



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

PROCESSO n.º 36/16.0YUSTR.L1 – 3.ª Secção

RELATORA: Ana Paula Grandvaux Barbosa



Acordam, em audiência, no Tribunal da Relação de Lisboa

I – RELATÓRIO

1 – Por sentença proferida a 20 de Outubro de 2016, que decidiu os recursos de impugnação da decisão administrativa da Autoridade da Concorrência (AdC) foram as Arguidas/Recorrentes condenadas pelo 1.º Juízo do T.C.R.S de Santarém, nos seguintes termos:

- a arguida **Associação Nacional de Farmácias** (ANF) pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos art.º 102.º/§1.º e 2.º, al a), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e art.º 68.º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08.05, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de quatrocentos e nove mil, setecentos e quarenta e um euros e trinta cêntimos (€ 409.741,30);

- a arguida **Farminveste – S.G.P.S., S.A.** (Farminveste SGPS) pela prática de uma contraordenação prevista e punida



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pelos artº 102º/§1º e 2º, al a), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e artº 68º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 08.05, entre os anos de 2010 e 2013, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de seis milhões, oitenta e dois mil e setecentos e quatro euros (€ 6.082.704,00);

- a arguida **Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.** (Farminveste IPG) pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos artº 102º/§1º e 2º, al a), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e artº 68º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 08.05, entre os anos de 2010 e 2013, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de duzentos e trinta e três mil, quinhentos e trinta euros e oitenta cêntimos (€ 233.530,80);

- a arguida **HMR – Health Market Research, Lda** pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos artº 102º/§1º e 2º, al a), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e artº 68º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 08.05,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

entre os anos de 2010 e 2013, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de cento e setenta e um mil, setecentos e sessenta e sete euros e vinte cêntimos (€ 171.767,20).

Foram ainda condenadas todas as recorrentes na sanção acessória de publicação no Diário da República e num dos jornais de maior circulação nacional a suas expensas, de extrato da presente decisão ou, pelo menos, da parte decisória da presente decisão, no prazo de trinta dias após o trânsito em julgado.

2 – Aquelas 4 arguidas/Recorrentes supra melhor identificadas, Farminveste SGPS S.A, de um lado e as firmas Associação Nacional de Farmácias (ANF), Farminveste IPG e HMR do outro, não se conformando com tal condenação, vieram respectivamente interpor recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa.

A arguida Farminveste SGPS S.A recorreu a fls 24925 e segs dos autos, terminando a motivação do seu recurso com as seguintes (transcritas) conclusões:

- A) Nem um conceito extensivo de autoria – e muito menos o conceito restritivo de autoria – permite a imputação da contraordenação à Arguida à luz dos “factos” aduzidos em sede de Decisão recorrida, já que os mesmos são inexistentes e reconduzem-se apenas a referências genéricas à estrutura societária do Grupo.
- B) A imputação da contraordenação à Arguida a título omissivo, por não por cobro à conduta ilícita da sociedade-filha, carece de fundamento de facto e de direito, já que (i)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

não impende sobre a Recorrente um qualquer dever jurídico de agir, (ii) a Recorrente não tinha a possibilidade fáctica de agir – nem isso vem ponderado na Decisão Recorrida e (iii) a omissão imputada não é relevante causalmente para a produção (ou não produção) do resultado ilícito – nem isso vem ponderado na Decisão Recorrida.

- C) Pelo contrário, a Sentença proferida admite que a Recorrente não tinha capacidade de agir, já que o destino do Grupo era ditado pela Arguida ANF, sociedade “acima” da Recorrente no organograma do grupo.
- D) A Sentença não diz igualmente de que modo a omissão contribuiu para a efetiva produção do resultado ou consumação da infração, nem podia – porque à data da consumação da infração (em rigor, à data da fixação do preço não equitativo), a Recorrente não tinha ainda sido constituída.
- E) E não existe um dever jurídico de agir, nem aliás a Decisão o refere. O mesmo não decorre de um qualquer “poder de disposição” da sociedade mãe à sociedade filha, nem aquela tem um dever de dar instruções a esta e o que está consagrado na lei (artigo 504.º do CSC) são “deveres de diligência dos administradores”.
- F) Por outro lado ainda, os “perigos” que cumprirá vigiar enquanto “fontes de perigo” que podem sustentar um “dever de garante” são perigos relativos a estados, coisas ou lugares – e nunca quanto a atuações de terceiros, por respeito aos princípios gerais da auto-responsabilidade, autodeterminação, confiança, culpa e ao próprio Estado de Direito.
- G) Um hipotético dever de agir quanto a pessoas só poderá afirmar-se em situações muito excecionais: (i) quando a pessoa “da frente” não é responsável ou é responsável diminuída ou (ii) quanto a pessoas integradas em estruturas fortemente hierarquizadas; o que não é o caso, nem assim a Decisão o sustenta.
- H) Nunca o montante global do volume de negócios da Arguida, porque “consolidado”, deveria ser tomado em consideração para cálculo da coima - a consideração de parcelas do volume de negócios que nada têm a ver com a infração ou com o mercado relevante (em particular, da Alliance Healthcare, correspondente a 96% do volume de negócios consolidado de 2014 da arguida Farminveste SGPS – a qual, aliás, vende dados à IMS!) permite se afirme que a sanção aplicada é justa, proporcional ou sequer adequada à sanção do facto a que se destina.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- I) Ademais, a sociedade é gestora de participações sociais, pelo que os lucros não são seus, *idem* quanto aos volumes de negócios; porque a consolidação é um exercício contabilístico que revela a “condição económico-financeira” apenas das sociedades participadas, o mesmo não é sinónimo de capacidade de pagar no que concerne à Recorrente.
- J) A perda de ligação com o facto torna a sanção não só ilegal perante este facto, como perante as realidades que sanciona e não devia sancionar. Isto é: afetam-se realidades (mercados, atividades, resultados, entidades terceiras) que não só não praticaram o facto sob sanção, como nem sequer com ele estão remotamente relacionadas!
- K) Nos termos do artigo 69.º do NRJC (corresponde. artigo 44.º do ARJC) e do artigo 18.º do RGCO, impunha fossem ponderados todos os critérios de determinação da medida da coima de forma individualizada quanto a cada uma das Arguidas, o que não aconteceu na Decisão sob recurso, sendo a coima aplicada manifestamente desproporcional, desadequada e injusta – sendo absolutamente aleatória.
- L) Para assim concluir basta que se atente na ausência de quaisquer fatores concretos (culpa, envolvimento, atos concretos, vinculação através das pessoas individuais, não diferenciação das restantes Arguidas face à inexistência de antecedentes contraordenacionais), sendo manifesto que a Arguida é punida a título puramente objetivo, sem qualquer referencial, ligação ou conexão com o facto concreto (e respetiva censurabilidade).
- M) A Decisão recorrida é não só nula, como ilegal e manifestamente inconstitucional - qualquer interpretação de norma do RGCO e/ou do NRJC (em especial, dos artigos 58.º do RGCO, 73.º do NRJC e artigo 47.º do ARJC)) no sentido de que poderá ser aplicada uma coima a pessoas coletivas sem que, na decisão proferida pela autoridade administrativa, se explicita e concretize a identificação das concretas pessoas singulares cuja atuação e poderes lhes torna imputáveis os factos é inconstitucional, por violação do princípio da legalidade previsto no artigo 29.º, n.º 1 da CRP, bem como o disposto nos artigos 18.º, n.º 1 e 32.º, n.º 10 da CRP.
- N) Ao contrário da qualificação feita pelo Tribunal *a quo*, que qualifica, erroneamente, a infração pela qual as Arguidas foram condenadas, como um delito permanente, a infração constante do artigo 102.º, n.ºs 1 e 2, al. a) do TFUE é uma infração instantânea,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de mera atividade e de perigo abstrato sob a forma de tipo de aptidão, pelo que se consumou com a fixação do alegado preço não equitativo (no contrato assinado em 18.12.2008), sendo irrelevante a concreta comprovação dos efetivos efeitos nefastos da conduta, a suscetibilidade da conduta para lesar o bem jurídico ou o potencial resultado.

- O) A execução e consumação da infração não se prolongaram no tempo, já que a conduta típica não é a manutenção do preço não equitativo, sendo que a IMS, após o corte de relações comerciais, nunca solicitou a compra dos dados pelo preço fixado ou por qualquer outro. Consumando-se a infração no momento da fixação do preço (18.12.2008), não há confluência de leis punitivas, sendo exclusivamente aplicável o ARJC, que não permitia a punição como contraordenação de qualquer violação ao artigo 102.º do TFUE, pelo que andou mal a Sentença sob recurso na aplicação da Lei aos factos.
- P) A infração ao artigo 102.º do TFUE é mais gravosa que a violação da lei interna, porque, entre o mais, a afetação do comércio comunitário (de forma sensível) assume maior gravidade do que a afetação do comércio interno, pelo que se impõe a substituição da Decisão por outra que diminua de forma proporcional à gravidade da infração o montante das coimas aplicadas.

VI. PEDIDO

Requer-se, muito respeitosamente, nos termos do artigo 411.º, n.º 5, do CPP, que seja realizada **AUDIENCIA** junto do Venerando **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA**, para apreciação dos seguintes pontos constantes da presente Motivação de Recurso:

1. Quanto à **condenação da Arguida Recorrente, em especial no que concerne à responsabilidade contraordenacional por comportamentos omissivos** – vide pontos 4 a 57 da presente motivação de recurso;
2. Quanto à **da medida da coima aplicada à Arguida Recorrente** – vide pontos 58 a 93 da presente motivação de recurso;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

3. Quanto à **caracterização da infração e, consequentemente, determinação da lei aplicável e consequências a título punitivo** – vide pontos 94 a 141 da presente motivação de recurso;

**Termos em que se requer a V. Exas., Venerandos Juízes
Desembargadores, cujo douto suprimimento se invoca,**

1. **A revogação da Sentença proferida, por absoluta ausência de fundamentos de facto e de direito** que permitam sustentar a condenação da Arguida Recorrente, devendo, pois, a ora Recorrente ser integralmente absolvida da pratica da contraordenação por que vem acusada,

Subsidiariamente,

2. **A revogação da Sentença proferida**, ordenando-se a devolução do processo ao Tribunal *a quo* para que seja a **Decisão proferida substituída por outra que determine a sanção aplicada nos termos da Lei e do Direito** – mormente artigos 58.º do RGCO, 73.º do NRJC e artigo 47.º do ARJC.
3. A qualificação da infração como instantânea pelo que julgado aplicável o ARJC e, por conseguinte, ordenando-se a devolução do processo ao Tribunal *a quo* para que seja a **Decisão proferida substituída por outra que puna as Arguidas apenas por violação do direito interno e, nessa medida, diminua de forma proporcional à gravidade da infração o montante das coimas aplicadas.**

Pois só assim se fará a esperada JUSTIÇA!

