



200460-10080840

E-AdC/2018/3692
05/07/2018

R E 6 4 6 0 3 6 4 1 9 P T

Exmo(a) Senhor(a)
Dr(a). Inês Nascimento
Avenida de Berna, N.º 19
1050-037 Lisboa

4/17.4YQSTR.S1.L1

Processo: 4/17.4YQSTR.S1.L1	Recurso Penal	Referência: 13310142 Data: 06-07-2018
Origem Revista (Concorrência), nº 4/17.4YQSTR.S1 do Lisboa - Supremo Tribunal de Justiça - Secção da Concorrência		
Autor: Empifarma - Produtos Farmacêuticos, S.A. e outro(s)... Interveniente Principal: Ocp – Produtos Farmacêuticos, S.A. e outro(s)...		

Notificação por via postal registada

Assunto: Acordão

Fica V. Ex^a notificado, na qualidade de Mandatário do Réu Autoridade da Concorrência, nos termos e para os efeitos a seguir mencionados:

De todo o conteúdo do duto acórdão proferido, cuja cópia se junta.

(A presente notificação presume-se feita no terceiro dia posterior ao do seu envio, quando seja útil, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja – art.º 113º do C. P. Penal).

O Oficial de Justiça,

Helena Lopes



Scgavas

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt

4
Proc.º n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1

Acordam, em conferência, na 9^a Secção (Criminal) do Tribunal da Relação de Lisboa:

I – Relatório

1. Empifarma – Produtos Farmacêuticos, S.A. (doravante Empifarma), requereu, em exposição escrita, de 17/4/2015, a intervenção da Autoridade da Concorrência (doravante AdC) nos termos e para os efeitos dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei 19/2012, de 8 de maio (Novo Regime Jurídico da Concorrência, doravante NRJC) e dos arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE).

2. A AdC proferiu, em 16/11/2016, decisão de arquivamento daquele pedido de intervenção.

3. Desta decisão recorreu a Empifarma para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em 20/2/2017, nos termos constantes de fls. 4 a 25, que aqui se dão por integralmente reproduzidas, pedindo, em súmula:

“- Seja anulada a decisão de arquivamento proferida pela Autoridade da Concorrência, com data de 16 de novembro de 2016, no âmbito do procedimento com a referência DA/2016/2;

- Seja ordenada, em consequência, a abertura de inquérito contraordenacional no âmbito das práticas denunciadas;

- Seja a Autoridade da Concorrência intimada a promover as diligências instrutórias requeridas pela denunciante e outras que a Autoridade da Concorrência entenda por pertinentes, no exercício dos poderes de instrução e direcção do inquérito de que dispõe, para a prova dos factos alegados.

- Sejam as contrainteressadas notificadas para, querendo, contestar;

- Seja a Autoridade Impugnada notificada, nos termos do disposto no artigo 84º do CPTA para proceder ao envio do processo administrativo, assim como todos os demais documentos respeitantes à matéria do processo de que seja detentora.”
(fim de transcrição).

4. Após a tramitação processual devida e adequada, veio o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, 1º Juízo, a proferir decisão, em 4/9/2017, nos seguintes termos:

“Anulo a decisão de arquivamento proferida pela Autoridade da

Concorrência em 16 de novembro de 2016, no âmbito do procedimento com a referência DA/2016/2, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias;

Condeno a Autoridade da Concorrência a instaurar um processo de contraordenação para averiguação da prática indicada em a);

Julgo tudo o mais improcedente, absolvendo-se a Autoridade da Concorrência e as contrainteressadas Merck, Bristol e Lilly dos pedidos efetuados pela Autora.” (fim de transcrição).

5. Inconformadas com a mencionada decisão, vieram interpor recurso a contrainteressada OCP – Produtos Farmacêuticos, S.A., para este Tribunal da Relação de Lisboa, e a demandada AdC, para o Supremo Tribunal de Justiça.

6. Foi proferido despacho judicial admitindo ambos os recursos para o Supremo Tribunal de Justiça, como se alcança de fls. 712.

7. Subidos os autos ao Supremo Tribunal de Justiça, ali foi pela Exma. Procuradora-Geral Adjunta emitido o parecer de fls. 721 a 729, que aqui se dão por integralmente reproduzidas, o qual termina nos seguintes termos:

“Pelo exposto, não merece censura a decisão recorrida, que deverá manter-se no seus precisos termos, assim improcedendo os recursos ora sub judice.

Porém, V. Ex"as, como sempre, melhor decidirão, fazendo Justiça” (fim de transcrição).

8. Em 14 de fevereiro de 2018 o Exmº Juiz Conselheiro Carlos Rodrigues de Almeida, proferiu a decisão constante de fls. 733/734, que aqui se dão por integralmente reproduzidas, a qual termina nos seguintes termos:

“14. Não sendo aplicáveis a este processo os artigos 91.º a 93.º do NRJC, só poderá existir recurso per saltum para o Supremo Tribunal de Justiça, para além do mais, se o valor da causa exceder os 500.000 €, o que no caso não se verifica.

15. Por isso, os recursos interpostos nestes autos só podem ser apreciados pelo Tribunal da Relação de Lisboa, não o podendo ser, por via do recurso per saltum, por este Supremo Tribunal.

16. Assim sendo, determino, nos termos do n.º 4 do artigo 151.º do CPTA, a remessa do processo ao Tribunal da Relação de Lisboa para aí serem apreciados os recursos interpostos.” (fim de transcrição).

9. Nesta Relação a Exma. Procuradora-Geral Adjunta teve “Vista” nos autos, pronunciando-se nos seguintes termos:



Scamam

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 21322900 - Fax: 21322992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

“O M. Público não figura nem como recorrente, nem como recorrido.

A tomada de posição sobre o mérito dos dois recursos foi exercida pelo MºPº junto do Supremo Tribunal de Justiça.

Assim sendo, nada mais se nos oferece dizer, para além do Visto.” (cfr. fls. 744).

10. Face ao exposto em 9., não careceu ser dado cumprimento ao disposto no art. 417.º, n.º 2, do Código de Processo Penal (doravante CPP).

11. Efetuado o exame preliminar foi considerado não haver razões para a rejeição dos recursos.

12. Colhidos os vistos legais, cumpre agora apreciar e decidir.

II – Fundamentação

1. Conforme entendimento pacífico dos Tribunais Superiores, são as conclusões extraídas pelo recorrente, a partir da respetiva motivação, que operam a fixação e delimitação do objeto dos recursos que àqueles são submetidos, sem prejuízo da tomada de posição sobre todas e quaisquer questões que, face à lei, sejam de conhecimento oficioso e de que ainda seja possível conhecer (cfr., entre outros, os Acs. do STJ de 16.11.95, de 31.01.96 e de 24.03.99, respetivamente, nos BMJ 451.º - pág. 279 e 453.º - pág. 338, e na Col (Acs. do STJ), Ano VII, Tomo 1, pág. 247, e cfr. ainda, arts. 403.º e 412.º, n.º 1, do CPP).

2. A recorrente AdC extraiu da sua motivação as seguintes conclusões:

- A. O presente recurso tem, pois, por objeto a sentença proferida pelo Tribunal a quo relativamente à (i) anulação da decisão de arquivamento proferida pela AdC, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição

dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de alegadas vendas subordinadas impostas às farmácias; e (ii) condenação da AdC a instaurar um processo de contraordenação para averiguação da prática indicada em (i)

- B. Entende a AdC que o conteúdo decisório da sentença recorrida revela uma errada interpretação e aplicação (substantiva e processual) das seguintes normas:
- No que respeita à anulação da decisão de arquivamento proferida pela AdC, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias, **dos n.º 2 e n.º 4 do artigo 8.º, bem como do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência;**
 - Relativamente à condenação da AdC a instaurar um processo de contraordenação para averiguação de uma eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias, **do n.º 5 do artigo 95.º do CPTA (e do n.º 2 do artigo 71.º do CPTA).**
- C. **A correta interpretação e aplicação destas normas determinava uma conclusão por parte do Tribunal no sentido de que a decisão de arquivamento da denúncia e, consequentemente, de não instauração do processo contraordenacional tem efetivo sustento nos n.ºs 2 e 4 do artigo 8.º, bem como no n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência**, porquanto tal decisão tem por base os elementos de facto e de direito que lhe foram apresentados pela denunciante Empifarma.
- D. A Meritíssima juíza a quo, salvo o devido respeito, não faz uma correta interpretação e aplicação dos artigos 7.º e 8.º da Lei da Concorrência quando determina que os critérios previstos no n.º 2 do artigo 7.º, por um lado, são taxativos e que a AdC não os cumpriu ao arquivar a denúncia quanto a um alegado abuso de posição dominante dos distribuidores sobre as farmácias por vendas subordinadas.
- E. A AdC não extravasou nenhuma vinculação prevista na Lei da Concorrência respeitante à decisão de arquivamento que não se fundou na “*insuficiência de prova carreada pela denunciante e num juízo de mera indicação quanto à não verificação da infração*”, e, como tal, não estava obrigada a ter procedido à abertura de um processo de contraordenação para investigar o alegado pela Empifarma.
- F. A fundamentação da decisão de arquivamento determina que não existe, ainda que indiciariamente, matéria que justifique a abertura de inquérito contraordenacional, porquanto a AdC analisou os elementos de facto narrados e os documentos recolhidos nos autos, que foram suficientes e bastantes para determinar o arquivamento da denúncia, em estrito cumprimento do princípio da legalidade – n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.
- G. A AdC no seguimento do princípio de promoção e defesa da concorrência de que lhe foi legalmente investida, não violou os deveres de promover as diligências de investigação necessárias para aferir da denunciada por alegada



Scgano

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

violação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, que sobre si impende.

- H. Nos termos legais, a AdC não tem um dever imperativo de abertura de inquérito sobre práticas restritivas da concorrência e de recolha dos meios de prova, bem como dos seus agentes, se concluir que não existe violação das normas da concorrência, ou seja, sem fundamentos relevantes das alegadas violações e independentemente de não serem merecedoras de tratamento prioritário – cf. n.ºs 4 e 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.
- I. Não foi violado o princípio da tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos da Empifarma (que são limitados aos n.ºs 2 e 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência), designadamente, porque a decisão *sub judice* demonstra que não existe matéria de defesa da concorrência que importe prosseguir e não ser merecedora de tratamento prioritário.
- J. A interpretação dos artigos 7.º e 8.º da Lei da Concorrência vertida na sentença é errada e em total violação da letra e espirito da norma.
- K. A interpretação do Tribunal a quo obrigaría a AdC a abrir processos de contraordenação por todas as denúncias que mencionassem a hipotética existência de uma eventual prática restritiva da concorrência deste que a narrativa dos elementos de facto e de direito determinem a averiguación de indícios de indícios, ainda que seja para se concluir depois de ter obtido, ou não, esta "prova" indiciária de indícios pelo arquivamento do processo de contraordenação, que a AdC por juízos de experiência e análise prévia poderia imediatamente afastar e tornar mais eficiente e eficaz a sua atuação.
- L. Os critérios do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da concorrência não são taxativos e, portanto, não vinculativos, e a AdC cumpriu-os todos, por isso, concluiu que não existe violação das normas da concorrência, ou seja, ao decidir que a denúncia não tem fundamentos relevantes das alegadas violações (de facto e de direito, ainda que minimamente indiciários) e de que é serem merecedora de tratamento prioritário – cf. n.ºs 4 e 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.
- M. Da conjugação destes normativos resulta que, o escrutino das denúncias entradas na AdC, para eventual abertura de um processo sancionatório, ou de supervisão, está sujeito a uma procedimento de análise prévia dos elementos (de facto e de direito) e demais elementos corroborantes e comprovativos trazidos pelas denunciantes – em cumprimento do princípio da legalidade e dos princípio gerais de direito que enformam a atividade administrativa em obediência à Constituição – cf. n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.

- N. De forma diferente da interpretação dos normativos em causa resultante da Sentença, é determinante para a averiguação da narrativa constante de uma denúncia que a AdC possa dentro dos elementos de facto e de direito narrados pelo denunciante, e caso se releve necessário, efetuar algumas diligências prévias para determinar que a denúncia, tal como já havia entendido, ou intuído, antecipadamente, decorrente dos factos narrados, não tem efetivamente fundamento.
- O. A interpretação conjugada dos artigos 7.º e 8.º resulta que a AdC, a fim de proceder ao tratamento de uma denúncia pode proceder a averiguações preliminares, à luz dos elementos prévios trazidos pela denunciante e da factualidade relatada, a fim de conseguir minimamente demonstrar, ou mesmo intuir, a probabilidade de poder vir a reunir os eventuais indícios da verificação de uma qualquer prática restritiva da concorrência, nos termos dos artigos 9.º, 11.º ou 12.º da Lei da Concorrência, que devem ser melhor investigados em sede de inquérito, e ainda das prioridades da política da concorrência, tal como definidas pela AdC, nos termos legais – cf. n.ºs 2 e 3 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.
- P. A interpretação (muito) restrita e fixa da Sentença em recurso desta fase de análise preliminar de denúncias, determinaria que a AdC fosse obrigada a abrir processos de inquérito respeitante a todas as "denúncias" que não contivessem qualquer suporte ainda que mínimo ou indiciário de eventual infração, para de seguida as arquivar, ou ainda que não merecessem tratamento prioritário de acordo com o interesse público de promoção da concorrência, o que salvo o devido respeito, é inadmissível.
- Q. A AdC na prossecução do interesse público (enquanto poder público independente) e da averiguação das suas próprias prioridades tem de ter um espaço de decisão próprio que possibilita uma seleção preliminar das questões a prosseguir, que não pode ser taxativo – cf. n.ºs 1 e 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.
- R. A interpretação conjugada dos artigos 7.º e 8.º da Lei da Concorrência, determina que **só ocorre a abertura** de um processo contraordenacional quando se estiver perante potenciais práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º do citado diploma, que afetem de forma sensível a concorrência no mercado nacional, **com base nas informações (de facto e de direito comprovadas pela denunciante)** de que a AdC dispõe e que, perante o caso concreto, sejam **merecedoras de tratamento prioritário**.
- S. Esta interpretação não comporta uma inversão do ónus da prova, porquanto quem tem o dever legal provar a existência de uma prática restritiva, nos termos dos artigos 9.º, 11.º ou 12.º da Lei da Concorrência, e de quem são os seus agentes, nos termos legais e constitucionais, é a AdC.
- T. A previsão do n.º 2 do artigo 7.º tem de ser igualmente interpretada no sentido de que **a AdC não está obrigada a abrir processos quando as denúncias se verificam manifestamente infundadas quando "a prova bastante, se mostre à luz das regras da experiência, notoriamente improável, tornando-se, assim, ineficiente devotar os recursos escassos da AdC (e dos contribuintes) ao eventual aprofundamento da investigação"**.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

- U. Esta interpretação não restinge nenhum direito ou interesse do particular a obter uma resposta (decisão) quanto à sua pretensão ao dirigir-se à Administração e, ainda, caso não concorde com a mesma, pode interpor recurso para os tribunais, nos termos do n.º 4 do artigo 8.º e artigo 92.º, ambos da Lei da Concorrência.
- V. Em suma, no que concerne, especificamente, ao **processamento de denúncias**, compete à AdC, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência (que densifica a referida alínea c) do artigo 5.º dos Estatutos), efetuar o registo das mesmas, procedendo à abertura de processo de contraordenação (ou de supervisão) se os elementos (de facto e direito) referidos na denúncia, acompanhados de *elementos*, ainda que indiciárias, assim o determinarem:
 - a. De acordo com as prioridades da política de concorrência definidas em função do interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência; e
 - b. Desde que os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados integrem indícios de eventuais práticas restritivas da concorrência – cf. n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.
- W. A Autoridade procede ao arquivamento das mesmas e declara as denúncias quando as mesmas se mostrarem – cf. n.ºs 4 e 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência:
 - a. Sem fundamentos relevantes; e/ou,
 - b. Não serem merecedoras de tratamento prioritário.
- X. A AdC não recorre a um critério para rejeição de denúncias que a lei não prevê, a saber: o facto de o denunciante não apresentar prova do que alega e, por outro lado, a AdC goza de um poder discricionário com prerrogativas de orientação e avaliação da sua atuação na prossecução da missão para que foi criada, nos termos legais – entendimento que, aliás, nem é refutado na Sentença em recurso.
- Y. A Sentença faz uma errada apreciação e aplicação dos critérios do n.º 2 do artigo 7.º quanto a semântica empregue pela AdC pudesse não ser a mais correta, foi a (falta de) indicação e não de prova que contribuiu *in casu* para determinar a credibilidade da denúncia e a (im)probabilidade de se reunir em sede contraordenacional os inícios suficientes da prática alegada. Ou seja, foi a narrativa dos elementos de facto e de direito trazidos pela Empifarma que determinaram a rejeição da denúncia.

- Z. As decisões de rejeição de denúncias são, adotadas pela AdC, enquanto pessoa coletiva de direito público, no exercício e ao abrigo das suas atribuições, no âmbito do poder discricionário legalmente conferido à Autoridade, por ser aquela que detém a competência técnica especializada para a avaliação das questões de natureza económico-jusconcorrencial nos termos legais.
- AA. Assim sendo, a norma do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência deve ser interpretada no sentido de que, tal como decorre do princípio da legalidade, a necessidade de abertura de inquérito por eventuais práticas proibidas, manifesta um poder de direção da AdC e um grau de discricionariedade dos poderes que esta Autoridade tem para a abertura de um inquérito, pois uma denúncia de factos que não constituem práticas proibidas da concorrência deve dar lugar ao seu arquivamento.
- BB. Acresce que, por um lado, a direção dos processos da AdC cabe ao Conselho da AdC, e por outro lado, os denunciantes não gozam nem estão protegidos da mesma forma que os arguidos/visados (nem na lei da concorrência nem nos regimes subsidiários a esta lei) porque a Administração não tem de dar seguimento positivo a todos os pedidos, solicitações ou queixas dos particulares, nomeadamente, quando não há ilícito de natureza jusconcorrencial.
- CC. Deste modo, a AdC, de acordo com o quadro normativo do artigo 7.º e 8.º da Lei da Concorrência, só procederá à abertura de inquérito quando após uma análise preliminar – o que se designa de momento pré-instrutório – tome conhecimento de eventuais práticas proibidas, para tanto se exigindo: (a) desde logo que esteja em causa uma questão de concorrência; (b) um mínimo indiciário de possível infração, (c) e, ainda, quando se determine que as mesmas devem ter tratamento prioritário.
- DD. Caso tal não se verifique, a AdC decide não proceder à abertura de inquérito, nos termos dos n.ºs 4 e 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, em respeito do princípio da legalidade e, portanto, de forma fundamentada, válida e conforme à Lei – cf. n.º 2 do artigo 8.º e alínea c) do n.º 1 do artigo 152.º do CPA.
- EE. Ao contrário da interpretação que se sustenta na Sentença, os critérios do n.º 2 do artigo 7.º são meramente enunciativos, como resulta da sua redação, ou seja, do seu elemento literal, na expressão “***tendo em conta, em particular***”.
- FF. Ademais são os elementos de facto e de direito relatados e a prova indiciária carreada com a denúncia que também determinam se, no caso concreto, há interesse público na sua investigação e, obviamente, este não será sempre o mesmo. Logo, também por esta via o mesmo não pode ser taxativo.
- GG. Também resulta do elemento teleológico e histórico da referida norma, que a atuação da AdC é orientada pelo critério do interesse público da promoção e defesa da concorrência podendo, como tal, atribuir graus de prioridades ao tratamento das questões à analisar.
- HH. Mas, também, porque se tal não fosse esta interpretação daquele normativo, a AdC estava obrigada a proceder à abertura de processos de contraordenação quanto a questões trazidas ao seu conhecimento que já tivesse sido decididas



Sigamor

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

por esta Autoridade (o mesmo pela Comissão Europeia) e determinado o seu arquivamento por inexistência da infração em causa, ou até condenado os denunciantes.

- II. Segundo a interpretação do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência feita pelo TCRS quanto ao critério respeitante aos "elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados", determina que, a AdC deve empreender todos os enquadramentos jurídicos possíveis que tenham afinidades com os factos relatados mas sem necessidade de a denunciante ter de proceder à apresentação de elementos de comprovativos dos factos que relata.
- JJ. Também não colhe a interpretar do TCRS de que a necessidade de elementos de prova da narrativa consubstancia uma exigência desproporcional porque se trata de atribuir ao denunciante o ónus da prova da infração, que, como é óbvio, é função da AdC (cf. n.º 2 do artigo 17.º), porquanto, salvo o devido respeito faz uma errada interpretação dos poderes da AdC em sede de averiguação de denúncias.
- KK. Efetivamente como se reconhece na Sentença é à AdC, nos termos legais, que cumpre decidir e averiguar, dentro do seu juízo técnico e discricionário, bem como da sua experiência, se da denúncia com base nas informações disponíveis resultam indícios de uma prática restritiva da concorrência que deva prosseguir para inquérito, ou seja, se dentro dos vários critérios legalmente definidos a denúncia tem fundamento e/ou é merecedora de tratamento prioritário. E, ainda, que este é um momento totalmente discricionário.
- LL. A AdC para analisar a denúncia e formular um juízo prévio fundamentado tem de ter acesso a elementos comprovativos dos factos narrados e estes tem de ser necessariamente fornecidos *ab initio* pelo denunciante, caso contrário, para averiguar uma denúncia estaria sempre sujeita a ter de abrir um processo de contraordenação (ou de supervisão) para sustentar (ou não) a narrativa de facto e de direito dos autores das denúncias.
- MM. Esta interpretação do critério do n.º 2 do artigo 7.º em nada se compagina com a demissão da AdC da sua missão de interesse público, pelo contrário, é por causa desta que se exige que haja mais do que um mero relatar de factos que eventualmente se possam enquadrar nos artigos 9.º, 11.º ou 12.º, nomeadamente quando se referem a factos de terceiros, como se verifica na decisão de arquivamento.
- NN. Também não colhe de que por via desta interpretação a AdC transfere para a fase de averiguação o juízo de probabilidade de poder provar a infração, como tal, está a extravasar os seus poderes discricionários e, portanto, a violar a lei.

- OO. Até porque a probabilidade de poder provar a infração constitui uma das situações legalmente previstas que podem conduzir ao arquivamento da denúncia – lógica da eficiência organizativa – tenha ou não sido agraciada com prova (indiciária) da denunciante – cf. n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.
- PP. A AdC profere uma decisão de arquivamento porquanto concluiu que os elementos de facto e de direito que lhe foram apresentados pela denunciante não têm fundamento relevante e não são merecedores de tratamento prioritário, resulta do exercício das suas atribuições e não está a violar a lei.
- QQ. A AdC pode fazer uma priorização do tratamento das questões a seguir e, mais importante, que as questões de que tome conhecimento através de denúncias tenham fundamentação bastante nos elementos de facto e de direito devidamente comprovados (pelo seu autor) e, caso se entenda necessário, por informações diligenciadas no decurso da fase de averiguações, para prosseguir para a abertura de processo de contraordenação.
- RR. Além de que, como tal, a Meritíssima juíza *a quo*, salvo o devido respeito, extravasa os limites do controlo judicial limitado aos aspetos vinculados, em sede de impugnação de um ato administrativo, ao determinar que a decisão da AdC é anulável por vício de violação de lei.
- SS. A Meritíssima juiz *a quo* ao determinar a violação de lei pela AdC veio suportar o alegado “erro manifesto de apreciação” em questões de semântica e de redação do argumentário da AdC – como decorre, por exemplo, do vocábulo “aparentam” e das frases “em teoria”, “não facultou prova concreta do alegado”.
- TT. Ao afastar-se do essencial da avaliação da AdC na decisão de arquivamento (decisão de mérito e discricionária) em causa, ou seja, a decisão de que a denúncia não tem fundamento relevante e não ser merecedora de tratamento prioritário, ao abrigo do disposto nos n.ºs 4 e 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência (que remetem para os critérios do n.º 2 do artigo 7.º) o tribunal *a quo* faz uma errada interpretação e aplicação dos normativos em causa, ferindo a Sentença de de anulabilidade por violação de lei substantiva.
- UU. Igualmente ao emitir um juízo quanto à oportunidade e bondade da decisão da AdC sem cuidar de, seguindo o *iter argumentativo* da PI e da Decisão da AdC, percecionar o que a AdC intuiu e anteviu, ou seja, que a denúncia mais não era de que a utilização da AdC e dos seus meios, bem como dos recursos do Estado para pressionar aqueles contra quem apresentava a denúncia e, portanto, iria acabar sempre em arquivamento.
- VV. A AdC entendeu, no exercício do seu juízo discricionário, após a análise de todos os elementos em seu poder e ainda ouvida a denunciante, que os elementos narrativos desta e a prova minimamente indiciária (que poderá ser “valiosa” para determinar imediatamente buscas, por exemplo) não determinavam a existência de qualquer tipo de prática restritiva da concorrência.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

- WW. Obviamente, que os elementos de facto e de direito, bem como os elementos documentais, que o n.º 2 do artigo 7.º prescreve é a mínima e tem de ser fornecida pelo autor da denunciante para que se entenda que se está perante uma denúncia séria. Jamais se exige a prova da infração.
- XX. O controlo jurisdicional que se exerceu *in casu* foi pleno. E terminou com a ordem à prática de um ato de abertura de processo para se proceder a investigações específicas, extravasando os poderes de controlo dos aspetos vinculados da atuação em violação dos artigos
- YY. Os critérios do n.º 2 do artigo 7.º seriam vinculativos, o que não se concede, estes foram cumpridos na decisão de arquivamento porque, conforme se já referiu repetidamente, a AdC só está obrigada a abrir um processo contraordenacional quando se estiver perante potenciais práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º do citado diploma, que afetem de forma sensível a concorrência no mercado nacional (de forma meramente indiciária mas credível) e que, perante o caso concreto, sejam merecedoras de tratamento prioritário, de acordo com os elementos de facto e de direito resultantes da denúncia.
- ZZ. Contudo, a Sentença peca por uma errada interpretação e aplicação da Lei da Concorrência e dos poderes e atribuições da AdC, nomeadamente, quanto aos seus segmentos vinculados e discricionários. E, consequentemente, a Sentença é ilegal por violação da lei substantiva – cf. artigos 7.º e 8.º da Lei da concorrência e artigo 3.º e n.º 2 do artigo 71.º do CPTA.
- AAA. A Empifarma peticionou a anulação da decisão de arquivamento proferida pela AdC e à sua condenação à instauração de um processo contraordenacional para averiguar as práticas restritivas denunciadas, entre elas a prática de abuso de posição dominante dos distribuidores grossistas.
- BBB. O Tribunal *a quo* decidiu anular a decisão de arquivamento da AdC na parte que se refere à prática de abuso de posição dominante dos distribuidores grossistas de medicamentos decorrentes de vendas subordinadas e condena-la a instaurar um processo de contraordenacional para averiguação da referida prática uma vez que a AdC sustentou a sua decisão em critérios diversos daqueles que estão consagrados no n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência, existindo, portanto um vício de violação de lei.
- CCC. O que se discute no presente recurso é a fase prévia de processamento de denúncias, de natureza administrativa e onde a AdC tem um campo discricionário e de valoração técnica própria.
- DDD. Assim o tribunal *a quo* ao condenar a AdC a instaurar um processo contraordenacional para averiguação de uma prática concreta está a violar o disposto no n.º 5 do artigo 95.º e no n.º 2 do artigo 71.º, ambos do CPTA e a

interpretar incorretamente o disposto no n.º 2 do artigo 7.º e do n.ºs 1 e 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.

EEE. Com efeito, a emissão do ato pretendido envolve a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, que só à AdC cabe analisar, porquanto uma correta interpretação e aplicação dos artigos mencionados apenas permite ao tribunal a quo explicitar as vinculações a observar pela AdC na emissão de um qualquer ato devido, que neste caso, seria ordenar a fundamentação da decisão de arquivamento da denúncia com base nos critérios do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência devolvendo à AdC a decisão anulada.

FFF. Acresce que da correta interpretação e aplicação do n.º 5 do artigo 95.º se retira que ainda que o ato legalmente devido fosse a abertura de processo contraordenacional por ser a única solução legalmente possível, nunca o tribunal a quo poderia determinar o conteúdo de tal ato (para averiguação de prática de abuso de posição dominante decorrente de vendas subordinadas).

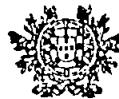
GGG. Com efeito, o pedido da Empifarma apenas faz menção à condenação da AdC a instaurar um processo contraordenacional por abuso de posição dominante pelos distribuidores grossistas de medicamentos não especificando qual o tipo de abuso subjacente – cf. alínea b) do pedido e artigo 12.º alínea d) da petição inicial;

HHH. Além disso, e conforme referido supra a determinação da infração às normas da concorrência a investigar cabe somente à AdC, pois está-se perante valorações técnicas próprias e discricionárias, nomeadamente, quando estão em causa conceitos indeterminados, que só esta entidade administrativa pode determinar, integrar e desenvolver – *in casu*, abuso de posição dominante.

