Membros. Contudo, um abuso que cobre apenas um Estado-Membro é igualmente capaz de produzir esse impacto, sendo jurisprudência comunitária igualmente assente que “as práticas restritivas que se estendem a todo o território de um Estado membro têm por efeito, pela sua própria natureza, consolidar uma compartimentação dos mercados a nível nacional, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo tratado” (acórdão Remia BV e Outros c. Comissão, de 11.07.1985). Trata-se, no entanto, de uma presunção, que pode ser ilidida, conforme se retira do acórdão do TJ, de 24.09.2009, Erste Group AG v. Comissão.

O segundo requisito exige ainda que a afetação seja sensível. Conforme esclarece a Comissão, na Comunicação com as Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado (2004/C 101/07), trata-se de um elemento quantitativo que limita a aplicabilidade do direito comunitário a práticas suscetíveis de produzir efeitos de certa magnitude. Não se inscrevem no âmbito de aplicação do art. 102º as práticas que, devido à fraca posição das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa, afetam o mercado de forma não significativa. A avaliação do carácter sensível é função das circunstâncias específicas de cada caso, nomeadamente da natureza da prática, da natureza dos produtos abrangidos e da posição de mercado das empresas em causa.

No caso concreto, considera-se que estes requisitos estão verificados.

Com efeito, a prática é extensiva a todo o território nacional e é suscetível de obstar à entrada nos mercados a jusante identificados de empresas multinacionais, sedeadas noutros Estados-Membros. Efetivamente, o caso da IMS demonstra a existência de interesse efetivo por parte de empresas multinacionais.

Quanto ao carácter sensível, considera-se o mesmo verificado tendo em conta a dimensão da HMR, traduzida pelo seu volume de vendas.

Nesta medida, considera-se violado o art. 102º, § 1º e 2º, al a), do TFUE, que consubstancia uma contraordenação por força do art. 68º/1, al b), do NRJC, e que, por se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

tratar de lei especial e estarem em causa os mesmos factos, afasta a aplicação do art. 11º/1 e 2, al a), e 68º/1, al a), ambos do NRJC.

*

Participação das recorrentes:

As recorrentes são pessoas coletivas, pelo que a imputação da infração pressupõe a verificação dos fatores de conexão previstos no art. 73º/2 e 3, do NRJC. O que, conforme já referido, não exige a identificação das pessoas singulares intervenientes, quando a própria configuração da infração torna isenta de qualquer dúvida a verificação dos referidos fatores de conexão.

Interpretação esta que não viola nenhum dos princípios e normas constitucionais invocados pelas recorrentes, designadamente o princípio da legalidade previsto no artigo 29.º, n.º 1 da CRP, bem como o disposto nos artigos 18.º, n.º 1 e 32.º, n.º 10 da CRP, uma vez que não prescinde da verificação dos aludidos fatores de conexão.

Por outro lado, verificando-se uma pluralidade de agentes e assumindo sem questionar e por desnecessidade que a aplicação do art. 102º, do TFUE, no nosso ordenamento jurídico, pressupõe o recurso às normas internas relativas à autoria e participação (conforme sustentam Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, no parecer de fls. 21573 e ss), então impõe-se chamar à colação o art. 16º/1, do RGCO, *ex vi* art. 13º/1 e 2, do NRJC.

Este preceito consagra o chamado conceito extensivo de autor que vigora no âmbito do ilícito de mera ordenação social, por força do qual basta um contributo co causal para a verificação da infração para se afirmar a autoria, o que afasta a teoria do domínio do facto, incluindo-se na cumplicidade, apenas “os contributos materiais e morais completamente acessórios ou secundários, que tenham contribuído para o curso dos factos com uma conduta de pequeníssima relevância prática”⁹⁶.

Esta é a posição que é adotada por uma parte significativa da doutrina. Assim, neste sentido, Figueiredo Dias refere o seguinte: “*No que respeita, finalmente, às formas*

⁹⁶ Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., págs. 72 e 73.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

de aparecimento da contraordenação, a especialidade mais notável reside na introdução de uma conceção lata e unitária de autoria pelo artigo 16.º-1 (...)»⁹⁷. Por sua vez, Frederico da Costa Pinto afirma que a “(...) a referência base do sistema participativo no Direito de Mera Ordenação Social continua a ser a primeira proposição do art. 16.º, n.º 1, inalterada pela revisão de 1995, que acolhe um conceito extensivo de autor”⁹⁸. Por último, também Paulo Pinto de Albuquerque esclarece que “O RGCO consagra um conceito extensivo de autor, diferentemente do que sucede no direito penal. Assim, basta para a imputação da contraordenação a verificação de um contributo causal, ou co causal da conduta do agente para o facto”⁹⁹. É igualmente esta a posição que o Tribunal Constitucional tem sufragado, sendo exemplos disso o acórdão nº 99/2009 e bem assim o acórdão nº 45/2014¹⁰⁰, no qual se afirma expressamente o seguinte: “conforme já tem referido este Tribunal, no âmbito das contraordenações, a imputação de um facto a um agente tem por referente legal e dogmático um conceito extensivo de autoria de matriz causal”.

A adoção do conceito extensivo de autor justifica-se no domínio do ilícito de mera ordenação social, desde logo, porque, conforme sustenta Frederico Lacerda da Costa Pinto, é o mais adequado perante realidades complexas, “como o envolvimento de estruturas hierárquicas de um ente coletivo no facto de um agente material, relações entre pessoas coletivas ou perante infrações que não assentam numa conduta expressamente descrita”¹⁰¹, ou seja, realidades que estão mais presentes do plano contraordenacional. E se bem que a responsabilidade penal dos chamados “entes coletivos” já não é, conforme salientam Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, no referido parecer, “uma situação especialíssima” (fls. 21603) e se multiplicaram no domínio do direito penal secundário os chamados “delitos de dever” (fls. 21604), o certo é que não têm a mesma expressão que se

⁹⁷ Jorge de Figueiredo Das, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I, Problemas Gerais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 30.

⁹⁸ Frederico Lacerda da Costa Pinto, “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7, fasc. 1.º, Janeiro-Março 1997, p. 25.

⁹⁹ Ob. cit., p. 72.

¹⁰⁰ In www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁰¹ Ob. cit., p. 32.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

verifica no ilícito de mera ordenação social, em que a responsabilidade das pessoas coletivas é a regra (cfr. art. 7º, do RGCO) e as infrações de dever continuam a ser mais comuns no ilícito de mera ordenação social do que no direito penal. Pode-se afirmar inclusive, face à regra geral plasmada no art. 7º, do RGCO, que, por natureza, o ilícito de mera ordenação social se ajusta às pessoas coletivas. O mesmo não se pode afirmar em relação ao Direito Penal, cujo ajustamento passa pela tipificação de cada um dos crimes que podem ser imputados a uma pessoa coletiva.

É certo que com o conceito extensivo não é necessário que “o contributo do agente tenha realizado uma parte do tipo ou da ação típica: basta que coloque uma causa para a sua realização ou que promova com a sua ação ou omissão o facto ilícito, podendo isso acontecer por qualquer forma”¹⁰². Contudo, é justamente por isso que o conceito extensivo de autor se adapta melhor às referidas realidades que são mais frequentes no domínio do ilícito de mera ordenação social.

E se é verdade que o ilícito de mera ordenação social inclui atualmente contraordenações graves e muito graves, com coimas bastantes elevadas, sendo dúbio que se possa afirmar, em relação a algumas, que as condutas respetivas são axiologicamente neutras e que dão origem a processos tipicamente mais complexos, do ponto de vista dos factos e da prova, o certo é que continuam a existir diferenças decisivas entre o ilícito de mera ordenação social e o direito penal. Essas diferenças consubstanciam-se, no plano das pessoas singulares, na privação de liberdade a que estão sujeitas, enquanto pena principal ou subsidiária, no direito penal e, no plano das pessoas coletivas, na pena de dissolução (cfr. art. 90º-A/1, do Código Penal – CP). E, nessa medida, os parâmetros aplicáveis ao direito penal nesta matéria, reclamados por garantias constitucionais, não são extensivos ao ilícito de mera ordenação social.