- Q)** Nem um conceito extensivo de autoria – e muito menos o conceito restritivo de autoria – permite a imputação da contraordenação à Arguida à luz dos “factos” aduzidos em sede de Decisão recorrida, já que os mesmos são inexistentes e reconduzem-se apenas a referências genéricas à estrutura societária do Grupo.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- R) A imputação da contraordenação à Arguida a título omissivo, por não por cobro à conduta ilícita da sociedade-filha, carece de fundamento de facto e de direito, já que (i) não impende sobre a Recorrente um qualquer dever jurídico de agir, (ii) a Recorrente não tinha a possibilidade fáctica de agir – nem isso vem ponderado na Decisão Recorrida e (iii) a omissão imputada não é relevante causalmente para a produção (ou não produção) do resultado ilícito – nem isso vem ponderado na Decisão Recorrida.
- S) Pelo contrário, a Sentença proferida admite que a Recorrente não tinha capacidade de agir, já que o destino do Grupo era ditado pela Arguida ANF, sociedade “acima” da Recorrente no organograma do grupo.
- T) A Sentença não diz igualmente de que modo a omissão contribuiu para a efetiva produção do resultado ou consumação da infração, nem podia – porque à data da consumação da infração (em rigor, à data da fixação do preço não equitativo), a Recorrente não tinha ainda sido constituída.
- U) E não existe um dever jurídico de agir, nem aliás a Decisão o refere. O mesmo não decorre de um qualquer “poder de disposição” da sociedade mãe à sociedade filha, nem aquela tem um dever de dar instruções a esta e o que está consagrado na lei (artigo 504.º do CSC) são “deveres de diligência dos administradores”.
- V) Por outro lado ainda, os “perigos” que cumprirá vigiar enquanto “fontes de perigo” que podem sustentar um “dever de garante” são perigos relativos a estados, coisas ou lugares – e nunca quanto a atuações de terceiros, por respeito aos princípios gerais da auto-responsabilidade, autodeterminação, confiança, culpa e ao próprio Estado de Direito.
- W) Um hipotético dever de agir quanto a pessoas só poderá afirmar-se em situações muito excecionais: (i) quando a pessoa “da frente” não é responsável ou é responsável diminuída ou (ii) quanto a pessoas integradas em estruturas fortemente hierarquizadas; o que não é o caso, nem assim a Decisão o sustenta.
- X) Nunca o montante global do volume de negócios da Arguida, porque “consolidado”, deveria ser tomado em consideração para cálculo da coima - a consideração de parcelas do volume de negócios que nada têm a ver com a infração ou com o mercado relevante (em particular, da Alliance Healthcare, correspondente a 96% do volume de negócios consolidado de 2014 da arguida Farminveste SGPS – a qual, aliás, vende dados à IMSI)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

permite se afirme que a sanção aplicada é justa, proporcional ou sequer adequada à sanção do facto a que se destina.

- Y)** Ademais, a sociedade é gestora de participações sociais, pelo que os lucros não são seus, *idem* quanto aos volumes de negócios; porque a consolidação é um exercício contabilístico que revela a “condição económico-financeira” apenas das sociedades participadas, o mesmo não é sinónimo de capacidade de pagar no que concerne à Recorrente.
- Z)** A perda de ligação com o facto torna a sanção não só ilegal perante este facto, como perante as realidades que sanciona e não devia sancionar. Isto é: afetam-se realidades (mercados, atividades, resultados, entidades terceiras) que não só não praticaram o facto sob sanção, como nem sequer com ele estão remotamente relacionadas!
- AA)** Nos termos do artigo 69.º do NRJC (correspond. artigo 44.º do ARJC) e do artigo 18.º do RGCO, impunha fossem ponderados todos os critérios de determinação da medida da coima de forma individualizada quanto a cada uma das Arguidas, o que não aconteceu na Decisão sob recurso, sendo a coima aplicada manifestamente desproporcional, desadequada e injusta – sendo absolutamente aleatória.
- BB)** Para assim concluir basta que se atente na ausência de quaisquer fatores concretos (culpa, envolvimento, atos concretos, vinculação através das pessoas individuais, não diferenciação das restantes Arguidas face à inexistência de antecedentes contraordenacionais), sendo manifesto que a Arguida é punida a título puramente objetivo, sem qualquer referencial, ligação ou conexão com o facto concreto (e respetiva censurabilidade).
- CC)** A Decisão recorrida é não só nula, como ilegal e manifestamente inconstitucional - qualquer interpretação de norma do RGCO e/ou do NRJC (em especial, dos artigos 58.º do RGCO, 73.º do NRJC e artigo 47.º do ARJC)) no sentido de que poderá ser aplicada uma coima a pessoas coletivas sem que, na decisão proferida pela autoridade administrativa, se explicita e concretize a identificação das concretas pessoas singulares cuja atuação e poderes lhes torna imputáveis os factos é inconstitucional, por violação do princípio da legalidade previsto no artigo 29.º, n.º 1 da CRP, bem como o disposto nos artigos 18.º, n.º 1 e 32.º, n.º 10 da CRP.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- DD)** Ao contrário da qualificação feita pelo Tribunal *a quo*, que qualifica, erroneamente, a infração pela qual as Arguidas foram condenadas, como um delito permanente, a infração constante do artigo 102.º, n.ºs 1 e 2, al. a) do TFUE é uma infração instantânea, de mera atividade e de perigo abstrato sob a forma de tipo de aptidão, pelo que se consumou com a fixação do alegado preço não equitativo (no contrato assinado em 18.12.2008), sendo irrelevante a concreta comprovação dos efetivos efeitos nefastos da conduta, a suscetibilidade da conduta para lesar o bem jurídico ou o potencial resultado.
- EE)** A execução e consumação da infração não se prolongaram no tempo, já que a conduta típica não é a manutenção do preço não equitativo, sendo que a IMS, após o corte de relações comerciais, nunca solicitou a compra dos dados pelo preço fixado ou por qualquer outro. Consumando-se a infração no momento da fixação do preço (18.12.2008), não há confluência de leis punitivas, sendo exclusivamente aplicável o ARJC, que não permitia a punição como contraordenação de qualquer violação ao artigo 102.º do TFUE, pelo que andou mal a Sentença sob recurso na aplicação da Lei aos factos.
- FF)** A infração ao artigo 102.º do TFUE é mais gravosa que a violação da lei interna, porque, entre o mais, a afetação do comércio comunitário (de forma sensível) assume maior gravidade do que a afetação do comércio interno, pelo que se impõe a substituição da Decisão por outra que diminua de forma proporcional à gravidade da infração o montante das coimas aplicadas.

VI. PEDIDO

Requer-se, muito respeitosamente, nos termos do artigo 411º, nº 5, do CPP, que seja realizada **AUDIENCIA** junto do Venerando **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA**, para apreciação dos seguintes pontos constantes da presente Motivação de Recurso:

4. Quanto à **condenação da Arguida Recorrente, em especial no que concerne à responsabilidade contraordenacional por comportamentos omissivos** – vide pontos 4 a 57 da presente motivação de recurso;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5. Quanto à **medida da coima aplicada** à Arguida Recorrente – *vide* pontos 58 a 93 da presente motivação de recurso;
6. Quanto à **caracterização da infração e, consequentemente, determinação da lei aplicável e consequências a título punitivo** – *vide* pontos 94 a 141 da presente motivação de recurso;

Termos em que se requer a V. Exas., Venerandos Juízes
Desembargadores, cujo douto suprimento se invoca,

4. A **revogação da Sentença proferida, por absoluta ausência de fundamentos de facto e de direito** que permitam sustentar a condenação da Arguida Recorrente, devendo, pois, a ora Recorrente ser integralmente absolvida da pratica da contraordenação por que vem acusada,

Subsidiariamente,

5. A **revogação da Sentença proferida**, ordenando-se a devolução do processo ao Tribunal *a quo* para que seja a **Decisão proferida substituída por outra que determine a sanção aplicada nos termos da Lei e do Direito** – mormente artigos 58.º do RGCO, 73.º do NRJC e artigo 47.º do ARJC.
6. A qualificação da infração como instantânea pelo que julgado aplicável o ARJC e, por conseguinte, ordenando-se a devolução do processo ao Tribunal *a quo* para que seja a **Decisão proferida substituída por outra que puna as Arguidas apenas por violação do direito interno e, nessa medida, diminua de forma proporcional à gravidade da infração o montante das coimas aplicadas.**

Pois só assim se fará a esperada JUSTIÇA!

- As arguidas Associação Nacional de Farmácias (ANF), Farminveste IPG e HMR recorreram a fls 25138 e segs dos autos,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

terminando a motivação do seu recurso com as seguintes (transcritas) conclusões:

- A) A Decisão condenatória proferida pela AdC é nula, obstando a um cabal exercício do direito de Defesa das Arguidas, nos termos da leitura conjugada dos artigos 18.º, 25.º, 26.º, 69.º e 73.º do NRJC, 17.º, 26.º, 44.º e 47.º do ARJC, 18.º e 58.º RGCO, 283.º, n.º 3, 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, al. a) do CPP, 125.º, n.º 1 do CPA, 6.º da CEDH e 10.º, 32.º e 268.º, n.º 3 da CRP, uma vez que:
- (i) é omissa na descrição fáctica e legal dos elementos mínimos objetivos e subjetivos necessários à imputação de uma infração contraordenacional – nomeadamente, por não indicar a norma legal cuja violação é sancionada, por pecar na identificação e individualização dos critérios a ponderar para efeitos de aplicação da coima (em particular, da culpa) e na imputação da infração à pessoa coletiva – e
 - (ii) assenta e estriba-se em elementos que apenas foram disponibilizados às Arguidas de forma truncada e confidencial, sendo proferida sem que tenha sido permitido à Defesa de todos os elementos constantes dos autos - que, inclusivamente, como vem ora expressamente reconhecido pelo Tribunal *a quo*, podem ter interesse para a Defesa.
- B) A interpretação feita pelo *Tribunal a quo* das normas que se retiram dos artigos 18.º, n.º 1, al. d), 19.º e 26.º, n.º 5 do ARJC, segundo a qual caberia às Arguidas demonstrar que a decisão administrativa teria sido diferente caso estas tivessem tido acesso a documentos confidenciais exoneratórios – que estão no processo, mas nunca foram indicados como potencialmente exoneratórios e não constam da decisão condenatória, o que é algo que as arguidas não podem provar por não conhecerem o conteúdo desses documentos – é inconstitucional, por violação do direito à defesa consagrado no n.º 10 do artigo 32.º da CRP e do princípio da proporcionalidade, que se retira do princípio do Estado de Direito previsto no artigo 2.º da CRP.
- C) Os factos dos presentes autos são fundamentalmente diversos daqueles aos quais as instâncias comunitárias tipicamente têm aplicado a figura da compressão de margens, razão pela qual se considera não estarem reunidas as condições para a aplicação do artigo 102.º do TFUE;
- D) Ainda que assim não fosse, vários dos pressupostos que a Comissão Europeia considera deverem estar preenchidos para a conclusão pela existência de um ilícito de compressão de margens não o estão nos presentes autos;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- E) Nem a IMS nem qualquer outro operador foram, durante o período da alegada infração, simultaneamente clientes da Farminveste IPG e concorrentes da hmR;
- F) Não existiu sequer, durante o referido período, por parte de qualquer empresa, uma tentativa de negociação de um preço de aquisição do produto grossista da Farminveste IPG;
- G) O Tribunal *a quo* interpretou de forma errada o conceito de “cliente novo” constante da jurisprudência Telia Sonera do Tribunal de Justiça;
- H) Resulta claramente do referido acórdão que o Tribunal de Justiça entende que, para que exista compressão de margens, a empresa verticalmente integrada tem de ter uma influência direta na estrutura de custos dos seus concorrentes no mercado a jusante;
- I) A IMS nunca se prevaleceu da sentença arbitral que fixava um preço equitativo para o produto grossista que lhe teria permitido operar, segundo a metodologia de cálculo da própria AdC, com margens amplamente positivas;
- J) E não o fez porque, numa opção livre e consciente, em função das suas necessidades específicas e dos seus objetivos comerciais, entendeu dever seguir outro caminho;
- K) A noção de operador ou concorrente potencial não é uma mera abstração: deve basear-se em fatores realistas, sendo que a mera possibilidade teórica de entrada no mercado não é suficiente no entender da Comissão Europeia;
- L) Durante três décadas, com apenas uma breve interrupção causada pela entrada de um concorrente que a IMS rapidamente tratou de adquirir, esta operou no mercado português numa situação de monopólio;
- M) Resulta da jurisprudência Bronner do Tribunal de Justiça que, para determinar se um produto é indispensável à atividade de determinada empresa, importa averiguar se existem produtos que sejam soluções alternativas, mesmo que sejam menos vantajosas.
- N) O painel de farmácias comercializado pela Farminveste IPG não se revelou essencial à capacidade competitiva da IMS, sendo apenas uma mera conveniência comercial que a própria livre e conscientemente descartou;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- O) A concorrência no mercado a jusante esteve longe de ser totalmente eliminada, seja no período da alegada infração seja em qualquer momento posterior;
- P) Os factos reais (e não simples conjecturas teóricas) não confirmaram, assim, de todo, a conclusão do Tribunal a quo no sentido de que a incapacidade, ainda que temporária, de um operador em produzir uma gama completa de estudos criaria, para o mesmo, o risco de ver a totalidade da respetiva clientela transferir-se para o operador concorrente;
- Q) No caso da IMS, e conforme factos dados como provados pelo próprio Tribunal a quo, era impossível por definição alguma vez tal risco se ter materializado;
- R) Com efeito, a empresa contrata centralmente com as grandes multinacionais farmacêuticas para um número significativo de países em simultâneo e com base na fonte grossista, sendo totalmente inverosímil que a empresa viesse a ser excluída do mercado porque temporariamente não fornece determinados estudos, aliás baseados numa fonte diversa, num país como Portugal que é totalmente inexpressivo para clientes com operações globais;
- S) Parte da procura por estudos sobre MSRM, que historicamente tem constituído mais de 80% das receitas da IMS, considera os dados grossistas e os dados de farmácias substituíveis, pelo que também por esta razão seria sempre por definição impossível que a IMS se visse totalmente excluída do mercado;
- T) O pressuposto de a prática ter causado prejuízos aos consumidores não se encontra igualmente preenchido;
- U) As empresas farmacêuticas, que são os consumidores nos presentes autos, consideram, ao invés, que a entrada da hmR no mercado se traduziu num aumento da qualidade dos estudos e na diminuição do preço dos mesmos;
- V) A conclusão do Tribunal a quo de que tal diminuição dos preços não é incompatível com uma estratégia de exclusão que se destina a permitir o aumento dos mesmos em momento posterior não tem apoio nos factos provados;
- W) Com efeito, para que tal sucedesse, a IMS teria de deixar de constituir um constrangimento concorrencial efetivo para a hmR, o que se afigura por definição impossível de suceder uma vez que a IMS tem larga clientela cativa por força da contratação internacional centralizada que leva a cabo;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- X) O Tribunal *a quo* errou ao não fazer refletir no montante da coima os benefícios que a entrada da hmR teve no mercado para os consumidores;
- Y) Entendem as Recorrentes que, por serem controvertidas e fundamentais para a decisão da presente causa, as seguintes questões prejudiciais deverão ser reenviadas ao Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 267.º do TFUE:
- Pode o artigo 102.º do TFUE, na vertente em que proíbe práticas de compressão de margens, ser aplicado a um caso no qual:
 - A infra-estrutura considerada essencial foi construída inteiramente com recursos privados;
 - O custo de reprodução de tal infraestrutura não é de tal forma exorbitante que não seja ponderável em abstrato;
 - A entidade verticalmente integrada não é o incumbente monopolista no mercado a jusante, mas antes o novo entrante à procura de conquistar uma parte de um mercado monopolizado por um terceiro de forma quase ininterrupta durante três décadas; e no qual
 - Não existe qualquer obrigação legal de acesso ao produto grossista em causa?
 - Pode o artigo 102.º do TFUE, tal como aplicado pelo Tribunal de Justiça no processo C-52/09 (Telia Sonera), ser interpretado no sentido de que é possível constatar um abuso mesmo que, durante todo o período da alegada infração, nenhum terceiro tenha procurado sequer encetar negociações de boa-fé com a empresa verticalmente integrada com vista à aquisição do produto grossista desta?
- Z) A norma que se retira do n.º 2 do art. 69.º, tal como interpretada pela AdC e pelo Tribunal *a quo* em sede de Decisão recorrida, nos termos da qual os 10% do volume de negócios das Arguidas no exercício imediatamente anterior à Decisão) foram utilizados como limite máximo da coima aplicável é inconstitucional – conforme Capítulo C) do Parecer de Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos junto pela Arguida Farminveste SGPS – por violação dos artigos 1.º, 2.º, 18.º, 29.º e 30.º da CRP:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- AA)** Por violação do princípio de reserva relativa da Assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, al. d) da CRP), por se traduzir numa invasão ilícita e injustificada do espaço reservado ao legislador e, de todo o modo, nenhuma percentagem do volume de negócios da Arguida pode espelhar a gravidade máxima que, presumivelmente e em abstrato, o facto ilícito pode assumir,
- BB)** Por violação do princípio da legalidade das coimas (arts. 29.º e 30.º da CRP), porque esta percentagem do volume de negócios do ano anterior ao da Decisão implica eleger um limiar indeterminado e indeterminável da moldura no momento (relevante) da prática da infração, ficando, aliás, sujeito a uma variação no tempo e consequentes variáveis arbitrárias,
- CC)** Por violação do princípio da legalidade na determinação das coimas (arts. 29.º e 30.º da CRP), porque a amplitude das molduras é indeterminável e potencialmente demasiado ampla, o que permite uma amplitude de poderes do tribunal no momento de fixar a coima incompatível com o princípio da legalidade e proibição de sanções ilimitadas e indefinidas e o princípio do Estado de Direito (em especial, na tutela da segurança jurídica)
- DD)** Por violação do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (art. 18.º da CRP), porque esta percentagem do volume de negócios do ano anterior ao da Decisão, é variável, subjetiva e implica retirar qualquer ligação da moldura sancionatória e o facto censurado.
- EE)** A falta de proporcionalidade, adequação e necessidade é evidente quando se atentam nas disparidades dos valores das coimas aplicadas que, não assentando em qualquer distinção a nível de critérios de determinação, são distintos apenas e somente porque os volumes de negócios das Arguidas são muito dispares,
- FF)** A falta de proporcionalidade, adequação e necessidade é ainda mais gritante, se se tiver em consideração que um volume de negócios baixo certamente determinará que a coima aplicada não seja, a final, tão “dissuasora” quanto o invocado pela AdC (ainda que a censurabilidade do facto seja alta), e um volume de negócios alto determinará a aplicação de coimas excessivas e desproporcionais (ainda que a censurabilidade do facto seja diminuta).
- GG)** Por violação do princípio da culpa (arts 1.º, 29.º e 30.º da CRP), porque a coima aplicada não pode espelhar, como deveria, o grau de culpa do agente e porque a culpa do infrator pode ser superior ao limite máximo da moldura.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- HH) Por violação do princípio da proporcionalidade na determinação da moldura sancionatória abstratamente aplicável (art. 2.º da CRP), porque conduz a resultados desproporcionados, porque excessivos tendo em consideração os fins em causa e o facto de poder haver um desfasamento grande entre a data do cometimento da infração e a data a que se reporta a sanção aplicada,
- II) Por violação do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), porque permite que perante uma identidade objetiva do ilícito e duas condutas em tudo idênticas, duas empresas possam ser sancionadas de modo distinto, em função única e exclusiva do volume de negócios de cada uma.
- JJ) Em síntese, a norma que se retira do artigo 69.º, n.º 2 do NRJC, segundo a qual o montante correspondente a 10% do volume de negócios das Arguidas no exercício imediatamente anterior à Decisão deverá funcionar como limite máximo da moldura aplicável ao ilícito contraordenacional é organicamente inconstitucional, por violação de reserva legislativa relativa da Assembleia da República (artigo 165.º n.º 1, al. d) da CRP) e materialmente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3 da CRP) e do princípio da sua determinação e proibição de sanções ilimitadas ou indefinidas (artigo 30.º, n.º 1 da CRP), do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP), do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (artigo 18.º da CRP) e princípio da culpa (artigo 1.º da CRP), bem como do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), devendo ser recusada nos termos do artigo 204.º da CRP e sendo a inconstitucionalidade suscitada nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 280.º, n.º 1, al. b) da CRP e artigo 72.º da Lei do Tribunal Constitucional.