III. Por último, o tribunal a quo, ao rejeitar liminarmente, sem qualquer justificação, a aplicação do n.º 5 do artigo 163.º do CPA, incorreu na sua errada interpretação e aplicação.

JJJ. Com efeito, mesmo que a AdC tivesse sustentado a sua decisão expressamente no n.º 2 no artigo 7.º da Lei da Concorrência (o que fez de forma implícita por via remissiva do n.º 1 do artigo 8.º) chegaria à mesma conclusão, uma vez que foram realizadas todas as diligências de investigação que são aceitáveis e possíveis numa fase como esta (como sejam pedidos de elementos às denunciadas e pedidos de contratos de distribuição de medicamentos), ficando claro que “a alegação da denunciante era inteiramente especulativa (por referência a uma suposta existência de “acordos verticais restritos” entre aquelas empresas e os distribuidores de medicamentos que integram as suas redes de distribuição), sem elementos de facto ou probatórios que a sustentem” (§.69 da decisão da AdC). “Com efeito, inexistem nas relações entre aqueles agentes económicos contratos com tal teor” (§ 70 da decisão).

KKK. A AdC sustentou, ainda, a sua decisão no facto de esta denúncia não ser merecedora de tratamento prioritário com base no n.º 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, evidenciando, mais uma vez, que o ato praticado seria o



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

mesmo ainda que se considere que o ato seria anulável por a decisão não ter sido concretizada no n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência.

LLL. Considera-se que existe uma errada interpretação e aplicação do n.º 5 do artigo 95.º e do n.º 2 do artigo 71.º do CPTA devendo a sentença do Tribunal *a quo* ser anulada, ou, se assim o entender, ser alterada, condenando a AdC a realizar as vinculações que está adstrita, ou seja, retroagir ao momento em que a decisão é fundamentada e sustenta-la concretamente nos pressupostos do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência; ou no limite, condenar a AdC a reapreciar a denúncia.

MMM. Ainda que assim não se entenda, importa notar que o ato administrativo de não dar seguimento à denúncia, sempre seria válido à luz do princípio do aproveitamento dos atos administrativos na aceção da alínea c) do n.º 5 do artigo 63.º do CPA, uma vez que mesmo que a AdC a sustentasse a sua decisão concretamente nos pressupostos do n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência o conteúdo do ato administrativo seria o mesmo (não dar seguimento à denúncia) pois não era merecedora de tratamento prioritário conforme n.º 1 do artigo 7.º e n.º 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência.

NNN. A correta interpretação e aplicação do n.º 5 do artigo 95.º do CPTA não permitia que a condenação da AdC à prática de um ato tivesse a extensão determinada pelo Tribunal *a quo*, ou seja, a condenação da AdC a instaurar um processo de contraordenação para averiguação da eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias.

OOO. O Tribunal *a quo* apenas poderia explicitar os elementos vinculados a observar pela AdC na emissão de um qualquer ato devido, *in casu*, na sequência de anular a decisão, condenar a AdC a explicitar melhor a fundamentação da decisão de arquivamento da denúncia com base no n.º 2 do artigo 7.º da Lei da Concorrência e não necessariamente na abertura de um processo contraordenacional.

PPP. O TCRS, não pode decidir quanto à questão da bondade, do mérito, da conveniência e da oportunidade da atuação da AdC, em particular no âmbito da rejeição de denúncias que envolvem juízos de avaliação técnica jusconcorrencial para aferir da existência (ou não) de indícios de práticas restritivas da concorrência, estando esta atribuição funcionalmente restringida a esta entidade, na e para a prossecução do interesse público, nos termos do n.ºs 1 e 3 do artigo 3.º, n.º 2 do artigo 71.º, e do n.º 2 do artigo 95.º todos do CPTA, que densificam os artigos 2.º, 111.º, n.º 2 do 202.º, 203.º e n.º 2 do 266.º todos da CRP.

QQQ. O Tribunal *a quo* ultrapassou os limites da decisão tal como previstos no n.º 5 do artigo 95.º e, por maioria de razão, do artigo 3.º e n.º 2 do artigo 71.º,

ambos do CPTA. E, consequentemente, a Sentença é ilegal por violação da lei substantiva e deve ser revogada.

RRR. A existência de um poder-dever da AdC não determina uma interpretação desconforme com o princípio da legalidade nem com os preceitos constitucionais consagrados no n.º 1 do artigo 20.º da CRP, da tutela jurisdicional efetiva – e como tal devem ser convocadas as regras de interpretação consagradas no artigo 9.º do Código Civil – porque afigura-se estar perante o princípio da legalidade na vertente negativo ou a *contrario sensu*. Não há omissão de um dever legal de abertura de inquérito nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 19/2012.

SSS. O TCRS decidiu quanto à questão da bondade, conveniência e oportunidade da atuação da AdC, tarefa que está funcionalmente restringida, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º de CPTA e do n.º 2 do artigo 71.º do CPTA.

TTT. Era inequívoca a improcedência do pedido formulado pelo Empiforma, não podendo, ter sido o mesmo decidido pelo Tribunal *a quo* sob pena de violação, mormente, do disposto nos artigos 3.º e n.º 2 do 71.º do CPTA.

UUU. Os poderes de cognição do tribunal no julgamento das ações administrativas (obrigação da prática de atos administrativos), estão orientados para o julgamento da legalidade dos atos/omissões da Administração e o TCRS está sujeito à regra do artigo 3.º do CPTA, e a posição da AdC está conforme aos requisitos da Lei n.º 19/2012, encontrando-se devidamente fundamentada e assinada pelo órgão competente. Logo, é uma **atuação manifestamente legal**.

VVV. Foi, pois, efetivamente, dentro de um círculo de medidas possíveis (a abertura ou a não de inquérito) que a AdC adotou a posição, fazendo uso da margem de discricionariedade que se lhe encontra legalmente atribuída e que é a única solução compatível com o objetivo de prossecução do interesse público, como resulta da Lei da Concorrência.

WWW. É inequívoco que a decisão da AdC é a única capaz de dar cumprimento ao visado pelos artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 19/2012, razão pela qual foi a mesma adotada pela AdC, em estrito cumprimento do princípio da imparcialidade, justiça e da legalidade.

NESTES TERMOS e nos melhores de direito que V. Exas. doutamente suprirão, deve a presente sentença ser revogada e a AA ser julgada improcedente, por não se verificar a violação das normas da concorrência e do princípio da legalidade e, devendo, em consequência, não se condenar a AdC à prática de um ato que ordene a abertura de inquérito, absolvendo-se a mesma do pedido só assim sendo feita JUSTIÇA!" (fim de transcrição).



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

3. Por seu turno, a recorrente OPC extraiu da sua motivação as seguintes conclusões:

a. *O presente recurso vem interposto da parte da decisão do tribunal a quo que julgou parcialmente procedente a ação intentada e, em consequência, determinou a anulação da decisão de arquivamento da denúncia tomada pela AdC, condenando-a a instaurar um processo de contraordenação para averiguação da prática de alegado abuso de posição dominante pelos distribuidores grossistas de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas a farmácias.*

b. *A sentença recorrida é nula e, nesta medida, inaceitável, já que, apesar da apreciação imaculada dos restantes vícios ou práticas restritivas da concorrência imputadas às contrainteressadas nestes autos e na denúncia impugnada, culmina num juízo condenatório infundado e incompreensível, concluindo pela anulação da decisão de arquivamento adotada por, supostamente, a AdC estar obrigada à instauração de um processo de contraordenação para aferição da ocorrência de vendas subordinadas a farmácias, o que não sucedeu.*

c. *Analizada a decisão de arquivamento da denúncia apresentada pela Autora, aqui Recorrida, o tribunal a quo considerou que a mesma violou a lei, concretamente, o disposto nos artigos 7.º e 8.º do NRJC, ao ter adotado critérios de decisão que, no seu entender, seriam distintos do elenco legal taxativo que consta desta primeira norma citada, ao ter relevado naquela decisão considerações como a insuficiência de prova dos factos alegados e juízos de mera indiciação quanto à não verificação da infração reportada.*

d. *A sentença assim proferida labora num erro de raciocínio lógico, assente numa fundamentação anterior que contraria a decisão tomada a final, com arrimo numa leitura equívoca das disposições legais aplicáveis.*

e. *Ao contrário do entendimento adotado pelo Tribunal, atendendo ao teor das normas jurídicas pertinentes, desde logo, o disposto no artigo 11.º, n.º 2, alínea d), do NRJC, e ao enquadramento factual e jurídico constante da decisão impugnada, não se coloca qualquer dúvida quanto à delimitação do mercado relevante para que se pudesse afastar a existência de uma posição dominante: a AdC atendeu ao mercado nacional, como mercado relevante, que, no setor de atividade em questão, comprehende o território nacional continental.*

f. *Apenas partindo de igual pressuposto, pôde o Tribunal pronunciar-se quanto às demais práticas restritivas da concorrência invocadas, concluindo pela sua não verificação no caso concreto e considerando, além disso, manifestamente insuficiente a factualidade narrada na denúncia para uma eventual recondução a uma qualquer daquelas práticas restritivas da concorrência ou posição dominante.*

g. *Persistindo nesta contraditoriedade lógica, não resta se não evidenciar a nulidade da sentença assim adotada e a disparidade de entendimentos seguidos consoante a prática restritiva da concorrência analisada.*

h. Para que se possa fazer qualquer juizo quanto a um eventual abuso de posição dominante, a verificação dessa posição dominante precede logicamente a avaliação da legalidade da atuação em causa.

i. Analisada a situação dos distribuidores grossistas indicados na denúncia apresentada, atendendo, nos termos do NRJC, designadamente, aos elementos de facto e de direito carreados pela denunciante, incluindo qualquer prova que pudesse vir a ser produzida, a AdC concluiu não resultar demonstrada a existência de qualquer posição dominante.

j. Para além dos distribuidores grossistas indicados não constituírem os únicos operadores no mercado, e a quem os titulares de AIM envolvidos vendem os seus medicamentos, cumpre reconhecer a realidade da posição assumida pela OCP no contexto global deste mercado: como decorre do próprio enquadramento fáctico apresentado pela Autora, a OCP não assume, por si, uma posição dominante no mercado nacional da distribuição grossita de medicamentos.

k. De acordo com os factos relatados pela Autora, a OCP deteria uma posição correspondente à percentagem aproximada de 25% no mercado em questão, apenas se colocando numa posição com relevância para efeitos de possível distorção de mercado se atuasse em conluio ou prática concertada com outros concorrentes do mesmo setor, o que não foi alegado ou indiciado.

l. A detenção de uma posição dominante nunca seria bastante para que se concluisse pela existência de uma prática restritiva da concorrência, como firmado pelo Tribunal, pelo que, falecendo este primeiro pressuposto, nenhuma prática abusiva poderia ser assacada.

m. Como apurado pela AdC e não revelado qualquer indício em sentido contrário nestes autos, não existem contratos ou acordos com carácter restritivo da concorrência, como possíveis acordos verticais ou que impusessem a obrigação de vendas subordinadas, carecendo de fundamento qualquer alegação nesse sentido.

n. Considerando que não ficou, de modo algum, fundadamente indiciada ou demonstrada a factualidade alegada pela Autora no que respeita a alegadas vendas subordinadas, atenta a falta de sustentação da mesma, a AdC concluiu não haver fundamento para prosseguir qualquer investigação quanto a este ponto, como evidenciam os parágrafos da sua decisão referidos na sentença.

o. A AdC considerou a denúncia insuficiente quanto a elementos demonstrativos da atuação consubstanciada na prática de vendas subordinadas, elementos esses que não poderão deixar de integrar, quer os elementos de facto e de direito a que se refere o artigo 7.º, n.º 2, do NRJC quer, ainda, outros elementos que fossem de molde a atestar a factualidade relatada, porventura com uma componente probatória associada, igualmente incluídos no n.º 2 do referido artigo 7.º.

p. De acordo com os diferentes critérios de ponderação consagrados no citado artigo 7.º, estão incluídos, e deverão ser ponderados, também aspetos como a probabilidade de prova da existência dos comportamentos em questão, o que implica ter em conta considerações de prova; podendo estas, devidamente ponderados os demais critérios indicados na lei, constituir fundamento para uma decisão de arquivamento da denúncia, nos termos do artigo 8.º do NRJC.

q. No exercício das suas competências no âmbito do procedimento administrativo de apreciação da denúncia formulada, designadamente considerando as suas competências em matéria de solicitação de informação, a AdC pode valorar a conduta da denunciante, retirando as devidas ilações para efeitos de



Scgancio

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-0038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

sustentabilidade da denúncia apresentada e de ponderação dos critérios que, de acordo com o artigo 8.º, n.º 2, do NRJC, enformam uma decisão de arquivamento.

r. A decisão administrativa proferida quanto a uma denúncia não poderá ter a pretensão de assentar num juízo exaustivo ou cabalmente demonstrado dada a fase prematura e de apreciação preliminar que encerra.

s. Atendendo aos elementos de facto e de direito que instruem a denúncia, a narrativa dos mesmos e os possíveis enquadramentos que a factualidade descrita poderia assumir, é também com base em juízos de prognose e indiciação que a AdC poderá determinar o sentido da sua decisão sobre a denúncia apresentada, sem desconsiderar os demais critérios legais orientadores da decisão na apreciação inicial dos factos denunciados.

t. A AdC observou as diretrizes legais a que se encontrava vinculada: perante os elementos de facto e de direito que lhe foram dados a conhecer, analisou os vários planos de enquadramento jurídico e eventuais consequências que o comportamento em causa poderia acarretar, tendo concluído pela inexistência de qualquer comportamento abusivo, desde logo por não estar em causa qualquer posição dominante detida pelos distribuidores grossistas visados naquela denúncia nem, não obstante, qualquer comportamento que pudesse ser tido como abusivo.

u. A narrativa apresentada é manifestamente insuficiente uma vez que não resulta da denúncia apresentada qualquer evidenciação ou demonstração, fáctica ou jurídica, de que a posição assumida por estes intervenientes seria uma posição dominante e que tal configuraria, sem mais, um comportamento de abuso de poder de mercado.

v. Nada se retira, em concreto, da denúncia quanto a um abuso por vendas subordinadas, este que é um argumento secundário e lateral subordinado aos factos relatados de suposto desabastecimento de farmácias e prejuízo do mercado nacional em detrimento do mercado de exportação em que as mesmas entidades atuam, argumentos, de facto, visados e oportunamente refutados pelo tribunal a quo.

w. Na leitura equivoca da lei, sufragada pelo Tribunal, é subvertido o sentido da lei no que concerne às considerações inerentes à consagração dos critérios previstos no artigo 7.º do NRJC: um dos critérios previstos na lei e que foi também ponderado pela AdC, é a probabilidade de demonstração da existência da infração e não, ao invés, a demonstração da sua inexistência.

x. A AdC pode e deve socorrer-se da aplicação conjugada dos critérios indicados no n.º 2 do artigo 7.º do NRJC, desta forma procurando chegar à decisão que melhor acautele os fins de interesse público prosseguidos e seja perfeita e plenamente apreensível pelos seus destinatários diretos e demais interessados, conhecendo o iter cognoscitivo que lhe subjaz, o que compreende a possibilidade de atender aos elementos de prova e toda a informação de que a AdC dispõe no momento da análise da denúncia e àqueles que, numa fase subsequente de abertura de inquérito, poderão sustentar uma probabilidade efetiva de prova da existência de uma eventual infração às regras da concorrência.

y. Na apreciação inicial de uma denúncia vigora, atualmente, o princípio da oportunidade e discricionariedade da Administração na apreciação dos critérios legais de decisão.

z. Ao concluir pela inexistência de qualquer infração, a decisão que se impunha era a de arquivamento da denúncia, como sucedeu, na medida em que a AdC não tinha elementos que lhe permitissem fazer um juízo de prognose da demonstração da ocorrência de uma infração que não ocorreu.

aa. A sentença é ainda nula por contradição manifesta entre os fundamentos da decisão e o sentido da condenação proferida a final, já que nunca a decisão final poderia ser a de condenação à instauração de um processo de contraordenação, mesmo que os poderes da AdC nesta matéria fossem, como sugere o Tribunal, vinculados.

bb. O passo que se segue a uma decisão de prosseguimento de análise das condutas ou práticas denunciadas não é a instauração, sem mais, de um processo de contraordenação, mas a abertura de inquérito, nos termos do disposto no artigo 17.º do NRJC.

cc. A decisão que condena a AdC na instauração de um processo de contraordenação não é compatível com o procedimento legal definido para o processamento de denúncias e é contrário ao que sugeriria o sentido da fundamentação invocada na sentença que, a ser procedente, só poderia culminar com uma decisão de condenação à abertura de inquérito.

dd. Tem-se por inadmissível a pretensão do tribunal a quo se substituir à AdC, quer nos poderes de que a mesma dispõe para análise e apreciação das denúncias que lhe são apresentadas, quer na iniciativa de recolha de prova ou indícios de uma conduta proibida, sob a égide dos seus poderes de investigação e instrução que derivam do princípio do inquisitório, para, sem respeitar as atribuições desta entidade, antecipar um juízo condenatório, com base nas suas convicções desprovidas de demonstração, fazendo da lei e do procedimento instituído letra morta.

ee. O tribunal a quo, para além de não estar habilitado a tal, nem estarem reunidas as condições elementares que lhe permitissem fazer esse juízo, não poderia, por sua iniciativa, tomar em consideração os elementos que entendesse por bem, julgá-los e condenar a AdC e, em particular, a OCP por um alegado abuso de posição dominante que não se encontra, de todo em todo, demonstrado nos autos, nem em relação ao qual a OCP teve oportunidade de se pronunciar.

ff. É, na verdade, um juízo de condenação antecipatória da OCP, violador dos mais elementares princípios constitucionais de separação de poderes e direitos e garantias associados a um processo de natureza penal ou contraordenacional, que está em causa nesta sentença, o que resulta patente desde logo da sua condenação em custas, como contrainteressada que nem sequer era diretamente visada na denúncia apresentada e que não contribuiu para a situação relatada.

gg. A condenação da OCP em custas, desprovida de qualquer fundamento legal admissível para o efeito, revela a intenção subjacente à decisão recorrida de penalizar determinados distribuidores grossistas de medicamentos, ainda que não se tratando dos únicos operadores no mercado nem representando, por si, individualmente, qualquer posição dominante de mercado, face ao muito provável desfecho de arquivamento de qualquer processo nesta sequência desencadeado.



Scgma/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

hh. Atendendo à fundamentação invocada na sentença e considerando a tramitação legal que se segue à apreciação de uma denúncia, nunca a condenação a final poderia visar a instauração de um processo de contraordenação, devendo circunscrever-se, quanto muito, a uma condenação na abertura de inquérito para averiguação dos factos alegados, o que não implicaria, tout court, o desencadear de um processo contraordenacional incidindo somente sobre os distribuidores grossistas referidos naquela denúncia.

ii. Pelo exposto, deverá o presente recurso ser julgado totalmente procedente, revogando-se a decisão proferida pelo tribunal a quo no sentido da anulação parcial da decisão de arquivamento da denúncia adotada pela AdC, substituindo-a por uma decisão de sentido contrário, nos termos acima propugnados." (fim de transcrição).

2. Passemos, pois, ao conhecimento das questões alegadas. Para tanto, vejamos, antes de mais, o **conteúdo da decisão recorrida**, que é do seguinte teor:

"Relatório

*

Autora (A.):

Empifarma – Produtos Farmacêuticos, S.A. (doravante Empifarma), com sede no Parque Industrial de Montemor-o-Velho, lote 12, 3140-293 Montemor-o-Velho, NIPC 504 100 050,

*

Ré (R.):

Autoridade da Concorrência (doravante AdC), pessoa coletiva de direito público com sede na Avenida de Berna, n.º 19, 1050-037 Lisboa.

*

Contrainteressadas:

Merck Sharp & Dhome, Lda. (doravante Merck), com sede na Quinta da Fonte, 19, Edifício Vasco da Gama, 2770-192, Paço de Arcos, com o NIPC 500191360,

Bristol- Meyers Squibb Farmacêutica Portuguesa, S.A. (doravante Bristol), com sede na Rua Fonte Caspolima, Edifício Fernão de Magalhães – Quinta da Fonte, 2774-523, Paço de Arcos, com o NIPC 500048193,

Lilly Portugal, Produtos Farmacêuticos, Lda. (doravante Lilly), com sede na Torre Ocidente, Rua Galileu Galilei, n.º 2, Piso 7, Fracção A/D, 1500-392 Lisboa, com o NIPC 500165602,

Alliance Healthcare, S.A. (doravante Alliance), com sede na Rua Projetada à Rua 3 da Matinha, Bloco A, 1º C, 1950-327 Lisboa e

OCP – Produtos Farmacêuticos, S.A. (doravante OCP), com sede na Rua do

*

Pedidos:

- a) Anulação da decisão de arquivamento proferida pela AdC, com data de 16 de novembro de 2016, no âmbito do procedimento com a referência DA/2016/2;
- b) Que seja ordenada, em consequência, a abertura de inquérito contraordenacional no âmbito das práticas denunciadas;
- c) Que seja a AdC intimada a promover as diligências instrutórias requeridas pela denunciante e outras que a AdC entenda por pertinentes, no exercício dos poderes de instrução e direção do inquérito de que dispõe, para a prova dos factos alegados.

*

Causa de pedir:

A A. apresentou uma exposição escrita à AdC, que foi processada como denúncia e sobre a qual recaiu uma decisão, que a declarou "sem fundamento relevante e não merecedora de tratamento prioritário, de acordo com o disposto nos n.º 4 e n.º 6 do artigo 8º da Lei da Concorrência".

Insurge-se a A. contra tal decisão com fundamento em: a) violação dos deveres de promover as diligências de investigação necessárias para aferir da denunciada violação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC, e dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE); b) violação do dever imperativo de abertura de inquérito sobre prática restritiva da concorrência e de recolha dos meios de prova, bem como dos seus agentes; c) inversão ilegal do ónus da prova, em prejuízo da denunciante; d) vício de falta de fundamentação; e) violação do princípio de promoção e defesa da concorrência; f) violação do princípio da tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos da A..

Para tanto, alega ser titular de autorização de distribuição de medicamentos de uso humano e que, nessa qualidade, dirigiu à AdC uma denúncia por violação dos artigos 9º, 11º e 12º da Lei da Concorrência e dos artigos 101º e 102º do TFUE, no âmbito da distribuição grossista de medicamentos, por recusa de fornecimento de um conjunto de medicamentos por parte das contrainteressadas Bristol-Myers Squibb Farmacêutica Portuguesa, S.A., Lilly Portugal – Produtos Farmacêuticos, Lda. e Merck Sharp & Dohme, Lda., empresas detentoras das respetivas autorizações de Introdução no Mercado (AIM).

Sustenta a A. que a recusa formal de fornecimento por parte das contrainteressadas, bem como os demais elementos que se passarão a expor, permite concluir pela existência inequívoca de práticas concertadas na cadeia de distribuição grossista de medicamentos em Portugal, com introdução de restrições sensíveis à concorrência em todo o mercado nacional e prejuízo efetivo do consumidor final, consubstanciando-se as práticas anti concorrenciais, nos seguintes domínios: a) restrição à entrada de novos operadores de distribuição grossista de medicamentos, por recusa de fornecimento pelos titulares de AIM; b) abuso de posição dominante dos titulares de AIM; c) concentração em dois únicos operadores, de mais de 50% do volume de distribuição grossista de medicamentos; d) abuso de posição dominante dos distribuidores grossistas; e) abuso de dependência económica do comércio a retalho de medicamentos pelos distribuidores grossistas concertados; f) distorção dos canais de abastecimento das farmácias, com destino a mercados



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

externos; g) insuficiência de abastecimento de medicamentos no comércio a retalho de medicamentos, com prejuízo para o consumidor final.

Assim, em primeiro lugar, alega a A. que é pública e notória a falha de medicamentos nas farmácias, contra o que estipulam os artigos 6.º, 100.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, que estabelece o regime jurídico dos medicamentos de uso humano e que impõem o princípio de continuidade do serviço à comunidade a que estão sujeitos os responsáveis pelo fabrico, distribuição, venda e dispensa de medicamentos e concretizado também pelo Infarmed por via da deliberação 021/CD/2011, de 27 de Janeiro. Sustenta a A. que o prejuízo a considerar, para efeito de avaliação da existência de comportamentos abusivos por parte de empresas em posição dominante é o acesso efetivo do consumidor aos medicamentos e terapêuticas de que necessita, nas condições urgentes definidas pelo Infarmed na referida deliberação e que a decisão da AdC ignorou por completo a apreciação deste prejuízo. Adicionalmente, esclarece que requereu a intervenção do Infarmed, mas que esta entidade tem mantido o entendimento que se trata de uma matéria de caráter concorrencial, a ser dirimida nessa instância.

Em segundo lugar, invoca os seguintes factos: as denunciadas Alliance Healthcare, S.A., e a OCP detêm, em conjunto, mais de 50% do mercado nacional; que 91% do mercado de distribuição grossista de medicamentos em ambulatório, em Portugal, está concentrado em apenas seis players da distribuição grossista de medicamentos – Alliance Healthcare, OCP, Cooprofar, Plural, Botelho e Rodrigues e Udifar; que dois operadores, no Mercado Ambulatório em Portugal, e em conjunto, representam mais de 53,1% do Market Share (Fonte IMS 2013), posição que tem vindo a ser reforçada nos últimos 3 anos, em simultâneo com a redução efetiva do mercado; que a Alliance Healthcare, S.A. está integrada numa parceria entre a Alliance Boots Group Ltd., detentora de 49% do capital social; que a Associação Nacional de Farmácias, através da Farminveste, detentora, igualmente de 49% do capital social e José de Mello Participações II SGPS, detentora de 2% do capital social; que a Alliance Boots Ltd. é uma empresa do Grupo Walgreens Boots Alliance, um grupo internacional, líder no mercado da distribuição de medicamentos e outros produtos de cuidados de saúde que possui mais de 370 armazéns distribuídos por cerca de 20 países, com cobertura sobre 200.000 farmácias em 19 países e detentor direto de mais de 13.100 farmácias em 11 países; que a Farminveste é a holding que integra as participações da Associação Nacional das Farmácias (ANF) na área empresarial, que a ANF foi fundada em outubro de 1975, a partir da estrutura do Grémio Nacional das Farmácias e representa 97% das farmácias portuguesas, tendo como missão a defesa dos interesses morais, profissionais e económicos dos proprietários de farmácia; que a OCP Portugal é fruto da fusão das sociedades “J. C. Crespo, S.A.”, “Castilho & Companhia, Sucrs., Lda.”, “Diprofar – Distribuidora de Produtos Farmacêuticos, S.A.”, “Francisco Pereira Viegas & Filhos, S.A. e “Soquifa – Medicamentos, S.A.”, tendo, portanto, na sua génesis, a concentração de

empresas com quotas de mercado relevantes, que a OCP Portugal é controlada pela Admenta France, que detém 100% da empresa; que o último acionista é o Grupo americano McKesson, líder norte americano no mercado grossista de medicamentos, que detém 75% do capital da Celesio, AG, líder europeia no mercado grossista de medicamentos, detentora da mencionada Admenta France. Tendo por referência estes factos sustenta a A. que a AdC deixou de se pronunciar sobre a capacidade efetiva das contrainteressadas distribuidoras, em termos de capacidade de influenciar o mercado, nomeadamente, não tomou em devida conta fatores determinantes para influenciar a concorrência efetiva no mercado a jusante.

Em terceiro lugar, a principal causa do desabastecimento das farmácias é a exportação paralela, conforme evidenciam os estudos relevantes e, através da análise das relações sociais das empresas, resulta uma maior facilidade de acesso a mercados de exportação, por via dos grupos detentores das respetivas participações sociais. Nesta linha, conclui ser um facto público que as contrainteressadas distribuidoras desviam, de facto, parte dos seus stocks para exportação, causando falhas no abastecimento das farmácias em Portugal. E que esta realidade obrigou aliás, o INFARMED a tomar medidas regulamentares relativamente a medicamentos para os quais se verificaram constrangimentos no abastecimento e/ou contêm substâncias ativas cuja acessibilidade é considerada essencial para a saúde pública, com vista a diminuir as situações de falhas no seu abastecimento e a monitorizar o correspondente mercado e que se traduziu num sistema de monitorização e notificação prévia ao INFARMED. Mais rejeita expressamente a conclusão proposta pela AdC quanto à salvaguarda do comércio paralelo de medicamentos, em detrimento do abastecimento do mercado interno, porque independentemente de qualquer ponderação de critérios, não poderá deixar de dar-se primazia à salvaguarda do consumidor final, garantindo que os mecanismos de mercado, sejam eles de liberdade contratual ou de salvaguarda do comércio paralelo, não constituam prejuízo direto para os utentes e para as farmácias, considerando a dificuldade de obter, em tempo útil, os medicamentos necessários à satisfação das suas necessidades e à manutenção das terapêuticas, muitas delas essenciais e insubstituíveis.