Não há, por conseguinte, razões para se afastar o referido conceito extensivo de autor, nem, pelas razões expostas, se consideram violados quaisquer dos normativos

¹⁰² Frederico da Costa Pinto, ob. cit., p. 38.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

constitucionais invocados pela recorrente, designadamente os artigos 1º, 2º, 20º/4, 25º, 32º/1 e 10 e 266º/2, todos da CRP.

Este conceito extensivo de autor tem, desde logo, uma primeira implicação, designadamente a desnecessidade de efetuar a distinção entre as concretas formas de autoria (autoria, coautoria e instigação), mas apenas diferenciar a cumplicidade, se for o caso.

A segunda implicação evidente e imediata do conceito extensivo de autor é a inclusão da omissão enquanto conduta típica, sem necessidade de qualquer norma legal específica de equiparação. Por conseguinte, a omissão que promova a execução do ilícito constitui logo execução da contraordenação¹⁰³. Essencial é que sobre o agente incida um dever de garante.

As fontes típicas do dever de garante são: a lei; o contrato; e a situação de perigo anterior criada pelo omitente, designada por ingerência¹⁰⁴. Para além destas, que corporizam a chamada teoria formal, há que acrescentar outras que se fundam numa função de vigilância de uma fonte de perigo¹⁰⁵. Uma dessas fontes consiste no dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio, cujo fundamento geral reside em que a comunidade tem de poder confiar em que quem exerce um poder de disposição sobre um âmbito de domínio ou sobre um lugar determinado, deve também dominar os riscos que para estas podem resultar de estados ou de situações perigosas¹⁰⁶.

Ora, uma sociedade gestora de participações sociais que detém 100% do capital social da sociedade participada e pode impor, isoladamente, a sua vontade, pese embora seja um sujeito jurídico distinto desta, existindo entre as mesmas, tal como referem Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, uma relação entre sócio e sociedade (fls. 21618), exerce um poder de disposição sobre a atuação da sociedade participada. Efetivamente, mesmo que se aceite, conforme sustentam os referidos autores, que a participação do sócio na assembleia geral é um direito ou faculdade (fls. 21622), não deixa de corporizar

¹⁰³ Cfr. neste sentido Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., pág. 31.

¹⁰⁴ Figueiredo Dias, *Direito Penal ...*, p. 934.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 936 e ss.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 947.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

esse poder de disposição. Note-se que a assembleia geral pode, nos termos do art. 376º/1, al c), do CSC, proceder à apreciação geral da administração e fiscalização da sociedade e, se disso for caso e embora esses assuntos não constem da ordem do dia, proceder à destituição, dentro da sua competência, ou manifestar a sua desconfiança quanto a administradores.

Admite-se, é certo, que o princípio da confiança dos sócios na atuação dos órgãos próprios de administração e fiscalização da sociedade tenha aqui um amplo domínio de aplicação. Contudo, nos casos em que a sociedade gestora de participações sociais ou o sócio, que pode, isoladamente, impor a sua vontade, tem conhecimento de que a sociedade participada está a incorrer num ilícito contraordenacional e, nessa medida, consubstancia uma fonte de perigo, esse poder de disposição não pode deixar de gerar um dever de agir. Aceitar o contrário seria comunitariamente insustentável mesmo no domínio do ilícito de mera ordenação social.

Definidos estes parâmetros gerais e subsumindo os factos ao direito, verifica-se, quanto à Farminveste IPG e à HMR, que tiveram participação direta nos factos típicos, sendo evidente, face à integração vertical existente entre as duas empresas e à sua atuação concertada para a concretização da prática em causa, que a HMR não é vítima. Acresce ainda que estão em causa elementos essenciais da atividade comercial das duas empresas, designadamente os preços cobrados nos mercados a montante e a jusante, que passam necessariamente pelo crivo e anuência das pessoas que ocupam, nas recorrentes, uma posição de liderança. Consequentemente, quando no plano dos factos se imputam os mesmos às recorrentes é com incontornável clareza que se percebe que subjacente a essa imputação está a imputação dos mesmos, sempre e em último caso, a essas pessoas singulares. Mais ficou demonstrado que atuaram com dolo direto e consciência da ilicitude, pelo que praticaram, enquanto autoras, a contraordenação prevista e punida pelos arts. 102º/§1º e 2º, al a), do TFUE, e 68º/1, al b), do NRJC.

No que respeita à ANF, a sua atuação não se corporizou nos factos típicos da infração. Contudo, ficou demonstrado que é a ANF quem recebe, em primeira linha, os dados das farmácias (cfr. ponto 103)). Mais resulta dos factos provados que a cedência



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

dos dados e a sua utilização para efeitos de elaboração de estudos de mercado pela HMR consubstancia uma forma de financiamento do Sifarma e do Farmalink e, nessa medida, de redução dos custos suportados pelas farmácias associadas da ANF. Ora, este conjunto de factos demonstra que toda a conduta existiu apenas e só no âmbito das finalidades prosseguidas pela ANF e, nessa medida, o facto da conceção e decisão da prática e dos comportamentos tendentes à sua consumação, integrando-se a prática das recorrentes, numa estratégia dirigida, na sua cúpula, pela própria ANF traduz um contributo causal decisivo para a prática da infração por parte da ANF. Também a natureza dos factos, relacionada com o prosseguimento das finalidades associativas da recorrente e com elementos essenciais da atividade desenvolvida pela Farminveste IPG e da HMR, não suscita dúvidas quanto ao facto de terem passado necessariamente pelo crivo e anuência das pessoas que ocupam uma posição de liderança. Mais ficou demonstrado que atuou com dolo direto e consciência da ilicitude, pelo que praticou, enquanto autora, a contraordenação prevista e punida pelos arts. 102º/§1º e 2º, al a), do TFUE, e 68º/1, al b), do NRJC.

Quanto à SGPS, ficou provado que detém 100% do capital social da Farminveste IPG e que tinha conhecimento dos factos, pelo que tinha o dever de ter praticado as ações necessárias para impedir a verificação da conduta e a sua continuação. Não o fez e ao ter agido com dolo direto e consciência da ilicitude incorreu na prática da referida contraordenação por omissão, quanto autora, sendo válidas as asserções tecidas a propósito das recorrentes Farminveste IPG e HMR relativas à verificação dos factores de conexão exigidos pelo art. 73º/2 e 3, do NRJC.

Impõe-se, por fim, referir que a recorrente Faminveste SGPS alega que uma qualquer imputação da prática de um ilícito contraordenacional à Farminveste SGPS com base nos elementos aduzidos na decisão é não só ilegal, como inconstitucional – por violação, entre o mais, dos artigos 1º, 2º, 20º/4, 25º, 32º/1 e 10 e 266º/2, todos da CRP. Tal alegação, sem indicação da norma ou respetiva interpretação afetada pela alegada inconstitucionalidade, é desprovida de substrato material, pelo que, para além do que se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

referiu a propósito do conceito extensivo de autor, não há mais nenhuma questão concreta de (in)constitucionalidade a analisar.

*

Sanções:

A contraordenação praticada pelas recorrentes é punida com coima.

A coima funciona como uma “mera «admonição», como mandato ou especial advertência conducente à observância de certas proibições ou imposições legislativas”¹⁰⁷. Por conseguinte, devem ser estranhas à aplicação e determinação da medida da coima exigências de “retribuição ou expiação de uma culpa ética”¹⁰⁸, bem como de ressocialização do agente¹⁰⁹, pelo que esta sanção “desempenha uma função geral negativa e de prevenção especial negativa”¹¹⁰.

Estes fins devem ser alcançados em função, nomeadamente, dos critérios enunciados no art. 69º/1, da LdC, e que são os seguintes: a gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional; a natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração; a duração da infração; o grau de participação do visado pelo processo na infração; as vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas; o comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência; a situação económica do visado pelo processo; os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência; a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.

São ainda de considerar todas as circunstâncias relevantes para a aferição da gravidade da conduta e da culpa, nos termos do art. 18º/1, do RGCO, e as demais

¹⁰⁷ Figueiredo Dias, O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra Editora, 1998, pág. 30.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*. No mesmo sentido, veja-se Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Regime ...*, pág. 84.