VI. PEDIDO

Requer-se, muito respeitosamente, nos termos do artigo 411.º, n.º 5, do CPP, que seja realizada **AUDIÊNCIA** junto do Venerando **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA**, para apreciação dos pontos 100 a 206 da presente motivação de recurso.

Termos em que se requer a V. Exas., Venerandos Juizes Desembargadores, cujo douto suprimento se invoca,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

1. A desaplicação, por inconstitucionalidade, das normas que se retiram dos artigos 18.º, n.º 1, al. d), 19.º e 26.º, n.º 5 do ARJC, na interpretação efetuada pelo Tribunal *a quo*, por violação do direito à defesa consagrado no n.º 10 do artigo 32.º da CRP e do princípio da proporcionalidade, que se retira do princípio do Estado de Direito previsto no artigo 2.º da CRP.
2. A desaplicação, por inconstitucionalidade, da norma que se retira do artigo 69.º, n.º 2 do NRJC, na interpretação efetuada pelo Tribunal *a quo*, segundo o qual o montante correspondente a 10% do volume de negócios do Arguido deverá funcionar como limite máximo da moldura abstrata da coima é inconstitucional, por violação do princípio da culpa (artigo 1.º, art. 29.º e 30.º), do princípio do Estado de direito (artigo 2.º da CRP), do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (art. 2.º e 18.º da CRP), do princípio da legalidade (determinação) das coimas (artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP) e do princípio da proibição de sanções ilimitadas ou indefinidas (artigo 30.º, n.º 1, da CRP).
3. **A declaração de nulidade da Decisão administrativa proferida pela AdC e, por conseguinte, de todos os atos subsequentes e, nesse sentido, a revogação da Sentença recorrida, sendo o processo devolvido ao Tribunal *a quo* para remessa à competente autoridade administrativa, para prolação de nova Decisão nos termos da Lei e do Direito;**

Subsidiariamente,

4. **A revogação da Sentença proferida, por absoluta ausência de fundamentos de facto e de direito que permitam sustentar a condenação das Arguidas Recorrentes, devendo, pois, as ora Recorrentes ser integralmente absolvidas da prática da contraordenação por que vêm condenadas.**

Subsidiariamente,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5. A **revogação da Sentença proferida**, ordenando-se a devolução do processo ao Tribunal a quo para que seja a **Decisão proferida substituída por outra que determine a sanção aplicada nos termos da Lei e do Direito** – mormente artigos 58.º do RGCO, 73.º do NRJC e artigo 47.º do ARJC – e que determine a redução da mesma ao seu justo valor.

Pois só assim se fará a esperada JUSTIÇA!

A recorrente Farminveste SGPS juntou ainda ao processo, com o seu recurso, dois pareceres um da autoria e subscrito por Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos que foi junto em 3.11.2016 com a motivação do recurso e outro que desde logo protestou juntar, da autoria de Jorge Figueiredo Dias que viria a ser remetido aos autos em 8.11.2016 (fls 25239-25311 e fls 25312 do volume 61), pareceres esses que sustentam a posição daquela.

3- Os Recursos das arguidas para o Tribunal da Relação de Lisboa, foram recebidos no Tribunal da 1ª Instância (TCRS de Santarém) em 9.11.2016 por despacho de fls ... dos autos.

4- O Ministério Público no Tribunal *a quo*, contra-alegou e respondeu à motivação apresentada pela arguida Farminveste SGPS (a fls 25491 e segs) pugnando no sentido da improcedência deste recurso e terminando as suas contra-alegações com as seguintes (transcritas) conclusões:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- I. Considerando que (1) são as conclusões que delimitam o objecto do recurso, (2) a apresentação do mesmo tem de ser efectuado no prazo legal, e (3) os pareceres só podem ser juntos até ao encerramento da audiência, deve ser ordenado o desentranhamento dos dois pareceres juntos com o recurso da arguida, por violação dos arts. 412.º n.º 1 e 165.º do CPP *ex vi* art. 41.º n.º 1 do RGCO (relativamente a ambos os pareceres) e ainda do art. 74.º n.º 1 do RGCO (relativamente ao parecer de Jorge de Figueiredo Dias).
- II. Os factos dados como provados são suficientes para sustentar a imputação da contra-ordenação (i) às arguidas ANF, Farminveste, IPG e HMR, por acção; e, (ii) à arguida Farminveste, SGPS, por omissão.
- III. Na fundamentação de direito, o Tribunal *a quo* explicitou de forma clara que, por força do conceito extensivo de autor consagrado no art. 16.º n.º 1 do RGCO, aplicável ao caso dos autos por força do art. 13.º n.º 1 e n.º 2 da Lei n.º 19/2012 de 08/05 (NRJC), *“basta um contributo co causal para a verificação da infração para se afirmar a autoria, o que afasta a teoria do domínio do facto, incluindo-se na cumplicidade, apenas “os contributos materiais e morais completamente acessórios ou secundários, que tenham contribuído para o curso dos factos com uma conduta de pequeníssima relevância prática” (fls. 24901, penúltimo parágrafo). Que “com o conceito extensivo não é necessário que “o contributo do agente tenha realizado uma parte do tipo ou da ação típica: basta que coloque uma causa para a sua realização ou que promova com a sua ação ou omissão o facto ilícito, podendo isso acontecer por qualquer forma” (fls. 24902, 2.º parágrafo). Que “Este conceito extensivo de autor tem, desde logo, uma primeira implicação, designadamente a desnecessidade de efetuar a distinção entre as concretas formas de autoria (autoria, coautoria e instigação), mas apenas diferenciar a cumplicidade, se for o caso. A segunda implicação evidente e imediata do conceito extensivo de autor é a inclusão da omissão enquanto conduta típica, sem necessidade de qualquer norma legal específica de equiparação. Por conseguinte, a omissão que promova a execução do ilícito constitui logo execução da*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

contraordenação. Essencial é que sobre o agente incida um dever de garante” (fls. 24902 verso, 2.º e 3.º parágrafos).

- IV. S.m.o., entende-se que o dever de garante que incidia sobre a Farminveste SGPS decorria da lei, concretamente do art. 504.º n.º 1 do CSC, o qual impõe à sociedade directora/dominante o mesmo dever de *“diligência exigida por lei quanto à administração da sua própria sociedade”* relativamente às sociedades por si integralmente dominadas, directa ou indirectamente, sendo que o art. 64.º n.º 1 do CSC estabelece como deveres fundamentais a observar na administração os *“a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”*.
- V. Decorria pois da lei a obrigação da Farminveste SGPS actuar de forma a pôr termo à conduta ilícita das suas duas subordinadas: a Farminveste IPG e a HMR. Ao não fazê-lo, violou o seu dever de diligência e possibilitou a manutenção da conduta infractora.
- VI. E não só impendia sobre a Farminveste SGPS um dever de agir, como tinha *“possibilidade fáctica”* para agir pois que, apesar de ser detida pela ANF a 90,26%, recorde-se que o cargo de presidente do conselho de administração da Farminveste SGPS e o cargo de presidente da direcção da ANF eram ocupados pela mesma pessoa (primeiro por João Cordeiro e, a partir de 2013, por Paulo Duarte).
- VII. A dita sentença recorrida explicitou claramente que a contra-ordenação em questão é permanente – prolongando-se pois a sua consumação no tempo enquanto não cessar o comportamento antijurídico -, que com o conceito extensivo de autor não é necessário que o contributo do agente tenha realizado uma parte do tipo ou da acção típica, bastando que promova



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

com a sua omissão o facto ilícito, que sobre a Farminveste SGPS (constituída posteriormente ao início da infracção) recaía o dever de pôr termo à conduta abusiva, e, que, ao não fazê-lo, possibilitou a manutenção da conduta abusiva.

- VIII.** A consideração da situação económico-financeira do agente, na determinação do montante da coima como em qualquer sanção de natureza pecuniária, destina-se a garantir que a sanção cumpra as suas finalidades punitivas, na medida em que o efeito da coima está dependente das condições económico-financeiras do agente. No caso de uma *holding* deve-se considerar, pelo menos, o volume de negócios que é reflectido na sua contabilidade, independentemente do facto do mesmo não se repercutir sem mais na sua esfera, pois constitui, o melhor indicador da capacidade da empresa em causa em mobilizar os fundos necessários para o pagamento da coima.
- IX.** A consolidação revela não só a condição económico-financeira das sociedades participadas mas também a capacidade de intervenção e controlo da SGPS nas sociedades participadas e a capacidade de gerar lucros ou dividendos para a SGPS.
- X.** Se a consideração do volume de negócio de participadas que não actuam no sector afectado poderá afectar outros sectores que não os afectados, tal é uma consequência inevitável do cumprimento das finalidades punitivas associadas à sanção pecuniária em causa.
- XI.** Se fossem excluídos, do volume de negócios da Farminveste SGPS, os volumes de negócios das suas participadas que não exerçam actividades nos mercados em que se verificou a infracção, isso significaria que, por esta infracção, apenas responderiam as participadas envolvidas na infracção (a Farminveste IPG e a HMR), mas não a própria Farminveste SGPS, que assim se veria isenta de toda a responsabilidade contraordenacional.
- XII.** O Tribunal *a quo* observou os critérios legais na determinação da medida da coima aplicada a cada uma das arguidas, sendo cada uma das coimas proporcional, adequada e justa.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

XIII. Na douda sentença recorrida, foi apreciada a culpa da Farminveste SGPS (agiu com dolo directo e com consciência da ilicitude), foi referido o seu concreto envolvimento nos factos (conhecimento dos actos praticados pela Farminveste IPG e pela HMR e decisão de nada fazer para cessar a conduta das mesmas, possibilitando a manutenção da infracção), foram indicadas as pessoas individuais que a vincularam (os seus administradores, os quais se encontram identificados nos factos provados 29, 30, 62 e 63). Foi ainda ponderado que, das quatro arguidas, só a ANF tinha antecedentes contraordenacionais, mas que, por não estarem relacionados com práticas restritivas da concorrência, não justificavam uma diferenciação face à situação das demais arguidas.

XIV. Não só a decisão da AdC identifica as concretas pessoas singulares cuja actuação e poderes vincularam as quatro arguidas e permitiram a imputação da infracção a cada uma destas, como, consequentemente, o Tribunal *a quo*, no caso em concreto, não recorreu a qualquer interpretação do art. 50.º do RGCO e/ou do art. 73.º do NRJC e/ou do art. 47.º do ARJC, no sentido indicado pela arguida como sendo inconstitucional (ou seja, de que poderá ser aplicada uma coima a pessoas colectivas sem que, na decisão proferida pela autoridade administrativa, se explicita e concretize a identificação das concretas pessoas singulares cuja actuação e poderes lhes torna imputáveis os factos).