Em quarto lugar, sustenta que os acordos de distribuição vigentes entre titulares AIM e os distribuidores estão sujeitos a restrição vertical e cumprimento de quotas de mercado e que potenciam a exportação intracomunitária, em detrimento do abastecimento do mercado nacional. Mais sustenta que é evidente e incontornável que a recusa formal e expressa de fornecimento pelos próprios titulares de AIM a novos distribuidores constitui uma restrição de acesso a produtos essenciais no mercado e que os acordos de rationamento do mercado nacional, com a exclusão de novos operadores na cadeia de distribuição, sendo ilícitos, mas indubitavelmente existentes, deverão manter e agravar as práticas concertadas, com reforço do Market Share dos distribuidores envolvidos e tendencial desaparecimento dos operadores com quotas marginais. Por via da falta crónica de todas as referências de medicamentos dos titulares de AIM apontados, os distribuidores não concertados deixarão de constituir alternativa viável para as farmácias que pretendam obter condições comerciais mais vantajosas, potenciadas pela competitividade entre os distribuidores, contribuindo para a agudizar a já existente situação de oligopólio efetivo. Acrescenta que os dados disponíveis, bem como o domínio que detêm no mercado, permitiriam presumir, pelo menos indiciariamente, que as



Scgano

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

contrainteressadas distribuidoras serão as principais ou únicas beneficiárias dos acordos restritivos de distribuição, permitindo-lhes, dessa forma, aumentar a sua quota de mercado por via da restrição no acesso aos produtos pelos seus concorrentes. Alega a A. que a AdC não efetuou qualquer avaliação sobre o grau de integração vertical entre titulares de AIM e determinados distribuidores, nem procurou entender se tal integração vertical da cadeia de abastecimento era suscetível de propiciar o controlo de acesso ao abastecimento de medicamentos e de limitar o bom funcionamento deste mercado.

Em quinto lugar, alega a A. que a situação de oligopólio potencia práticas ilícitas de obrigatoriedade de concentração de volume de compras de cada farmácia no distribuidor, mediante contrapartida de acesso a medicamentos cuja distribuição é insuficiente, por via das restrições verticais a que estão sujeitos. Estes medicamentos, cujo fornecimento tem sido recusado aos distribuidores não integrados nos acordos verticais, são utilizados, de forma abusiva, como contrapartida comercial de fidelização de encomendas, subordinando a compra e venda de certos medicamentos pelas farmácias ao cumprimento de exigências restritivas e limitadoras da liberdade contratual, nomeadamente, a exclusividade de fornecimento. Mais sustenta que o abuso de posição dominante tem como efeito a imposição às farmácias de cumprimento de regras (proibições implícitas) relativas ao reporte de falhas de medicamentos no sistema existente para o efeito, criado por iniciativa do INFARMED, com o objetivo de monitorizar e solucionar eventuais falhas de abastecimento. Alega ainda que sobre este aspeto, considerou a Autoridade Impugnada que a A. não logrou provar as alegações, violando, de forma grosseira, os seus deveres de instrução e recolha de elementos necessários à boa decisão, no exercício dos seus poderes de investigação e direção do inquérito. Mais acrescenta que há elementos públicos que, pelo menos, permitem concluir que faltam medicamentos no mercado e que as farmácias nunca reportam as falhas de medicamentos e, quanto à recolha de prova, que, para tanto, bastaria à Autoridade impugnada garantir a confidencialidade da prova, para conseguir obter junto das farmácias a prova dos factos alegados pela denunciante.

Em sexto lugar, quanto à recusa, apreciada ao abrigo do artigo 102.º do TFUE, alega que estão verificados todos os requisitos, porquanto se os distribuidores que têm acesso aos medicamentos em causa não os destinam às farmácias em Portugal, não existindo distribuidores alternativos, não existe fonte alternativa de fornecimento eficiente que satisfaça as necessidades de mercado. E ainda que se verifique um abastecimento residual por via destes distribuidores, foi igualmente demonstrado que as quantidades dos medicamentos a que os outros distribuidores têm acesso, são manifestamente insuficientes para responder às necessidades do mercado, consubstanciadas pelas efetivas encomendas que diariamente deixam de ser atendidas em consequência da recusa de fornecimento. Mais sustenta que o acesso aos medicamentos em causa é essencial para que exista uma concorrência efetiva no mercado a jusante. Esta concorrência só poderá considerar-se efetiva na

medida em que a liberdade de escolha do comprador não seja afetada por elementos estranhos à relação de compra e venda, nomeadamente quanto à restrição de acesso a outros medicamentos sem substituto real ou potencial que obrigue as farmácias a recorrer, invariavelmente aqueles dois distribuidores para ter acesso efetivo aos mesmos. Salienta que Comissão Europeia considera que a probabilidade de a concorrência efetiva ser eliminada é tanto maior quanto maior for a quota de mercado da(s) empresa(s) em posição dominante no mercado a jusante. Mais acrescenta que dos elementos disponibilizados, apenas se conclui que a A., tal como outros distribuidores minoritários, tem acesso restrito aos medicamentos em causa, representando a satisfação dos seus pedidos uma percentagem reduzida das necessidades efetivas dos seus clientes no mercado e que o acesso aos mesmos, para além de restritivo, é feito em condições comerciais menos vantajosas, porquanto lhe é imposta a aquisição através de intermediários, suportando ainda a margem de comercialização que não é imposta às empresas dominantes. Põe em ainda em evidência que a CE considera existir uma inversão do ónus da prova que a AdC, com o devido respeito, deixou de considerar na sua decisão – cabe à empresa dominante justificar a necessidade da recusa e demonstrar o eventual impacto negativo da obrigação de fornecimento sobre os seus níveis de inovação. Na verdade, as empresas dominantes não só nada justificaram como não foram sequer convidadas a justificar os motivos da recusa no fornecimento. Conforme em devido tempo requerido, a prova de recusa injustificada, sendo insuscetível de ser produzida e instruída pela entidade denunciante, enquanto empresa privada, só poderia ser obtida pela Autoridade da Concorrência, no exercício dos seus poderes de investigação, junto dos titulares de AIM ou dos próprios distribuidores denunciados, verificando-se uma omissão de diligências probatórias.

*

Contestação apresentada pela AdC:

Começa a AdC por evidenciar que a pretensão da A. se respalda não em vícios ou ilegalidades do ato que determinem a sua anulação (que em concreto nem argui) mas antes na oportunidade e bondade da decisão de arquivamento, o que por si só determina a improcedência da A., nos termos do artigo 3.º e do n.º 2 do 73.º do CPTA.

Mais salienta que a decisão impugnada não é ilegal, uma vez que da apreciação valorativa da situação que lhe fora exposta, resultante da análise da informação junta pela A., da sua pronúncia e das diligências realizadas se concluiu, ouvida a A., pela inexistência de práticas restritivas da concorrência que competisse à AdC prosseguir e que, portanto, a pretensão da denunciante, não poderia ser obtida em sede de direito da concorrência.

Acrescenta que a decisão impugnada foi adotada pelo órgão competente da entidade administrativa com poderes e atribuições exclusivas e próprias, de avaliação e valoração em matéria de concorrência, foram cumpridos todos os trâmites processuais legalmente exigidos e a mesma está devidamente fundamentada (artigo 8.º da Lei n.º 19/2012). Sublinha que a AdC não aceita que esteja legalmente obrigada a abrir processos sancionatórios (ou de supervisão), mormente, processos que não versem sobre questões de concorrência ou versando, que não configuram violações à Lei n.º 19/2012, ao abrigo dos artigos 7.º e 8.º deste normativo.

Em consequência, defende que também os poderes de controlo contencioso das decisões da AdC adotadas de acordo com os seus poderes discricionários e da



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4 YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

sua oportunidade estão limitados aos aspetos vinculados dos atos, sem prejuízo do princípio da legalidade e do erro manifesto de análise ou apreciação (que tem de resultar do próprio ato) – cf. artigo 3.º e n.º 2 do artigo 73.º do CPTA – pelo que deve ser liminarmente rejeitada a presente Ação, por se afigurar manifestamente improcedente.

Mais sustenta que da avaliação da AdC, não adveio nem advém para a ora Autora quaisquer efeitos ou lesão dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. Ou seja, a decisão de arquivamento não tem, por si, qualquer virtualidade de produzir, nem visou produzir, quaisquer efeitos jurídicos na situação do interessado na matéria a que a denúncia respeita, nem tampouco inviabiliza a análise que, em sede própria, se aplique ao caso concreto. Daqui decorre que, admitindo-se a discordância quanto à inconveniência da decisão para a Empifarma, ora Autora, a verdade é que não existe qualquer ilegalidade que possa servir de fundamentação para a ação, e muito menos para condenar a AdC à adoção de qualquer comportamento, mormente, a abertura de um inquérito, e ainda de realização de diligências de investigação ou instrução.

Acrescenta que todo o argumentário da A. é descontextualizado e meramente conclusivo, uma vez que não alega nem demonstra nenhum facto que consubstancie a ilegalidade da alegada omissão de abertura de processo por violação das normas da concorrência (ou outras), ou seja, por existir no caso sub judice um dever legal de abertura de inquérito que foi omitido.

Alega ainda que a A. não sustenta a sua denúncia em provas documentais, ou outras, contrariamente ao que defende na petição inicial, que permitam ao Tribunal, ou tivessem permitido à AdC, aferir da alegada violação da Lei da Concorrência e, consequentemente, da obrigação de abrir um inquérito, ou ainda ordenar a promoção de diligências de investigação. Caso assim não se entenda, o que se coloca por dever de patrocínio mas sem conceder, a verdade é que a AdC ao analisar a denúncia e demais elementos recolhidos, procedeu à valoração técnica à luz da Lei da Concorrência, para apurar se a mesma era passível de ser por si apreciada à luz das competências próprias da atividade administrativa para cujo exercício foi criada e tendo em vista a prossecução do interesse público cuja tutela lhe foi confiada em respeito estrito do princípio da legalidade, da proporcionalidade, da igualdade e da imparcialidade.

Mais impugna todas as questões de facto e/ou de direito, suscitadas pela A. por serem manifestamente improcedentes, salientando que os vícios do ato administrativo que podem ser escrutinados só se podem referir aos aspetos vinculados do ato e não à avaliação jusconcorrencial da AdC (principalmente se não for a favor do entendimento da denunciante). Pelo que a AdC começa por rejeitar os factos que a Autora entende serem abusos de posição dominante por recusa de vendas, existência de práticas concertadas por acordos verticais restritivos, desabastecimento ilegal decorrente dos acordos de distribuição, e ainda respeitante à argumentação conclusiva e genérica sobre a necessidade de intervenção

regulatória para o eficiente funcionamento dos mercados, dos comportamentos das contrainteressadas como alegadamente restritivos da concorrência porque não são mais do que percepções/especulações da A. que, como é desenvolvido na decisão de arquivamento não consubstanciam nenhum tipo de infração às normas nacionais ou europeias da concorrência sem relação com o caso concreto, como se encontra refutado e demonstrado na decisão de arquivamento.

Alega serem falsos os factos que se referem a circulares informativas do INFARMED respeitantes a alegadas falhas de abastecimento de medicamentos, dos anos de 2011 e 2013, respeitante a uma notícia da comunicação social quanto à falta de alguns medicamentos nas farmácia e a um estudo da APIFARMA sobre a caracterização das falhas abastecimento no mercado farmacêutico nacional, atualizado em 2013, pois, sendo a prova a demonstração da realidade dos factos, como se pode facilmente constatar os elementos juntos não constituem provas, ou sequer meros indícios, de práticas restritivas da concorrência que mereçam a atenção da AdC, porque foram afastados por outros com relevância para a matéria dos autos, como as justificações das recusas de venda pelas farmacêuticas e contratos de distribuição entre as contrainteressadas.

Igualmente refuta o vertido na petição inicial, respeitante às práticas concertadas de limitação da distribuição, repartição dos mercados e das fontes de abastecimento por meio de vantagens competitivas atribuídas a certos operadores, subordinados a regras de distribuição alheias às necessidades do mercado, como obrigação de concentração de volumes de compras de cada farmácia no distribuidor, mediante a contrapartida de acesso a medicamentos cuja distribuição é insuficiente. Da análise dos contratos de distribuição e sistema de distribuição das contrainteressadas feita pela AdC conclui-se não se verificar, ainda que indiciariamente, nenhum facto que integre o descrito pela Autora e que mereça ser analisado pela concorrência porquanto as recusas não eliminaram a concorrência, não houve prejuízo para os consumidores porque não está posta em causa produção de um bem/serviço e a denunciante pode revender os medicamentos para as farmácias que igualmente têm outras fontes de fornecimento.

E o mesmo conclui a AdC quanto às alegadas vendas subordinadas decorrentes de uma eventual exigência ou determinação por parte das empresas farmacêuticas, pois resultou demonstrado que as empresas MSD, Bristol-Myers Squibb e Lilly: (i) têm vários distribuidores no mercado grossista dos medicamentos, (ii) que não está legal (e concorrencialmente) obrigada a contratar com a denunciante, ora A., ou com qualquer outro grossista no mercado, e (iii) que a denunciante de acordo com os esclarecimentos que prestou conseguiu abastecer-se dos medicamentos em causa (sendo a sua fonte de abastecimento alternativa formada pelos outros distribuidores grossistas integram as respetivas redes de distribuição das empresas titulares de AIM em questão) e fornecer as farmácias.

Impugna, portanto, também toda a argumentação da A. no que respeita ao alegado preenchimento dos tipos legais dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012 bem como da obrigação de a AdC ter de decidir pela abertura de processos de contraordenação e, ainda, de dever proceder às diligências requeridas pela denunciante, porque são estranhos ao direito da concorrência e, portanto, manifestamente improcedente.

Alega ainda que, independentemente da quota de mercado das contrainteressadas, conforme resulta da decisão de arquivamento para onde se



Scgano/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

remete, improcede a alegação de abuso de posição dominante por recusa de fornecimento por parte das contrainteressadas farmacêuticas. Como também é falsa a alegada falta de justificação da recusa das contrainteressadas detentoras de AIM, na medida em que é patente nos pontos 92 a 100 da decisão de arquivamento que as contrainteressadas justificaram expressamente as suas razões para a recusa do fornecimento dos medicamentos solicitados pela A. de forma válida e legal, em termos jusconcorrenciais, perante a própria A. e, depois, em resposta às solicitações da AdC.

Sustenta também que não corresponde à verdade o vertido na petição inicial quanto à falta de justificação pelos grossistas da recusa de fornecimento por alegada imposição às farmácias de subordinação de vendas à celebração de acordos exclusivos de fornecimento decorrente da sua posição dominante e dos acordos verticais com as contrainteressadas detentoras de AIM, porquanto, tal facto não ficou demonstrado, nem sequer indiciariamente, e a própria Autora esclarece que abastece-se junto dos distribuidores grossistas das empresas detentoras das AIM e fornece as farmácias.

Reitera que a alegada concentração do mercado grossista dos distribuidores de medicamentos descrita pela A. não permitiu demonstrar, ainda que de forma minimamente indiciária, uma posição dominante. Acrescenta que o alegado na petição inicial é falso quando afirma que o INFARMED tem mantido o entendimento que as recusas de venda se tratam de matéria concorrencial porque o INFARMED explicita é que em caso de uma recusa de fornecimento de um AIM os distribuidores por grosso podem apresentar queixa na entidade competente da concorrência com fundamento nessa recusa. Mas como é óbvio não diz, nem poderia dizer, que por si só há uma violação da Lei da Concorrência porque existe uma recusa de venda por parte do titular de AIM. E, salvo o devido respeito a opinião do INFARMED não determina a existência de práticas restritivas da concorrência, mormente, em respostas a perguntas frequentes de natureza genérica.

Mais defende que o alegado na petição inicial quanto à descrição da suposta posição dominante dos contrainteressados distribuidores grossistas, decorrente do que entende ser a concentração do mercado, é contrariada pela análise jusconcorrencial da AdC que concluiu que os mesmos não têm posição dominante e existem outras alternativas de abastecimento (ou seja, outros distribuidores na rede de distribuidores das empresas Bristol-Myers Squibb, Lilly e MSD). Efetivamente nem da análise dos contratos se permite retirar factos que em termos jusconcorrencias cumpram à AdC investigar porque os alegados comportamentos ilícitos dos distribuidores grossistas e das farmacêuticas, ora contrainteressados, descritos pela A. não foram constatados porque: (i) aqueles não são os únicos distribuidores das contrainteressadas, o que demonstra a existência de alternativas no mercado; (ii) não existe a alegada subordinação de venda por acesso preferencial a determinados medicamentos por obrigação de cumprimento de quotas; e os (iii)

não existem acordos de racionamento do mercado nacional para repartição dos lucros com as exportações.

Refere ainda que no que respeita à alegada obrigatoriedade de fidelização das farmácias para a aquisição dos medicamentos apenas diretamente disponibilizados a determinados distribuidores, através da subordinação da venda de outros medicamentos à aquisição dos primeiros, tal prática não decorre da factualidade atestada com base na prova existente. Os medicamentos em causa aparentam poder ser vendidos em separado e foram-no inclusivamente à denunciante, inexistindo nos autos qualquer elemento demonstrativo do contrário.

Sustenta também que se apurou que as relações comerciais entre a contrainteressadas e os seus distribuidores são reguladas por contratos de distribuição que, como se referiu, traduzem-se em acordos verticais, pelo que é falso o vertido na petição inicial quanto à alegada desresponsabilização da AdC do cumprimento das suas atribuições legais resultante da omissão de abertura de inquérito/instrução de um processo sancionatório, porque a AdC não deixou de se pronunciar sobre os factos denunciados que poderiam integrar restrições à concorrência. Contudo é oportuno referir novamente que também se extrai da decisão de arquivamento que as contrainteressadas Alliance Healthcare e OCP não são os únicos distribuidores grossistas das contrainteressadas detentoras das AIM empresas Bristol-Myers Squibb, Lilly e MSD, facto que a A. não considera amiúde e é demonstrativo das alternativas de fornecimento de medicamentos pela denunciante e pelas farmácias; possivelmente porque não se enquadra na sua tese de abuso de posição dominante, abuso de dependência económica e, ainda, de práticas concertadas que a AdC deixou ilegalmente de prosseguir.

A AdC refere ainda não aceitar a alegação de que a atuação da AdC procedeu a uma inversão do ónus da prova porquanto a A. não logrou provar as alegações de abuso de posição dominante e de práticas concertadas. Tal assunção é falsa e imprecisa porque como se refere na decisão de arquivamento dos autos não resultam factos que comprovem (ainda que indiciariamente) a alegada posição dominante, dos distribuidores em termos jusconcorrências, ou factos da sua alegada pressão sobre as farmácias. Nem as alegadas relações de grupo (das contrainteressadas Alliance Healthcare e OCP) permitem demonstrar o alegado “desabastecimento” do mercado nacional, o que como se explicita na decisão de arquivamento, no caso concreto, não resulta num problema de concorrência que cabia à AdC prosseguir, afigurando-se, mais uma eventual questão de regulação. Acresce que os factos alegados pela Autora não consubstanciam uma violação às normas da concorrência, pelo que é manifestamente improcedente a alegada violação dos deveres de promover as diligências de investigação necessárias para aferir da denunciada violação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012 e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e, por um lado, não podem ser escrutinados pelo tribunal nos termos peticionados.

Por fim, é falso o vertido na petição inicial quanto à alegada omissão de apreciação do prejuízo para os concorrentes como se constata pelo vertido no ponto 65 do sentido provável de decisão de arquivamento e reiterado no ponto 101 na decisão de arquivamento. Os factos alegados pela A. neste sentido descrevem aspectos legislativos da atividade de distribuição grossista de medicamentos e, ainda, das competências e da atuação do INFARMED quanto autoridade do medicamento que como a própria faz questão de esclarecer são temas do foro regulatório do



Siganea

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

INFARMED, nos termos do Decreto-lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, com as sucessivas alterações, e do Decreto-lei n.º 46/2012, de 24 de fevereiro. Tal como o vertido na petição inicial respeitante às falhas de abastecimento de medicamentos e à existência de um alegado comércio paralelo são questões de regulação da competência do INFARMED.

Mais alega que não se está em presença de uma relação vertical entre a A. e as denunciadas, pelo que não parecem resultar preenchidas as demais condições necessárias à demonstração do abuso de dependência económica. Acrescenta que está em causa um mercado onde operam vários agentes económicos não se podendo afirmar que não existam alternativas no mercado. E, em abono da verdade, como a própria A. afirmou, existem alternativas e a mesma fornece-se. E, finalmente, quanto à alegada pressão sobre as farmácias exercida pelos distribuidores grossistas, ora contrainteressados, apesar da convicção da A. quanto às alegadas posições de dominância no que considera ser o mercado nacional grossista de medicamentos, a AdC é clara na decisão de arquivamento quanto à falta de acordo entre as contrainteressadas, falta de elementos nos autos demonstrativos da alegada posição dominante e, ainda, da falta de alternativas no mercado que se afiguram não existir, nem em termos minimamente indiciários. Sucede que também por esta via a AdC não encontrou nos factos apurados acolhimento para a alegação de abuso de dependência económica. Que em bom rigor a Autora nem alegou ou demonstrou.

Destaca que a questão de abrir – ou não – procedimentos contraordenacionais é oportunamente, decidida pela AdC, que goza de poderes discricionários para o efeito (ainda que sempre fundamentada e em pleno cumprimento do princípio da legalidade e dos demais princípios gerais de direito administrativo).

Alega ainda que ao longo da petição inicial, a A. ensaiou uma alegada insuficiência de fundamentação por falta de investigação discorrendo sobre o que no seu entendimento constituem factos da(s) alegada(s) infração(ões), mas sem integrarem a sua alegação em qualquer previsão normativa que determine a anulabilidade do acto, mormente, nos artigos 152.º e 153.º do novo Código do Procedimento Administrativo, respeitantes ao dever de fundamentação dos atos administrativos. Sustenta que a A. não pode alegar a insuficiência de fundamentação da decisão de arquivamento, somente porque discorda do entendimento da AdC de que não existe o alegado ilícito anticoncorrencial. A decisão indica o sentido e desenvolve as razões do arquivamento da denúncia em causa, portanto, está fundamentada. Efetivamente nos termos do n.º 1 do artigo 153.º do novo CPA: In casu, a AdC pronunciou-se na respetiva decisão de arquivamento especificamente sobre cada um dos factos apresentados na denúncia e de forma amplamente fundamentada de facto e de direito a sua decisão. Ora, também por esta via a A. carece em demonstrar a alegada insuficiência de fundamentação da decisão de arquivamento da AdC. Ademais a insuficiência de fundamentação de um ato administrativo por falta de investigação não é um vício que inquira um ato

administrativo de nulidade, anulabilidade ou inexistência jurídica, nos termos legais dos artigos 161.º a 163.º do novo CPA que a A. enuncia mas não retira as devidas consequências jurídicas. Pelo exposto o alegado vício de falta de fundamentação da decisão de arquivamento é manifestamente improcedente

Quanto à prova documental apresentada pela A., nos termos do artigo 341.º do Código Civil a função da prova é a demonstração da realidade dos factos. A alegada prova documental carreada para os autos (já foi objeto de análise na AdC e consta do processo DA/2016/2) ainda que possa ser suscetível de provar alguns factos alegados pela A., a verdade é que tal prova não é idónea a demonstrar qualquer tipo de infração às normas da Lei n.º 19/2012 como sobejamente se demonstrou supra.

Por fim, reitera que a decisão de arquivamento ora impugnada, adotada pela AdC, enquanto pessoa coletiva de direito público, no exercício e ao abrigo das suas atribuições, constitui um verdadeiro ato administrativo praticado no âmbito do poder discricionário legalmente conferido à AdC, por ser aquela que detém a competência técnica especializada para a avaliação das questões de natureza económico-jusconcorrencial. Acresce que a norma do n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 19/2012 deve ser interpretada no sentido de que, tal como decorre do princípio da legalidade, a necessidade de abertura de inquérito por eventuais práticas proibidas, manifesta um poder de direção da AdC e um grau de discricionariedade dos poderes que esta Autoridade tem para a abertura de um inquérito, pois uma denúncia de factos que não constituem práticas proibidas da concorrência deve dar lugar ao seu arquivamento. A direção dos processos da AdC cabe ao Conselho da AdC, e por outro lado, os denunciantes não gozam nem estão protegidos da mesma forma que os arguidos/visados (nem na lei da concorrência nem nos regimes subsidiários a esta lei) porque a Administração não tem de dar seguimento positivo a todos os pedidos, solicitações ou queixas dos particulares, nomeadamente, quando não há ilícito de natureza jusconcorrencial. Deste modo, a AdC só procederá à abertura de inquérito quando após uma análise preliminar – o que se designa de momento pré-instrutório – tome conhecimento de eventuais práticas proibidas, para tanto se exigindo: (a) desde logo que esteja em causa uma questão de concorrência; e (b) um mínimo indiciário de possível infração. Caso tal não se verifique, como aconteceu no caso dos autos, a AdC decide não proceder à abertura de inquérito, nos termos do artigo 8.º em respeito do princípio da legalidade e, portanto, de forma válida e conforme à Lei. De outra forma, a AdC seria obrigada a abrir processos sobre todas as “denúncias” que não contivessem qualquer suporte ainda que mínimo ou indiciário de eventual infração, para de seguida as arquivar, o que, salvo o devido respeito, é inadmissível. Logo, dentro deste poder-dever legal, a AdC na prossecução do interesse público (enquanto poder público independente) e da averiguação das suas próprias competências deve ter um espaço de decisão próprio que possibilite uma seleção preliminar das questões a prosseguir. Em suma, a AdC concluiu, no caso sub judice, que os factos constantes da denúncia não merecem a tutela da concorrência e, como tal, não obrigam à abertura de processo contraordenacional que, conforme determina a interpretação conjugada dos artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 19/201259, só ocorre quando se estiver perante potenciais práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º do citado diploma, que afetem de forma sensível a concorrência no mercado nacional. O pedido da A. quanto à condenação na abertura de um processo para investigação, e eventual instrução e decisão não é procedente por violação do



Scgano

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

princípio da discricionariedade, do princípio da legalidade e do princípio da separação de poderes. E, por maioria de razão, o pedido para ordenar diligências de instrução também é manifestamente improcedente, porquanto ainda que se possa colocar a possibilidade de o tribunal ordenar a abertura de um processo, nas situações supra descritas de violação do princípio da legalidade ou de erro manifesto de apreciação – o que se coloca por dever de patrocínio mas sem conceder – está fora da sua competência judicial poder ordenar qualquer tipo de diligências de instrução, sob pena de violação do princípio da separação de poderes. O TCRS, conforme jurisprudência constante deste Tribunal, não pode decidir quanto à questão da bondade, do mérito, da conveniência e da oportunidade da atuação da AdC, em particular no âmbito do arquivamento de denúncias que envolvem juízos de avaliação técnica jusconcorrencial para aferir da existência (ou não) de indícios de práticas restritivas da concorrência, estando esta atribuição funcionalmente restringida a esta entidade, na e para a prossecução do interesse público, nos termos do n.ºs 1 e 3 do artigo 3.º, n.º 2 do artigo 71.º, n.º 6 do artigo 167.º, n.º 3 do artigo 168.º, n.ºs 1 e 5 do artigo 179.º, todos do CPTA, que densificam os artigos 2.º, 111.º, n.º 2 do 202.º, 203.º e n.º 2 do 266.º todos da Constituição da República Portuguesa. Efetivamente em sede de controlo judicial da atividade administrativa discricionária pré-sacionatória de reserva da AdC, de modo diverso do escrutínio judicial em sede de impugnações de decisões finais condenatórias proferidas pela AdC em processos sacionatórios, o Tribunal não se deve pronunciar sobre a efetiva existência de práticas restritivas da concorrência por violação do TFUE nem do regime jurídico da concorrência, mas tão-somente sobre a conformidade legal da Decisão de Arquivamento, sempre sem prejuízo do conhecimento das questões suscitadas pelas partes e sobre os termos (limites) do controlo de mérito da decisão. Funda este entendimento no n.º 1 do artigo 3.º do CPTA e no n.º 2 do artigo 71.º do CPTA.

*

Contestação apresentada pela OCP:

Quanto aos factos, sustenta que, ao contrário do que afirma a A., nesta matéria as provas não são públicas nem notórias.

Mais salienta que não constitui uma prática restritiva da concorrência o facto de uma empresa deter uma posição dominante num determinado mercado.