¹¹⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, pág. 84.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

circunstância que, não fazendo parte do tipo, deponham a favor ou contra a arguida, nos termos previstos no art. 71º/2, do CP, *ex vi* art. 32º, do RGCO.

Estipula ainda o art. 69º/8, do NRJC, que a AdC adota, ao abrigo dos seus poderes de regulamentação, linhas de orientação. O que a AdC veio a concretizar através das “Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Aplicar na Determinação de Coimas”, de 20 de dezembro de 2012.

Contudo, tais Linhas de Orientação não são vinculativas para o Tribunal, enquadrando-se na categoria da “*soft law*”, que inclui os atos das entidades administrativas sem eficácia injuntiva, através dos quais as mesmas dão a conhecer aos seus destinatários o entendimento jurídico que está subjacente à sua atuação¹¹¹.

Admite-se, é certo, que tais Orientações sejam vinculativas para a própria AdC, o que significa que a sua não observância pela Autoridade pode violar os princípios da boa fé e da proteção da confiança.

Sucede que, as recorrentes não invocam a violação de tais princípios.

Por conseguinte, o Tribunal não está obrigado a seguir a metodologia proposta pela AdC nas referidas Orientações.

Definidos estes parâmetros, estipula o art. 69º/1, do NRJC, que a coima não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC, por cada uma das empresas infratoras.

Considerou a AdC que esta percentagem corresponde ao limite máximo da coima aplicável.

Alegam as recorrentes, apoiadas no parecer subscrito por Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, junto a fls. 21573 e ss, que este entendimento entra em rota de colisão com os princípios constitucionais basilares portugueses, violando, em concreto e entre o mais: o princípio da culpa (artigo 1.º da CRP); o princípio do Estado de

¹¹¹ Cfr. sobre o conceito Frederico de Lacerda da Costa Pinto e Alexandre Brandão da Veiga, “Natureza, Limites e Efeitos das Recomendações e Pareceres Genéricos da CMVM”, in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, nº 12, Dez. 2001, pág. 279 e nota de rodapé 12, que cita Carlos Ferreira de Almeida, Cadernos 7 (2000), pág. 27”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

direito (artigo 2.º da CRP); os princípios da proporcionalidade, adequação e da necessidade da restrição dos direitos fundamentais (art. 18.º, n.º 2 da CRP); o princípio da legalidade (determinação) das coimas (art. 29.º, n.os 1 e 3 da CRP); a proibição das sanções ilimitadas ou indefinidas (art. 30.º, n.º 1 da CRP).

Por sua vez, a AdC juntou um parecer subscrito por Teresa Quintela de Brito, que consta a fls. 23653 e ss.

Analisemos a questão, à luz dos argumentos apresentados.

Em primeiro lugar, alegam as recorrentes que a interpretação do art. 69º/2, do NRJC, enquanto limite máximo da moldura legal abstrata consubstancia uma *invasão da esfera própria e reservada ao legislador*. E nessa medida sustentam que qualquer norma e em particular o art. 69.º, n.º 2 do NRJC, quando interpretado no sentido de admitir que o montante correspondente a 10% do volume de negócios funcione como limite máximo da moldura aplicável ao ilícito contraordenacional é organicamente inconstitucional, por violação de reserva legislativa relativa da Assembleia da República (artigo 165.º n.º 1, al. d) da CRP), e é materialmente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da CRP) e do princípio da sua determinação (artigo 30.º, n.º 1 da CRP).

Não se concorda com este entendimento.

Assim, “[i]nterpretar, em matéria de leis, quer dizer não só descobrir o sentido que está por detrás da expressão, como também, dentro das várias significações que estão cobertas pela expressão, eleger a verdadeira e decisiva”¹¹². Dito isto, aceita-se que o art. 69º/2, do NRJC, tem como significação possível, conforme salientam Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, no parecer junto aos autos, que o limite previsto no citado preceito funciona como “cláusula de bloqueio da sanção”, “através da qual se estabelece um valor que não pode, em caso algum, ser ultrapassado”¹¹³. Contudo, a interpretação do preceito no sentido de estipular o limite máximo da moldura legal abstrata também corresponde a um sentido consentido pela letra da lei. Mais do que

¹¹² Pires de Lima e Antunes Varela, *Noções Fundamentais do Direito Civil*, vol. 1º, 6ª ed., pág. 145.

¹¹³ Parecer de Pedro Caeiro e de Filipe Cassiano dos Santos, fls. 21662.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

isso, é, de entre essas duas leituras possíveis, a significação “verdadeira e decisiva”. E é assim porque a primeira interpretação é de rejeitar, liminarmente, na medida em que, tal como salientam Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, conduz à inexistência de um limite superior, o que, entre outras razões, se depara com obstáculos essenciais, que afetam a própria racionalidade do sistema de sanções graduáveis. Com efeito, fazendo novamente uso das suas palavras, para “determinar o montante da coima, o aplicador tem de ter perante si, nesse primeiro momento, uma moldura dotada de um limite mínimo e de um limite máximo”, pois só assim é possível “traduzir as valorações resultantes dos vários fatores de determinação da medida concreta da sanção numa grandeza relativa de outra índole (um certo tempo de prisão, um certo número de dias de multa, um certo montante pecuniário) apta a expressar o grau de gravidade do facto e, concomitantemente, capaz de garantir a proporcionalidade ordinal (relativa) entre todas as sanções aplicadas, bem como, por essa via, a igualdade de tratamento”. Acresce ainda que podendo porventura a interpretação adotada pela AdC não ser a mais conforme com a norma do Regulamento 1/2003 na qual se inspirou¹¹⁴, é a mais ajustada ao padrão adotado no nosso ordenamento jurídico em matéria de sanções, consubstanciando, na verdade, a leitura mais imediata da própria norma. E tanto é assim que tem sido essa a interpretação acolhida pela AdC e pelos tribunais. Por tais razões, conclui-se que não há violação de qualquer das normas e princípios constitucionais invocados pelas recorrentes.

Em segundo lugar, alegam as recorrentes que o art. 69º/2, do NRJC, viola o princípio da legalidade das coimas (art. 29º/1 e 3, da CRP), da proibição das sanções ilimitadas ou indefinidas (art. 30º/1, da CRP) e do princípio do Estado de Direito (art. 2º, da CRP). Sustentam esta alegação em duas dimensões de análise distintas.

Assim, por um lado, defendem que: *10% do volume de negócios das Arguidas - entendidos como limite máximo da coima concretamente aplicável - representariam um limiar indeterminado e indeterminável, no momento da infração – e esse momento*

¹¹⁴ Neste sentido, parecer citado na nota anterior, fls. 21664.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr: Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

é, obviamente, o ponto temporal relevante para a aferição da previsibilidade da sanção. Mais acrescentam, na esteira da decisão proferida pelo Venerando Tribunal da Relação de Lisboa em 07.11.2007, o entendimento acolhido na Decisão proferida implica sujeitar o valor máximo da coima a uma variação no tempo, “ao sabor do mercado e da diligência da autoridade sancionadora, o que permitia a sua manipulação”¹¹⁵, sendo, por conseguinte, uma interpretação da Lei manifestamente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade (determinabilidade) das sanções. Chamam ainda a atenção para a absoluta improcedência de um qualquer argumento que passe pela invocação de que os visados sempre conseguiriam saber a proporção ou ordem de grandeza máxima que a coima poderia atingir no seu património - bastando, para tanto, que levassem em consideração a sua situação económico-financeira mais atual, atendendo à data em que a decisão condenatória foi proferida. Pois que, com todo e o devido respeito, subscrever este entendimento implicaria não tomar em devida conta o momento relevante para a tutela da confiança e das expectativas jurídicas, por homenagem ao princípio da segurança jurídica, fulcral no campo do direito sancionatório - o momento da prática do facto, o qual, pode ser distante (até muito distante – em rigor, vários anos) do momento de prolação da decisão condenatória. Remetem ainda para as páginas 103 a 108 do parecer subscrito por Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, que, no essencial e com base nas mesmas asserções, sustentam este entendimento.