XV. Contrariamente ao defendido pela arguida, a contra-ordenação em causa é uma infracção permanente, que:

- 1) se iniciou com a fixação do preço não equitativo dos dados comerciais das farmácias por parte das arguidas ANF/Farminveste IPG, através do contrato assinado em 18/12/2008, com efeitos a partir de 01/01/2009;
- 2) se perpetuou quer por vontade das arguidas ANF/Farminveste IPG, quer por vontade da arguida HMR, pois que esta, constituída em Junho/2009, celebrou um contrato com a Farminveste IPG em 17/02/2010 (com efeitos retroactivos a partir de 01/01/2010), comprometendo-se a adquirir os dados comerciais das farmácias



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pelo preço não equitativo de 255€/mês/farmácia, e, depois comercializou estudos baseados nesses dados a preços que lhe esmagavam as suas próprias margens, a ponto de se verificarem perdas de capital social;

- 3) se perpetuou/manteve mesmo após a constituição da arguida Farminveste SGPS (em 08/09/2010), a qual, como sociedade dominante/directora, ao ter conhecimento da conduta infractora das suas participadas Farminveste IPG e HMR, tinha o dever de pôr termo a essa mesma conduta ilícita, e, deliberadamente não o fez, possibilitando a manutenção do abuso de posição dominante por imposição de preços não equitativos (além de permitir que a HMR apresentasse sucessivos resultados negativos que implicaram perdas de capital social).

XVI. Afirmar, como o faz a arguida, que a existência de um abuso de posição dominante previsto no art. 102.º do TFUE – no caso, o previsto na al. a) da 2.ª § -, não implica a demonstração nem de efeitos concretos ou prováveis do comportamento no mercado, e nem mesmo de efeitos restritivos possíveis ou potenciais, é contrariar a jurisprudência europeia. A jurisprudência europeia exige a prova de efeitos potenciais e, nalguns casos pontuais, o TJUE tem sugerido que os efeitos concretos ou prováveis não devem ser ignorados na avaliação do impacto sobre a concorrência. A avaliação da compatibilidade de uma conduta com o art. 102.º do TFUE deve partir da apreciação dos efeitos, pelo menos dos efeitos potenciais, e, não da qualificação da conduta como um comportamento-padrão em relação ao qual se presumem efeitos negativos.

XVII. Nos termos da decisão condenatória da AdC a conduta infractora durou pelo menos até final de 2013. Contudo, a verdade é que *“Até ao momento da prolação da decisão impugnada [em 22/12/2015], as recorrentes não praticaram qualquer ato tendente a fazer cessar o ilícito contraordenacional que lhes é imputado”* (facto provado 422). Não há



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pois dúvidas que é à luz do NRJC - aprovado pela Lei n.º 29/2012 de 09/05, e, que entrou em vigor no dia 07/07/2012 (cfr, arts. 99.º n.º 1 e 101.º) - que tem de ser apreciada a conduta de todas as arguidas.

XVIII. Tendo-se concluído que a conduta das arguidas é susceptível de afectar de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros, tal significa necessariamente a subsunção dos factos ao artº 102.º do TFUE, pois que, nos termos da nova Lei, constitui uma contra-ordenação autónoma – cfr. artº 68.º n.º 1 al. b) do NRJC.

Assim, mantendo-se a condenação da arguida Farminveste SGPS pela prática de uma contra-ordenação p. e p. pelos arts. 102.º §1.º e §2.º al a) do TFUE e 68.º n.º 1 al b) do NRJC, e, bem assim as sanções que lhe foram aplicadas,

V^{as}. Ex^{as}. farão

JUSTIÇA!

E contra-alegou igualmente a fls 25520 e segs dos autos, respondendo à motivação de recurso apresentada pelas arguidas Associação Nacional de Farmácias (ANF), Farminveste IPG e HMR pugnando no sentido da improcedência deste recurso e terminando as suas contra-alegações com as seguintes (transcritas) conclusões:

A questão da nulidade da decisão condenatória da AdC foi desde logo suscitada em sede de recurso de impugnação judicial pelas arguidas. Ao considerar improcedente tal questão, bem andou o Tribunal *a quo*, tendo efectuado uma correcta e fundamentada apreciação.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

II. O Tribunal *a quo* não aplicou ao caso concreto normas extraídas da conjugação dos arts. 18.º n.º 1 al. d), 19.º e 26.º n.º 5 da Lei n.º 18/2003 de 11/06 (ARJC), não tendo sequer apreciado especificada e conjugadamente tais preceitos legais. E, em momento algum, se declara na sentença recorrida que nos presentes autos se encontram documentos confidenciais exoneratórios não considerados pela AdC na decisão final. No caso concreto dos autos estavam apenas e tão só em causa documentos confidenciais efectivamente usados pela AdC para elaboração da Figura 8, no parágrafo 1074 da sua decisão condenatória.

III. A matéria de facto dada como provada na douda sentença recorrida sustenta as conclusões de que:

- 1) As arguidas subsumem-se ao conceito de empresa relevante para efeitos de aplicação do art. 102.º do TFUE.
- 2) O mercado relevante quanto ao produto a montante é correspondente ao mercado dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias, entendido este como um painel com, pelo menos, 1531 farmácias e que permita a elaboração de estudos mensais na 1.^a semana do mês seguinte a que digam respeito e com uma desagregação temporal inferior à mensal.
- 3) Os seis mercados relevantes quanto ao produto a jusante são: a) o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal; b) o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias com periodicidade igual ou superior à mensal; c) o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal; d) o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade igual ou superior à mensal; e) o mercado dos estudos sobre MSRM em ambulatório com base em dados de grossistas ou dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias; f) o mercado dos estudos destinados à monitorização de vendas sobre MSRM em ambulatório com base



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

em dados de grossistas ou dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias.

- 4) Os mercados geográficos, a montante e a jusante, correspondem ao território nacional.
- 5) O Grupo ANF, através da Farminveste IPG, detém uma posição dominante no mercado dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias, pois que é a única entidade que está presente na recolha e comercialização de dados comerciais de um painel representativo de farmácias.
- 6) O novo preço de 255€/mês/farmácia fixado pela ANF/Farminveste IPG, no contrato celebrado em 18/12/2008, com data de entrada em vigor em 01 de Janeiro de 2009, não permitia à IMS operar nos mercados a jusante (mercado retalhista/mercados dos estudos) com margens positivas, nem a qualquer outro potencial operador que surgisse nos mercados a jusante e que fosse tão eficiente como a HMR, criada poucos meses depois (em Junho/2009).
- 7) Existem fortes barreiras técnicas e económicas em aceder aos dados comerciais de um painel representativo de farmácias.
- 8) O produto fornecido pela Farminveste, IPG era indispensável para realizar estudos de mercado sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias com uma periodicidade inferior à mensal.
- 9) Sem o produto fornecido pela Farminveste, IPG, a IMS e qualquer potencial operador que surgisse nos mercados a jusante estavam impossibilitados de realizar: a) estudos de mercado sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal; b) estudos de mercado sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal.
- 10) Mesmo nos mercados a jusante em que a IMS se manteve presente, a sua capacidade competitiva foi afectada.
- 11) Por via dos preços praticados no mercado a montante e nos mercados a jusante e das margens negativas entre os mesmos, as arguidas criaram entraves artificiais e efectivos à entrada de potenciais concorrentes nos mercados dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias com periodicidade



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

inferior à mensal, e, nos mercados dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias com um painel de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias.

- 12) A HMR tem uma posição dominante: a) no mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal; b) no mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal; c) no mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade igual ou superior à mensal.
- 13) A conduta das arguidas é susceptível de afectar de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros.
- 14) Não há uma justificação objectiva para a conduta.

IV. É pois indubitável que a actuação das arguidas integra a prática de um abuso de posição dominante por imposição de preços não equitativos reconduzível ao art. 102.º §1.º e §2.º al a) do TFUE.

V. Admite-se a possibilidade da concreta e particular conduta das arguidas não encaixar perfeitamente na figura da compressão de margens (de construção jurisprudencial), mas tal não invalida um facto que nos parece inelutável: a prática por todas elas de um abuso de posição dominante proibido pelo artº 102.º §1.º e §2.º al a) do TFUE.

VI. Independentemente de ter existido ou não, durante o período da infracção, uma tentativa de negociação de um preço de aquisição do produto grossista da Farminveste IPG por parte de uma qualquer empresa, certo é que ficou provado que, ainda que a IMS ou qualquer outra entidade solicitasse o fornecimento dos dados comerciais das farmácias, a Farminveste IPG manteria o preço de 255 €/mês/farmácia (factos provados 247 e 248).

Ora, cfr. decorre da conjugação do art. 75.º n.º 1 do RGCO e do art. 410.º n.º 2 do CPP *ex vi* art. 41.º n.º 1 do RGCO, está vedado às arguidas impugnar em termos amplos a matéria de facto, só podendo impugná-la em termos limitados se da sentença recorrida (por si



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

só ou conjugada com as regras da experiência comum) resultar algum vício decisório, o que não só não é invocado como não ocorre.

VII. A IMS nunca se prevaleceu da sentença arbitral que fixou o preço de 150€/mês por farmácia porque pagava menos que esse valor às farmácias e por considerar que, ainda assim, esse preço não lhe permitiria rentabilizar os estudos baseados em dados de farmácia, tendo em conta os baixos preços dos estudos praticados pela HMR.

Salienta-se ainda: (i) que, não obstante essa mesma decisão arbitral, proferida em 05/05/2011, a Farminveste IPG não baixou o preço de venda de dados de farmácia à sua participada HMR, (ii) que o preço da cedência dos dados manteve-se mesmo após a Decisão Final condenatória proferida em 22/12/2015 pela AdC, e, (iii), ficou provado que, ainda que a IMS solicitasse o fornecimento dos dados comerciais das farmácias, a Farminveste IPG manteria o preço de 255 €/mês/farmácia.

VIII. O circunstancialismo que explica a razão da ANF/Farminveste, IPG ter logrado obter – de forma centralizada, remota, automática e diária – os dados comerciais de 81,5% da totalidade das farmácias em Portugal (números de 2012 e que correspondiam a 2365 farmácias), explica também a dificuldade de qualquer outra entidade terceira em aceder de forma centralizada, remota, automática e diária aos dados comerciais de um painel representativo de farmácias, como bem atestam os factos provados 250 a 320 e 362.