Afirma desconhecer a existência de qualquer acordo ou prática concertada que, deliberadamente, vise ou tenha por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência e que represente, por exemplo, uma forma de coordenação prática entre empresas que conduza a condições de concorrência não correspondentes às normais condições de mercado ou através do qual, mediante a antecipação de comportamentos ou conjugação de estratégias comerciais, seja possível afastar os riscos da concorrência, o que não é indiciado pela Autora. E não admite que a OCP tenha adotado práticas com este fim ou visando tal efeito e que seria uma das únicas

entidades beneficiárias de acordos verticais que limitariam o acesso dos operadores de distribuição de medicamentos.

Acrescenta que não procedem as omissões de pronúncia que, a este propósito, a Autora pretende assacar à decisão objeto de impugnação, na medida em que a AdC tomou em devida conta a posição relativa de cada operador no mercado, sem esquecer que o âmago da denúncia assentava na atuação das entidades titulares de AIMs, ao terem recusado o fornecimento de medicamentos, e não na importância que uma eventual concentração de mercado ou a capacidade de influência de determinadas entidades, por si só, assumiria para efeitos de apuramento de práticas restritivas da concorrência.

Mais alega que não resulta demonstrada a ocorrência de falhas de abastecimento e fornecimento de medicamentos às farmácias, estando apenas alegada, mas não provada, a sua existência, desconhecendo-se a divulgação de qualquer informação neste sentido pelo INFARMED, I.P. ou a denúncia de situações deste tipo por farmácias, que possam levar a esta conclusão. Para além disso, sublinha que todos os dados convocados pela Autora deverão ter-se por desatualizados porque referentes a anos anteriores a 2013, tendo-se verificado, desde então, mudanças significativas no sector da distribuição de medicamentos, com a introdução de novos operadores no mercado. Por fim, salienta que uma falha no abastecimento de medicamentos não indicaria, por si só, que estariam a ser adotadas práticas restritivas da concorrência, como o abuso da posição dominante pelos operadores de distribuição de medicamentos que também se ocupam da exportação destes produtos. Com efeito, não seria causa direta nem imediata das eventuais falhas de abastecimento que se viessem a verificar, o facto de existir um mercado (regulado) de distribuição de medicamentos orientado para a sua exportação, em que operam entidades distribuidoras de medicamentos também no mercado interno, o que, ao contrário do que é afirmado pela Autora, não implica um inevitável desvio de stocks para exportação.

Refere que a atividade de exportação de medicamentos desenvolvida pela OCP não compromete, tout court, a satisfação das necessidades do mercado interno quanto a esses medicamentos, estando devidamente acauteladas as quantidades necessárias para cada um destes setores, como não poderia, aliás, deixar de ser, inexistindo qualquer indicação do INFARMED, I.P. em sentido contrário, enquanto entidade com competência de fiscalização nesta matéria.

Salienta que se desconhece a que “acordos de distribuição vigentes, sujeitos a restrição vertical e cumprimento de quotas de mercado” a Autora se refere na sua petição inicial, e de que forma estes consubstanciam práticas restritivas da concorrência, já que a Autora não logrou demonstrar a desconformidade das relações que supõe existirem entre titulares de AIMs e os principais distribuidores grossistas e que atribuiriam vantagens competitivas a estes últimos, partindo da repartição de mercados e limitação da distribuição.

Por outro lado, sublinha que a A. também não demonstra, limitando-se a qualificar como abusiva, a imposição de acordos verticais, em que as farmácias se veriam obrigadas a uma fidelização e exclusividade de fornecimento que anularia a sua liberdade contratual e que inviabilizaria a possibilidade de reporte de falhas de abastecimento. O que, de todo, não corresponde à realidade e é, além disso, confirmado pelas autoridades reguladoras competentes, atenta a inexistência de qualquer queixa contra a OCP ou procedimento contraordenacional em curso que



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

tenha por objeto algum destes factos. O relacionamento entre a OCP, enquanto distribuidora grossista de medicamentos, e as farmácias ou demais entidades que se dedicam à venda individual ou em pequenas quantidades de medicamentos, diretamente ao consumidor final, não apresenta qualquer desvio às regras da concorrência, nomeadamente, que se traduzisse num abuso de posição dominante (posição que, à partida, se questiona) ou de dependência económica.

No que concerne ao abuso de dependência económica, defende não se verificam preenchidos os pressupostos legais que legitimam esta qualificação de molde a fundamentar o pedido ora formulado.

Mais sustenta que a ponderação sobre o fornecimento ou recusa de um medicamento não poderia estar dependente ou alicerçar-se no facto de um ou mais operadores de distribuição de medicamentos deterem uma posição dominante no mercado, já que se trata de uma decisão que apenas se relaciona com a atividade dos titulares de AIMs.

Quanto aos vícios invocados pela A., começa por afastar a violação pela AdC do dever de promover as diligências de investigação necessárias para aferir da existência de práticas restritivas da concorrência e violação do dever de abertura de inquérito no seguimento da denúncia apresentada e da recolha de prova. Isto porque, no caso em apreço, não estamos perante a obrigação legal de proceder à abertura de inquérito na medida em que a AdC decidiu, nos termos da lei, arquivar o procedimento desencadeado com a denúncia, resultando do próprio desencadear e desenrolar do processo de análise desta denúncia (com análise preliminar dos factos alegados e da sua subsunção à lei), e da descrição das diligências levadas a cabo pela AdC no seguimento da denúncia efetuada que consta da decisão impugnada (cfr. pp. 4, 5, 11 e 12 da decisão junta com a petição inicial), que esta autoridade observou os deveres que lhe incumbiam, não se compreendendo como possa a Autora sustentar o contrário.

Sustenta que coisa diferente seria questionar os pressupostos subjacentes à decisão de arquivamento – como por exemplo, a inexistência de fundamento relevante ou a desadequação e insuficiência das diligências de investigação levadas a cabo pela AdC perante os factos em apreciação –, o que implicaria substituir-se à AdC na ponderação do esforço instrutório apropriado ao apuramento de indícios de práticas restritivas da concorrência.

No entanto, sublinha, a Autora não se insurge quanto a um eventual deficit instrutório da decisão, antes afirmando, perentoriamente, que a AdC não cumpriu, pura e simplesmente, com os deveres de abertura de inquérito e de promoção de diligências investigatórias, a que, contudo, não se encontrava adstrita, desvalorizando, em todo o caso, os pedidos de elementos que foram dirigidos às entidades denunciadas.

Ainda que tal fosse o caso (o que não admite), salienta que se está no campo do exercício de poderes discricionários que a lei, ao abrigo dos princípios do inquisitório e da adequação procedural, confere à AdC e que legitimam, dentro

da margem de ponderação que lhe está subjacente, tanto a decisão quanto ao tipo de diligências empreendidas, como a conformação da decisão sobre o apuramento da existência de práticas restritivas para efeitos de instauração de processo contraordenacional, conforme decorre dos mencionados artigos 8.º da Lei da Concorrência e 19.º dos Estatutos da AdC.

Quanto à inversão ilegal do ónus da prova alegada pela Autora, sustenta que se trata de um equívoco; porquanto, no que concerne ao ónus que caberia às entidades denunciadas, este ónus só se imporia, numa fase inicial, caso a AdC considerasse que estaria minimamente indiciada a existência de uma prática restritiva da concorrência, como acordos ou práticas concertadas, ou o abuso de posição dominante, só assim fazendo algum sentido a necessidade de apresentação de uma justificação que não é requerida na hipótese contrária, como no caso da OCP em que não está sequer sintomatizada qualquer prática restritiva. Já quanto ao ónus de investigação da AdC, os deveres de inquérito e investigação desta autoridade foram devidamente observados, não lhe podendo ser imputável a insuficiente instrução e fundamentação da denúncia apresentada pela Autora, que não tem de ser colmatada pela AdC no que excede a medida por si considerada adequada do exercício dos seus poderes de indagação e investigação. E isto na medida em que, conforme notado, prevalecem aqui os princípios do inquisitório e da adequação procedural que apontam para uma ineliminável margem de discricionariedade da AdC na condução do procedimento. Ora, tal significa que lhe cabe o senhorio do procedimento e que, sob pena de dupla administração, os tribunais apenas poderão sindicar o exercício deste poder discricionário, sempre que e desde que, seja manifesta a falta de diligência das autoridades administrativas – deficit de instrução – na condução do procedimento, o que, no caso, claramente esteve longe de suceder.

Relativamente ao vício de falta de fundamentação, defende que bastará olhar para a decisão impugnada para verificar que, tanto em termos formais como materiais, esta se encontra devidamente fundamentada, sendo perfeitamente apreensíveis as razões que levaram ao arquivamento da denúncia apresentada.

Por fim, sustenta também não restar qualquer dúvida quanto à improcedência dos dois últimos vícios apontados: violação do princípio da promoção e defesa da concorrência e do princípio da tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos da Autora.

Afasta o primeiro porque ao longo da decisão da AdC perpassa a constante preocupação, principal e transversal, que constitui a promoção e defesa da concorrência, no âmbito da missão por si prosseguida, conforme resulta do n.º 3 do artigo 1.º dos Estatutos da AdC.

Afasta o segundo porque na prossecução destes objetivos foram e são também ponderados, ao abrigo do princípio da imparcialidade, os direitos e interesses legalmente protegidos de que a Autora se arroga titular, já que tidos por esta como relevantes no contexto da regulação da concorrência e devidamente analisados pela AdC; porém, este enquadramento não se impõe à AdC, assim como esta não se encontra obrigada a acolher a prevalência destes direitos face a outros em confronto, como aqueles de que são titulares outros operadores de distribuição de medicamentos, e aos interesses do próprio mercado concorrencial (o que inclui todos os seus intervenientes e, em última instância, também o consumidor final).



Scgma/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

Sublinha ainda que, apesar dos factos alegados e dos vícios assacados, a Autora não logrou demonstrar que a decisão devesse ter sido outra, não tendo chamado à colação, nesta ação, nenhum facto ou elemento distinto dos já apreciados pela AdC que permitisse concluir pela desadequação ou ilegalidade da decisão ora impugnada.

Conclui pela absolvição do pedido.

Contestação da Merck:

Começa por invocar a exceção de incompetência material parcial do Tribunal quanto ao pedido de condenação da AdC a promover as diligências instrutórias requeridas pela denunciante e outras que a Autoridade da Concorrência entenda por pertinentes, no exercício dos poderes de instrução e direção do inquérito de que dispõe, para a prova dos factos alegados.". Isto porque, no quadro de uma ação administrativa, o Tribunal não é materialmente competente para apreciar esse pedido, que respeita já ao exercício de poderes processuais de natureza contraordenacional, sendo o pressuposto da tramitação desta ação administrativa no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, precisamente, o de que aqui deve ser apreciada – e apenas pode ser apreciada – a atividade de natureza jurídico-administrativa desenvolvida pela AdC ao abrigo do RJC. Face ao exposto, conclui que deve ser declarada a absolvição da instância absolvida quanto a esse pedido, nos termos do artigo 89.º, n.º 4, alínea a), do CPTA, aplicável ex vi artigo 91.º do RJC.

Quanto ao mérito, começa por salientar que a presente ação administrativa tem especificidades no que toca aos poderes de que dispõe o Tribunal para apreciar a decisão da AdC, designadamente os tribunais administrativos (ou, neste caso, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que segue o mesmo regime do CPTA) não podem sindicar o mérito da atuação administrativa, o bem ou mal fundado de tal atuação, cabendo-lhes antes e apenas apreciar a sua legalidade, verificando se a Administração respeitou ou não os limites legais que lhe estavam cometidos. Daqui decorre, por conseguinte, que, em obediência ao princípio da separação de poderes, o tribunal não pode emitir um juízo substitutivo do juízo administrativo que venha questionado, isto é, não pode anular um determinado ato por entender, numa apreciação quanto ao mérito da decisão, que a Administração deveria ter decidido diferentemente, devendo, ao invés, apurar se a decisão administrativa respeitou ou não as exigências legais, apenas podendo anular essa decisão se ela for ilegal ou violar alguma regra ou princípio normativo. Por isso mesmo é pacificamente reconhecido que, quando esteja em causa o exercício de poderes discricionários ou a formulação de juízos próprios da função administrativa, o tribunal apenas poderá anular o ato em questão se este violar alguma norma legal (nomeadamente, algum princípio jurídico) ou se estiver ferida de erro manifesto de apreciação dos respetivos pressupostos de aplicação.

Nesta linha, sustenta que a Impugnante parece ter ignorado este enquadramento legal, já que, na sua peça, não imputa quaisquer concretas ilegalidades à decisão da AdC, antes se limitando a esgrimir argumentos contra aquilo que foi decidido e a afirmar a sua discordância quanto aos fundamentos invocados na decisão de arquivamento (DA). Embora invoque, em termos genéricos, no artigo 4.º da petição inicial, a violação de um conjunto de princípios e disposições legais, a Impugnante não mais retoma essa alegação, nem a relaciona com factos e circunstâncias, ou com a ausência deles, usando o seu articulado para desfilar razões pelas quais discorda da DA e entende que deveria ter sido aberto inquérito contraordenacional. Esta constatação condena a ação à improcedência.

Em qualquer caso, defende que da análise da DA resulta muito claro que não padece de qualquer ilegalidade e que apresenta, de forma plausível e congruente, os fundamentos de facto e de direito que conduziram à conclusão de não dar seguimento à queixa formulada pela Impugnante, inexistindo, por isso, qualquer motivo que justifique uma anulação por este Tribunal.

Assim, sustenta que a AdC procedeu às averiguações que lhe pareceram adequadas atento o teor da denúncia, solicitou a colaboração da denunciante (cf. §21 da DA), que a ofereceu de forma insusceptível de sustentar as alegações que propôs (cf. §72 da DA), analisou aprofundadamente a factualidade disponível e concluiu que não havia fundamento bastante e relevante para abrir um processo de contraordenação, nem para, nessas condições, com ele se ocupar, tendo presente as suas prioridades. Por outras palavras, em face dos elementos que reuniu e que lhe pareceram suficientes, a AdC concluiu que a conduta das empresas visadas pela denúncia não configurava uma infração ao RJC e ao TFUE e que seria efetivamente muito improvável que a continuação das averiguações conduzisse a resultado diverso.

Defende que a AdC não tem o ónus de conduzir uma investigação além dos factos que razoavelmente consegue apurar e provar com vista a estabelecer a existência de uma infração. Por força das suas atribuições cabe-lhe demonstrar que o RJC foi desrespeitado. Não lhe cabe demonstrar que o não foi. O grau de exigência na primeira situação não é comparável ao da segunda. No caso vertente, tudo indica que a decisão de arquivamento se justificava plenamente atentas as circunstâncias.

Mais sublinha que todas as disposições do Estatuto do Medicamento deverão ser interpretadas e aplicadas de acordo com o princípio do primado da proteção da saúde pública, sendo este o princípio fundamental subjacente a toda a regulação nele prevista (cf. artigo 4º, n.º 1 do Estatuto do Medicamento). Em parte alguma do Estatuto do Medicamento encontramos – contrariamente ao que a Empifarma parece querer fazer crer – disposição que obrigue os titulares de AIM a vender medicamentos a todo e qualquer grossista, ou que conceda aos grossistas o direito a serem fornecidos.

Salienta que, independentemente do interesse que em abstrato possam ter os mecanismos de funcionamento do mercado da produção, importação, exportação e distribuição de medicamentos, a verdade é que, do ponto de vista do exercício das competências da AdC, só relevam para avaliar se as condutas imputadas às titulares de AIM: (i) traduzem, ou não, um acordo entre empresas subsumível nos artigos 9º e 10º do RJC e 101º do TFUE; (ii) no caso de não traduzirem, podem ou não ser qualificadas como um abuso de posição dominante proibido pelo artigo 11º do RJC e



Scgano/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

102º do TFUE ou como um abuso de dependência económica nos termos do artigo 12º do RJC.

Nesta linha, sustenta que a Impugnante reclama da AdC o exercício de competências e poderes que a AdC manifestamente não tem: a AdC não tem competência e poderes para adotar medidas que corrijam quaisquer falhas de abastecimento do mercado se as condutas das titulares das AIM não forem objetivamente subsumíveis nas proibições do RJC; a AdC não tem competência e poderes para, fora do contexto de um procedimento sancionatório ou de supervisão destinado a aplicar o RJC, se “pronunciar” sobre a “situação do mercado grossista” nem sobre o respetivo grau de concentração, ou sobre o poder de mercado da AH e da OCP e dos grupos de empresas em que se inscrevem; a AdC não tem necessidade de apreciar os efeitos de uma determinada estrutura do mercado na concorrência e nos consumidores quando manifestamente não se lhe apresenta um caso em que o RJC seja a qualquer título aplicável e em que os seus poderes sancionatórios e de supervisão devam ser exercidos relativamente a uma determinada conduta; a AdC não tem necessidade de se pronunciar sobre as razões do comércio paralelo quando este é a consequência natural de diferenças de preços entre vários Estados-Membros e da liberdade de comércio que constitui um dos pilares da União Europeia e, uma vez mais, quando não se lhe apresenta um caso em que o RJC seja a qualquer título aplicável e em que esse tema deva ser ponderado para efeitos do exercício dos seus poderes sancionatórios e de supervisão. Em especial, como a AdC deixou bem claro, não lhe cabe pronunciar-se sobre se as práticas existentes entre titulares de AIM e distribuidores potenciam a exportação em detrimento do mercado nacional (cf. artigos 57º a 65º), tema que a AdC esclareceu não caber nas suas atribuições mas, quando muito e em determinadas condições, nas do Infarmed, em linha aliás com a jurisprudência do TJUE que oportunamente referiu. O que, se necessário, caberia à AdC investigar é justamente o contrário. É saber se existem acordos entre titulares de AIM e distribuidores que instituem restrições ao comércio paralelo.

Mais acrescenta que, como a própria Impugnante reconhece, as titulares das AIM ou as suas representantes colocam no mercado, ou seja, disponibilizam aos armazénistas, quantidades de medicamentos suficientes para a cobertura das necessidades das farmácias, tudo indica que na origem da falta de medicamentos estará o comércio paralelo efetuado pelos próprios armazénistas. É isso que a Impugnante acaba por admitir na sua peça.

Salienta que, diversamente do que a Impugnante alega na petição inicial, a AdC pronunciou-se em absoluto sobre o tema da ruptura de existências nas farmácias nos §73 a §81 da DA. A esse respeito a AdC notou que as titulares de AIM não podem, em face do RJC, adoptar medidas destinadas a compartimentar o mercado e evitar o comércio paralelo, como seria o caso, por exemplo, de fornecerem medicamentos na condição de não serem exportados, razão pela qual, cabendo à AdC censurar tais restrições à liberdade de ação dos grossistas é ao

Infarmed que compete resolver, através de medidas adequadas e proporcionadas, os problemas de escassez de medicamentos causados pelo comércio paralelo.

Mais sublinha que, não só as titulares das AIM não têm forma de controlar o comércio paralelo a que, no entender da Impugnante, a AH e a OCP se dedicam, não podendo concluir e não tendo concluído quaisquer acordos nesse sentido, como a AdC reconheceu (cf. §94 a 98 e §109 da DA), como a circunstância de satisfazerem as encomendas da Impugnante nenhuma garantia lhes dá que o problema da falta de medicamentos seja resolvido, já que não lhe poderiam exigir que se absolvesse de exportar o que lhe forneciam. É portanto bem evidente que o tema da falta de medicamentos não pode ser resolvido eficazmente pelas titulares da AIM, nem pela AdC, mas apenas mediante a intervenção do Infarmed junto de quem possa exportar e tenha incentivos para o fazer, ou seja, junto dos distribuidores (e eventualmente das farmácias), como aliás a Impugnante admite. E é também evidente que o fornecimento da denunciante Empifarma pela MSD em nada contribuiria para minimizar o problema das exportações paralelas e as suas consequências em termos de bem-estar do consumidor, ao contrário do que a Impugnante sustenta. O problema reside, como refere a Impugnante, no “critério de maior vantagem económica” que incentiva os intermediários a exportar em lugar de fornecer as farmácias (cf. artigo 128º). Ora esses intermediários, não sendo nem os titulares de AIM nem as farmácias, são, como vimos, os distribuidores grossistas. Sucede que, como a AdC oportunamente recorda, os artigos 101º e 102º do TFUE proibem o levantamento de entraves ao comércio paralelo, seja ele de medicamentos ou outros, pelo que as titulares de AIM estão impedidas de só vender a distribuidores que se comprometam a adquirir medicamentos para venda nas farmácias e de instituir procedimentos para controlar o cumprimento dessa obrigação. Uma venda sujeita a semelhante condição traduziria um acordo entre empresas, ainda que tácito, restritivo da concorrência é do comércio. Portanto, não há nem pode haver qualquer espécie de garantia – nem a MSD a pode pedir ou aceitar nem a Impugnante a pode dar – de que o fornecimento de medicamentos à Impugnante e a outros distribuidores grossistas, a acrescer àqueles com os quais a MSD já se relaciona, poderá contribuir para resolver o tema da rutura de existências nas farmácias causado pelo comércio paralelo. O “critério de maior vantagem económica” que a Impugnante identifica e invoca sugere aliás que: (i) se a MSD fornecer a Impugnante e novos distribuidores, também estes terão incentivos para exportar parte do que lhes é fornecido, como outros o fazem; (ii) como a quantidade de medicamentos disponível para a MSD excede as necessidades das farmácias mas não é ilimitada, a MSD terá de ratear as quantidades disponíveis por mais distribuidores; (iii) passando todos os distribuidores a ter menos quantidades disponíveis de certos medicamentos, existe o risco de que reservem uma maior percentagem para exportação por forma a reequilibrarem os seus proveitos de acordo com o “critério de maior vantagem económica”.

Alega ainda que, não obstante, também a MSD tem procurado assegurar que os doentes têm sempre acesso aos seus medicamentos, criando ela própria soluções para o fornecimento das farmácias em caso de urgência. E sublinha que não encontra explicação para o interesse que os distribuidores grossistas possam ter em incentivar o não reporte de falhas por parte das farmácias. Sendo os primeiros interessados em adquirir medicamentos destinados à exportação, quanto maior for o



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

reporte de falhas pelas farmácias maior é a pressão sobre os titulares de AIM para satisfazer encomendas crescentes.

Defende que a AdC concluiu devidamente e com fundamento bastante que não havia razões para considerar que a AH e/ou a OCP tivessem uma posição dominante, seja individual seja coletiva.

No que toca às relações verticais, resulta da DA que a AdC realizou diligências de prova que incluíram a análise dos contratos celebrados pelas titulares de AIM tendo concluído não haver “qualquer indício das práticas alegadas pela denunciante”, designadamente de acordos restritivos da concorrência entre as titulares de AIM e os distribuidores. Em especial, com relevância para o caso concreto, ficou claro que a MSD não tem contratos escritos com os distribuidores grossistas com quem trabalha, sendo as relações comerciais reguladas por notas de encomenda e condições gerais de venda de que foi dado conhecimento à AdC, tendo esta concluído que não havia indícios de qualquer das práticas alegadas pela Impugnante, designadamente de subordinação do fornecimento de medicamentos à condição de o distribuidor os não exportar ou de os vender apenas a farmácias, nem fora detetada qualquer obrigação por parte da MSD de limitar o número de distribuidores ou de não fornecer novos distribuidores.

No que respeita à recusa de fornecimento, sustenta que embora não tivesse deixado de tecer considerações suficientemente indicadoras da inexistência de domínio de mercado e de dependência económica no caso concreto (cf. §62 e §63 da DA), a AdC justificou, em consonância com a prática da Comissão Europeia e com a jurisprudência do TJUE, as razões pelas quais entendia que a recusa de fornecimento da Impugnante não era censurável ao abrigo do RJC e do artigo 102º do TFUE, mesmo que a MSD detivesse uma posição dominante. No caso concreto está em causa a recusa pela MSD de venda a um distribuidor, ou seja, a um não concorrente, que a MSD não tinha como cliente e não desejava ter como cliente. E sob este ponto de vista a abordagem da AdC foi muito clara. Se a MSD tivesse uma posição dominante podia escolher, em função dos seus interesses comerciais legítimos, com quem iria iniciar relações comerciais de fornecedor/revendedor. Esta prerrogativa suscita ainda menos objeções quando a recusa de venda não elimina a concorrência no mercado dos produtos/medicamentos objeto da recusa nem elimina a concorrência no mercado da distribuição grossista de medicamentos em geral. Diversamente do que a Impugnante pretende, do processo resultam indicações claras de que a recusa de venda à Empifarma não se traduziu numa restrição sensível da concorrência no mercado de cada um dos medicamentos objeto de recusa, posto que os referidos medicamentos são fornecidos a vários grossistas e que nada os impede de disputarem como melhor entendem a oferta dos medicamentos em causa às farmácias. Portanto, como a AdC observa (cf. §62 da DA), mesmo que estivessem em causa medicamentos da MSD para os quais não existiam alternativas terapêuticas e em que a MSD era monopolista, a recusa de venda não teria qualquer impacto assinalável no mercado dos medicamentos, em especial no da sua venda a retalho,

não se suscitando qualquer questão jus concorrencial a esse nível. Em boa verdade, o mercado dos medicamentos tem do lado da oferta os titulares de AIM e do lado da procura o doente que se dirige à farmácia, não interferindo a conduta da MSD nesse mercado. Entre a MSD e o doente surgem mercados intermédios de distribuição grossista e retalhista (farmácias) nos quais a AdC reconheceu a existência de vários concorrentes e de várias alternativas de abastecimento. Portanto, a questão da posição de domínio de mercado coloca-se não ao nível do mercado de cada medicamento e das respetivas alternativas, mas sim ao nível do mercado grossista no qual a Impugnante opera em concorrência com dezenas de outros grossistas além da AH e da OCP, e relativamente ao qual já não importa saber se os medicamentos que a MSD comercializa têm alternativas, mas sim se os grossistas têm alternativas aos medicamentos que a MSD comercializa. Ora, de acordo com os dados disponíveis, nenhum titular de AIM representa em Portugal mais de 10% das compras de qualquer grossista e das respetivas vendas. No caso da MSD estima-se que essa percentagem não ultrapasse sequer os 7% das compras/vendas de qualquer dos grossistas com quem trabalha. Por outras palavras, nem a MSD, nem qualquer outra titular de AIM, detém uma posição dominante enquanto fornecedora do mercado grossista de medicamentos. E, pela mesma razão, nenhum grossista se encontra em estado de dependência económica relativamente à MSD no dito mercado. Esta conclusão bastaria para justificar o arquivamento do processo.

No entanto, sublinha, a AdC optou por aprofundar a questão com o objetivo de pôr em evidência que no caso concreto a recusa de venda não reunia as condições para ser considerada abusiva na hipótese de existir domínio da MSD ou dependência económica relativamente a ela no mercado grossista. Sob este ponto de vista a AdC começa por afastar o regime aplicável à cessação de relações comerciais uma vez que, como a Impugnante reconheceu, o que estava em causa era a recusa de encetar relações de distribuição com ela própria e com novos grossistas. Em seguida, a AdC observou que, estando em causa uma recusa de venda a não concorrentes, a MSD teria, mesmo no caso de ser dominante, o direito de justificar a recusa em contratar por razões comerciais legítimas, aceitando como tal as que foram indicadas pela titular de AIM. E a finalizar observou que, mesmo que se tratasse de uma recusa de venda a um concorrente, estavam reunidas as condições de que dependia a sua admissibilidade à luz da jurisprudência Bronner do TJUE posto que: (i) os medicamentos em causa não eram indispensáveis à concorrência no mercado grossista a jusante; (ii) a recusa de venda não implicaria a eliminação da concorrência no mercado grossista a jusante; (iii) a recusa não se traduziria em prejuízo para o consumidor (nem, designadamente, no entrave ao lançamento de um novo produto).

Efectivamente, como a AdC notou: (i) a MSD relaciona-se com um número limitado de grossistas – 13 (treze) – e essa circunstância não impediu os demais de concorrer no mercado grossista; (ii) a circunstância de a MSD ter recusado a venda à Impugnante não a impediu de entrar no mercado, de nele continuar e de ter inclusivamente averbado um crescimento nesse mercado; (iii) a concorrência no mercado grossista não foi eliminada; (iv) a Impugnante tem a possibilidade de abastecer junto de outros grossistas fornecidos pela MSD caso pretenda contar com os medicamentos da MSD no seu portfólio; (v) as razões da ruptura de existência nas farmácias não têm qualquer relação com a política de distribuição da MSD e a circunstância de a MSD fornecer medicamentos à Impugnante não teria



Scgano

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

consequências no acesso do consumidor aos medicamentos em causa uma vez que são vendidos às farmácias por vários grossistas fornecidos pela MSD. Por fim, diversamente do que a Impugnante pretende fazer crer, a proteção da inovação e do investimento que lhe está associado não representa o único interesse comercial legítimo capaz de justificar a recusa de venda por parte de uma empresa que detém uma posição dominante. A estabilidade da distribuição dos medicamentos em todo o mercado nacional constitui uma razão igualmente importante, tanto na perspetiva do interesse público e do consumidor, como no do interesse comercial da MSD.