Por outro lado, sustentam que a amplitude das molduras em apreço nos presentes é, a todos os títulos, inaceitável à luz dos cânones do princípio da legalidade e da proibição de sanções ilimitadas ou indefinidas. Invocam o acórdão do Tribunal Constitucional nº 547/01 e remetem para o parecer de Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, fls. 106 a 111.

Quanto à primeira dimensão de análise, é exato que a jurisprudência tem dado acolhimento a este entendimento. Tal sucedeu não só no acórdão citado pelas

¹¹⁵ AcTRL, de 07.11.2007, proc. 7251/07.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

recorrentes, mas também, mais recentemente, no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.03.2015, proc. nº 204/13.6YUSTR.L1-3, in www.dgsi.pt), que não aplicou a norma com base na seguinte fundamentação: “Tal como disse anteriormente este tribunal a propósito da interpretação da norma correspondente da lei de 2003, a variação no tempo do valor máximo da coima ao sabor da evolução do mercado, da diligência da autoridade sancionadora e, acrescentamos agora, da própria complexidade do processo, como acontece no indicado preceito da lei de 2012, que mandou atender ao «exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência», é, a nosso ver, claramente violador do corolário do princípio da legalidade «nullum crimen, nulla poena, sine lege certa». Por isso, não pode este tribunal aplicar essa norma – artigo 204.º da Constituição –, se bem que ela surgisse no caso, em abstrato, como mais favorável à arguida”.

Não há jurisprudência do Tribunal Constitucional especificamente sobre esta questão. Com efeito, a decisão sumária nº 216/2016, que incidiu sobre o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa referido no parágrafo precedente, apreciou a inconstitucionalidade material do art. 69º/2, do NRJC. Contudo, pese embora tenha identificado, na alegação da recorrente, uma “linha argumentativa” coincidente com a específica dimensão em análise, não se pronunciou sobre a mesma e reconduziu a arguição à “amplitude da moldura abstrata sancionatória”.

Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos dão-nos conta, a propósito do ordenamento jurídico alemão, que o Supremo Tribunal Alemão (BGH), na decisão que ficou conhecida como *Grauzement-kartell*, de 26.02.2013, que interpretou a norma alemã como estipulando um limite superior da moldura das coimas, considerou que essa interpretação era constitucional, porque “é imprescindível levar em conta a capacidade de pagar das empresas ..., de maneira a respeitar as exigências constitucionais de repressão adequada e da justiça do caso (§ 69 e ss.). Neste contexto, o volume de negócios do último exercício seria um indicador fiável da dimensão da empresa, fornecendo, do mesmo passo, um limite sancionatório “transparente” e “previsível” para a mesma, pelo que não colidiria com a exigência constitucional de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

determinação e previsibilidade das coimas (§ 72 e s.). Por fim, o BGH concluiu que a utilização do último volume de negócios conhecido em vez do volume de negócios do(s) ano(s) da prática do facto ilícito não viola o princípio da culpa nem da determinação das coimas, porque está em linha com o princípio geral segundo o qual o cálculo da coima deve partir dos números disponíveis mais próximos da decisão (§ 76)¹¹⁶. Alertam os autores para o facto do Tribunal Constitucional ainda não se ter pronunciado sobre o problema e desta jurisprudência contrariar a doutrina alemã claramente dominante.

É pacífico, face à jurisprudência do Tribunal Constitucional, sintetizada no acórdão nº 201/2014, que o princípio da legalidade, incluindo a determinação das coimas, também vale para o ilícito de mera ordenação social. As ideias fundamentais em torno da questão são, de acordo com o referido aresto, as seguintes: “(i) embora tais princípios [princípios da legalidade e da tipicidade] não valham “com o mesmo rigor” ou “com o mesmo grau de exigência” para o ilícito de mera ordenação social, eles valem “na sua ideia essencial”; (ii) aquilo em que consiste a sua ideia essencial outra coisa não é do que a garantia de proteção da confiança e da segurança jurídica que se extrai, desde logo, do princípio do Estado de direito; (iii) assim, a Constituição impõe “exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional” que só se cumprem se do regime legal for possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas como ainda antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito”.

Antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito não significa, evidentemente, determinar com precisão a medida da sanção que vai ser aplicada, uma vez que esta depende, num sistema de sanções graduáveis, de uma graduação em função de determinados critérios. Isto significa que o princípio da legalidade, na vertente da determinação das sanções, é compatível com um certo nível de indeterminação. Nesta medida, quando se trata de aferir se é possível “antecipar

¹¹⁶ Parecer, fls. 21671-21672.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito” o que está em causa é apurar um determinado nível de determinação ou de determinabilidade da sanção aplicável. Nível esse que deverá ser mais ou menos exigente em função das consequências decorrentes da condenação e, nesta medida, o ilícito de mera ordenação social, enquanto “ordem sancionatória não privativa de liberdade”¹¹⁷, consente um nível de indeterminação superior do que o direito penal ou uma aplicação do princípio, em termos gradativos, menos exigente. À semelhança, aliás, do que se verifica a propósito da aplicação ao ilícito de mera ordenação social de outras garantias constitucionais penais. Consideram-se elucidativas desta linha de pensamento as seguintes asserções do Tribunal Constitucional no acórdão nº 466/12: “E se a menor danosidade da sanção das contraordenações (as coimas), que nunca afetam o direito à liberdade, conjuntamente com a necessidade de prosseguir finalidades próprias da ordenação da vida social e económica, as quais são menos estáveis e dependem, muitas vezes, de políticas sectoriais concretas, permitem uma aplicação mais aberta e maleável do princípio da tipicidade, comparativamente ao universo penal, o carácter sancionatório e a especial natureza do ilícito contraordenacional não deixam de exigir um mínimo de determinabilidade do conteúdo dos seus ilícitos”. Dito isto, considera-se que “antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito” significa, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, dispor dos elementos mínimos necessários para o agente se autodeterminar.

Ora, esse agente, no domínio das práticas restritivas da concorrência, traduz-se em empresas. E para as empresas o que importa, quando se trata de serem sujeitas a uma coima, é o efeito que essa sanção pecuniária terá na sua esfera económico-financeira à data ou o mais próxima possível da condenação. Nesta medida, o facto da lei lhes assegurar que a coima terá como limite 10% do seu volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à condenação pela AdC – que reflete, com o mínimo de segurança, a sua situação económica mais atual – é, salvo melhor

¹¹⁷ Nuno Brandão, *Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Editora, 2016, pág. 872.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisão@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.OYUSTR

entendimento, suficiente para as empresas se autodeterminarem no momento da prática do facto.

Quanto à possibilidade desse limite estar sujeito à variação no tempo ao sabor da evolução do mercado, da diligência da autoridade sancionadora e da própria complexidade do processo, note-se que há critérios de determinação da medida das sanções que também estão sujeitos a variações temporais. E, no entanto, são necessários para que a sanção seja apta a cumprir as finalidades punitivas que lhes estão subjacentes no momento em que é aplicada. Tal como sucede, no caso, com a fixação do limite de 10% em função da situação económica mais atual do visado no momento da condenação pela AdC.

E, por fim, quanto à possibilidade de manipulação intencional do limite máximo da coima pela AdC é uma hipótese que não pode ser equacionada ou aceite em termos gerais. Com efeito, pese embora se admita que um sistema, de acordo com a moderna conceção de garantismo, não pode depender das supostas “boas qualidades” das pessoas que o integram, sendo necessário introduzir garantias adicionais, sobretudo quando estão em causa matérias em que as “fragilidades humanas” mais se podem manifestar, o certo é que o volume de negócios do visado é algo que a AdC não pode controlar.

Pelas razões expostas, considera-se que o art. 69º/2, do NRJC, não viola o princípio da legalidade (determinação) das coimas – art. 29º/1 e 3, da CRP – nem, na vertente analisada, o princípio do Estado de direito – art. 2º da CRP.