O facto do Grupo ANF gerir/controlar os sistemas informáticos e a rede de comunicações das farmácias com Sifarma e Farmalink, condiciona a liberdade dessas mesmas farmácias e condiciona o acesso aos dados comerciais das mesmas por entidades terceiras. Tal controlo constitui uma verdadeira barreira à expansão da IMS e ainda uma barreira à entrada de novos concorrentes.

IX. Considerando que:

- a) só a ANF/Farminveste IPG conseguem aceder de forma automática, remota, centralizada e diária aos dados comerciais de pelo menos 1531 farmácias;
- b) não há alternativas viáveis para terceiros acederem de forma automática, remota, centralizada e diária aos dados comerciais de pelo menos 1531 farmácias;
- c) é economicamente inviável a recolha manual de dados (farmácia a farmácia) com uma periodicidade diária ou semanal (facto provado 264, fls. 24807 verso);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

impõe-se a conclusão que, sem o produto fornecido pela ANF/Farminveste IPG, não é possível a realização de estudos de mercado sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias com uma periodicidade inferior à mensal.

X. Sem o produto fornecido pela Farminveste, IPG, a IMS e qualquer potencial operador que surgisse nos mercados a jusante estavam pois impossibilitados de realizar: a) estudos de mercado sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal; b) estudos de mercado sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal

XI. Resulta expressamente dos factos provados 345 a 356 e 368 que a IMS foi e permanece excluída de três dos seis mercados a jusante - (1) mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal, (2) mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal, e, (3) o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade igual ou superior à mensal -, e, que viu a sua capacidade competitiva ser afectada nos três demais mercados a jusante.

XII. As circunstâncias de:

- a) até 2008, a ANF ter fornecido em exclusivo à IMS os dados comerciais de farmácias e da IMS os ter explorado numa situação de quase monopólio no mercado português;
- b) a IMS ser uma estrutura internacional que procede a uma negociação centralizada de contratos com as grandes multinacionais farmacêuticas;
- c) a IMS ter (alegadamente) uma clientela cativa;
- d) historicamente, cerca de 80% das receitas da IMS serem provenientes de estudos sobre MSRM;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

não evitaram que a IMS fosse e permanecesse excluída de três dos seis mercados a jusante.

XIII. De igual modo, as referidas circunstâncias não evitaram que a IMS tenha visto a sua capacidade competitiva ser afectada nos três demais mercados a jusante. Veja-se que:

1) Os volumes de vendas dos estudos da IMS baseados em outras fontes de dados que não os das farmácias, concretamente os estudos baseados em dados de grossistas, caíram. A IMS perdeu não apenas clientes de estudos baseados nos dados de farmácias, mas também clientes que até ao aparecimento da HMR compravam estudos baseados em dados de grossistas, e, que após o aparecimento da HMR deixaram de adquirir estudos baseados em dados de grossistas à IMS e passaram a adquirir estudos baseados em dados de farmácia à HMR por terem verificado que os mesmos continham mais e melhor informação.

Salienta-se que, apesar da venda de estudos de CH (baseados em dados das farmácias) incluindo OTC's ter representado, em 2007/ 2008, para a IMS apenas 10% do seu volume total de negócios, ou seja € 2 milhões anuais (facto provado 404), a queda do volume total de negócios após a suspensão do fornecimento de dados das farmácia efectuado pela ANF/Farminveste IPG foi superior a esse valor.

Concretamente, no ano de 2008 (ou seja antes da suspensão do fornecimento de dados por parte da ANF/Farminveste), a IMS teve um volume total de vendas de 18.763.875,23 € dos quais apenas cerca de 1.154.276 € (igual quantia, nos termos do contrato de parceria de 2006, foi recebida pela Farminveste) provieram das vendas de estudos baseados em dados de farmácias. Nos anos que se seguiram, as quebras de facturação da IMS foram muito superiores a tal valor de 1.154.276 €, verificando-se que: no ano de 2009, o volume total de vendas da IMS foi de 16.929.052,55 €; no ano de 2010, foi de 14.872.037 €; no ano de 2011, foi de 12.512.390,58 €; no ano de 2012, foi de 11.028.482,15 €; no ano de 2013, foi de 8.544.985,28 €; no ano de 2014, foi de 8.715.310,43 €; e, no ano de 2015, foi de 8.034.347,86 €.

2) A IMS apresentasse resultado negativos no ano de 2009 (-6.354.230€), no ano de 2011 (-1.294.626,57€), no ano de 2013 (-1.939.721,46 €), no ano de 2014 (-925.025,01 €), e, no ano de 2015 (-2.798.245 €).

XIV. Sustentam as arguidas que uma determinada prática só viola o art. 102.º do TFUE se ficar demonstrado que ocorreu prejuízo para o consumidor, designadamente que a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

conduta originou a subida do preços ou a diminuição da qualidade. Contudo, *“No que se refere à jurisprudência, a posição do TJUE não parece inspirar grandes dúvidas, observando-se, em diversos processos, que o artigo 102.º TFUE se refere não só às práticas susceptíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores mas também às que lhes causam prejuízo por prejudicarem o jogo da concorrência, indiciando-se então que basta provar que as práticas prejudicam a concorrência para se provar igualmente o prejuízo ao consumidor”* (“Abusos de Posição Dominante” de Ricardo Bordalo Junqueiro, Almedina, pág. 100).

Ora, como referido supra, a conduta das arguidas teve como efeitos (concretos) a exclusão da IMS de três dos seis mercados a jusante – pelo que a quota de mercado da IMS em cada um desses três mercados é de 0% e a da HMR é de 100% -, e, a afectação da sua capacidade competitiva nos restantes três. Sendo manifesto nos presentes autos o prejuízo para *“o jogo da concorrência”*, não é pois necessário demonstrar a ocorrência de prejuízo para o consumidor para considerar verificada a violação do art. 102.º do TFUE.

Acresce, e como se refere na douda sentença recorrida, *“os polos de comparação não são o antes e o depois da entrada da HMR no mercado, mas o mercado real, após a entrada da HMR, e o mercado que teria sido possível se não tivessem sido criados entraves artificiais à concorrência. Efetivamente, mesmo verificando-se uma melhoria da qualidade dos estudos e uma diminuição de preços, isso não significa que, caso tivessem operado nos mercados em questão outras empresas e/ou com acesso à totalidade da procura, os preços e/ou a qualidade dos produtos não tivessem sido superiores. Para além disso, a diminuição dos preços é compatível com uma estratégia de exclusão que se destina justamente a permitir, num momento posterior, aumentar os preços”* (fls. 24898 verso, 2.º parágrafo).

XV. Em face de todos os factos provados, consideram-se adequadas e proporcionais cada uma das coimas aplicadas

XVI. Concede-se que o caso dos autos apresenta características muito peculiares e únicas, e, que existam dúvidas quanto à integração total/perfeita da conduta das arguidas na figura do abuso de posição dominante por compressão de margens. Porém, a conduta das arguidas constitui uma manifesta violação ao 102.º §1.º e §2.º al a) do TFUE, pelo que se entende inexistir motivo atendível para o reenvio prejudicial pretendido pelas arguidas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

XVII. Apesar de tudo, sempre se dirá, a propósito das ditas questões prejudiciais formuladas pelas arguidas, o seguinte:

I.1. Não se vê em que medida um abuso de posição dominante por compressão de margens possa ser lícito só porque a infra-estrutura necessária para efectuar a recolha e a transmissão de dados foi integralmente construída com recursos privados [recursos esses que foram não só da ANF mas essencialmente das próprias farmácias].

I.2. Foi dado como provado que *“A instalação, nas farmácias, de dois sistemas de gestão paralelos, para efeitos de recolha de dados, não é viável porque, para além dos custos que isso implicaria, obrigaria à replicação de todos os registos de operações que ocorrem nas farmácias”* (facto provado 256), e, que todas as outras hipóteses de acesso e recolha de dados das farmácias com Sifarma e Farmalink são susceptíveis de serem tecnicamente impossibilitadas pelo Grupo ANF, pelo que a questão não pode partir da premissa que é viável a reprodução da infra-estrutura existente.

I.3. Uma das entidades verticalmente integradas - a HMR - tem o monopólio de três dos seis mercados relevantes a jusante, e, a outra entidade verticalmente integrada - a Farminveste, IPG (que detém a HMR a 100%) tem uma posição dominante no mercado a montante.

I.4. A ANF/Farminveste IPG não tem efectivamente qualquer obrigação legal de vender à IMS ou a qualquer outra entidade os dados comerciais das farmácias associadas da ANF que usem o Sifarma e a Farmalink e que consintam nessa venda. Mas o cerne do problema não reside aí, mas no facto do Grupo ANF conseguir controlar o sistema informático das farmácias e a informação que circula na rede Farmalink, a ponto de, no passado, ter desinstalado software da IMS sem o conhecimento e sem a autorização dessas mesmas farmácias, ou seja, passando por cima da vontade dessas farmácias. Tal controlo dificulta que entidades terceiras - ainda que expressamente autorizadas pelas farmácias - tenham acesso aos dados dessas farmácias de forma remota, automática e diária.

II. Como resulta da douda sentença recorrida, o preço de mercado estava fixado e *“as recorrentes tinham todo o interesse em manter um preço que bloqueasse interessados e potenciais interessados na aquisição dos dados e mantiveram o preço de € 255,00 com esse propósito, sendo o mesmo uma expressão efetiva daquela que seria a vontade da Farminveste quanto ao preço que cobraria, caso a aquisição dos mesmos lhe tivesse sido solicitada”* (fls. 24854, 2.º parágrafo). Salienta-se que o preço não foi alterado nem com a prolação da decisão do Tribunal Arbitral, nem com a decisão condenatória da AdC, e, nem mesmo apesar da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

complicada situação contabilística da HMR. Em face da factualidade dada como provada, é irrelevante que nenhum terceiro tenha encetado negociações com vista à aquisição dos dados, pois que o preço sempre seria mantido.

XVIII. A norma que se retira do art. 69.º n.º 2 do NRJC - segundo a qual o montante correspondente a 10% do volume de negócios das arguidas no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória da AdC deverá funcionar como limite máximo da moldura aplicável ao ilícito contraordenacional – não é orgânica ou materialmente inconstitucional, não violando nenhum dos princípios e nenhuma das normas constitucionais referidos pelas arguidas.

Assim, mantendo-se a condenação de cada uma das arguidas pela prática de uma contra-ordenação p. e p. pelos arts. 102.º §1.º e §2.º al a) do TFUE e 68.º n.º 1 al b) do NRJC, e, bem assim as sanções que lhes foram respectivamente aplicadas,

V^{as}. Ex^{as}. farão

JUSTIÇA!