Quanto à questão da prática de vendas subordinadas por parte da Alliance e da OCP, sustenta que a AdC não tem obrigação de fazer prova da inexistência de uma infração. Sobretudo quando a hipótese da infração é inverosímil em face do contexto jurídico e económico em que teria de ocorrer. Ora, no caso concreto, há evidência no processo de que a MSD tem relações de distribuição regular com 13 grossistas. Isto significa, desde logo, que qualquer farmácia podia encomendar os medicamentos da MSD a outros grossistas para além da AH e da OCP. Ou seja, nem a AH nem a OCP, ainda que agindo concertadamente, estavam em condições de subordinar o fornecimento de medicamentos da MSD às farmácias à aquisição de outros medicamentos. As farmácias podiam adquirir os medicamentos da MSD junto de vários outros fornecedores também regularmente abastecidos pela própria MSD. Além disso, nunca a Impugnante indicou quais os medicamentos da MSD objeto do comércio paralelo, sendo certo que só relativamente a esses se poderia vir a colocar um problema de escassez que contribuisse para a eficácia das práticas de tying alegadas pela Impugnante. Em suma, não apenas não foi produzida prova das acusações da Impugnante, embora esta tivesse alegado possuí-las, como as ditas acusações eram inverosímeis.

Por fim, quanto à evicção da A., do processo se pode concluir que operam no mercado vários concorrentes grossistas que não são fornecidos pela MSD. Por outro lado, como se viu não se fez prova da ocorrência de vendas subordinadas pelo que não é verosímil que a Impugnante tenha por isso sofrido qualquer desvio de clientela associado à alegada conduta da AH e da OCP tornada possível pela recusa de venda da MSD. E também não se fez prova de que a circunstância de a Impugnante não vender medicamentos da MSD represente um obstáculo à encomenda de outros medicamentos por parte das farmácias, o que parece comprovar-se pelo facto de a Empifarma ter vindo a aumentar as suas quotas de mercado não obstante as limitações de fornecimento de que se queixa.

Conclui pela absolvição parcial a instância quanto ao pedido referido e pela absolvição dos demais pedidos.

*

Contestação apresentada pela Bristol:

Com exceção de alguns pormenores de facto que não são decisivos para a decisão de mérito, a contestação apresentada por esta contrainteressada é similar à da Merck, para cujo resumo se remete.

*

Contestação apresentada pela Lilly:

Com exceção de alguns pormenores de facto que não são decisivos para a decisão de mérito, a contestação apresentada por esta contrainteressada é similar à da Merck, para cujo resumo se remete.

*

Réplica apresentada pela A.:

Na réplica, a A. pronunciou-se sobre a exceção de incompetência material parcial invocada pelas contrainteressadas Merck, Bristol e Lilly, alegando, em síntese, que o ato ou comportamento dos preceitos legais que a A. entende violados com a decisão de arquivamento proferida é consubstanciado pela abertura de um inquérito, para efeitos do previsto pelo artigo 17.º do NRJC, e inscreve-se num procedimento tendente a investigar a ocorrência de eventuais práticas proibidas, que tem, obviamente, natureza instrutória ou pré-instrutória, no âmbito do qual são convocadas normas de direito contraordenacional. Deste modo, não se pode afirmar que o que está em causa é a adoção de um comportamento que dimane de normas de direito administrativo, mas antes que se trata de uma atividade desenvolvida, por autoridade administrativa, mas com caráter e para fins, tipicamente, contraordenacionais. Conclui pela improcedência da exceção.

Mais se pronuncia sobre os poderes de controlo do Tribunal, sustentando, em síntese, que sua pretensão não resulta qualquer pedido de decisão sobre o mérito da denúncia ou sobre a conformidade legal, em termos jusconcorrenciais, das práticas imputadas às contrainteressadas que afete o âmbito dos poderes discricionários da AdC.

Saneamento

*

Quanto à questão de incompetência material parcial invocada pelas contrainteressadas Merck, Bristol e Lilly, concorda-se, na íntegra, com o substrato material da exceção, mas discorda-se com o seu enquadramento.

O processamento de denúncias a que alude o artigo 8.º do NRJC não é um processo de contraordenação. E isso resulta de forma muito clara do preceito referido, na medida em que a instauração do processo de contraordenação é um passo subsequente à análise da denúncia. Trata-se, na verdade, de um procedimento prévio, que está sujeito à disciplina própria definida no citado normativo legal e, nos pontos omissos e por identidade de razões, ao Código de Procedimento Administrativo (CPA). Tanto é assim que, nos termos do artigo 92.º, n.º 1, do NRJC, em articulação com o artigo 91.º, do mesmo diploma legal, se deve qualificar, por exclusão, de procedimento administrativo e a sua impugnação segue a tramitação da ação administrativa prevista no CPTA.

Em contrapartida, o processo de contraordenação rege-se pelas normas próprias do NRJC e, subsidiariamente, pelo Regime Geral das Contraordenações (RGCO), ex vi artigo 13.º, n.º 1, do NRJC, e pelo Código Penal (CP) e Código de Processo Penal (CPP), ex vi artigos 32.º e 41.º, n.º 1, ambos do RGCO. Por sua vez, a sua impugnação segue a tramitação dos recursos de impugnação prevista no artigo 83.º e ss. do NRJC e, subsidiariamente, pelo RGCO e pelo CP e CPP.

Esta diferença entre o processamento de denúncias e o processo de contraordenação, que tem subjacente uma matriz muito distinta, no primeiro caso de



Scgama/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

natureza administrativa e no segundo caso mais próxima do direito penal e do direito processual penal, por via da sua aplicação subsidiária, prevista nos artigos 32.º e 41.º, n.º 1, ambos do RGCO, tem implicações muito importantes a vários níveis. Um dos níveis relaciona-se justamente com a questão invocada pelas contrainteressadas. É que os atos praticados no processo de contraordenação não são atos administrativos propriamente ditos, na medida em que a disciplina a que estão sujeitos não segue, nem por remissão da lei, nem por afinidade, o direito administrativo. Na verdade, o único elemento de natureza administrativa que o processo de contraordenação contém é o elemento orgânico, que pode eventualmente implicar parâmetros de natureza administrativa relacionados com a competência.

Nesta medida, o pedido da A. no sentido da AdC ser intimada a promover as diligências instrutórias requeridas pela denunciante e outras que a AdC entenda por pertinentes, no exercício dos poderes de instrução e direção do inquérito de que dispõe, para prova dos factos alegados (alínea c) da petição inicial), para além de parcialmente genérico, não se inclui em nenhum dos pedidos admissíveis previstos no artigo 38.º, n.º 1, do CPTA, ex vi artigo 92.º, n.º 1, e 91.º, ambos do NRJC.

Contudo, não se trata de uma questão de incompetência material do Tribunal, pois a decisão reclamada pela A. está compreendida na parcela de jurisdição que lhe é atribuída pelo artigo 112.º, n.º 1, alínea a), e 2, da Lei da Organização do Sistema Judiciário. Efetivamente, não é possível separar a competência material do Tribunal na parte relativa aos recursos de contraordenação, da parte que se reporta às ações administrativas, como se fossem duas parcelas de jurisdição distintas.

Do que se trata, na verdade, é de uma exceção dilatória atípica insuprível, à luz do disposto no artigo 89.º, n.ºs 1 e 2, do CPTA, ex vi artigos 92., n.º 1, e 91.º, ambos do NRJC, traduzida na formulação de um pedido não consentido pela via judicial disponível à A. neste momento. E isto em nada compromete a posição da denunciante, na medida em que, caso seja determinada a instauração do processo de contraordenação, pode reagir a uma eventual decisão de arquivamento nos termos do artigo 24.º, n.º 5, do NRJC.

Em face do exposto, absolve-se a AdC e as Contrainteressadas da instância em relação ao pedido formulado pela A. na alínea c) da petição inicial.

*

Quanto ao mais, o processo não enferma de nulidades que o invalidem na totalidade.

As partes têm personalidade e capacidade judiciária, são legítimas e estão regularmente representadas por advogado.

Por fim, não há mais questões prévias, nulidades ou exceções dilatórias que obstêm ao conhecimento do mérito da causa.

Questões decidendas:

São duas as questões que importa decidir:

a) Nulidade ou anulabilidade da decisão de arquivamento proferida pela AdC;

b) Condenação da AdC a proceder à abertura de um processo de contraordenação.

Fundamentação de facto

*

Factos provados:

1) A A., por carta datada de 22.12.2014, dirigida à Bristol, cuja cópia consta a fls. 72 e 73, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu conteúdo, exarou, entre o mais, o seguinte: "solicitamos a imediata abertura de ficha de cliente, para colocação de Notas de Encomenda, e sugerimos a V/Exas. a ponderação, nas V/previsões de vendas, das necessidades de stock mensais da EMPIFARMA, conforme encomenda a fornecedor em anexo)".

2) Por carta data de 02.02.2015, cuja cópia consta a fls. 75, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, a Bristol respondeu à A., consignando, entre o mais, o seguinte: "A BMS recorre atualmente a uma rede de distribuidores por grosso que cobrem todo o território nacional e que tem procurado garantir a contínua disponibilidade dos seus medicamentos e a satisfação das necessidades dos doentes. Enquanto essa situação e mantiver a BMS considera que a aceitação de encomendas por parte de novos distribuidores pode perturbar o normal funcionamento da dita rede, comportando um risco de perturbação do abastecimento regular dos seus medicamentos. Pelas razões apontadas a BMS lamenta ter de declinar o V. Pedido de aceitação como cliente."

3) A A., por carta datada de 22.12.2014, dirigida à Merck Sharp & Dhome, cuja cópia consta a fls. 77 e 78, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu conteúdo, exarou, entre o mais, o seguinte: "solicitamos a imediata abertura de ficha de cliente, para colocação de Notas de Encomenda, e sugerimos a V/Exas. a ponderação, nas V/previsões de vendas, das necessidades de stock mensais da EMPIFARMA, conforme encomenda a fornecedor em anexo)".

4) Por carta datada de 30.12.2014, cuja cópia consta a fls. 83, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu conteúdo, a Merck exarou, entre o mais, o seguinte: "Agradecemos o Vosso contacto reiterado e a manifestação de interesse em iniciar as actividades de comercialização com a nossa Companhia. No entanto, nada entendemos acrescentar aos Vosso reptos, pedidos insistentes e pressão suportada na Vossa interpretação da regulamentação em vigor. A informação remetida permanece inalterada, já que o nosso sistema de distribuição está adequado à quantidade de produção recebida das nossas unidades de fabrico, tendo a nossa Companhia o sistema organizado de distribuição para as necessidades de que o Mercado demonstra".

5) A A. dirigiu à Lilly um pedido de fornecimento de medicamentos.

6) Por carta datada de 06.03.2015, cuja cópia consta a fls. 88, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu conteúdo, a Lilly exarou, entre o mais, o seguinte: "A Lilly ... lamenta informar que nas suas atuais circunstâncias não lhe é possível satisfazer o pedido de ter a Empifarma como sua cliente. A Lilly tem vindo a recorrer a um número suficiente de grossistas que, no seu conjunto cobrem satisfatoriamente todo o território nacional. É através desta rede de grossistas que a



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

Lilly procura assegurar, de forma contínua, a disponibilidade dos seus produtos por forma a garantir a satisfação das necessidades dos doentes. A aceitação de encomendas por parte de novos grossistas comporta riscos em termos de consistência da rede de distribuição e de abastecimento regular dos produtos da Lilly, que, do nosso ponto de vista, se justifica prevenir".

7) No dia 17.04.2015, a A. apresentou uma denúncia escrita à AdC, cuja cópia consta a fls. 51 a 64 e cujo teor, face à sua extensão, se dá aqui por integralmente reproduzido, na qual solicitava a intervenção urgente da Autoridade da Concorrência: "i) identificar as barreiras e os constrangimentos de natureza convencional existentes na cadeia de distribuição pro grosso de medicamentos; ii) providenciar medidas destinadas a promover a eliminação das restrições e distorções da concorrência que se revelem injustificadas; iii) intervir junto dos Titulares de AIM e dos distribuidores por grosso de medicamentos, obrigando ao cumprimento da legislação em vigor em matéria de concorrência".

8) No dia 16 de novembro de 2016, a AdC proferiu a decisão, cuja cópia consta a fls. 27 a 41 e cujo teor, face à sua extensão, se dá aqui por integralmente reproduzido, na qual concluiu nos seguintes termos: "Em face da conclusão de não existência de fundamentos bastantes para motivar o seguimento da denúncia no âmbito de um procedimento sancionatório na AdC, oportunamente notificada à denunciante, e perante uma pronúncia desta que não conduziu à alteração da apreciação da Autoridade, arquiva-se a DA/2016/2, declarando-a sem fundamento relevante e não merecedora de tratamento prioritário, de acordo com o disposto nos n.º 4 e n.º 6 do artigo 8.º da Lei da Concorrência".

9) A A. compra os medicamentos que lhe foram recusados pela Merck, Bristol e Lilly a outros distribuidores.

*

Não há mais factos provados ou não provados com relevância para a decisão da causa, sendo que tudo o mais alegado é matéria de direito, conclusiva ou irrelevante, por não alterar o sentido da decisão.

*

Os factos provados foram extraídos dos documentos aí indicados e, adicionalmente, da decisão impugnada.

Fundamentação de direito

*

Declaração de nulidade ou anulação da decisão de rejeição da denúncia:

Recebida uma denúncia, a AdC, mercê do afastamento do princípio da legalidade pelo NRJC e ao contrário do que estipula o RGCO (cf. artigo 43.º), não é obrigada a abrir um processo de contraordenação sempre que os factos descritos sejam suscetíveis de, em abstrato, consubstanciar uma infração ao direito da concorrência, designadamente uma prática restritiva da concorrência.

Na verdade, deve efetuar uma ponderação prévia, à luz dos critérios previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, para os quais remete o artigo 8.º, n.º 1, do mesmo diploma legal. Ponderação essa que dá origem a um procedimento preliminar e que pode culminar com uma de duas decisões possíveis: a abertura do processo de contraordenação; ou a declaração de que a denúncia não tem fundamento relevante ou não merece tratamento prioritário (cf. artigo 8.º, n.º 4, do NRJC).

Trata-se de um procedimento de natureza administrativa, conforme já referido, e a aludida declaração consubstancia um ato administrativo impugnável judicialmente, pois assim está contemplado no artigo 8.º, n.º 6, do NRJC, cuja ação segue a tramitação da ação administrativa prevista no CPTA. O que significa, à luz do disposto nos artigos 3.º, n.º 1, e 71.º, n.º 2, ambos do mesmo diploma, que os poderes de cognição do Tribunal são mais limitados no que respeita aos (usualmente designados) segmentos discricionários da decisão administrativa.

Por conseguinte, a primeira e importantíssima tarefa a empreender consiste em determinar se a decisão da AdC comporta segmentos decisórios vinculados e/ou discricionários. Esta é uma questão essencial, uma vez que o tipo de controlo judicial é diferente, o que também condiciona os fundamentos de impugnação admissíveis.

Assim, os segmentos decisórios vinculados são aqueles em relação aos quais não deve ser reconhecido nenhum espaço exclusivo de decisão da parte da AdC, imune à interferência do poder judicial. Por conseguinte, estão sujeitos a um controlo judicial normal, pleno ou de mérito, ou seja, o Tribunal pode substituir a apreciação efetuada pela entidade administrativa pela sua própria apreciação, efetuando o confronto da pretensão do autor com a norma legal aplicável e dispondo de total autonomia tanto na densificação dos conceitos pertinentes, como na subsunção dos factos. Em suma, neste tipo de controlo judicial o que importa é a pretensão do autor, à luz dos factos provados, e a norma legal aplicável e o trilho de decisão vai da causa de pedir e dos factos provados diretamente para a aplicação do direito.

Nos segmentos decisórios discricionários é diferente. Efetivamente, nestes casos ou porque a entidade administrativa dispõe de discricionariedade volitiva ou na estatuição, no plano da ação (no sentido de poder ou não poder agir), ou no plano da escolha (no sentido de poder escolher o meio para atingir determinado fim), ou porque lhe deve ser reconhecida uma margem de livre apreciação (na interpretação e aplicação de conceitos indeterminados)¹, há um espaço da sua competência exclusiva, que, em nome do princípio da separação de poderes, deve ser preservado.

Isto não significa evidentemente que a atuação da entidade administrativa discricionária caia num “espaço livre de direito”. Assim não o consente o princípio da juridicidade que vincula a atividade administrativa, quer no sentido da precedência da lei, quer no sentido da discricionariedade condicionada². Por força do primeiro, a Administração só pode agir quando a lei assim o permite e para prosseguir o fim determinado pela norma legal habilitante, consubstanciando a competência e o fim segmentos vinculados. Razão pela qual a atividade

¹ Cf. ANTÓNIO CADILHA, “Os poderes de pronúncia jurisdicionais na ação de condenação à prática de acto Devido e os limites funcionais da justiça administrativa”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp. 161- 223.

² JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Lições de Direito Administrativo, 4ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 49-50.



Scgano/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

administrativa nunca é totalmente discricionária, pois, pelo menos, a competência e o fim estão determinados pela lei, pelo que o que importa, em termos metodológicos, não é qualificar um ato como vinculado ou discricionário, mas, conforme enunciado, identificar os segmentos vinculados e/ou os segmentos discricionários. Por força do segundo, a atividade administrativa não deve obediência apenas à lei, mas também à Constituição e aos princípios gerais do direito que regulam o exercício da atividade administrativa, ou seja, a lei não esgota o Direito e a Administração está sujeita ao Direito.

Dos parâmetros precedentes extraem-se duas conclusões quanto ao controlo judicial dos segmentos decisórios discricionários. Em primeiro lugar, não se pode entrar no núcleo duro da decisão, especificamente na sua oportunidade ou conveniência ou nas valorações próprias da função administrativa (cf. artigos 3.º, n.º 1, 71.º, n.º 2 e 95.º, n.º 5, todos do CPTA). Por conseguinte, não cabe ao Tribunal decidir se a decisão de atuação ou não da entidade administrativa ou de escolha de um determinado meio foi oportuna ou conveniente ou se a interpretação que a Administração efetuou de um determinado conceito compreendido na sua margem livre de apreciação e a subsunção dos factos empreendida com base nessa interpretação estão ou não corretas. Existe, quanto a estes planos decisórios e conforme designa a doutrina norte-americana, uma espécie de deferência judicial.

Note-se, contudo, que esta deferência judicial não é absoluta, mesmo em relação ao referido núcleo duro da decisão. Efetivamente, aceita-se que o Tribunal possa controlar a exatidão dos factos que sustentam esses segmentos decisórios discricionários, por via do chamado erro de facto, e admite-se também um controlo marginal da conveniência, oportunidade e, em geral, das referidas valorações próprias nos casos de erros grosseiros ou ostensivos, designado por erro manifesto de apreciação.

Em segundo lugar, devido ao referido princípio da juridicidade, pese embora o Tribunal não possa entrar no núcleo duro da decisão ou apenas o possa fazer marginalmente, pode controlar (para além dos vícios procedimentais) a compatibilidade da decisão com os limites jurídico-fundamentais que balizam a atividade administrativa. Esses limites são, entre outros, os seguintes: princípio da fundamentação dos atos administrativos (cf. artigo 268.º, n.º 3, da Constituição); princípios da imparcialidade, da racionalidade e a razoabilidade (cf. artigo 266.º, n.º 2, da Constituição); princípios da igualdade, da segurança jurídica e proteção da confiança (cf. artigo 266.º, n.º 2, da Constituição); princípio da proporcionalidade (cf. artigo 266.º, n.º 2, da Constituição); e respeito pelos direitos fundamentais³.

³ Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ – “A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa”, in *O Direito*, ano 144, III, 2012 (pp. 599-651), pp. 621-625.

Importa referir, quanto ao princípio da fundamentação, que o dever concomitante resulta diretamente do artigo 8.º, n.º 2, do NRJC, que, por maioria de razão, também se aplica à decisão final do procedimento e igualmente do artigo 152.º, n.º 1, alínea c), do CPA. Este dever impõe que a decisão seja: contextual, ou seja, que se repõe à denúncia apresentada; que seja clara, ou seja, inteligível; e que seja congruente, ou seja, sem contradições.

Esclarecidos estes pontos, a tarefa empreendida completa-se, por fim, com a definição dos critérios que permitem identificar os referidos segmentos vinculados e/ou discricionários e com a sua aplicação à decisão da AdC prevista no artigo 8., n.º 3, do NRJC.

Há dois critérios possíveis, um metodológico, que atende ao conteúdo e estrutura das normas e que tende a restringir a discricionariedade aos casos de discricionariedade volitiva, excluindo os conceitos indeterminados, que são considerados como uma atividade de aplicação lógico-subsuntiva do direito. Por sua vez, para o segundo critério – que se pode designar de dogmático – é irrelevante se se trata de discricionariedade na estatuição ou de conceitos indeterminados. O que importa, na verdade, é determinar, por via interpretativa, a vontade do legislador, especificamente apurar se se pretendeu atribuir à Administração um espaço exclusivo de decisão, imune à interferência do poder judicial. Corresponde, no essencial, à doutrina Chevron norte-americana e também à doutrina da autonomia normativa sufragada por alguns autores alemães a propósito dos conceitos indeterminados⁴.

O critério que se adota é o segundo, pois, conforme sustenta Castanheira Neves, a discricionariedade não está na natureza das normas⁵, ou seja, não é uma tarefa metodológica de aplicação do direito diferente. Trata-se, na verdade, de uma manifestação do princípio democrático e do princípio da separação de poderes, ou seja, é ao legislador que, dentro da sua própria margem de discricionariedade, aberta à lógica democrática, cabe definir os espaços decisórios da Administração da sua competência exclusiva e que passam a merecer proteção por via do comando fundamental do Estado de direito, que é a separação de poderes.

Vejamos, então, se a decisão da AdC que declara a denúncia sem fundamento relevante ou não merecedora de tratamento prioritário – em suma, a decisão de rejeição da denúncia – tem segmentos vinculados e/ou discricionários.

Tem uns e outros. Assim, a competência é um elemento vinculado, cabendo ao conselho de administração da AdC, nos termos previstos no artigo 19.º, n.º 1, alínea a), dos respetivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18.08.

Em segundo lugar, há que considerar o fim da sua atuação, que também é um segmento vinculado, por imposição legal decorrente dos artigos 7.º, n.ºs 1 e 2, do NRJC, em articulação com o artigo 1.º, n.º 3, dos Estatutos da AdC e com o artigo 81.º, alínea f), da Constituição, se reconduz ao interesse público de promoção e defesa da concorrência, ou seja, ao funcionamento eficiente dos mercados, à repartição ótima dos recursos e aos interesses dos consumidores, mas, note-se,

⁴ Cf. JAN S. OSTER, “The Scope of Judicial Review in the German and U.S. Administrative Legal System”, in *German Law Journal*, Volume 09, n.º 10, pp. 1267-1296.

⁵ CASTANHEIRA NEVES – “O problema da discricionariedade”, in *Digesta*, Vol. 1.º, Coimbra, 1995, (pp. 531-596), p. 578.



Sigane

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

sempre no contexto do processo competitivo entre agentes económicos⁶, ou seja, a AdC não promove, nem defende – porque não lhe é legalmente permitido fazê-lo – os referidos valores à luz de enquadramentos diversos, como, por exemplo, a proteção da saúde pública, entre o mais, por via do acesso dos cidadãos aos medicamentos. Caso o fizesse estaria a incorrer em desvio de poder, na medida em que enveredaria pela prossecução de um interesse público diferente daquele que a lei inseriu no âmbito dos seus poderes. Por conseguinte, nem a AdC pode fundar a sua decisão de rejeição da denúncia tendo em vista a prossecução de um interesse diferente do referido, que pode ser privado ou público, nem o denunciante pode pretender que a AdC proceda à abertura do processo de contraordenação para esse efeito.

Em terceiro lugar, considera-se, contrariamente ao que é sustentado por alguma doutrina⁷, que os critérios previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, são taxativos e não exemplificativos. É certo que a redação do preceito é compatível com a tese contrária, ao formular uma regra geral seguida da particularização de algumas hipóteses, introduzida pela expressão “em particular”. É verdade também que o elemento histórico aponta no mesmo sentido, uma vez que a norma inspira-se na jurisprudência da União Europeia, que entende, a propósito, o seguinte: “dado que a apreciação do interesse comunitário de uma denúncia é função das circunstâncias de cada caso, não há nem que limitar o número de critérios de apreciação a que a Comissão se pode referir nem, em contrapartida, que lhe impor a utilização exclusiva de determinados critérios” – cf. acórdão IECC, § 58.

Contudo, a redação do preceito também é compatível com a tese contrária, referindo-se o termo “em particular” a uma concretização específica da regra geral. E quanto ao elemento histórico, do mesmo se retiram argumentos que reclamam por espaços de discricionariedade não demasiado amplos. Vejamos.

Tal como defende a doutrina, o afastamento do princípio da legalidade é uma solução muito criticável, uma vez que “um dos principais fundamentos em que assenta aquela jurisprudência [que inspirou o artigo 7.º, n.º 2, do NRJC] reside na existência, no âmbito do ordenamento jurídico da EU, de um sistema de competências paralelas no que respeita à aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, seja pela Comissão Europeia, seja pelas autoridades de concorrência e tribunais nacionais”⁸. Ou seja, faz todo o sentido, numa lógica de eficiência, permitir que a Comissão faça uma alocação e gestão apropriada dos seus recursos, quando daí não resulta qualquer risco em termos de comprometimento da defesa da concorrência, na medida em que continua a poder ser assegurada pelas autoridades nacionais. Ora, esta lógica não se aplica evidentemente a nível nacional, uma vez que a AdC tem

⁶ Cf. JOSÉ DA CRUZ VILAÇA E MARIA JOÃO MELÍCIAS, Anotação ao artigo 62.º, in Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense, Almedina, 2013, p. 62.

⁷ Cf. JOSÉ DA CRUZ VILAÇA E MARIA JOÃO MELÍCIAS, Anotação ..., p. 65.

⁸ *Idem*, p.66.

competência exclusiva para aplicar os artigos 9.º a 12.º, do NRJC, quando se trate de práticas restritivas da concorrência com impacto limitado ao território nacional.

Veja-se inclusive que mesmo a doutrina que defende que os critérios são enunciativos e não taxativos não deixa de sufragar que “[i]mporta, porém, por força dos princípios elementares de transparência, confiança legítima e segurança jurídicas, que quaisquer novos critérios de avaliação que a AdC venha a aplicar, à luz da sua experiência, sejam devidamente divulgados nos termos do n.º 3 do artigo 7.”⁹. Esta exigência de divulgação prévia, que pressupõe necessariamente uma certa abstração, não é compatível com o fundamento de apreciação casuística invocado pela jurisprudência da União Europeia.

Para além disso, os critérios previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, em particular “as prioridades da política da concorrência”, têm a abertura e flexibilidade suficientes para, em função da experiência colhida em casos concretos, permitir uma renovação dos parâmetros gerais de condução da atividade da AdC no exercício dos seus poderes sancionatórios. Ao que acresce que, por força do artigo 7.º, n.º 3, do NRJC, a lei garante a sua transparência e divulgação.

Por conseguinte, quer porque a interpretação sufragada tem o mínimo de correspondência da lei, quer porque é aquela que, na ponderação dos interesses em confronto, melhor garante a promoção e defesa da concorrência à luz do quadro normativo interno, sendo, por isso, sustentada pela teleologia da norma, conclui-se que a AdC não pode fundar a sua decisão em critérios diversos daqueles que estão previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, existindo, nesta medida, também um segmento de vinculação, ou seja, se a AdC sustentar a decisão em critérios diversos estará a violar a lei e, nessa medida, a decisão será anulável por força do artigo 163.º, n.º 1, do CPA.

Ainda no plano da vinculação, importa referir que um dos fundamentos de ponderação a considerar pela AdC na sua tomada de decisão reconduz-se aos elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados (cf. artigo 7.º, n.º 2, do NRJC). Esta fórmula significa, em conformidade com a jurisprudência da União Europeia, que a AdC “não está obrigada a ter em conta, na análise de uma denúncia, elementos de facto que não tenham sido levados ao seu conhecimento pelo denunciante, para poder rejeitá-la com o fundamento de que as práticas denunciadas não violam as regras comunitárias em matéria de concorrência ou, eventualmente, de que não entram no âmbito de aplicação destas últimas” – cf. acórdão do TPI de 04.03.2003, Fenin v. Comissão, processo T-319/99, § 43. Concomitantemente, a AdC pode rejeitar a denúncia se os factos apresentados pelo denunciante não consubstanciarem a prática de qualquer infração ao direito da concorrência, ou seja, com fundamento no enquadramento jurídico dos factos apresentados. É evidente que, neste âmbito, existe vinculação total, pelo que o controlo judicial é pleno, tratando-se do mero confronto dos factos alegados com os parâmetros legais que definem os elementos típicos relativos às práticas restritivas da concorrência.