Quanto à segunda dimensão de análise da (in)constitucionalidade material do art. 69º/2, do NRJC, a mesma já foi apreciada, mais do que uma vez, pelo Tribunal Constitucional e com decisões contraditórias. Contudo, tal como se sublinhou na decisão sumária nº 216/2016, a “mais recente jurisprudência deste Tribunal, ao apreciar da eventual violação do princípio da legalidade pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima, tem-se pronunciado pela não inconstitucionalidade, conforme resulta, por exemplo, do Acórdão n.º 85/2012 (disponível no site do Tribunal)”. E essa mesma decisão sumária, pese embora



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed.Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

não tenha conhecido do recurso nesta parte, analisou a questão na sua fundamentação a propósito justamente do art. 69º/2, do NRJC, tendo concluído o seguinte e partindo da argumentação expandida no citado aresto nº 85/2012: “Afigura-se de reiterar esta jurisprudência, no sentido da não inconstitucionalidade. Também no presente caso a lei especificou os critérios que deverão nortear a determinação da medida da coima dentro da moldura sancionatória. Com efeito, à luz do estabelecido no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a determinação da coima faz-se em função da gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional, da natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração e do grau de participação do visado pelo processo da infração, sendo atendíveis ainda a conduta anterior e posterior do agente e as exigências da prevenção, bem como a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento. Da aplicação destes critérios resultará seguramente uma maior previsibilidade do valor da coima aplicável, assim como uma significativa diminuição da liberdade do julgador na fixação do valor da coima a aplicar no caso concreto. Além disso, tal como se refere no Acórdão n.º 78/2013, há que ter presente que a proibição de práticas restritivas da concorrência é essencial à defesa desta, constituindo um bem público que cabe à Autoridade da Concorrência preservar, numa perspetiva instrumental, nos termos consagrados no artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa. É também sabido que estas coimas se aplicam apenas a empresas, tal como definidas no artigo 3.º da referida lei, e que no sector da atividade de televisão e comunicação operam empresas de enorme dimensão económica. Ora, sendo necessário assegurar o cumprimento efetivo desta obrigação típica de uma Administração conformadora, o sancionamento da sua inobservância como contraordenação revela-se, como alternativa à criminalização, o meio coativo adequado e proporcional de satisfazer tal necessidade. A previsão da contraordenação sob fiscalização tem, pois, plena justificação, enquanto meio dissuasor de práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência, sendo evidente que a sanção patrimonial é a mais adequada ao sector de atividade em causa, não violando a ideia de proporcionalidade em sentido amplo, enquanto referência fundamental do controlo da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

atuação dos poderes públicos num Estado de direito. Por estas razões não é possível afirmar que a norma sob fiscalização viole os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da separação de poderes e da proporcionalidade, iminentes a um Estado de direito democrático, pelo que o recurso deve ser julgado improcedente”.

É certo que um dos limites máximos em causa – relativo à Farminveste SGPS – é superior àquele que se aplicava no processo apreciado pelo Tribunal Constitucional. Contudo, a fundamentação expandida por este Tribunal, que se acolhe na íntegra, é aplicável a qualquer limite máximo concreto que resulte da aplicação do art. 69º/2, do NRJC, sendo ainda de salientar que, tal como na atividade de televisão e comunicação operam empresas de enorme dimensão económica, o mesmo se verifica na atividade em causa nos presentes autos.

Em face de todo o exposto, conclui-se que o art. 69º/2, do NRJC, nas duas dimensões de análise referidas, não viola nenhum dos princípios e normas constitucionais invocados pelas recorrentes.

Em terceiro lugar, alegam as recorrentes que o art. 69º/2, do NRJC, viola os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (art. 18º da CRP) e do princípio da culpa (art. 1º, da CRP). *Isto porque para que a proporcionalidade lato sensu se alcance, é necessário que o direito sancionatório preveja uma escala e que empregue medidas de valor invariável e universal. Pretende-se, dessa forma, estabelecer um nexo de correspondência entre o facto praticado (o grau de reprovação que ao mesmo é reconhecido pelo ordenamento jurídico) e a sanção aplicável. Tal propósito não é atingido com uma moldura que assuma como limite máximo o volume de negócios dos Arguidos, pois que, conforme decorre à evidência, esta ordem de grandeza variará indelevelmente de sujeito para sujeito - pelo que a disparidade que a aplicação desse critério obsta a que se qualifiquem as sanções aplicadas como proporcionais. Mais acrescentam que as sanções aplicadas às Arguidas são manifestamente “desligadas” do concreto facto censurável: em si mesmo – a gravidade da punição não reflete a censurabilidade do*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

facto; por relação com outras infrações – pode ser mais gravosamente punido um facto menos censurável, apenas porque o sujeito que pratica o facto menos grave é mais rico que o que pratica o facto mais grave; em relação a si mesmo e em confronto com outros sujeitos / com o próprio - pode ser punido de forma diametralmente diferente o mesmo facto, apenas porque o sujeito é mais ou menos rico na altura em que a condenação é proferida. Referem ainda que se conclui também pela completa e total ausência de correlação entre o exercício relevante para o cálculo do volume de negócios e o facto praticado, pelo que, com base nos 10% do volume de negócios no exercício imediatamente anterior à Decisão, entendidos como o limite máximo da coima aplicável, não se verifica qualquer (mas exigível!) proporcionalidade em relação aos factos, nem tão pouco qualquer relação, ligação ou referencial com os mesmos – razão pela qual de forma alguma se logrará sustentar uma sua qualquer adequabilidade aos factos que, a final e para todos os efeitos, visa punir. A coima assim determinada reveste-se de um carácter totalmente aleatório, absolutamente arbitrário, pelo que ilegal e, seguramente, inconstitucional. Chamam a atenção para o facto das asserções precedentes serem evidentes pela mera análise das coimas aplicadas, cujos montantes divergem apenas e exclusivamente porque os volumes de negócios das Arguidas são muito díspares entre si. Para além disso, acrescentam que de modo algum poderá afirmar-se ser esta coima necessária – i.e., necessária para lidar com a específica natureza dos ilícitos concorrenciais. É que, em bom rigor, se o que determina o valor máximo da coima aplicável é única e exclusivamente o volume de negócios dos Arguidos, sendo este diminuto, dificilmente poderá a coima a aplicar ser, como não tem pejo de propalar a AdC, “dissuasora”. 10% do volume de negócios pode, em concreto e perante a situação particular, ser tudo menos dissuasor. Aliás, pode até compensar, num mau ano de atividade, incorrer em práticas ilícitas. E ainda por outro lado: este argumento, levado às últimas consequências, facilmente justificaria a previsão de sanções claramente excessivas e desproporcionais – e aí, certamente que o efeito dissuasor seria muito elevado. Mais certo andaria o legislador, se assim o tivesse querido e como sustentam MARIA FERNANDA PALMA e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

PAULO OTERO – e melhor desenvolvem Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos (pp. 111 a 117 do Parecer) ao estabelecer a possibilidade da coima ultrapassar o limite máximo normal, incidindo sobre a totalidade do benefício ilicitamente auferido. Sem dúvida que, dessa forma, se respeitaria e estabeleceria o nexo entre a sanção aplicada e o facto praticado sem que houvessem de ser violados os mais basilares princípios constitucionais. Remetem para o parecer de Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, em especial pp. 113 a 117.

A primeira nota a salientar é que o limite previsto no art. 69º/2, do NRJC, pese embora seja variável, não impede que se determine o “grau de reprovação comunitária do facto” (p. 112, fls. 21684) e, nessa medida, não impede que se avalie a proporcionalidade da sanção, pois os agentes potenciais deste tipo de infrações são empresas e para as empresas 10% do seu volume de negócios durante um ano é muito. Note-se que segundo a interpretação desse limite como “cláusula de bloqueio”, a fixação do limite de 10% (que é o limite também previsto no Regulamento 1/2003) tem subjacente, conforme já referido e segundo Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, a “ideia de que a defesa da concorrência não deve fazer-se através da incapacitação económica das empresas (infratoras), porque, de outro modo, a atuação do Estado ver-se-ia envolvida num paradoxo de sentido (defesa da concorrência através da eliminação da concorrência)” (p. 91, fls. 21663). Pese embora se tenha rejeitado essa interpretação, citam-se aqui tais esclarecimentos apenas para evidenciar que o referido limite exprime uma ordem de grandeza que, não sendo a mais universal e intuitiva para a generalidade das pessoas, como o número de anos de prisão, é perfeitamente válida, conhecida e mensurável na atividade económica.