5- A Autoridade Administrativa (AdC) contra-alegou (a fls 25325 e segs), respondendo aos recursos interpostos por todas as arguidas, pugnando pela improcedência dos mesmos porquanto defende nomeadamente quanto à determinação da coima, que a interpretação levada a cabo pela AdC e pelo Tribunal *a quo* do n.º 2 do artigo 69º da Lei da Concorrência não é inconstitucional, a infração em causa não é de carácter instantâneo mas duradouro - “(...) se se pode considerar que a infração é permanente quando o estado antijurídico típico tiver uma certa duração e se protrair no tempo enquanto tal for a vontade do agente, que tem a faculdade de pôr termo a esse estado de coisas, então não pode deixar de se considerar que a contraordenação em apreço nos presentes autos consubstancia uma infração permanente.

Ora, não é assim, como se demonstrou, de proceder a linha argumentativa da Recorrente no sentido de se considerar o esmagamento de margens uma infração



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

instantânea, e, como tal, aplicar aos presentes autos, em termos substantivos, a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (...) " - e nenhum vício pode ser assacado à dita sentença recorrida, no que se refere à imputação da infração à arguida Farminveste SGPS, com a consequente responsabilização e condenação desta sociedade.

Por fim, defende o não reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça Europeu nos seguintes transcritos termos:

- A. Importa apurar da obrigatoriedade, ou não, de o Tribunal de última instância proceder ao reenvio prejudicial.
- B. De acordo com os acórdãos do Tribunal de Justiça citados na presente Resposta é possível concluir que não existe obrigação de pedido de decisão prejudicial nos termos do parágrafo 3.º do atual artigo 267.º sempre que: (i) a questão seja considerada irrelevante pelo tribunal nacional para a tomada de decisão; (ii) a questão já tenha sido tratada pelo Tribunal de Justiça em momento anterior; ou, finalmente, (iii) a questão seja óbvia e não exista qualquer dúvida sobre a sua interpretação.
- C. Neste contexto, e mesmo admitindo que a questão não seja considerada irrelevante para identificar um vício da sentença recorrida ou que não seja considerada óbvia, parece todavia claro que o Tribunal de Justiça já se pronunciou diversas vezes sobre o conceito de abuso de posição dominante por esmagamento de margens para efeitos de aplicação do artigo 102.º do TFUE (como de resto é referido na decisão da AdC e, em particular, na Sentença recorrida).
- D. Não se trata naturalmente de saber se o Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre um caso de abuso de posição dominante com os exatos contornos factuais do caso concreto, mas antes de perceber se da jurisprudência do Tribunal de Justiça resulta claro o tipo de infração em causa, previsto no artigo 102.º do TFUE, os seus elementos constitutivos e as condições para o seu preenchimento e sanção.
- E. Do agora exposto, deve concluir-se que, existindo jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a mesma questão (infração ao artigo 102.º do TFUE por esmagamento de margens), **não existe obrigatoriedade de pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça.(...)**



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- F. No caso concreto verifica-se que a sentença recorrida analisa de forma muito completa o conceito de abuso de posição dominante na forma de esmagamento de margens, desde logo por referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça.
- G. A decisão da AdC faz exatamente o mesmo percurso, permitindo às Recorrentes perceber os fundamentos para a existência daquela concreta infração por esmagamento de margens.
- H. O preenchimento destes requisitos foi analisado seguindo de perto a jurisprudência do Tribunal de Justiça, em particular nos casos “Teliasonera” e “Deutsche Telecom”, resultando do presente recurso que quer a Decisão da AdC, quer a Sentença recorrida analisaram detalhadamente todos os pressupostos do tipo ilício em causa, ou seja, a compressão de margens.
- I. De todo o agora exposto resulta que, independentemente da maior ou menor concordância das Recorrentes com o resultado, análise dos factos ou aplicação do direito pela AdC e pelo Tribunal recorrido, existe de facto jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre abuso de posição dominante na forma de esmagamento de margens e que foi considerada na decisão da AdC e na sentença recorrida, não se apresentado a aplicação do artigo 102.º do TFUE no caso concreto como uma questão nova ou de difícil interpretação.
- J. Nessa medida, **entende-se que inexiste obrigatoriedade de pedido de decisão prejudicial para o Tribunal de Justiça nos termos do parágrafo 3.º do artigo 267.º do TFUE, antes estando reunidos todos os elementos para que o Tribunal da Relação possa decidir este caso concreto, concluindo pela correta ou incorreta aplicação pelo Tribunal recorrido do artigo 102.º do TFUE.**

6- A Sr^a Procuradora-geral-adjunta nesta Relação teve vista do processo nos termos e para os efeitos do artº 416º do C.P.P e a fls 25593 veio fazer referência aos recursos interpostos e às respostas proferidas nos autos pela AdC e pelo M.P na 1ª instância bem como ao facto de todas as recorrentes terem requerido a realização de audiência.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Termina assim concluindo no sentido de apenas se pronunciar quanto ao conhecimento das várias questões levantadas nos recursos, em audiência de julgamento, como efectivamente veio a acontecer, em sede de alegações orais que proferiu.

7- Efectuado o exame preliminar e colhidos os vistos legais, foi agendada data para a audiência de julgamento e realizada a mesma com observância de todo o formalismo legal, cumprindo agora apreciar e decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1- Delimitação do objecto do recurso

As questões colocadas pelos recorrentes nas conclusões da motivação, as quais delimitam o objecto e poderes cognitivos deste Tribunal *ad quem*, são as seguintes:

QUESTÕES COMUNS

1) A NULIDADE DA DECISÃO CONDENATÓRIA NA MEDIDA EM QUE OBSTA A UM CABAL EXERCÍCIO DO SEU DIREITO DE DEFESA, NOS TERMOS DA LEITURA CONJUGADA DOS ARTIGOS 25.º, 26.º, 69.º E 73.º DO NRJC, 18.º E 58.º RGCO, 283.º, N.º 3, 374.º, N.º 2 E 379.º, N.º 1, AL. A) DO CPP, 125.º, N.º 1 DO CPA, 6.º DA CEDH E 10.º, 32.º E 268.º, N.º 3 DA CRP, porquanto é omissa na descrição fáctica e legal dos elementos mínimos objetivos e subjetivos necessários à imputação de uma infração contraordenacional.

2) A NULIDADE DO PROCESSO QUE CULMINOU NA DECISÃO PROFERIDA - ALEGAM AS RECORRENTES QUE ESSE PROCESSO É, NULO, POR VIOLAÇÃO DOS MAIS ELEMENTARES DEVERES DE DILIGÊNCIA E INVESTIGAÇÃO, OBJETIVIDADE, IMPARCIALIDADE E ISENÇÃO A QUE A ADC ESTÁ VINCULADA E, A PAR, DO DIREITO AO PROCESSO JUSTO E EQUITATIVO, DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO PRÓPRIO DIREITO DE DEFESA DAS ARGUIDAS, NOS TERMOS DA



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

LEITURA CONJUGADA DOS ARTIGOS 17.º E 19.º DA ALdC, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º E 10.º DO CPA, 1.º, 29.º, 32.º, 266.º E 268.º DA CRP, 6.º DA CEDH.

QUESTÕES ESPECIFICAMENTE INVOCADAS

PELA ARGUIDA Farminveste SGPS

I) A DECISÃO ADMINISTRATIVA É NULA, POR SER ILEGAL E MANIFESTAMENTE INCONSTITUCIONAL QUALQUER INTERPRETAÇÃO DE NORMA DO RGCO E/OU DO NRJC (EM ESPECIAL, DOS ARTIGOS 58º DO RGCO, 73º DO NRJC E ARTIGO 47º DO ARJC) no sentido de que poderá ser aplicada uma coima a pessoas colectivas sem que, na decisão proferida pela autoridade administrativa, se explicita e concretize a identificação das concretas pessoas singulares cuja actuação e poderes lhes torna imputáveis os factos, sendo ainda inconstitucional, por violação do princípio da legalidade previsto no artº 29º nº 1 da Constituição (CRP), bem como o disposto nos artigos 18º nº 1 e 32º nº 10 da CRP.

II) DA CARACTERIZAÇÃO DA INFRACÇÃO E DA LEI APLICÁVEL : NATUREZA DA CONTRAORDENAÇÃO EM QUESTÃO – É PERMANENTE OU INSTANTÂNEA? E EM FUNÇÃO DA NATUREZA DESTA INFRACÇÃO, VERIFICOU-SE JÁ A PRESCRIÇÃO DO PROCEDIMENTO CRIMINAL?

III) RESPONSABILIDADE DESTA ARGUIDA POR OMISSÃO - OS FACTOS DADOS COMO PROVADOS SÃO SUFICIENTES PARA IMPUTAR A AUTORIA DA CONTRAORDENAÇÃO EM CAUSA À ARGUIDA FARMINVESTE SGPS, POR OMISSÃO?

IV) DA ESCOLHA E DETERMINAÇÃO DO MONTANTE DA COIMA APLICADA.

QUESTÕES ESPECIFICAMENTE COLOCADAS PELAS ARGUIDAS Associação

Nacional de Farmácias (ANF), Farminveste IPG e HMR

I) A INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO EFECTUADA PELO TRIBUNAL A QUO DAS NORMAS QUE SE RETIRAM DOS ARTS. 18º Nº 1 AL. D), 19º E 26º N.º 5 DA LEI N.º 18/2003 DE 11/06.

II) A NÃO APLICABILIDADE DA FIGURA DA COMPRESSÃO DAS MARGENS AOS FACTOS DOS AUTOS.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

III) O REENVIO PREJUDICIAL - REQUEREM AS ARGUIDAS QUE DETERMINADAS QUESTÕES, DITAS PREJUDICIAIS, SEJAM REENVIADAS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (ARTº 267º DO TJUE).

IV) INCONSTITUCIONALIDADE DO Nº 2 DO ARTº 69º DO NRJC

2.A decisão recorrida

Na sentença recorrida foram considerados provados os seguintes factos:

O presente processo teve origem em denúncia dirigida à AdC pela empresa IMS Health, Lda. (IMS), em 18.06.2009, conforme resulta do teor dessa denúncia, constante de fls. 691 a 1117 dos autos (versão não confidencial).

Posteriormente, em 10.08.2009, deu entrada na AdC uma denúncia da APIFARMA – Associação Portuguesa da Indústria Farmacêutica (APIFARMA), conforme resulta do teor dessa denúncia, constante de fls. 384 a fls. 417 dos autos.