Importa ainda acrescentar, quanto a este critério, duas notas adicionais.

Em primeiro lugar, os princípios da imparcialidade, da racionalidade e da razoabilidade impõem que a entidade administrativa emprenda todas as ponderações relevantes. No fundo, isto corresponde à fórmula utilizada pela jurisprudência da União Europeia, em matéria de processamento de denúncias por

⁹ *Idem*, p. 65.



Scgane/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

práticas restritivas da concorrência, no sentido de que a Comissão deve, no exercício do seu poder discricionário, ter em consideração todos os elementos de direito e de facto pertinentes a fim de decidir do seguimento a dar à denúncia – cf. acórdão do TJ de 17.05.2001, IECC v. Comissão, C-449/98, § 57 (sublinhado introduzido pela signatária). Por conseguinte, a AdC deve apreciar a denúncia à luz de todos os critérios previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC. E, quanto ao critério específico dos elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, deve empreender todos os enquadramentos jurídicos possíveis que tenham afinidade com os factos relatados. Contudo, isto não significa que, na aplicação desse critério, tenha de ir para além da narrativa apresentada pelo denunciante, ou seja, a aplicação os referidos princípios, de forma conjugada com o referido critério, significa que, dentro dos limites da narrativa alegada pelo denunciante, quer aqueles que se extraem de forma direta e expressa, quer aqueles que se inferem de forma necessária, a AdC deve considerar todos os elementos relevantes e todas as ponderações jurídicas pertinentes.

Em segundo lugar, “elementos de facto ou de direito apresentados” corresponde à narrativa dos factos pelo denunciante e não aos elementos de prova apresentados pelo mesmo. Vejamos porquê.

Nos termos previstos quer nos Estatutos da AdC (cf. artigo 1.º, n.º 3, dos respetivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18.08), quer no NRJC (cf. artigo 5.º, n.º 1), quem tem a missão de promoção e defesa da concorrência é a AdC. E esta definição legal de competência em matéria de concorrência tem um efeito positivo e um efeito negativo. O efeito positivo consiste em conferir competência à AdC para promover a defesa da concorrência, atribuindo-lhe os poderes necessários, designadamente sancionatórios, de supervisão e de regulamentação (cf. artigo 5.º, n.º 1, do NRJC). O efeito negativo consiste em não permitir que qualquer outra entidade exerça as mesmas competências, através dos referidos poderes. Ora, estando o exercício destas competências dependente da detenção de poderes adequados para o efeito, que só a AdC dispõe, é evidente que não pode aceitar-se um ónus para o denunciante de provar a sua narrativa, pois não dispõe dos poderes necessários. Esta é a lógica simples do facto de estarmos perante um sistema que exige a intervenção pública (public enforcement) e que não está dependente da iniciativa privada (private enforcement). A iniciativa privada é admitida, sim e com (por enquanto e em maior extensão) ónus da prova, mas no âmbito das ações civis destinadas à reparação de danos.

Por conseguinte, nenhum dos critérios previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, pode ser interpretado ou definido no sentido de atribuir ao denunciante o referido ónus da prova, pois seria não só estar a demitir a AdC da sua missão, como desproteger, desproporcionalmente, o interesse da promoção e defesa da concorrência, porque o denunciante, simplesmente, não tem os poderes de investigação que a AdC dispõe. Não pode fazer buscas (cf. artigo 19.º, do NRJC), não pode solicitar informações, com prerrogativas de autoridade, etc.

Em consequência, o critério previsto no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, que alude a elementos de facto e de direito que lhe foram apresentados, reporta-se apenas ao quadro fático relatado na denúncia. Não inclui a demonstração dos factos alegados, ou seja, o denunciante tem o ónus de apresentar uma narrativa que seja suscetível de integrar uma prática restritiva da concorrência, na medida em que a suficiência da narrativa é o mínimo de substrato para fundar uma denúncia, sendo proporcional e justificado que a sua insuficiência possa fundar a decisão de não instauração do processo de contraordenação, mas não tem o ónus de provar essa narrativa, pois esse é, conforme referido, o dever da AdC.

Passemos, agora, aos segmentos discricionários. É inequívoco que se pretendeu atribuir à AdC uma margem de decisão própria e exclusiva, em matéria de instauração de processos de contraordenação, assente em razões de eficiência organizativa. Isso retira-se do elemento histórico, quer porque o artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, veio, no essencial, dar forma de lei, no nosso ordenamento jurídico, aos princípios estabelecidos na jurisprudência Automec – cf. acórdão do TPI de 1.09.1992, Automec v. Comissão, T-24/90, § 87 a 95 – que têm subjacente essa lógica, quer porque vai de encontro ao compromisso assumido pelo Estado Português no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica de 17 de maio de 2011, de [r]acionalizar as condições que determinam a abertura de investigações, permitindo à Autoridade da Concorrência efectuar uma avaliação sobre a importância das reclamações (ponto 7.20)¹⁰.

Para além disso, com exceção do segmento relativo aos elementos de facto e de direito, os demais critérios de ponderação particularizados pelo legislador no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, são uma expressão da referida lógica de eficiência organizativa. É o caso das prioridades da política de concorrência, da gravidade da eventual infração, da probabilidade de poder provar a sua existência e da extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC e pelos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Por fim, uma ponderação assente em razões de eficiência organizativa, que combina a missão de promoção e defesa da concorrência com os recursos ao dispor da AdC numa visão necessariamente global do contexto económico nacional, apenas pode ser efetuada, com a profundidade necessária e, em simultâneo, com praticabilidade, pela própria Autoridade, que conhece os meios disponíveis e está em condições de ter uma perspetiva transversal.

Consequentemente, os referidos segmentos, que são uma expressão da aludida lógica de eficiência organizativa, são segmentos decisórios discricionários, sujeitos a um controlo judicial de mera juridicidade ou limitado, nos termos definidos.

Impõe-se apenas uma clarificação adicional. Admitindo-se que a margem de decisão da AdC inclua a interpretação desses conceitos, há limites que decorrem da sua vinculação teológica a razões de eficiência organizativa e das demais normas do quadro legal aplicável por força das quais o processo previsto no NRJC que se destina à investigação de práticas restritivas da concorrência é o processo de

¹⁰ In https://aventadores.files.wordpress.com/2011/05/2011-05-18-mou_pt.pdf.



Scgama/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

contraordenação (cf. artigo 13.º e ss. do NRJC), sendo dentro destes limites que apenas se pode reconhecer um espaço de discricionariedade.

Significa isto, em concreto, que o legislador não pretendeu que a AdC transferisse para um procedimento administrativo prévio à instauração de um processo de contraordenação a atividade que lhe está reservada no âmbito deste processo, ou seja, a realização de diligências de investigação e a formulação de um juízo de indiciação quanto à verificação da infração devem ser efetuadas num processo de contraordenação. Efetivamente, se é de admitir que a narrativa do denunciante, à luz do critério dos elementos de facto e de direito apresentados, possa, desde logo, afastar a verificação de qualquer infração e obstar à instauração do processo de contraordenação, por ser insuficiente, contraditória ou ilógica, já a necessidade de produção de prova e a formulação de um juízo de mera indiciação quanto à inexistência da infração (cf. artigo 24.º, n.º 3, alínea b), do NRJC) extravasa o âmbito de discricionariedade da AdC no processamento de denúncia. Não quer isto dizer que a AdC não possa empreender diligências no âmbito do processamento de denúncias. Pode fazê-lo mas apenas para verificação dos critérios que determinam a abertura do processo de contraordenação.

Isto relaciona-se em especial com o critério da probabilidade de poder provar a existência da infração, que, nesta medida, não pode ser interpretado no sentido de habilitar a AdC a transferir para um procedimento administrativo a atividade própria do processo de contraordenação, que é a investigação da infração e a formulação de um juízo de indiciação (cf. artigo 24.º, n.º 3, alíneas a), e b), do NRJC), discordando-se, nesta medida, das asserções tecidas em sentido contrário pela AdC e pelas Contrainteressadas. Até porque o tipo de controlo judicial que é efetuado num processo e no outro é muito diferente, pois no processo de contraordenação o objeto de controlo não é a decisão impugnada, mas as questões subjacentes à decisão impugnada, ou seja, é um controlo pleno, cujo trilho da decisão, caso seja o denunciante a recorrer por via do artigo 24.º, n.º 5, do NRJC, vai da sua pretensão diretamente para as normas legais aplicáveis, sem vinculação à decisão da AdC.

E não se diga que desta forma se está a esvaziar o referido critério. Este argumento não colhe, pois continua a ter um sentido útil se interpretado em termos de viabilidade probatória, ou seja, de acesso à prova em tempo útil face aos recursos de que a AdC dispõe. Pense-se, por exemplo, numa infração muito próxima do fim do prazo de prescrição que implica determinadas diligências probatórias, como buscas, não sendo viável que sejam empreendidas em tempo útil face aos recursos de que a AdC dispõe, etc.

E não se diga ainda que a limitação deste critério nos termos indicados esvazia o conteúdo do critério da extensão das diligências de investigação necessárias. Não esvazia na medida em que este não está limitado à probabilidade de demonstração da infração e a referida probabilidade, com os limites referidos, pode não implicar muitas diligências probatórias (em termos de "extensão").

E não se diga ainda que, por esta via, o Tribunal está a invadir o espaço de margem de decisão da AdC. Este argumento também não é válido, pois do que se trata é de limitar e conformar o seu âmbito com a teleologia que determina o reconhecimento de discricionariedade e também com normas decorrentes do quadro normativo aplicável, designadamente que o processo de contraordenação é o processo previsto no NRJC que se destina à investigação de práticas restritivas da concorrência. Por conseguinte, é ainda no âmbito da juridicidade que estes limites são traçados.

Em todo o caso, mesmo que assim se não entenda, designadamente por se considerar que no critério da probabilidade de poder provar a existência da infração está contido um juízo de indiciação, então terá de se concluir que o mesmo não faz parte das valorações próprias da AdC, ou seja, que não está a coberto de qualquer discricionariedade. E conclui-se nestes termos, porquanto, o referido sentido não tem subjacente a dita lógica de eficiência organizativa, que implica a mobilização de parâmetros extrajurídicos, para além da demonstração da infração, quer em termos de facto, quer em termos de direito, designadamente uma visão transversal do mercado, conjugada com os recursos disponíveis pela AdC, que permita uma definição de prioridades e uma alocação de meios. Efetivamente, um juízo de indiciação assenta apenas e só na análise da prova quanto aos elementos consubstanciadores do tipo contraordenacional, para a qual o Tribunal está plenamente habilitado. Não pressupõe qualquer ponderação do binómio gravidade versus recursos disponíveis.

Por fim, se a decisão da AdC incorrer em vício de fundamentação, incompetência, desvio de poder, violação da lei, violação de direitos fundamentais, violação dos princípios jurídicos fundamentais do exercício da sua atividade, erro de facto, erro manifesto de apreciação ou, em geral, extravasar os seus poderes discricionários, a decisão será nula ou anulável conforme o caso – cf. artigos 161.º, n.º 2 e 163.º, n.º 1, ambos do CPA.

Importa ainda ter presente que, por força do artigo 163.º, n.º 5, do CPA, não se produz o efeito anulatório quando: a) o conteúdo do ato anulável não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível; b) o fim visado pela exigência procedural ou formal preferida tenha sido alcançado por outra via; c) se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo¹¹.

¹¹ É esta também, no essencial, a orientação dos Tribunais da União Europeia, sendo expressivas, neste sentido, as seguintes asserções tecidas pelo Tribunal no caso *Schneider* (T-310/01), que ainda que a propósito de uma operação de concentração são igualmente válidas, por identidade de razões, neste domínio: “*seja qual for a dimensão das lacunas que possa apresentar uma decisão da Comissão que declare a incompatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum, as mesmas não podem implicar a sua anulação se e na medida em que todos os outros elementos contidos nesta decisão permitam ao Tribunal considerar demonstrado que, de qualquer forma, a realização da operação conduzirá à criação ou ao reforço de uma posição dominante tendo por efeito entravar significativamente a concorrência efectiva, na acepção do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89 (§412)*¹¹.



Segundo

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

Vejamos o que resulta da aplicação destes parâmetros ao caso concreto, analisando os fundamentos invocados pela A., sem considerar evidentemente as alegações genéricas e de enquadramento.

Assim, a A. aponta, no artigo 4.º da petição inicial, vários vícios à decisão impugnada, alguns dependentes da análise das alegadas práticas restritivas da concorrência invocadas (alíneas a) a d)) e outros de âmbito geral (alíneas e) e f)).

Começando por estes últimos, invoca a A. a violação do princípio da promoção e defesa da concorrência (artigo 4.º, alínea e), da PI). Importa esclarecer que não se trata de um princípio, mas, conforme referido, do fim de interesse público que vincula a atuação da AdC nesta matéria e cuja violação pode reconduzir a um desvio de poder. Clarificado este ponto, verifica-se que da alegação da A. não se retira nenhum facto que permita concluir que a AdC orientou a sua decisão em nome de interesses privados ou públicos diversos da promoção e defesa da concorrência. Inclusive se constata o contrário, ou seja, que a A. pretendia que a AdC enveredasse pela defesa e promoção de interesses públicos de natureza diferente, designadamente a promoção da saúde pública, através do acesso a medicamentos. Efetivamente, não compete à AdC fiscalizar ou sancionar o cumprimento da deliberação 021/CD/2011, de 27 de janeiro do Infarmed, e o teor dos artigos 6.º, n.ºs 1 e 2 e 100.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, ambos do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30.08, mas ao Infarmed, sendo certo que a posição que A. alega ter sido assumida pelo Infarmed depende evidentemente da perspetiva apresentada. Em todo o caso, é irrelevante que o Infarmed tenha considerado que a competência para apreciar as questões invocadas pela A. pertencesse à AdC. Por conseguinte, improcede este vício.

A A. invoca ainda a violação do princípio da tutela dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 4.º, alínea f), da petição inicial). Conforme acima se exarou, a AdC tem de respeitar, mesmo nos segmentos discricionários da sua decisão, os direitos fundamentais. Sucede que da alegação da A. nada se retira quanto à violação de direitos desta natureza de que seja eventualmente titular, sendo certo que, conexionados diretamente com a concorrência propriamente dita, o único direito fundamental que poderia ser afetado era o direito dos consumidores (cf. artigo 60.º, n.º 1, da Constituição), pois o interesse da promoção da concorrência, previsto no artigo 81.º, alínea f), da Constituição, destina-se a proteger o processo de concorrência e não o interesse dos concorrentes, ou seja, visa, em última instância e ao nível dos direitos fundamentais, reforçar o bem-estar dos consumidores e assegurar uma eficiente afetação de recursos. Ora, para além desta questão não ser diversa da prossecução do específico interesse público da promoção e defesa da concorrência e mesmo admitindo, sem equacionar por desnecessidade, que a A., enquanto pessoa coletiva e ao abrigo do disposto no artigo 12.º, n.º 2, da Constituição, pudesse ser titular do referido direito fundamental, o certo é que da sua alegação não se extrai nenhum abuso de exploração, nem qualquer outra prática restritiva da concorrência passível de a afetar a esse nível. Por conseguinte, improcede este segundo vício.

Quanto aos demais vícios, importa, conforme referido, conexioná-los com as alegadas práticas restritivas da concorrência invocadas pela A., em síntese, no artigo 12.º da petição inicial.

Assim, iremos começar pela terceira e pelas duas últimas – concentração em dois únicos operadores, de mais de 50% do volume de distribuição grossista de medicamentos, distorção dos canais de abastecimento das farmácias, com destino a mercados externos e insuficiência de abastecimento de medicamentos no comércio a retalho de medicamentos, com prejuízo para o consumidor final (artigo 12.º, alíneas c), f) e g) da petição inicial) – porque partilham três pontos em comum: revelam uma confusão entre regulação e direito da concorrência no plano sancionatório; são eixos que assumem uma posição central na alegação da A.; e, em si mesmas, não consubstanciam qualquer prática restritiva da concorrência.

Conforme supra referido, o direito da concorrência destina-se, em última instância, a proteger o bem-estar do consumidor. Para além disso e a nível europeu, visa-se ainda a integração do mercado único. No plano específico do bem-estar do consumidor, o direito da concorrência não protege o bem-estar do consumidor de todas as fontes possíveis de afetação, ou seja, nem tudo o que pode afetar um consumidor encontra resposta no direito da concorrência. Na verdade, não só protege o bem-estar do consumidor apenas em relação a algumas fontes de afetação, como a própria concorrência pode ser ela própria uma dessas fontes.

Explicitando melhor. Quanto ao primeiro ponto, o direito da concorrência protege o bem-estar do consumidor que está relacionado ou que deriva do processo concorrencial, ou seja, que resulta de um funcionamento eficiente dos mercados e da afetação ótima dos recursos. E fá-lo, através de uma intervenção a posteriori, por via do sancionamento das práticas restritivas da concorrência, e a priori, por via do controlo de concentração de empresas.

A primeira intervenção, designada por controlo posterior, pressupõe a verificação de uma prática restritiva da concorrência, que se pode traduzir num acordo, numa prática concertada ou numa decisão de uma associação de empresas que tenha como objeto ou efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado, num abuso de posição dominante ou num abuso de dependência económica (cf. artigos 9.º a 12.º do NRJC e artigos 101.º e 102.º, ambos do TFUE). Em qualquer caso, neste plano de intervenção, o direito da concorrência protege o bem-estar do consumidor de efeitos potenciais ou efetivos derivados ou resultantes de patologias no processo competitivo.

A segunda intervenção, designada por controlo preventivo, não implica a existência de patologias, destina-se a preveni-las. E fá-lo com uma amplitude que não é possível no controlo posterior. Efetivamente, no procedimento de controlo de concentração de empresas, o índice de concentração pode conduzir à proibição de uma operação de concentração, enquanto que, no plano sancionatório, este elemento pode ser apenas um indicador de poder de mercado, insuficiente em si mesmo para consubstanciar uma patologia e gerar uma consequência jurídica¹².

¹² É certo que, a nível do direito europeu da concorrência, o (atual) artigo 102.º do TFUE já foi invocado para, no essencial, proibir operações de concentração de empresas, designadamente no caso *Continental Can*. Mas foi assim porque não existia um mecanismo específico de controlo das concentrações, entretanto introduzido pelo Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, revogado e substituído pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004, de 20 de janeiro de 2004 (doravante “Regulamento n.º 139/2004”), que afasta a aplicação do Regulamento (CE) n.º 1/2003



Segundo

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

Quanto ao segundo ponto, o processo competitivo pode afetar ou ser insuficiente para garantir o bem-estar do consumidor e pode ainda ter implicações de âmbito geral, como a saúde pública, e, nessa medida, ser necessário introduzir limitações, nomeadamente por via do controlo dos preços, e medidas adicionais de controlo do acesso aos bens/serviços e/ou da sua qualidade. É neste plano que surge a regulação económica setorial, cujo interesse prosseguido já não é a concorrência, ou seja, a proteção do bem-estar do consumidor por via do processo competitivo, mas outras dimensões do bem-estar do consumidor e outros interesses públicos, como, por exemplo, a proteção da saúde pública, através do acesso a medicamentos.

É à proteção deste específico interesse que se dirige, em geral, o Estatuto do Medicamento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30.08, e, em particular, as normas invocadas pela A., artigos 6.º, n.ºs 1 e 2 e 100.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2, que consagram o princípio da continuidade no fornecimento de medicamentos, e bem assim a deliberação 021/CD/2011, de 27 de janeiro do Infarmed, que concretizou esses normativos, e cuja fiscalização é da sua competência.

Significa isto que a insuficiência de abastecimento de medicamentos no comércio a retalho, com prejuízo para o consumidor final e contra as normas referidas, concretizadas pelo Infarmed na referida deliberação, não é, em si mesma, um problema de direito da concorrência, pois não consubstancia uma patologia do processo competitivo, na medida em que não integra uma prática restritiva da concorrência.

Para além disso, enquanto efeito, não só não é o efeito que o direito da concorrência visa evitar, como também não é necessariamente revelador de uma prática restritiva da concorrência. Não é o efeito que o direito da concorrência visa evitar, porque um funcionamento eficiente dos mercados e da afetação ótima dos recursos, por via do processo competitivo, pode não garantir o acesso contínuo de bens/serviços, especificamente, que o mesmo seja efetuado no prazo máximo de 12 horas, conforme estipulou o Infarmed. Por conseguinte, a garantia do acesso contínuo e no prazo máximo de 12 horas surge em nome de outros interesses, designadamente o referido interesse de proteção da saúde pública, que não a promoção e defesa da concorrência.

Não é necessariamente revelador de uma prática restritiva da concorrência: quer porque, em tese, pode ter outras causas não associadas a patologias do processo competitivo; quer porque, em termos lógicos, é inclusive pouco compatível com patologias do processo competitivo, porque estas, em regra, não estão vocacionadas para a falha completa dos produtos/serviços, mas para a diminuição do acesso por via de preços mais elevados, ou seja, o consumidor não tem acesso ao bem porque não o pode pagar (hipótese não equacionável no caso face à regulamentação dos preços máximos), mas não porque ele falte no mercado (aqui o

relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos (atuais) artigos 101.º e 102.º do TFUE (cf. artigo 21.º, n.º 1).

mercado nacional); quer porque, em concreto, a própria A. aponta para uma causa que, no contexto do mercado único, está nos antípodas de uma patologia do processo competitivo, designadamente a exportação.

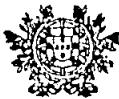
Efetivamente e quanto a este terceiro ponto, esclareceu o TJ, no caso Glaxo Grécia, que envolvia uma recusa de fornecimento de medicamentos, mas para evitar exportações, que as práticas de uma empresa em posição dominante destinadas a evitar as exportações paralelas de um Estado-Membro para outros Estados-Membros, ao compartimentar os mercados nacionais, neutralizam as vantagens de uma concorrência eficaz em termos de abastecimento e de preços que essas exportações proporcionavam aos consumidores finais nesses outros Estados (§ 32). Ou seja, a promoção e defesa da concorrência, no contexto do interesse da integração e manutenção do mercado único, é favorável às exportações e reage quando estas são limitadas. Já o interesse público de defesa da saúde pública, através do acesso ao medicamento, pode condicionar as exportações, conforme se admitiu no referido caso.

Com as asserções precedentes pretende-se extrair duas conclusões.

Em primeiro lugar, que a distorção dos canais de abastecimento das farmácias, com destino a mercados externos e a insuficiência de abastecimento de medicamentos no comércio a retalho de medicamentos, não são, em si mesmas, patologias do processo competitivo, ou seja, práticas restritivas da concorrência, mas, isoladamente consideradas, são problemas de regulação setorial do acesso a medicamentos, cuja competência pertence ao Infarmed e não à AdC. Por conseguinte, à luz dos elementos de facto e de direito transmitidos pela A., a AdC não dispunha de elementos, nesta parte, que justificassem a sua intervenção por via sancionatória. O mesmo se aplica para a concentração em dois únicos operadores, de mais de 50% do volume de distribuição grossista de medicamentos, pois, podendo ser essencial num procedimento de controlo de concentrações, não é suficiente para consubstanciar uma prática restritiva da concorrência. Note-se ainda que, nem mesmo interligados entre si, estes elementos não corporizam uma patologia do processo competitivo. Efetivamente, mesmo que haja um nexo entre concentração do mercado grossista – exportação – insuficiência de abastecimento ainda assim não seria suficiente para configurar uma prática restritiva da concorrência. Para além disso, a AdC também não tinha, conforme se referiu, qualquer dever de completar o quadro fático, associando a estes efeitos ou indicadores eventuais práticas restritivas da concorrência.

Até porque, e esta é a segunda conclusão referida, tais elementos também não indiciam, de forma necessária, por mera inferência, que por detrás da referida cadeia de eventos - concentração do mercado grossista – exportação – insuficiência de abastecimento – esteja uma qualquer prática restritiva da concorrência. Quer porque o elemento exportação aponta justamente em sentido contrário, ou seja, a apresentação da exportação como uma patologia concorrencial é contraditória. O inverso, no mercado a montante, é que seria mais plausível. Quer porque, mesmo que se retirasse este elemento da equação, a falha absoluta de produtos no mercado não é, conforme referido, um efeito necessário de uma patologia no processo competitivo.

Admite-se, como não poderia ser de outra forma, que a falha de medicamentos é um problema dramático, do ponto de vista da saúde pública, mas esse efeito impressivo não torna mais verosímil a verificação de uma prática restritiva da concorrência.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

Assim, no que respeita às alegadas práticas, que a A. elencou no artigo 12.º, alíneas c), f) e g), da petição inicial, não se verifica nenhum dos vícios referidos no artigo 4.º, alíneas a) a d) da mesma peça processual, nem qualquer outro suscetível de invalidar a decisão proferida pela AdC.

Quanto à restrição à entrada de novos operadores de distribuição grossista de medicamentos, por recusa de fornecimento pelos titulares de AIM e abuso de posição dominante pelos mesmos (artigo 12.º, alíneas a) e b), cumpre esclarecer, num primeiro plano, que, em termos factuais, não se verifica uma restrição absoluta à entrada de novos operadores de distribuição grossista de medicamentos, pois a A. não foi impedida de exercer esta atividade em termos gerais e, quanto aos específicos medicamentos objeto de recusa, e mesmo colocando a possibilidade de consubstanciarem, cada um, um mercado autónomo quanto ao produto, a A. tem acesso aos mesmos através de outros distribuidores (cf. artigo 96.º da petição inicial e § 63.º e 105.º da decisão impugnada). Admite-se que, porventura, em condições mais desvantajosas, mas em todo o caso não se trata de um restrição absoluta à entrada, tendo a questão de ser analisada nessa perspetiva específica do acesso ser efetuado potencialmente em desvantagem.

Delimitado o quadro factual a considerar, verifica-se que a A. parte da recusa de que foi alvo por parte dos titulares AIM para daí inferir a existência de uma prática coletiva, designadamente acordos restritivos da concorrência, e a existência de uma prática individual, designadamente um abuso de posição dominante.

Quanto à primeira, situando-se os titulares AIM e os distribuidores grossistas em diferentes níveis da produção ou da cadeia de distribuição estaria em causa um acordo vertical. Para que exista um acordo restritivo da concorrência é irrelevante a forma, desde que afete a liberdade económica de ação dos intervenientes, por pressupor a vontade comum das partes envolvidas de se portarem no mercado de determinado forma, no que respeita às condições em que podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços¹³.

As restrições verticais são em geral menos prejudiciais do que as restrições horizontais e poderão proporcionar uma margem significativa para ganhos de eficiência¹⁴. Nesta linha e tal como se retira igualmente das Orientações da Comissão sobre a matéria, em relação à maior parte das restrições verticais, só podem surgir problemas a nível da concorrência se existir uma concorrência insuficiente num ou vários estádios da atividade comercial, isto é, se existir um certo grau de poder de mercado a nível do fornecedor ou do comprador ou de ambos¹⁵.

¹³ Cf. Orientações da Comissão relativas às restrições verticais, publicadas no JO 19.05.2010, C 103/1, § 4.

¹⁴ *Idem*, § 6.

¹⁵ *Idem*.

Com base nesta premissa e tendo presente o Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, há que desconsiderar, desde logo, os acordos cujas quotas de mercado do fornecedor e do comprador não ultrapassem o limite definido no artigo 3.º, n.º 1, desse diploma. Contudo, escapam a este limite as chamadas restrições verticais por objeto, previstas no artigo 4.º, nomeadamente que limitam o preço de venda ou que contenham restrições de território ou de clientela e cuja efeito anticoncorrencial – de impedir, falsear ou restringir a concorrência – se assume sem indagação adicional. Fora estas hipóteses e acima do aludido limite, a apreciação deve ser casuística, de modo a apurar a existência de um efeito anticoncorrencial potencial, ou seja, se a conduta é adequada a impedir, falsear ou restringir a concorrência, sendo certo que a existência de poder de mercado num em ambos os níveis de produção ou da cadeia de distribuição, sendo um indicador, não é suficiente.