Em segundo lugar, nas coimas, ao contrário do que sucede na pena de multa, a determinação concreta da medida da sanção é levada a cabo “em um único ato”¹¹⁸ (fls. 126), por via do qual o juiz tem de considerar simultaneamente o fator da culpa, conjuntamente com os demais critérios de determinação da medida da coima,

¹¹⁸ Figueiredo Dias, Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, Coimbra Editora, 2005, p. 126.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

designadamente relativos ao facto e aos seus efeitos, e a situação económico-financeira do agente. Isto significa, por um lado, que os limites máximos objetivos e fixos não são determinados apenas em função da gravidade máxima que o facto e os seus efeitos podem assumir, mas também em função da situação económico-financeira dos possíveis agentes da infração. Significa ainda, por outro lado, que na concreta tarefa de determinação da medida da coima a ponderação do facto, dos seus efeitos e demais critérios é sempre combinada e subjetivizada à luz da situação económico-financeira atual do infrator. Ora, aquilo que o art. 69º/2, do NRJC, faz é nada mais do que introduzir essa subjetivação no limite máximo, sem prejuízo de um ulterior afinamento por via da ponderação do critério previsto no art. 69º/1, al g), do NRJC. Subjetivação essa que note-se, sempre teria de ser feita, dentro de limites máximos objetivos e fixos, no âmbito do “ato único” em que se traduz a determinação de uma coima. Por conseguinte, a aplicação dos critérios de determinação da medida da coima, para além da situação económica do visado, dentro do limite referido permite que a sanção seja determinada através de um juízo de proporcionalidade, adequação e necessidade em relação ao facto e aos seus efeitos e permite determinar o limite da culpa, pois esse juízo deve ser aferido levando em consideração a situação económico-financeira do infrator.

Pelas razões expostas, conclui-se que o art. 69º/2, do NRJC, não viola os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (art. 18º da CRP) e do princípio da culpa (art. 1º, da CRP).

Em quarto lugar, alegam as recorrentes que o art. 69º/2, do NRJC, viola o princípio da igualdade (art. 13º, da CRP). Referem, a propósito, *que sobre esta matéria concorrencial e a propósito do artigo 43.º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 18/2003 (a versão anterior e congénere da atualmente prevista no artigo 69.º, n.º 2 da NLdC), pronunciou-se o Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 353/2011, de 12.07.2011, tendo concluído não ser inconstitucional a norma citada quando interpretada no sentido que “volume de negócios do último ano” se referiria ao “ano em que cessou a prática ilícita”. Ali, tal como aqui, o critério aferidor da desconformidade*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

constitucional foi a “importância da ligação entre o facto e as sanções”. Nesse sentido, o Tribunal entendeu que esta interpretação do regime então vigente procurava, suportando-se num “critério objetivo legalmente estabelecido, introduzir uma relação de dependência entre a moldura abstrata da coima e o benefício económico que o arguido retirou da prática da infração”. Ora, a moldura abstrata da coima, no sentido que lhe é dado pela interpretação acolhida na Decisão sob recurso, já não se encontra “diretamente relacionada com o benefício económico efetivamente auferido”, pelo que, em bom rigor, a entender-se nos termos professados pela AdC na Decisão, admitir-se-ia que, perante uma identidade objetiva do ilícito, concretizada em duas condutas em tudo idênticas, praticadas por duas empresas diferentes, sejam sancionadas com duas coimas de montantes muito díspares, em virtude da diferença de volumes de negócios entre ambas. Essa diferença de volumes é uma circunstância fortuita e totalmente desconexa do facto objetiva e materialmente praticado. A capacidade de pagar deve ser tida em conta só no momento de determinação da coima e não no prévio momento de construção da moldura da mesma – o que vai por afetar indelevelmente a própria operação de determinação da coima concreta. No fundo, a interpretação acolhida pela decisão sob recurso determina uma incoerência entre a identidade dos elementos objetivos justificadores da restrição dos direitos, liberdades e garantias e uma (expectável, mas não realizada) identidade de sanções aplicáveis, pelo que é manifestamente inconstitucional. Por fim, salientam uma pequena nota quanto ao argumento de que a sobredita interpretação do artigo 69.º, n.º 2 da NLdC em nada belisca o princípio da igualdade, na medida em que aí se estabelecem critérios iguais para todos os possíveis destinatários da norma: tal entendimento equivaleria a desconsiderar e viciar o sentido em que ora se invoca o princípio da igualdade e ignorar a situação constitucionalmente desconforme a que a aplicação da norma em apreço conduz – dois agentes, praticando, quer subjetiva, quer objetivamente, a mesma conduta, tratando-se, portanto, de duas situações idênticas, ver-lhe-iam ser aplicadas duas coimas diferentes, determinadas por um critério



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

completamente alheio à(s) prática(s) ilícita(s) – o volume de faturação. Remetem para pp. 119 e 120 do citado parecer.

Esta questão foi apreciada pelo Tribunal Constitucional na decisão sumária nº 216/2016 e também aí a recorrente alegava que e «a determinação da medida concreta da coima surj[e] completamente desligada ou desassociada do tipo de ilícito praticado, já que pode levar a que a empresas que tenham cometido o mesmo tipo de ilícito, durante o mesmo período de tempo e obtendo benefícios económicos idênticos, sejam aplicadas coimas completamente diferentes, em termos de valores absolutos, de tal como que num caso pode levar à total falência da empresa e noutro caso não». Perante estes argumentos, o Tribunal Constitucional entendeu que “a norma em causa, ao mandar atender ao volume de negócios do agente para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstrata da coima, assegura que é tida em conta a situação particular de cada empresa, o que faz com que nenhuma empresa seja penalizada em termos relativamente mais gravosos do que outra empresa. Não se vislumbra, de facto, como se pode colocar qualquer problema de tratamento desigual. O parâmetro invocado pela recorrente - o princípio da igualdade - é inidóneo para apreciar, à luz da Constituição, a norma *sub judicio*”. É certo que o Tribunal Constitucional analisou a questão apenas a propósito do segmento relativo ao “volume de negócios” e não também quanto ao momento de determinação do volume de negócios e inclusive acrescentou à sua fundamentação referências extraídas do acórdão nº 353/2011. Contudo, os fundamentos supra exarados são igualmente aplicáveis à consideração do volume de negócios no ano anterior à decisão de condenação pela AdC, fundamentos esses que se partilham.

Em face de todo o exposto, considera-se que o art. 69º/2, do NRJC, não viola o princípio da igualdade.

No plano da determinação da moldura legal abstrata, alega ainda a Farminveste SGPS, que o “volume de negócios” desta Arguida, porque “consolidado”, inclui uma série de realidades que não poderão ser tomadas em consideração para estes efeitos. Veja-se, a título exemplificativo, a circunstância de no volume de negócios da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.OYUSTR

Farminveste SGPS, se incluir e estar refletido o volume de negócios da Alliance Healthcare (participação de 49%) – a qual atua num mercado que nada tem que ver com o mercado apontado como relevante pela AdC. Com efeito e conforme resulta do Relatório e Contas consolidado de 2014 da Arguida Farminveste SGPS, 306.794.300 € (94,6%) do seu volume de negócios são resultado direto da sobredita Alliance Healthcare, que não atua nos mercados em causa e que inclusive cede dados à IMS, pelo que este montante deveria ser tomado em consideração para efeitos de determinação de volume de negócios e, subsequentemente, do cálculo da coima. E seguramente que de modo algum a consideração destas parcelas do volume de negócios permite se afirmar que a sanção aplicada é justa, proporcional ou sequer adequada à sanção do facto a que se destina.

Na mesma linha, Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos defendem, no citado parecer, o seguinte: “se se entender o limite dos 10% do volume de negócios previsto no nº 2 do art. 69º do RJC como um mecanismo ordenado a estabelecer um máximo da intervenção do Estado na repressão dos ilícitos anticoncorrenciais, ele tem de se mover num plano de relação necessária com a infração. Ora, o volume de negócios agregado das empresas associadas, quando uma delas é uma holding, não pode, em coerência com essa relação, deixar de se reportar ao volume de negócios por ela obtido (indiretamente, por via da consolidação) no mercado em que foi cometido o ilícito, pois só este tem relação com a infração. Excluído terá que ficar, do limite interno superior dessa coima, o volume de negócios que resulta da atividade de outras sociedades operacionais que actuam em outros mercados e que apenas lhe são imputados contabilisticamente. Esta conclusão estriba-se em vários argumentos: a) na conformação do critério do nº 2 do art. 69º com os critérios que o nº 1 estabelece para a medida da sanção (de outro modo, eles estariam em absoluta contradição); b) na consideração de que os negócios de uma holding são, na realidade, negócios de cada uma das operacionais e que os efeitos desses negócios, designadamente as contrapartidas recebidas pelos negócios celebrados e os lucros obtidos, se formam na esfera delas e não se repercutem, sem mais (por mero efeito da contabilização



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

consolidada) na esfera da sociedade-mãe; e, por fim, c) na inevitável constatação de que, a ser de outro modo, o efeito da sanção seria inevitavelmente perturbador da concorrência em outros setores (não afetados)” (fls. 21712 e 21713).

Discorda-se deste entendimento.

Com efeito, o limite máximo de 10% move-se não só num plano de relação necessária da infração, mas também, conforme acima se explicitou, num plano de relação com a situação económico-financeira do agente, que o legislador pretendeu, desde logo, traduzir na moldura legal abstrata. E a consideração da situação económico-financeira do agente, na determinação do montante da coima como em qualquer sanção de natureza pecuniária, destina-se a garantir que a sanção cumpra as suas finalidades punitivas, na medida em que o efeito da coima está dependente das condições económico-financeiras do agente.

No caso de uma *holding* deve-se considerar, pelo menos, o volume de negócios que é refletido na sua contabilidade, independentemente do facto do mesmo não se repercutir sem mais na sua esfera, pois constitui, como salienta o Tribunal de Justiça no acórdão Groupe Dascogne SA (processo C-58/12 P), de 26.11.2013, o melhor indicador da capacidade da empresa em causa em mobilizar os fundos necessários para o pagamento da coima (§ 53). Acresce ainda que a contabilidade destina-se justamente a traduzir a situação económico-financeira da pessoa em causa, ou seja, a consolidação contabilística evidencia que, no plano económico-financeiro, aquele volume agregado pode ser imputado à própria *holding* ou, como refere o TJ no acórdão citado, a consolidação orçamental tem “por objeto dar uma imagem fiel do património, da situação financeira e dos resultados de todas as sociedades que fazem parte de um grupo” (§ 54). E se existirem vários métodos contabilísticos possíveis isso não invalida que o método concretamente utilizado pela recorrente não seja correto e não reflita uma imagem válida da sua situação económico-financeira.

E se a consideração do volume de negócio de participadas que não atuam no setor afetado poderá afetar outros setores que não os afetados é uma consequência inevitável do cumprimento das finalidades punitivas associadas à sanção pecuniária



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

em causa. Note-se que isto pode acontecer mesmo que não estejamos perante uma *holding*, pois o agente, ainda que não seja uma *holding*, pode desenvolver outras atividades para além daquela que está diretamente relacionada com a infração. E pode também suceder o caso de apenas exercer essa atividade relacionada com a infração mas pretender diversificar o seu negócio e a coima o impedir.

Acresce ainda, tal como sustenta Teresa Quintela de Brito, no seu parecer, se “se excluir, do volume de negócios da SGPS, os volumes de negócios das suas participadas que não exerçam actividades nos mercados em que se verificou a infracção, isso significa que, por esta infracção, apenas responderão as participadas, mas não a própria holding, que assim se vê isenta de toda a responsabilidade contra-ordenacional. Se se tiver em conta que, por força do art. 73º LdC, uma SGPS só pode incorrer em responsabilidade se lhe puder ser imputação a infracção jusconcorrencial nos termos gerais, i.e., se também ela for agente desta infracção, logo nos apercebemos de que se gerará uma inadmissível lacuna sancionatória se se adoptar a solução proposta. Qual seja: a da exclusiva consideração do volume de negócios das participadas, também elas agentes da infracção, que exercem as atividades e operam nos mercados onde se verificou a infracção” (fls. 23726).

Em contrapartida, deve ser abatido o volume de negócios das sociedades participadas envolvidas na infracção, para, conforme sustenta Teresa Quintela de Brito, “evitar a múltipla punição pelo menos facto – art. 29º/5, CRP)” (fls. 23726,verso).

Em face de tais parâmetros e considerando adicionalmente o disposto no art. 17º/1, do RGCO, que conjugado com o nº 2 do mesmo preceito permite concluir que é aplicável também às pessoas coletivas em relação ao mínimo, as molduras legais abstratas a considerar são:

- em relação à ANF, € 3,74 e €2.048.706,30;
- em relação à Farminveste IPG, € 3,74 e €1.167.653,90;
- e, em relação à HMR, € 3,74 e €858.836,20;
- em relação à Farminveste SGPS, € 3,74 e €30.413.518,90.

Vejamos, então, as concretas medidas das coimas a aplicar.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

No que respeita à ANF verifica-se, quanto à gravidade da infração que a mesma não pode ser qualificada de especialmente grave, na medida em que, quanto à natureza e dimensão do mercado afetado, concorda-se com as recorrentes no sentido de que os mercados afetados não têm a ver diretamente com a prestação de cuidados de saúde, visando antes potenciar as receitas e lucros das empresas da indústria farmacéutica. E no que respeita à gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional, não se pode concluir que a totalidade das receitas alcançadas pela HMR não se deveram a mérito, mas aos entraves artificialmente criados pela conduta em causa. Acresce ainda, quanto ao benefício económico, também não se pode concluir que foram alcançados os valores indicados na tabela 11, uma vez que apenas se pode concluir que 46% das receitas da HMR resultaram dos entraves artificialmente criados pela infração.

Contudo, a gravidade da infração também não é reduzida considerando que essa grandeza de 46% é expressiva enquanto indicador da afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional.

Acresce que contrariamente àquilo que as recorrentes sustentam, trata-se de uma infração permanente, que teve o momento inicial de consumação por via da fixação dos preços e se perpetuou por mero efeito da sua vontade, tendo durado, pelo menos, quatro anos. Para além disso, quanto ao grau de participação da ANF, é intenso, uma vez que toda a conduta foi efetuada para potenciar as finalidades associativas prosseguidas pela ANF.

No plano da culpa, considera-se que é elevada uma vez que agiu com dolo direto e consciência da ilicitude.

No que respeita à eliminação da prática e reparação do prejuízo, apenas se apurou uma manifestação de intenção de alteração do preço de cedência dos dados, sendo certo que não compete à AdC dar indicações sobre o preço que as recorrentes devem aplicar, competindo às próprias fazê-lo. Por conseguinte, tal manifestação de intenção não é particularmente relevante.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Em contrapartida, o que resulta dos factos, com relevo para o apuramento das exigências de prevenção especial negativas reclamadas pelo caso, é que a ANF continua a ter todas as condições para manter e perpetuar a conduta em causa, por via da Farminveste IPG e da HMR, uma vez que a primeira continua a deter uma posição de domínio incontestada no mercado identificado a montante. Acresce ainda que os entraves existentes a uma concorrência efetiva não derivam apenas e só dos preços praticados pelos dados das farmácias e dos preços dos estudos, traduzindo-se em margens negativas, mas da circunstância do acesso a esses dados ser desrazoavelmente difícil ou, pelo menos, sujeito a fortes barreiras.