Importa ainda acrescentar que os incentivos para uma colusão vertical são menos fortes do que nos acordos horizontais, pois, tal como explica a Comissão, “[a] principal razão para a maior preocupação com as restrições horizontais reside no facto de estas poderem dizer respeito a um acordo entre concorrentes que fabricam bens ou serviços idênticos ou substituíveis. Nessas relações horizontais, o exercício do poder de mercado por uma empresa (preços mais elevados para o seu produto) pode beneficiar os seus concorrentes. Tal pode constituir um incentivo para os concorrentes se comportarem de forma anticoncorrencial entre si. Em relações verticais, o produto de uma parte constitui um input da outra. Por outras palavras, as actividades das partes no acordo são complementares entre si. Assim, o exercício do poder de mercado, quer pela empresa a montante quer pela empresa a jusante, prejudicará normalmente a procura do produto da outra empresa. Por conseguinte, as empresas envolvidas no acordo têm normalmente um incentivo para impedir o exercício do poder de mercado da outra empresa”¹⁶.

Definidos estes parâmetros, vejamos a narrativa da A: sobre esta matéria. Assim, alegou, neste âmbito: a existência de “acordos de distribuição vigentes, sujeitos a restrição vertical e cumprimento de quotas de mercado e na facilidade de exportação de medicamentos que deveriam ser destinados ao mercado interno”; “prática vigente entre os titulares de AIM identificados e os principais distribuidores grossistas em Portugal, tendo por objetivo limitar a distribuição e repartir os mercados e as fontes de abastecimento por meio de vantagens competitivas atribuídas a determinados operadores, subordinadas a regras de distribuição alheias às necessidades do mercado relevante”; “acordos de racionamento do mercado nacional, com exclusão de novos operadores na cadeia de distribuição”; “acordos verticais”; “acordos de exclusividade restritivos do acesso”; “atribuição de prerrogativas de exclusividade ou o condicionamento de fornecimento a certas quotas de mercado”; “acordos de racionamento do mercado nacional”. Em termos de efeito anticoncorrencial potencial, a A. sustenta que estes acordos aumentam o nível de concentração dos operadores grossistas com maior quota de mercado, o que potencia a exportação e a consequente falha de medicamentos no mercado nacional.

¹⁶ *Idem*, § 98.



Sigane

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

A narrativa da A. é claramente insuficiente para se identificar um acordo vertical restritivo da concorrência. Em primeiro lugar, não define, de forma inteligível, a expressão concreta do acordo em causa, fazendo alusões genéricas. Em segundo lugar, mesmo que se infira da sua alegação uma espécie de acordo que se traduza na vinculação dos titulares AIM de não vender os medicamentos a outros distribuidores, subsiste o problema do efeito anticoncorrencial potencial. Efetivamente, a A. introduz, em termos de cadeia de eventos, a exportação como a causa do alegado prejuízo para os consumidores nacionais por via da falha de medicamentos. Ora, num quadro de internormatividade¹⁷, que vincula as autoridades e os Tribunais nacionais a fazerem aplicação direta do artigo 101.º, do TFUE, a exportação não é anticoncorrencial. O inverso, no contexto da integração do mercado único, é que seria. E com isto não se está a prejudicar os consumidores portugueses em detrimento do mercado único ou de outros Estados-membros, pois o interesse dos consumidores nacionais é garantido, neste âmbito, por via de restrições ao processo competitivo, asseguradas pelo referido princípio da continuidade do medicamento, cuja fiscalização não é, conforme já referido, da competência da AdC. Em suma, na cadeia de eventos relatada pela A. a falha não está no processo competitivo, mas na fiscalização do cumprimento do princípio da continuidade, que é matéria de regulação setorial.

Dir-se-á, mas aceitando-se a exportação como válida no plano concorrencial, a existência de acordos verticais que impedem os titulares AIM de vender medicamentos com outros distribuidores diminui em todo o caso as possibilidades de escolha das farmácias, aumenta o poder de mercado dos distribuidores envolvidos nos acordos e aumenta a probabilidade de falharem medicamentos no mercado, por serem canalizados para a exportação. Este argumento não colhe. Em primeiro lugar, porque ao nível apenas e só da aferição da adequação da conduta para produzir um efeito anticoncorrencial, que é um elemento típico da infração e tem de ser inferido da narrativa da denúncia, tal argumento não subsistiria face ao contra-argumento invocado pelas contrainteressadas no sentido de que o aumento de distribuidores não significa, só por si, que os medicamentos não sejam canalizados para a exportação. Em segundo lugar, nesta análise subsiste o mesmo problema, porque a falha de medicamentos continua a estar relacionada com a exportação. E qualquer intervenção a este nível, no sentido de limitar a exportação, apenas se pode sustentar, reitera-se, em interesses diferentes da promoção e defesa da concorrência. Em suma, pretendendo a A. fazer convergir ou conciliar a “sua causa” com a “causa” da falha de medicamentos no mercado, acaba por introduzir um problema de mecânica de eventos na sua narrativa que a retira, nesta parte, do direito da concorrência.

¹⁷ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os poderes de cognição e de decisão do juiz no quadro do actual processo administrativo de plena jurisdição”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 101, setembro/outubro 2013 (pp. 37-44), p. 42.

Em face das asserções precedentes, considera-se que os elementos de facto e de direito apresentados pela A. permitiam, por si só, sustentar a decisão da AdC de não instaurar um processo de contraordenação para averiguar tais factos. É verdade que não foi bem isto que a AdC efetuou, pois empreendeu diligências probatórias, designadamente solicitou aos titulares AIM envolvidos cópias dos contratos de distribuição (cf. § 93 e ss.). Aparentemente, enveredou pela investigação da infração no procedimento de denúncia, quando, conforme supra se referiu, isto lhe está vedado, pois as diligências de apuramento da prática restritiva devem ser empreendidas no processo de contraordenação. No entanto, tal vício não inquia a decisão de arquivamento, na medida em que é seguro, face à análise precedente, que, mesmo sem as referidas diligências, a decisão seria igual e estaria bem sustentada.

Vejamos, agora, a prática individual de abuso de posição dominante.

Sustenta a AdC que “em geral ocorrem problemas de concorrência quando as empresas dominantes concorrem com o operador a quem recusa o fornecimento, num mercado a jusante” (§ 39 da decisão impugnada). Esta asserção, que visa desconsiderar, à partida, as preocupações jusconcorrenciais suscitadas pela narrativa da A., uma vez que não é concorrente dos titulares AIM, não é totalmente exata, quer porque não se aplica aos abusos de exploração, quer, porque, no âmbito dos abusos de exclusão, há casos jurisprudenciais de recusa a não concorrentes. Contudo, não se verificando uma hipótese de abuso de exploração, é tendencialmente correta. Vejamos porquê.

*Assim, a recusa em contratar com um concorrente é uma figura bastante conhecida do direito da concorrência, tendo sido objeto de várias decisões dos Tribunais da União Europeia, designadamente nos casos *Commercial Solvens* (acórdão do TJ de 06.03.1974, processos apensados C-6/73 e 7/73), *Telemarketing* (acórdão do TJ de 03.10.1985, processo C-311/84), *Volvo/Veng* (acórdão do TJ de 05.10.1998, processo C-238/87), *Magill* (acórdão do TJ de 06.04.1995, processos apensados C-241/91 P e C-242/91 P), *Ladbroke* (acórdão do TG de 12.06.1997, processo n.º T-504/93), *Oscar Bronner* (acórdão do TJ de 26.11.1998, processo C-7/97), *IMS Health* (acórdão do TJ de 24.04.2004, processo n.º C-418/01), *Microsoft* (acórdão do TG de 17.09.2007, processo T-201/04) e *Clearstream* (acórdão do TG de 09.09.2009, processo T-301/04)¹⁸.*

Fruto deste desenvolvimento jurisprudencial e do labor de conceptualização empreendido pela Comissão, com base nas decisões referidas, na Comunicação relativa à 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, publicada no JO de 24.02.2009, C 45/7, pode-se dar como assente, no que importa ao caso vertente, que a referida figura de abuso de posição dominante pressupõe a verificação dos três requisitos indicados pela AdC no referido § 41 (cf. § 81 da Comunicação da Comissão), que são: (i) o produto ou serviço recusado tem de ser objetivamente necessário para uma concorrência efetiva no mercado a jusante; (ii) tem de existir a possibilidade da recusa ter como resultado a eliminação da concorrência efetiva no mercado a jusante; e (iii) a recusa tem de ser suscetível de conduzir a um prejuízo para o consumidor.

Contudo, resulta quer da tipologia dos casos que conduziram à afirmação jurisprudencial da figura e ao seu específico recorte em termos de pressupostos

¹⁸ Cf. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, *Abusos de Posição Dominante*, Almedina, 2012, pp. 138 a 150.



Scgama

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

aplicativos, quer da referida Comunicação da Comissão que estes três requisitos não são os pressupostos que, em geral, se podem aplicar a qualquer hipótese de recusa de contratar, mas estão teleologicamente comprometidos com a recusa em contratar com um concorrente, especificamente com aquela que é a sua ideia fundacional, que consiste em não desincentivar a inovação e investimento.

Neste sentido, a Comunicação é bastante clara, ao referir, logo na introdução da figura, que a existência de uma obrigação de contratar, mesmo contra uma remuneração justa, poderá dissuadir a empresa de investir e de inovar e, por conseguinte, poderá prejudicar os consumidores. O conhecimento de que poderá existir uma obrigação de fornecimento contra a sua vontade pode conduzir as empresas dominantes — ou empresas que prevêem tornar-se dominantes — a não investirem ou investirem menos na actividade em questão. Os concorrentes poderão sentir-se igualmente tentados a aproveitar os investimentos feitos pela empresa dominante em vez de serem eles os investidores. A longo prazo, nenhuma destas consequências seria benéfica para os consumidores (§ 75).

Ora, este risco não se verifica numa hipótese de recusa de contratar com um não concorrente. Surge, então, a pergunta: nestes casos, por não se verificar esse pressuposto de base, dever-se-á aplicar o princípio geral que a Comissão enuncia no § 75, ou seja, que cada empresa, dominante ou não, deve ter o direito a escolher os seus parceiros comerciais e dispor livremente dos seus bens? Neste âmbito, o enquadramento da figura da recusa em contratar seria “um tudo ou nada”, ou seja, ou é uma recusa em contratar com um concorrente sujeita aos requisitos referidos ou, caso contrário, deve-se admitir, ao abrigo do referido princípio, que a empresa em posição dominante é livre de contratar ou não, sem ter de justificar a sua conduta.

Não é bem assim, pois a jurisprudência da União Europeia já analisou e admitiu a figura da recusa em contratar, como abuso de posição dominante, em relação a não concorrentes, designadamente em dois casos: cessação de fornecimentos a um cliente antigo; e recusa de fornecimento para prevenir o comércio paralelo. A primeira hipótese foi tratada no caso *United Brands* (acórdão do TJ de 14.02.1978, processo 27/76). A segunda hipótese foi objeto de análise pelo TJ caso *Glaxo Grécia* (acórdão do TJ de 16.09.2008, processos apensados C-468/06 a C-478/06).

Contudo, nenhuma das duas hipóteses tem afinidade com o caso apresentado pela A.. A primeira, porque a A. não era cliente da Merck, da Bristol e da Lilly e a segunda, porque a tipologia factual aí tratada é a inversa da apresentada pela A., da qual não se retira que a recusa em contratar de que foi alvo se tenha destinado a evitar o comércio paralelo, reivindicado a A. o contrário, ou seja, que a recusa potencia a exportação paralela em detrimento do mercado nacional. Para além disso, no caso da *United Brands*, a empresa em posição dominante visava atingir os seus concorrentes por via indireta, uma vez que a recusa foi efetuada porque o

distribuidor afetado envolvera-se numa campanha promocional de um fabricante de bananas concorrente.

Não obstante esta falta de afinidade, a recusa com não concorrentes pode ainda estar associada ou implicar outras figuras típicas do abuso de posição dominante, tal como a Comissão refere no § 77 da referida Comunicação, designadamente acordos exclusivos, por via de descontos ou de obrigação de compra (cf. § 32.º e ss.) e vendas subordinadas, através de subordinação ou agrupamento de vendas (cf. § 47.º e ss.). Para além disso, pode visar que o comprador baixe o seu preço de revenda.

Contudo, também nenhum destes enquadramentos encaixa na narrativa da A.. Efetivamente, a mesma não contém factos que façam referência a descontos ou obrigações de compra, no sentido dos distribuidores apenas poderem comprar aos titulares AIM e não aos seus concorrentes, nem vendas subordinadas. Quanto a este ponto das vendas subordinadas, verifica-se que a AdC, nos § 67, analisa a questão. Contudo, a narrativa da A. sobre a matéria reporta-se às relações entre os distribuidores e as farmácias. E também o mercado em causa, sujeito a regulação em termos de preço, não se ajusta à terceira hipótese.

Para além das figuras típicas referidas, a recusa também pode ser, conforme admite a AdC no § 46, instrumental à discriminação abusiva. Nesta linha, salienta Ricardo Bordalo Junqueiro, que “a recusa em fornecer um cliente, ao mesmo tempo que se fornece um outro com quem o primeiro concorre, não estando a empresa dominante presente neste mercado, pode levar à aplicação do regime jurídico dos abusos de posição dominante nas condições em que a discriminação pode ser abusiva”¹⁹.

A figura da discriminação abusiva está tipificada no artigo 102.º, alínea c), do TFUE e no artigo 9.º, n.º 1, alínea d), do NRJC. À luz destas normas constitui um abuso aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.

A discriminação abusiva pode consubstanciar um abuso de exploração ou um abuso de exclusão. Será um abuso de exploração quando não se destina a produzir efeitos nos concorrentes da empresa em posição dominante, mas permite-lhe “explora[r] as possibilidades que lhe são oferecidas pelo seu poder de mercado para prejudicar diretamente os seus clientes ou parceiros comerciais como, por exemplo, fornecedores”²⁰. Fundamental é que exista “um escopo de obtenção de vantagens para a empresa dominante, de benefícios que, na ausência de tal poder económico ela não poderia auferir”²¹.

A discriminação abusiva enquanto abuso de exclusão, para além dos cenários de compartimentação de mercados dentro do espaço da União Europeia e que põem em causa o propósito de integração do mercado único, pressupõe o efeito anticoncorrencial típico destes abusos, que é impedir, falsear ou restringir a concorrência, pelo menos, potencial, ou seja, a conduta tem de ser adequada a produzir o efeito. Efetivamente, conforme se pronunciou o TJ, no acórdão de

¹⁹ *Idem*, p. 169.

²⁰ MIGUEL MENDES PEREIRA, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009, pág. 173.

²¹ MIGUEL MOURA E SILVA, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Teses, Almedina, 2010, pág. 427.



Scanned

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

06.12.2012, *AstraZeneca v. Comissão*: “decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, embora a prática de uma empresa em posição dominante não possa ser qualificada de abusiva quando não haja o menor efeito anticoncorrencial no mercado, em contrapartida, esse efeito não tem de ser necessariamente concreto, bastando a demonstração de um efeito anticoncorrencial potencial (v., neste sentido, acórdão *TeliaSonera Sverige*, já referido, n.º 64)”.

Note-se que, podendo ser o efeito de falsear, em todo o caso é sempre instrumental do prejuízo para o consumidor, ou seja, importa averiguar da adequação da conduta para, por via do falseamento da concorrência, afetar o consumidor.

Ora, uma discriminação abusiva e qualquer prática, em geral, de abuso de posição dominante apenas tem este efeito potencial (caso não se trate de um abuso de exploração) quando se dirige direta ou indiretamente a concorrentes da empresa em posição dominante. E porque é se deve entender assim? Porque, fora das hipóteses referidas, uma empresa em posição dominante não tem, à partida, incentivos para empreender uma prática restritiva da concorrência, porque não tem nada a ganhar com isso. O que significa que, a ausência das hipóteses referidas, é fortemente indicadora de que a empresa em posição dominante tem uma justificação económica válida para proceder nesses termos. Nesta medida, seria desproporcional estar-lhe a impor o ónus da sua demonstração. É certo que, tal como a A. refere e é entendimento da jurisprudência da União Europeia, é à empresa em posição dominante que compete demonstrar a justificação económica²². Contudo, só se justifica que assim seja se a conduta, em si mesma, for adequada a produzir um efeito anticoncorrencial e, quando não tem associado um efeito de exploração (como sucede no caso) ou não se dirige direta ou indiretamente aos concorrentes ou não compromete a integração do mercado único, não revela essa aptidão. Por conseguinte, a ausência das hipóteses indicadas afasta o efeito anticoncorrencial potencial, exigindo a efetiva alegação de um efeito anticoncorrencial. E note-se, não se trata de, contrariamente ao que foi sufragado, fazer impender sobre a A. de qualquer ónus da prova. Do que se trata é de exigir uma narrativa que revele a adequação da conduta para produzir o efeito anticoncorrencial, enquanto elemento de verificação da infração.

Aplicados estes parâmetros à narrativa da A., poder-se-á admitir a existência, à partida, dos pressupostos de uma discriminação abusiva, pois há distribuidores, concorrentes da A., como a Alliance e a OCP, a quem as contrainteressadas Merck, Bristol e Lilly vendem os seus medicamentos, nada se inferindo dos elementos

²² Cf., entre outros, acórdão *Post Danmark*, no qual se exarou que uma empresa em posição dominante “pode demonstrar, para esse efeito, que o seu comportamento é objetivamente necessário (v., neste sentido, acórdão de 3 de outubro de 1985, CBEM, 311/84, Recueil, p. 3261, n.º 27) ou que o efeito de eliminação que este comporta pode ser compensado, ou mesmo superado, por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor (acórdãos de 15 de março de 2007, British Airways/Comissão, C-95/04 P, Colet., p. I-2331, n.º 86, e *TeliaSonera Sverige*, já referido, n.º 76)”.

recolhidos pela AdC no sentido das condições a que a A. está disposta a comprá-los sejam diferentes dos demais distribuidores. Acresce ainda que a própria decisão admite que isso pode implicar condições comerciais diferentes daquelas que resultariam de uma compra junto do laboratório farmacêutico da AIM (cf. § 105).

Contudo, no caso tal como é apresentado pela A. não se vislumbra a aptidão para produzir qualquer um dos efeitos referidos, pois a A. não é concorrente das contrainteressadas Merck, Bristol e Lilly, nem se consegue inferir, à luz do quadro factual denunciado pela A., que a recusa em contratar com a A. se destine a atingir indiretamente os concorrentes dos titulares AIM ou que lhes atribua vantagens, em termos de exploração da sua posição dominante. Em suma, a A. não apresenta, nos factos por si descritos, uma narrativa que permita associar, a uma eventual discriminação abusiva de que foi alvo por parte dos titulares AIM, um efeito potencialmente anticoncorrencial. E, quanto à verificação de um efeito efetivo, por via da falha de medicamentos, surge novamente a questão da exportação no nexo de eventos, valendo aqui as asserções supra tecidas sobre esta matéria. Note-se que este é um problema de narrativa e não de demonstração de efeitos. Efetivamente, as conclusões precedentes assentam apenas e só na alegação da A..

Assim, tem-se igualmente por afastada a discriminação abusiva.

Por fim, há que considerar ainda a possibilidade de aplicação da cláusula geral do abuso de posição dominante, prevista no artigo 11.º, n.º 1, corpo, do NRJC, e no artigo 102.º do TFUE. Note-se que a própria Comissão admite esta abordagem, no parágrafo 82, em relação a casos específicos nos quais pode ser evidente que a imposição da obrigação de fornecimento não terá, manifestamente, efeitos negativos sobre os incentivos do proprietário do produto e/ou de outros operadores para investirem e inovarem a montante, seja de forma ex ante ou ex post, indicando dois exemplos. Mais esclarece que, nessas circunstâncias, não existem razões para que se desvie da sua norma geral de aplicação podendo demonstrar o provável efeito de encerramento anticoncorrencial sem verificar se as três condições referidas.

Sucede que, mesmo adotando esta abordagem, a conclusão que se alcança é a mesma, pois a narrativa da A. falece no efeito potencial, pelas razões indicadas.

Por conseguinte, analisados todos os enquadramento jurídicos possíveis julga-se demonstrada a afirmação efetuada inicialmente, ou seja, ou há um abuso de exploração, o que não se extrai da alegação da A., ou, quanto a um eventual abuso de exclusão e fora do contexto de compartimentação de mercados dentro da União Europeia, que também não se verifica (sendo a narrativa da A. em sentido contrário), a recusa de contratar com não concorrentes tendencialmente não suscita preocupações jusconcorrenciais. E, conforme explicitado, a narrativa da A. não afasta, no caso, esta tendência.

Por conseguinte, a AdC podia, com base nos elementos de facto e de direito apresentados, não instaurar um processo de contraordenação nesta parte. E foi isto que sucedeu, ainda que, note-se, com falhas ao nível do enquadramento jurídico e da subsunção dos factos e sem ponderação de todas as perspetivas possíveis, pois a AdC aplicou os parâmetros da recusa em contratar com concorrentes (§ 63, 65 e 102 a 106), hipótese que não se verifica, e não analisou todos os enquadramentos possíveis, como a discriminação abusiva que, era à partida, a figura que apresentava mais afinidade com os dados relatados, o que é suscetível de configurar uma violação dos princípios da imparcialidade, a razoabilidade e da racionalidade. Acresce ainda que o § 64 é obscuro, ininteligível, padecendo de falta de fundamentação. Contudo, não



Scgano

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

obstante estes vícios, a análise precedente permite concluir, com certeza, que a decisão seria a mesma, pelo que não se impõe a anulação da decisão nesta parte, improcedendo, quanto à mesma, a pretensão da A..

Por fim, quanto ao abuso de posição dominante dos distribuidores grossistas e abuso de dependência económica do comércio a retalho de medicamentos pelos distribuidores grossistas (artigo 12.º alíneas d) e e) da petição inicial). Nesta parte, é de afastar liminarmente o alegado abuso de dependência económica, uma vez que a factualidade narrada não é suficiente para se reconduzir ao artigo 12.º, do NRJC, pois estando a prática associada a determinados medicamentos não é bastante para se afirmar a existência de uma “dependência económica”, que é diferente do incumprimento pelas farmácias do já referido princípio da continuidade.

Quanto ao abuso de posição dominante por vendas subordinadas, assiste razão à A.. E para o demonstrar é necessário analisar os fundamentos da decisão da AdC.

Assim, refere a AdC, no § 71, que a “denúncia é insuficiente no que toca a elementos demonstrativos da atuação, em matéria de vendas subordinadas, dos próprios distribuidores denunciados, que integram as redes de distribuição dos medicamento em causa”. Mais acrescenta, no parágrafo seguinte, que “[n]ão se ignora a este respeitos, a disponibilidade manifestada pela denunciante no sentido de, em conjunto com algumas farmácias (não identificadas), fornecer (suposta prova das práticas reportadas, conforme referido no ponto 34 da presente análise. Sem prejuízo, desconhece-se a razão pela qual, dispondo dessa suposta prova, a Empifarma não a forneceu à AdC quando oportunamente demandada para o efeito, nos termos acima referidos, o que inviabilizou, desde logo, a sustentação da factualidade em causa” (§ 72). Afirma ainda no § 108 que “no caso concreto, não apenas não resulta demonstrada com base nos elementos constantes dos autos, a existência de posição dominante – por parte dos dois principais operadores – no mercado de distribuição grossista de medicamentos, como, no que respeita à alegada obrigatoriedade de fidelização das farmácias para a aquisição dos medicamentos apenas diretamente disponibilizados a determinados distribuidores, através da subordinação da venda de outros medicamentos à aquisição dos primeiros [nota 49 – comportamento que, em teoria, podia constituir uma prática abusiva se a empresa que faz tal imposição tiver posição dominante. Cf., neste sentido, o parágrafo 48 da “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”], tal prática não decorre da factualidade atestada com base na prova existente. Com efeito, os medicamentos em causa aparentam poder ser vendidos em separado e foram-no inclusive à denunciante, inexistindo no autos qualquer elemento demonstrativo do contrário [nota 50 – Interpelada para o efeito, a denunciante nunca facultou qualquer prova concreta do que alegou a este respeito]”.

O que se retira destes segmentos da decisão é que a AdC sustentou a mesma, em parte, na falta de prova por parte da denunciante dos factos por si alegados e, em parte, num juízo de indicação insuficiente. Isto resulta expressamente dos § 71 e 72.

Quanto ao § 108, o segmento “não resulta demonstrada, com base nos elementos constantes dos autos, a existência de posição dominante”, corporiza um juízo de indicação. A alusão, no mesmo parágrafo, que alude à “prova existente” aponta para a insuficiência de prova carreada pela A..

Quanto à afirmação de que “os medicamentos em causa aparentam ser vendidos em separado”, só pode sustentar-se no facto, que surge de imediato, da A. adquirir os medicamentos a outros distribuidores. Este segmento traduz um juízo de indicação quanto à inexistência da infração. Para além disso, enferma de um erro manifesto de apreciação porque não resulta do facto da A. ter acesso aos medicamentos, como inferência necessária, a não verificação da prática relatada pela A., na medida em que se dirige às farmácias e não a outros distribuidores e estes compram medicamentos específicos. Por fim, tem subjacente também a insuficiência de prova carreada pela denunciante. Tanto assim que após o aludido segmento, seguido da afirmação do facto indicado, a AdC salienta, em nota de rodapé, que a A. nunca facultou prova concreta do que alegou a este respeito.

Por fim, a AdC esclarece, na nota de rodapé 49, que o comportamento relatado pela A. podia, em tese, consubstanciar um abuso de posição dominante na modalidade de vendas subordinadas. E pode efetivamente, porquanto os factos relatados se enquadram no artigo 11.º, n.º 2, alínea d), do NRJC, e artigo 102.º, alínea d), do TFUE, não se verificando a este nível nenhum dos óbices referidos a propósito do alegado abuso de posição dominante pelos titulares AIM, uma vez que as vendas subordinadas visam atingir, pela sua natureza, os concorrentes.

Esclarecidos estes pontos e conforme já referido, a AdC não pode sustentar a decisão de não instauração do processo de contraordenação em critérios diversos daqueles que estão previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, que não incluem e inclusive se deve entender que excluem a insuficiência de prova por parte da denunciante dos factos por si alegados e juízos de mera indicação quanto à não verificação da infração.

Dir-se-á, mas não é bem disso que se trata. É na verdade um problema de narrativa, porque os factos que a A. alega, a propósito da posição dominante, não são suficientes para se concluir pela existência de poder de mercado. Este argumento não é válido, pois admite-se que a narrativa possa, por si só, excluir a verificação do elemento relativo à posição dominante, ao conter factos que afastam este elemento. Contudo, quando isso não sucede, a mera insuficiência, na narrativa, dos elementos indicadores de poder de mercado não é bastante para sustentar a decisão da AdC com base no critério dos elementos de facto e de direito apresentados, porque esses elementos são indícios de demonstração do poder de mercado, ou seja, é uma questão de prova.

E não se diga que isto é incomportável e desproporcional, porquanto obrigaria a AdC, perante qualquer denúncia que lá colocasse as palavras “posição dominante”, inclusive de forma leviana, a empreender um enorme esforço de investigação, nomeadamente para efeitos de delimitação dos mercados relevantes, só para tomar a decisão de instaurar ou não o processo de contraordenação. Este argumento não é procedente, na medida em que não basta a alegação da posição dominante, é necessário também que a narrativa inclua o abuso. Para além disso, a



Scgama/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

AdC pode-se socorrer do critério relativo à extensão dos meios de investigação necessários. O que, note-se, não se verifica no caso concreto, pois a decisão não faz qualquer referência aos meios de prova que seria necessário levar a cabo para demonstrar a prática em questão.

Esclarecidas estas premissas, considera-se que a narrativa da A. não excluía a possibilidade das contrainteressadas deterem poder de mercado, pelo que não era um problema de narrativa.

Nesta medida, considera-se que os argumentos invocados pela AdC e pela OCP improcedem nesta parte, considerando-se excluídos e afastados por via das asserções precedentes, e conclui-se que a decisão da AdC incorre num vício de violação da lei, por ter sustentado a decisão num critério que, nos termos da lei, não podia ter utilizado. Recorde-se que, conforme se concluiu, a AdC está vinculada aos critérios previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, e ao sustentar a decisão na insuficiência de prova carreada pela denunciante e num juízo de mera indiciação quanto à não verificação da infração extravasou essa vinculação e, nessa medida, violou esta norma legal, ex vi artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, do NRJC.

Caso se considere que a AdC podia formular meros juízos de indiciação, ao abrigo do critério da probabilidade de demonstrar a existência da infração, concluir-se em termos similares, designadamente por violação da lei, especificamente deste critério, na medida em que não dispõe de elementos que lhe permitam afastar a probabilidade de demonstração da infração pelas seguintes razões: não efetuou qualquer delimitação dos mercados relevantes, que lhe permitissem afastar a existência de posição dominante; incorre em erro, conforme referido, ao concluir que aparentemente os medicamentos podiam ser vendidos em separado; e o facto da denunciante não ter apresentado prova não significa que a sua narrativa não seja verdadeira, pois não dispõe dos mesmos meios que a AdC tem ao seu dispor para a recolha de prova.