A ANF tem antecedentes contraordenacionais, mas não estão relacionados com práticas restritivas da concorrência, pelo que se considera que este fator também não é particularmente relevante, face à situação das demais recorrentes sem antecedentes contraordenacionais, não justificando uma diferenciação entre as mesmas.

A favor da recorrente, impõe-se salientar a sua colaboração processual.

Quanto à sua situação económico-financeira, o seu volume de negócios aumentou em 2015 para € 20.689.870, apresentou um resultado líquido do período negativo de € 1.809.027 e dispõe de fundos próprios no montante de € 114.574.268,00.

Conjugando todos estes fatores considera-se que uma coima correspondente a 20% da moldura legal abstrata é proporcional à gravidade dos factos e reflete os fatores que são favoráveis à recorrente, na medida em que se situa mais próxima do limite mínimo, é consentida pela culpa elevada da recorrente, é compatível com a situação económico-financeira da recorrente e é necessária, adequada e suficiente para satisfazer as finalidades punitivas reclamadas pelo caso, que são elevadas, do ponto de vista da prevenção especial negativa, pelas razões referidas e, do ponto de vista da prevenção geral negativa, tendo em conta a notoriedade da recorrente.

Quanto à Farminveste IPG, a gravidade da conduta é idêntica à da ANF, sendo-lhe aplicáveis as asserções supra tecidas. Ao que acresce que a sua participação nos factos também é direta e intensa. A sua culpa é igualmente elevada uma vez que agiu com dolo direto e consciência da ilicitude. Valem também em relação à recorrente as



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 36/16.0YUSTR

mesmas considerações supra expostas a propósito da conduta tendente à eliminação da prática e dos antecedentes contraordenacionais. Quanto às exigências de prevenção especial negativa e geral negativa, a relação da Farminveste IPG com o Grupo ANF é bastante para lhe garantir a mesma notoriedade e, sendo a Farminveste IPG, em último caso detida a quase 100% pela ANF, partilha dos mesmos interesses. Verifica-se também que colaborou.

Quanto à sua situação económica, teve um volume de negócios superior ao registado em 2014, de € 18.403,811, apresentou um resultado líquido negativo de € 4.949.123 e dispõe tem um capital próprio de € 94.228.474,00.

Conjugando todos estes fatores considera-se que uma coima correspondente a 20% da moldura legal abstrata é proporcional à gravidade dos factos e reflete os fatores favoráveis à recorrente, na medida em que se situa mais próxima do limite mínimo, é consentida pela culpa elevada da recorrente, é compatível com a situação económico-financeira da recorrente e é necessária, adequada e suficiente para satisfazer as finalidades punitivas reclamadas pelo caso, que são elevadas nos mesmos termos referidos a propósito da ANF.

Quanto à HMR, a gravidade da conduta é idêntica à da ANF, sendo-lhe aplicáveis as asserções supra tecidas. Ao que acresce que a sua participação nos factos também é direta e intensa. A sua culpa é igualmente elevada uma vez que agiu com dolo direto e consciência da ilicitude. Valem também em relação à recorrente as mesmas considerações supra expostas a propósito da conduta tendente à eliminação da prática. Quanto às exigências de prevenção especial negativa e geral negativa, a relação da HMR com o Grupo ANF é bastante para lhe garantir a mesma notoriedade e, sendo a HMR, em último caso detida a quase 100% pela ANF, partilha dos mesmos interesses. Verifica-se adicionalmente que colaborou.

Quanto à sua situação económica, teve um volume de negócios superior ao registado em 2014, de € 8.912.166, um resultado líquido negativo de € 412.333 e tem um capital próprio de € 666.910,00.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

Conjugando todos estes fatores considera-se que uma coima correspondente a 20% da moldura legal abstrata é proporcional à gravidade dos factos e reflete os fatores favoráveis à recorrente, na medida em que se situa mais próxima do limite mínimo, é consentida pela culpa elevada da recorrente, é compatível com a situação económico-financeira da recorrente e é necessária, adequada e suficiente para satisfazer as finalidades punitivas reclamadas pelo caso, que são elevadas nos mesmos termos explicitados a propósito da ANF.

Por fim, quanto à Farminveste SGPS, valem também, no essencial, as mesmas asserções tecidas a propósito da ANF quanto à gravidade da conduta, à conduta tendente à reparação do prejuízo e às exigências de prevenção especial e geral negativas, sendo igualmente de salientar que a circunstância da recorrente fazer parte do Grupo ANF garante-lhe a mesma notoriedade e partilha dos mesmos interesses da ANF. Também colaborou. Impõe-se apenas referir que pese embora a infração seja imputável à SGPS a título omissivo, isso não diminui nem a sua gravidade, nem a sua culpa. Com efeito, tendo a mesma agido com dolo direto e consciência da ilicitude, detendo a Farminveste IPG e a HMR a 100% e tendo administradores comuns às pessoas de liderança das demais recorrentes, é evidente que o seu nada fazer traduziu-se num envolvimento pleno na prática da infração.

Quanto à sua situação económico-financeira, o seu volume de negócios, em 2015, foi superior ao de 2014, teve um resultado líquido negativo de € 4.959.406 e dispõe de um capital próprio de € 93.900.383,00.

Por conseguinte, conjugando todos estes fatores considera-se que uma coima correspondente a 20% da moldura legal abstrata é proporcional à gravidade dos factos e reflete os fatores que lhe são favoráveis, na medida em que se situa mais próxima do limite mínimo, é consentida pela culpa elevada da recorrente, é compatível com a situação económico-financeira da recorrente e é necessária, adequada e suficiente para satisfazer as finalidades punitivas reclamadas pelo caso, que são elevadas nos mesmo termos referidos a propósito da ANF.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.OYUSTR

Duas notas finais se impõem. Não se apurou que da prática tenha resultado um benefício económico. Contudo, se bem que a coima deve absorver o benefício económico, a sua aplicação não está condicionada à sua verificação, nem a sua medida ao montante do benefício.

A segunda nota é que face à gravidade da infração, nos termos caracterizados e que não podem ser qualificados de reduzidos ou diminutos, não há qualquer fundamento para não se aplicar uma coima.

Por fim, dada a gravidade da infração que, não sendo elevada também não é despicienda e a culpa das recorrentes, que é muito significativa, impõe-se a aplicação da sanção acessória prevista no art. 71º/1, al a), do NRJC.

Dispositivo

Em face de todo o exposto, julgo os recursos parcialmente procedentes nos seguintes termos:

- a) Julgo improcedentes todas as questões prévias.**
- b) Condeno a Associação Nacional de Farmácias pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 102º/§1º e 2º, al a), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e art. 68º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 08.05, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de quatrocentos e nove mil, setecentos e quarenta e um euros e trinta cêntimos (€ 409.741,30);**
- c) Condeno a Farminveste – S.G.P.S., S.A. pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 102º/§1º e 2º, al a), do**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.OYÜSTR

Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e art. 68º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 08.05, entre os anos de 2010 e 2013, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de seis milhões, oitenta e dois mil e setecentos e quatro euros (€ 6.082.704,00);

- d) Condeno a Faminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A. pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 102º/§1º e 2º, al a), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e art. 68º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 08.05, entre os anos de 2010 e 2013, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de duzentos e trinta e três mil, quinhentos e trinta euros e oitenta centimos (€ 233.530,80);**
- e) Condeno a HMR – Health Market Research, Lda pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 102º/§1º e 2º, al a), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e art. 68º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 08.05, entre os anos de 2010 e 2013, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de cento e setenta e um mil, setecentos e sessenta e sete euros e vinte centimos (€ 171.767,20);**
- f) Mais condeno todas as recorrentes na sanção acessória de publicação no Diário da República e num dos jornais de maior circulação nacional a suas**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 36/16.0YUSTR

expensas, de extrato da presente decisão ou, pelo menos, da parte decisória da presente decisão, no prazo de trinta dias após o trânsito em julgado.

Custas

Mais condeno as recorrentes nas custas do processo, que incluem a taxa de justiça que fixo em cinco (5) unidades de conta para cada recorrente – cfr. art. 8º/7, do Regulamento das Custas Processuais, e tabela III anexa a este diploma.

D.s.