Consequentemente, a decisão, nesta parte, está ferida de anulabilidade, nos termos do artigo 163.º, n.º 1, do CPA, não se verificando nenhuma das hipóteses plasmadas no artigo 163.º, n.º 5, do CPA. Impõe-se ainda duas notas adicionais.

Em primeiro lugar, a OCP nega a prática imputada. Contudo, o apuramento de tais factos deve ser empreendido no processo de contraordenação.

Em segundo lugar, os vícios invocados pela A., no artigo 4.º, alíneas a) a d), do NRJC, são, com exceção do vício de fundamentação, juridicamente imprecisos. Contudo, ainda que sem o nomen juris mais ajustado, o que está subjacente à sua alegação é a conclusão que acima se extraiu e que se retira, de forma mais concreta, designadamente dos artigos 111.º, 122.º e 123.º da petição inicial. Por conseguinte, o vício identificado não é diverso daqueles que foram alegados pela A..

Por fim, à parte a referência efetuada a propósito do § 64 da decisão impugnada, que não afeta a validade da decisão, não se encontra qualquer outro vício de fundamentação na decisão impugnada. Também, quanto às demais práticas restritivas alegadas pela A., se conclui que a AdC não estava obrigada a empreender

mais diligências, não estava obrigada a instaurar o processo de contraordenação ou que tenha efetuado qualquer inversão do ónus da prova. Por conseguinte, impõe-se apenas a anulação parcial da decisão na parte referida.

*

Condenação da AdC a instaurar o processo de contraordenação:

A decisão de instauração do processo de contraordenação depende, conforme se referiu, de valorações próprias do exercício da atividade da AdC, ou seja, de segmentos de discricionariedade, especificamente quanto à densificação e subsunção fática dos critérios que têm subjacente uma lógica de eficácia organizativa.

Afastados estes critérios e resultando dos elementos de facto e de direito apresentados pelo denunciante a verificação, em abstrato, de uma prática restritiva da concorrência, a instauração do processo de contraordenação surge como um ato vinculado. Efetivamente, neste âmbito, não se reconhece discricionariedade volitiva à AdC na decisão do caso concreto e conclui-se nestes termos com base na articulação do artigo 8.º, n.º 1 e 7.º, n.º 2, ambos do NRJC.

Por conseguinte, apenas se poderá determinar a prática deste ato, ao abrigo do disposto no artigo 71.º, n.º 1 e n.º 2, do CPTA, ex vi artigos 92.º, n.º 1 e 91.º, ambos do NRJC, quando a apreciação do caso concreto permitir identificar apenas esta solução como legalmente possível. É o que se designa por discricionariedade zero e é o que se verifica in casu quanto à prática de vendas subordinadas entre os distribuidores de medicamentos e as farmácias.

Efetivamente, estando a AdC vinculada, por força dos princípios da imparcialidade, razoabilidade e racionalidade, a efetuar todas as ponderações relevantes, é de concluir que a não sustentação da decisão nas prioridades da política de concorrência, na gravidade da eventual infração, na probabilidade de poder provar a sua existência (aqui entendida como não sendo equivalente a um mero juízo de indiciação, que é aquele que se considera ser o seu sentido, tendo-se empreendido por uma análise subsidiária apenas para esgotar a matéria respeitante aos vícios da decisão) e na extensão das diligências de investigação necessárias significa que nenhum destes fundamentos pode fundar a não instauração do processo de contraordenação.

Por conseguinte, restando os elementos de facto e de direito apresentados, dos quais se retira, em abstrato, a verificação de uma prática restritiva da concorrência, conclui-se que a AdC apenas pode praticar um ato, designadamente instaurar o processo de contraordenação quanto à eventual existência de uma prática de vendas subordinadas entre os distribuidores de medicamentos e as farmácias.

Dispositivo

Em face de todo o exposto, julgo a presente ação parcialmente procedente nos seguintes termos:

I. Anulo a decisão de arquivamento proferida pela Autoridade da Concorrência em 16 de novembro de 2016, no âmbito do procedimento com a referência DA/2016/2, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias;



Scgma/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

II. Condeno a Autoridade da Concorrência a instaurar um processo de contraordenação para averiguação da prática indicada em a);

III. Julgo tudo o mais improcedente, absolvendo-se a Autoridade da Concorrência e as contrainteressadas Merck, Bristol e Lilly dos pedidos efetuados pela Autora.

(...)

Consigna-se que não será elaborada uma versão confidencial, uma vez que se considera que a decisão não contém elementos sujeitos a qualquer regime de confidencialidade.

Registe e notifique." (fim de transcrição).

3. Vejamos se assiste razão às recorrentes.

Como doutamente expendeu a Exma. Procuradora-Geral Adjunta junto do Supremo Tribunal de Justiça no seu parecer de fls. 721 a 729, que subscrevemos e de aqui nos socorreremos em parte, das múltiplas conclusões de recurso apresentadas pela OCP – Produtos Farmacêuticos, S.A., sublinham-se as que sustentam a nulidade da decisão, porquanto culmina num juízo condenatório infundado e incomprensível, contraditória na sua fundamentação entre si e com a decisão final, viola o disposto nos arts. 7.º e 8.º, n.º 2, da Lei 19/2012, de 8 de maio (Novo Regime Jurídico da Concorrência, doravante NRJC):

“A decisão que condena a Adc na instauração de um processo de contraordenação não é compatível com o procedimento legal definido para o processamento de denúncias e é contrário ao que sugeria o sentido da fundamentação invocada na sentença (...).”

Termina, pedindo a revogação da decisão ora recorrida, substituindo-a por outra que confirme o arquivamento dos autos efetuado pela AdC.

Vai no mesmo sentido, a alegação da AdC que sustenta que *“A correcta interpretação e aplicação do n.º 5 do artigo 95.º do CPTA não permitia que a condenação da Adc à prática de um ato tivesse a extensão determinada pelo Tribunal a quo, ou seja, a condenação da Adc a*

instaurar um processo de contraordenação para averiguação da eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamento, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias.”.

“O TCRS, não pode decidir quanto à questão da bondade, do mérito, da conveniência e da oportunidade da atuação da Adc, em particular no âmbito da rejeição de denúncias que envolvem juízos de avaliação técnica jusconcorrencial para aferir da existência (ou não) de indícios de práticas restritivas da concorrência, estando esta atribuição funcionalidade restringida a esta entidade, na e para a prossecução do interesse público, nos termos do n.º 1 e 3 do artigo 3.º, n.º 2 do artigo 71.º, e do n.º 2 do artigo 95.º todos do CPTA, que densificam os artigos 2.º, 11.º, n.º 2 do 202.º, 203.º e n.º 2 do 266.º todos da CRP.”

“Os poderes de cognição do tribunal no julgamento das ações administrativas (obrigação da prática de atos administrativos), estão orientados para o julgamento da legalidade dos atos/omissões da Administração e o TCRS está sujeito à regra do artigo 3.º do CPTA, e a posição da Adc está conforme aos requisitos da Lei n.º 19/2012, encontrando-se devidamente fundamentada, e assinada pelo órgão competente. Logo, é uma actuação manifestamente legal.”

As recorrentes não tem razão, não merecendo, nestes domínios, provimento os seus recursos.

Com efeito, afigura-se a este tribunal *ad quem* que a decisão recorrida proferida em 4 de setembro de 2017 pelo 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que acima deixámos integralmente transcrita, não padece de qualquer nulidade.

Na realidade, não padece de quaisquer vícios, nomeadamente de falta de fundamentação, erro na apreciação de prova, insuficiência para a decisão de matéria de facto provada ou de contradição entre a fundamentação, ou entre esta e a decisão, bem como, contrariamente ao alegado pela recorrente AdC, o Tribunal *a quo* não ultrapassou os limites da decisão.

Em causa, está o alcance e a melhor interpretação do disposto nos arts. 7.º e 8.º, da Lei n.º 19/2002, de 8 de maio, que, como acima dissemos, aprovou o NRJC (novo regime jurídico da concorrência).

O art. 7.º, epigrafado “*Prioridades no exercício da sua missão*”, subordina o princípio da legalidade, um dos princípios estruturantes do processo penal e contraordenacional, ao princípio da oportunidade, ao estabelecer, no seu n.º 1, que: “*No desempenho das suas atribuições legais, a Autoridade da Concorrência é orientada pelo critério do*



Scgancio

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

interesse público de promoção e defesa da concorrência, podendo, com base nesse critério, atribuir graus de prioridade diferente no tratamento das questões que é chamada a analisar.”

Porém, este princípio de oportunidade, concretizado no poder de atribuição de graus de prioridade no tratamento das questões que é chamada a analisar a Autoridade da Concorrência não é arbitrária mas, sim, tem de ser orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência.

Por isso, determina o art. 8.º o NRJC que o processamento das denúncias seja sujeito às seguintes regras:

“1 – A Autoridade da Concorrência procede ao registo de todas as denúncias que lhe forem transmitidas, procedendo à abertura de processos de contraordenação ou de supervisão se os elementos referidos na denúncia assim o determinarem, nos termos do artigo anterior.

2 – Sempre que a Autoridade da Concorrência considere, com base nas informações de que dispõe, que não existem fundamentos bastantes para lhe dar seguimento nos termos do artigo anterior, deve informar o autor da denúncia das respectivas razões e estabelecer um prazo, não inferior a 10 dias úteis, para que este apresente, por escrito, as suas observações.

3 – A Autoridade da Concorrência não é obrigada a tomar em consideração quaisquer outras observações escritas recebidas após o termo do prazo referido no número anterior.

4 – Se o autor da denúncia apresentar as suas observações dentro do prazo estabelecido pela Autoridade da Concorrência, e estas não condizirem a uma alteração da apreciação da mesma, a Autoridade da Concorrência declara a denúncia sem fundamento relevante ou não merecedora de tratamento prioritário, mediante decisão expressa, da qual cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulamentação e Supervisão.

5 – Se o autor da denúncia não apresentar as suas observações dentro do prazo fixado pela Autoridade da Concorrência, a denúncia é arquivada.

6 – A Autoridade da Concorrência procede ao arquivamento das denúncias que não dão origem a processo.”.

Descrevendo, nos arts. 9.º a 12.º, inclusive, as diversas práticas restritivas de concorrência.

A decisão recorrida procedeu a um excuso claro e proficiente sobre a interpretação dos normativos que cabe à Autoridade da Concorrência aplicar e a que está vinculada pelo princípio da juridicidade, que vincula toda atividade administrativa, “quer no sentido da precedência da lei quer no sentido da discricionariedade condicionada” (fls. 406).

Debruçando-se concretamente sobre a obrigação da AdC instaurar, no caso, processo de contraordenação por indícios de abuso de posse dominante por vendas subordinadas, permitimo-nos, revisitá-la decisão recorrida, dela se citando o seguinte passo:

“(...) a decisão de não instauração do processo de contraordenação em critérios diversos daqueles que estão previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, que não incluem e inclusive se deve entender que excluem a insuficiência de prova por parte da denunciante dos factos por si alegados e juízos de mera indicação quanto à não verificação da infracção.

Dir-se-á, mas é bem disso que se trata. É na verdade um problema de narrativa, porque os factos que a A. alega, a propósito da posição dominante, não são suficientes para se concluir pela existência de poder de mercado. Este argumento não é válido, pois admite-se que a narrativa possa, por si só, excluir a verificação do elemento relativo à posição dominante, ao conter factos que afastam este elemento. Contudo, quando isso não sucede, a mera insuficiência, na narrativa, dos elementos indicadores de poder mercado não é bastante para sustentar a decisão da Adc com base no critério dos elementos de facto e de direito apresentados, porque esses elementos são indícios de demonstração do poder de mercado, ou seja, é uma questão de prova.

E não se diga que isto é incomportável e desproporcional, porquanto obrigaria a Adc, perante qualquer denúncia que lá colocasse as palavras “posição dominante” inclusiva de forma leviana, a empreender um enorme esforço de investigação, nomeadamente para efeitos de delimitação dos mercados relevantes, só para tomar a decisão de instaurar ou não o processo de contraordenação. Este argumento não é procedente, na medida em que não basta a alegação da posição dominante, é necessário também que a narrativa inclua o abuso. Para além disso, a Adc pode-se socorrer do critério relativo à extensão dos meios de investigação necessários. O que, note-se, não se verifica no caso concreto, pois a decisão não faz qualquer referência aos meios de prova que seria necessário levar a cabo para demonstrar a prática em



Scgma/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

questão.

Esclarecidas estas premissas, considera-se que a narrativa da Adc. Não excluía a possibilidade das contrainteressadas deterem poder de mercado, pelo que não era um problema de narrativa.

Nesta medida, considera-se que os argumentos invocados pela Adc e pela OCP improcedem nesta parte, considerando-se excluídos e afastados por via das asserções precedentes, e conclui-se que a decisão da Adc incorre num vício de violação da lei, por ter sustentado a decisão num critério que, nos termos da lei, não podia ter utilizado. Recorde-se que, conforme se conclui, a Adc está vinculada aos critérios previstos no artigo 7.º, n.º 2, do NRJC, e ao sustentar a decisão na insuficiência de prova carreada pela denunciante e num juízo de mera indiciação quanto à não verificação da infracção extravasou essa vinculação e, nessa medida, violou esta norma legal, ex vi 8.º, n.ºs 1 e 2, do NRJC.

Caso se considere que a Adc podia formular meros juízos de indiciação, ao abrigo do critério da probabilidade de demonstrar a existência da infracção, conclui-se em termos similares, designadamente por violação da lei, especificamente deste critério, na medida em que não dispõe de elementos que lhe permitam afastar a probabilidade de demonstrar a existência da infração, conclui-se em termos similares, designadamente por violação da lei, especificamente deste critério, na medida em que não dispõe de elementos que lhe permitam afastar a probabilidade de demonstração da infração pelas seguintes razões: não efetuou qualquer delimitação dos mercados relevantes, que lhe permitissem afastar a existência de posição dominante; incorre em erro, conforme referido, ao concluir que aparentemente os medicamentos podiam ser vendidos em separado; e o facto da denunciante não ter apresentado prova não significa que a sua narrativa não seja verdadeira, pois dispõe dos mesmos meios que a Adc tem ao seu dispor para a recolha de prova.” (fim de transcrição).

O n.º 2, do art. 7.º da Lei da Concorrência, supra identificada, densifica o princípio de oportunidade vinculado atribuído à Autoridade da Concorrência pelo n.º 1 do preceito.

Com efeito, o citado n.º 2, do art. 7.º, obriga a AdC a exercer seus poderes sancionatórios sempre que se imponham razões de interesse

público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência, tendo em conta nomeadamente as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe forem apresentados, bem como a gravidade da eventual infração.

E o preceito não desobriga a AdC de proceder a diligências de investigação necessárias para desempenhar nas melhores condições a missão de vigilâncias das práticas restritivas da concorrência, previstas nos arts. 9.º, 11.º e 12.º da lei em causa e art. 101.º e 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Veja-se ainda, a propósito da questão que nos é trazida e com interesse, o recente Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 19 de abril de 2018 prolatado no processo C-525/2016 e consultável na JusNet sob o n.º 1730/2018, proferido no “Caso MEO” relativo a “CONCORRÊNCIA e ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE” em que houve que proceder à interpretação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a propósito de uma decisão de arquivamento, adotada pela Autoridade da Concorrência, em razão de um alegado abuso de posição dominante que consiste, designadamente, na discriminação no montante da taxa aplicada na qualidade de prestador do serviço de transmissão do sinal de televisão por subscrição e do respetivo conteúdo.

Naquele aresto, considera o Tribunal de Justiça da União Europeia que o conceito de «desvantagem na concorrência» deve ser interpretado no sentido de que, no caso em que uma empresa dominante aplica preços discriminatórios a parceiros comerciais no mercado a jusante, visa a situação em que esse comportamento pode ter por efeito uma distorção da concorrência entre estes parceiros comerciais. A constatação dessa «desvantagem na concorrência» não exige a prova de uma deterioração efetiva e quantificável da posição concorrencial, mas deve basear-se numa análise do conjunto das circunstâncias pertinentes do caso concreto que permita concluir que o referido comportamento tem influência nos custos, nos lucros, ou outro interesse relevante de um ou vários desses parceiros, de modo que esse comportamento seja suscetível de afetar a referida posição.

Ainda com interesse para a questão *sub judice* veja-se igualmente o Acórdão deste Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de março de 2015, proferido no processo n.º 204/13.6YUSTR.L1 e publicado em www.dgsi.pt, em cujo sumário relevam os pontos 9 a 23 que passamos a citar:



Scgano

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

“9 – A inserção de normas contra-ordenacionais numa codificação sectorial, neste caso, no regime jurídico da concorrência, implica que «as categorias relativas a estruturas de ilícito de base penal/contra-ordenacional [tenham] de ser forçosamente compreendidas a partir de uma correcta apreensão dos elementos jusconcorrenciais que conferem sentido normativo às infracções em causa». Isto sem perder as referências e a estrutura dogmática do direito de mera ordenação social.

10 – O bem jurídico tutelado pelos tipos que consideram ilícito o abuso de posição dominante e as demais práticas restrictivas tem natureza supra-individual, podendo caracterizar-se como sendo a «concorrência eficaz fundada em preocupações de eficiência económica», «elemento da democracia económica, ingrediente indispensável da democracia política».

11 – Trata-se de um bem jurídico intermédio que, tal como outros da mesma natureza, «não pode estar ao serviço do bom funcionamento [do sistema] em si mesmo, mas apenas daqueles aspectos que podem afectar o cidadão», no caso, o bem-estar do consumidor.

12 – Assim, e não obstante a sua natureza supra-individual, constitui uma tutela antecipada de bens jurídicos de natureza pessoal.

13 – No que respeita ao tipo objectivo da contra-ordenação prevista nos artigos 6.º, n.ºs 1, 2 e 3, alínea a), e 4.º, n.º 1, alínea e), da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, exige a lei, em primeiro lugar, uma determinada qualidade do agente, que caracteriza como sendo uma empresa que, isolada ou conjuntamente, tenha uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste.

14 – Trata-se, porque a qualidade do agente fundamenta a responsabilidade e não se limita a agravá-la, de uma infracção específica própria ou pura.

15 – A conduta proibida, no caso, consiste, de acordo com a alínea a) do n.º 3 do artigo 6.º e na alínea e) do n.º 1 do artigo 4.º desta lei, na aplicação, de forma sistemática ou ocasional, de condições discriminatórias de preços ou outras a prestações equivalentes, desde que essa aplicação consubstancie uma exploração abusiva da posição dominante.

16 – Esta conduta apenas é punível se revelar aptidão para impedir, falsear ou restringir a concorrência ou se provocar esse mesmo

efeito, exigindo-se, neste último caso, que o resultado seja imputável à conduta.

17 – Nas indicadas normas descrevem-se, portanto, dois subtipos. Um de mera actividade e de perigo, na modalidade de aptidão, e outro de resultado e de dano.

18 – Para o preenchimento da contra-ordenação requer-se, em todos os casos, que o agente actue com dolo ou com negligência – artigo 43.º, n.º 6, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e artigo 8.º, n.º 1, do RGIMOS.

19 – O abuso de posição dominante encontra-se actualmente previsto no artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, alínea c), da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

20 – Nesta disposição mantém-se a exigência de que o agente seja uma empresa que, isolada ou conjuntamente, tenha uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste.

21 – A conduta proibida consiste na aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais a prestações equivalentes, desde que essa aplicação consubstancie uma exploração abusiva da posição dominante que o agente tem.

22 – Exige-se, para além disso, que os parceiros comerciais sejam colocados em desvantagem na concorrência, resultado imaterial que deve ser objectivamente imputado à conduta.

23 – A admissão da justificação económica como causa de exclusão da ilicitude exigiria a verificação da sua necessidade e de uma relação de proporcionalidade entre os fins prosseguidos pelo agente e os bens jurídicos tutelados pela norma sancionadora que são por aquele violados.” (fim de transcrição).

Em suma e a concluirmos a apreciação do caso concreto, dir-se-á que a denúncia não é descabida e não carece de absoluta falta de fundamentação. Apresenta elementos indiciários que competia à AdC aprofundar e complementar, tendo em vista o exercício rigoroso e correto das suas funções, de impedir a violação de normas de defesa da concorrência, mormente as que se reportam a abuso de posição dominante.

Para, em última instância e com o necessário rigor na prossecução do interesse público, exercer ou não o poder sancionatório, haveria – haverá – que instaurar o respetivo processo de contraordenação.

Destarte, bem se andou na decisão ora recorrida ao anular-se a decisão de arquivamento proferida pela Autoridade da Concorrência em 16 de novembro de 2016, no âmbito do procedimento com a referência



Scgma/

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

DA/2016/2, na parte que incidiu sobre a eventual existência de um abuso de posição dominante pelos distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias, quer ao condenar-se a AdC a instaurar um processo de contraordenação para averiguação das indicadas denunciadas práticas.

Assim, improcedem ambos os recursos, com exceção do da AdC no tocante a custas, matéria que passaremos tratar de imediato.

Diz a AdC nos pontos 188 a 190 da sua motivação:

"DA REFORMA DA SENTENÇA QUANTO A CUSTAS

No que respeita ao pagamento de taxa de justiça, a AdC vem nos termos do n.º 1 do artigo 6.º e do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento das Custas Processuais (adiante, "RCP") transmitir que, nos termos da alínea g) do n.º 1 do artigo 4.º e alínea b) do n.º 1 do artigo 14.º-A, ambos do RCP, se encontra isenta do pagamento de taxa de justiça, encargos ou custas processuais.

Mais se refere que a AdC teve vencimento parcial de causa o que também afasta a previsão do n.º 6 do artigo 4.º do RCP.

Pelo que se requer, nos termos do artigo 616.º do CPC ex vi artigo 91.º da Lei da Concorrência e artigo 1.º do CPTA, para todos os efeitos legais, que se proceda em conformidade com o supra exposto." (fim de transcrição).

A este propósito consignou-se na decisão ora recorrida do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão:

"Custas e valor da ação

Tendo em conta o decaimento, condena-se a Autora, a Autoridade da Concorrência e as contrainteressadas Alliance e OCP nas custas do processo, na proporção de 3/6 para a Autora, 1/6 para a Autoridade da Concorrência, 1/6 para a Alliance e 1/6 para a OCP - cfr. arts. 527º/2 e 528º/1, ambos do CPC, ex vi art. 1º, do CPTA, ex vi artigos 92.º, n.º 1 e 91.º, ambos do NRJC.

Mais fixo o valor da ação em trinta mil euros e um cêntimo (€ 30.000,01) – cfr. arts. 31º/1 e 4 e 32º/2, ambos do CPTA, ex vi artigos 92.º, n.º 1 e 91.º, ambos do NRJC e 306º/1 e 2, ex vi art. 304º/1, ambos do CPC, ex vi art. 1º, do CPTA, ex vi artigos 92.º, n.º 1 e 91.º, ambos do NRJC." (fim de transcrição).

Comecemos por atentar nas normas invocadas pela recorrente AdC em abono da sua pretensão.

Estabelece o art. 6.º, n.º 1, do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro (doravante RCP) que "A taxa de justiça corresponde ao montante devido

pelo impulso processual do interessado e é fixada em função do valor e complexidade da causa de acordo com o presente regulamento, aplicando-se, na falta de disposição especial, os valores constantes da tabela I-A, que faz parte integrante do presente Regulamento.”

Por seu turno, dispõe o art. 15.º, n.º 2, do RCP, que: “*As partes dispensadas do pagamento prévio de taxa de justiça, independentemente de condenação a final, devem ser notificadas, com a decisão que decida a causa principal, ainda que susceptível de recurso, para efectuar o seu pagamento no prazo de 10 dias*”

Já o artigo 14.º-A do RCP, contrariamente ao que alega a AdC não tem n.º 1, preceituando-se na invocada norma é alínea b) que “*não há lugar ao pagamento da segunda prestação da taxa de justiça nas acções que não comportem citação do réu, oposição ou audiência de julgamento.*”

Nos termos do art. 4.º, n.º 1, alínea g), do RCP, “estão “isentos de custas as entidades públicas quando actuem exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições para defesa de direitos fundamentais dos cidadãos ou de interesses difusos que lhe estão especialmente conferidos pelo respectivo estatuto, e a quem a lei especialmente atribua legitimidade processual nestas matérias”, o que se afigura a este tribunal *ad quem* ser o caso da AdC, atento o seu estatuto, como adiante melhor se verá.

No entanto, acrescenta o n.º 6, do mencionado art. 4.º do RCP, que “*Sem prejuízo do disposto no número anterior, nos casos previstos nas alíneas b), f), g), h), s), t) e x) do n.º 1 e na alínea b) do n.º 2, a parte isenta é responsável, a final, pelos encargos a que deu origem no processo, quando a respetiva pretensão for totalmente vencida.*”

A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprovou o novo regime jurídico da concorrência no seu art. 5.º (epigrafado *Autoridade da Concorrência*) estabelece:

“1 - O respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, que, para o efeito, dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação estabelecidos na presente lei e nos seus estatutos.

2 - Os estatutos da Autoridade da Concorrência são aprovados por decreto-lei.”

Tal Decreto-Lei é n.º 125/2014, de 18 de agosto, que aprovou os estatutos da Autoridade da Concorrência, adaptando-os ao regime estabelecido na lei-quadro das entidades reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, o qual no seu art. 1.º (epigrafado “*Natureza*



Scgano

Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: lisboa.tr@tribunais.org.pt
Proc. n.º 4/17.4YQSTR.S1.L1 (9^a Secção)

e missão") estabelece:

"1- A Autoridade da Concorrência (AdC) é uma pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente.

2- A AdC é dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica, e de património próprio.

3- A AdC tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos presentes estatutos.

4- A AdC prossegue a sua missão em Portugal, sem prejuízo das competências que lhe estejam cometidas em virtude de obrigações decorrentes de direito internacional a que o Estado português se encontre vinculado, particularmente as resultantes do direito da União Europeia."

Acrescentando o art. 2.º daqueles estatutos que: "A AdC rege-se pelo regime jurídico da concorrência e outras disposições legais que lhe sejam especificamente aplicáveis, pela lei-quadro das entidades reguladoras, pelos presentes estatutos, pelos respetivos regulamentos internos e, supletivamente, no que respeita à gestão financeira e patrimonial, pelo regime jurídico aplicável às entidades públicas empresariais."

Face ao quadro legal aplicável à situação ora em apreço, está a AdC isenta do pagamento de taxa de justiça e, atento o desfecho que teve a posição da AdC na decisão de 4 de setembro de 2017 do 1º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, não é a final responsável pelos encargos a que tenha dado origem no processo, porquanto a respetiva pretensão não ficou, no tribunal *a quo*, totalmente vencida.

Procede assim, o recurso da AdC nesta parte, revogando-se, quanto a si a decisão recorrida no tocante à sua condenação ao pagamento das custas do processo, na proporção de 1/6.

III – Decisão

Pelo exposto, acordam os Juízes na 9^a Secção Criminal da Relação de Lisboa, em negar provimento ao recurso interposto pela OCP – Produtos Farmacêuticos, S.A., e em conceder parcial provimento ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência, apenas no tocante a custas, por considerarem que *in casu*, por um lado, está isenta do pagamento de taxa de justiça, e, por outro lado, não é a final responsável pelos encargos a que tenha dado origem no processo, porquanto a respetiva pretensão não ficou, no *tribunal a quo*, totalmente vencida, revogando-se, nessa conformidade e quanto a si, a decisão recorrida no tocante à condenação da AdC ao pagamento das custas do processo, na proporção de 1/6, e confirmando-se, em tudo o mais, a decisão recorrida, proferida em 4 de setembro de 2017 pelo 1º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Custas pela recorrente OCP – Produtos Farmacêuticos, S.A., fixando-se a taxa de justiça em 4 (quatro) UC's – art. 527.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, *ex vi* art. 1.º, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro.

Notifique nos termos legais.

(o presente acórdão, integrado por oitenta e duas páginas, foi processado em computador pelo relator, seu primeiro signatário, e integralmente revisto por si e pelo Exmº Juiz Desembargador Adjunto – art. 94.º, n.º 2, do CPP)

Lisboa, 5 de julho de 2018

J. Calheiros da Gama

(Calheiros da Gama)

(Antero Luís)



R.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

NIF 600 006 883 - Telef. 21 322 29 00

FAX SECRETARIA JUDICIAL-21 322 29 92

REP. ADMINISTRATIVA-21 347 98 44

Rua do Arsenal - Letra G

1100-038 LISBOA



TAXA F
PO
PRAÇA DO MU

Proc. N.º 412-418 ASTRA 9
Secção

Data: Exp./ Reg.º 06/07/18

O Funcionário de Justiça _____

9-7-2018
MAdyos