A IMS tem por objeto a *“consultoria e a elaboração de estudos de mercado, quantitativos e qualitativos, na área da saúde, nomeadamente estudos relacionados com a indústria e o comércio de especialidades farmacêuticas, parafarmacêuticas, dermocosméticas e veterinárias, bem como a prestação de serviços e ações de formação no âmbito desses estudos; e o desenvolvimento e a comercialização de programas informáticos com as inerentes atividades de formação e assistência técnica aos seus clientes”*.

O capital social da IMS é integralmente detido pela sociedade IMS Health Netherlands Holding BV, com sede nos Países Baixos.

O Grupo IMS opera em mais de 100 países, com 50 anos de experiência no mercado, mais de 1.200 consultores e de 7.500 trabalhadores a nível mundial (3.500 dos quais na Europa) e um portfólio amplo e global de produtos e serviços.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Os serviços de consultoria e os estudos de mercado elaborados pela IMS permitem aos seus clientes conhecer, através de métricas e *insights*, as necessidades médico-farmacêuticas do país.

No âmbito da sua atuação em Portugal, até 2009, a IMS obtinha os dados das farmácias, essencialmente, através do Grupo ANF e de cerca de 100 farmácias não associadas da ANF.

A APIFARMA é uma associação patronal, de duração ilimitada, e sede em Lisboa, que teve a sua génese no Grémio Nacional dos Industriais de Especialidades Farmacêuticas.

Atualmente, a APIFARMA representa mais de 120 empresas responsáveis pela produção e importação de medicamentos para uso humano e veterinário, vacinas, e diagnósticos *in vitro*.

A APIFARMA tem como objeto: *a)* representar as empresas nela inscritas, ajudando-as no estudo e resolução dos problemas da produção e da importação de medicamentos e outros produtos farmacêuticos, e da produção de substâncias ativas para uso em medicamentos, defendendo os respetivos interesses; *b)* promover o entendimento, a solidariedade e o apoio recíproco entre as empresas associadas, com vista a um melhor e mais eficaz exercício dos direitos e obrigações comuns; e *c)* representar as empresas associadas junto da administração pública, das outras associações congéneres ou não, nacionais ou estrangeiras, e das instituições representativas dos trabalhadores, com vista ao desenvolvimento socioeconómico do setor e do País e para resolução dos problemas comuns¹.

ANF é uma associação patronal de âmbito nacional, representativa dos proprietários de farmácias, constituída em 1975 e que agrega, atualmente, cerca de 97% das farmácias portuguesas (cfr. informação disponibilizada pela SNF na sua página da internet, cuja cópia consta a fls. 18134).

¹ Cf. artigo 2.º dos seus Estatutos, disponíveis in <http://www.apifarma.pt/apifarma/Documents/Estatutos%20APIFARMA%20-%20Vers%C3%A3o%202013%20%28Abril%29.pdf>.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Enquanto associação, a ANF tem por missão a defesa dos interesses morais, profissionais e económicos dos proprietários de farmácia (cfr. informação disponibilizada pela ANF na sua página da internet, cuja cópia consta a fls. 18134 dos autos).

A ANF tem uma estrutura nacional, que define a política e a governação associativa, e uma estrutura local, organizada em grupos de 50 farmácias (Círculos), espalhados por todo o território nacional² (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).

Os órgãos nacionais da ANF são a Direção Nacional, constituída pelo Presidente, três Vice-Presidentes, cinco Vogais e dois suplentes; a Assembleia Geral, constituída por todos os sócios; a Assembleia Geral de Delegados, constituída pela Mesa da Assembleia Geral, Direção Nacional, Delegados Regionais e Delegados de Círculo; e os Conselhos Disciplinar e Fiscal (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).

A Direção Nacional é o órgão dotado de poderes de administração e gestão, competindo-lhe, designadamente: *i)* definir e submeter à apreciação do Conselho Nacional ou da Assembleia Geral as linhas fundamentais da Associação e da atividade a desenvolver pelos órgãos diretivos; *ii)* sujeitar à apreciação do Conselho Nacional os planos plurianuais e programas anuais de ação que elabore; *iii)* gerir os fundos da Associação, elaborar e submeter à consideração do Conselho Nacional as medidas, regulamentos, procedimentos e normas a que deve sujeitar-se a atividade ou que possam contribuir para a adequada estruturação e desenvolvimento do setor e para a melhoria das condições do exercício da atividade; e *iv)* elaborar e propor ao Conselho Nacional o seu relatório anual, o balanço e contas do exercício, organizar o cadastro das farmácias e aprovar alterações pontuais ao âmbito dos círculos e

² A ANF dispõe de uma Delegação no Norte e outra no Centro. A Delegação do Norte, com sede na cidade do Porto, presta apoio aos associados da zona Norte, abrangendo os distritos de Braga, Bragança, Porto, Viana do Castelo e Vila Real (cfr. Relatório e Contas de 2008, fls. 17650). A Delegação do Centro, com sede na cidade de Coimbra, presta apoio aos associados da zona Centro, abrangendo os distritos de Aveiro, Castelo Branco, Coimbra, Guarda, Leiria e Viseu (cfr. Relatório e Contas de 2010, fls. 17697).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

zonas; tudo nos termos dos Estatutos da ANF (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).

À Assembleia Geral compete, entre outras funções: *i)* deliberar sobre o relatório, balanço e contas e orçamento ordinário de cada exercício; *ii)* proceder às eleições a que haja lugar; e *iii)* pronunciar-se sobre qualquer assunto para que seja convocada; tudo conforme resulta dos Estatutos da ANF (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).

À Assembleia Geral de Delegados cumpre pronunciar-se sobre os aspetos e princípios fundamentais da vida associativa da ANF, nos termos dos seus Estatutos (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).

O Conselho Nacional dispõe de diversas competências, que abrangem, entre outras: *i)* deliberar sobre o orçamento ordinário a propor à Assembleia Geral; *ii)* aprovar, mediante proposta da Direção, a constituição e âmbito das Delegações, Círculos e Zonas; *iii)* resolver os casos omissos nos Estatutos e nos regulamentos internos, de harmonia com as disposições legais e os princípios aplicáveis; *iv)* autorizar a aquisição de bens imóveis a título oneroso e a sua alienação a qualquer título; *v)* deliberar sobre o relatório anual da Direção e o balanço e contas do exercício a propor à Assembleia Geral; e *vi)* resolver a aplicação a dar ao saldo livre da conta da gerência; tudo conforme o disposto nos Estatutos da ANF (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).

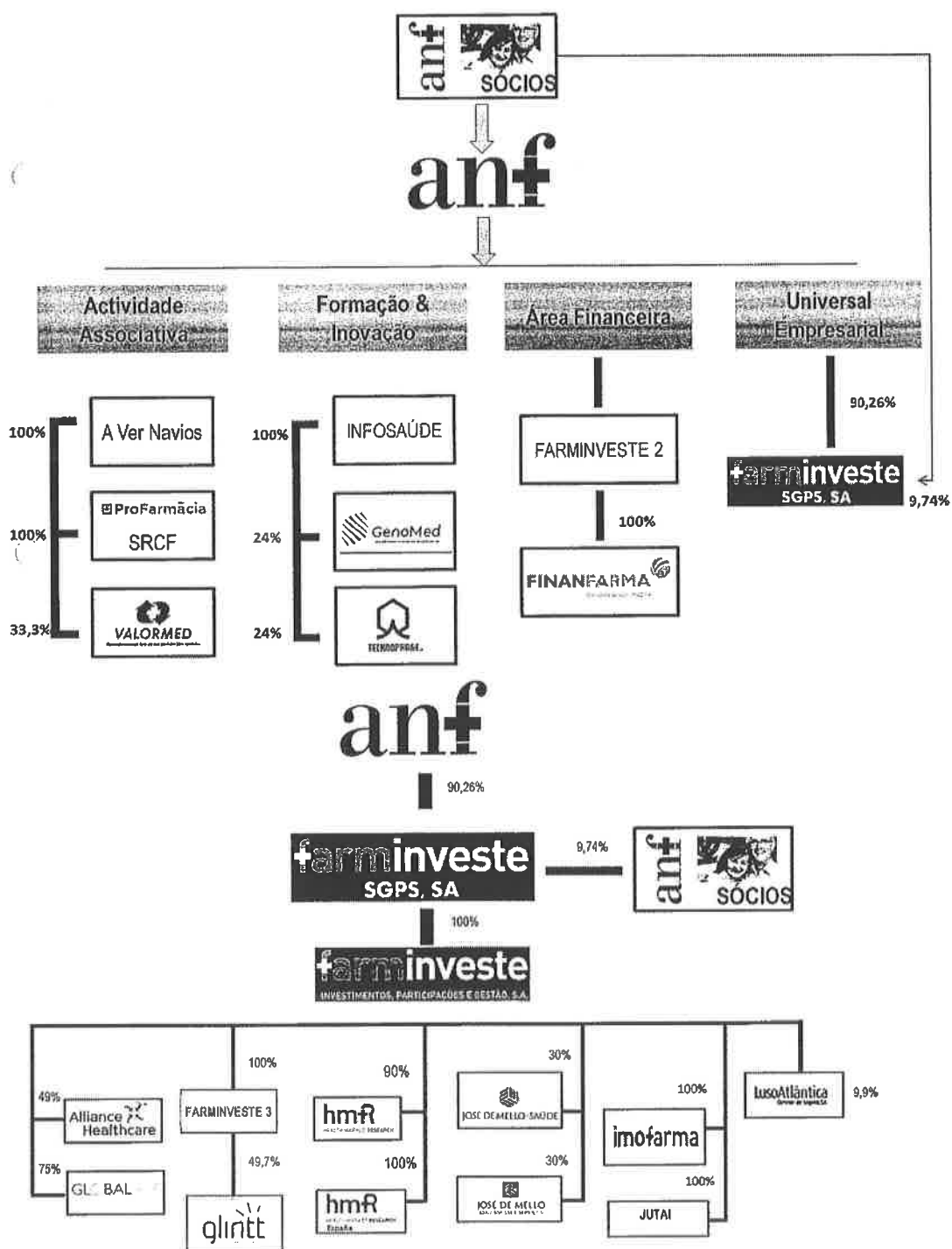
A duração do mandato dos titulares dos órgãos da ANF é de três anos, com possibilidade de reeleição, nos termos dos seus Estatutos (cfr. Estatutos da ANF, cuja cópia consta a fls. 18135 a 18142).

A atual Direção da ANF é composta pelo Presidente Paulo Duarte, pelos Vice-Presidentes Vítor Segurado e Nuno Lopes e pelos Vogais Ana Gaspar, Maria Carmona, Pedro Ferreira, Sílvia Rodrigues e Tiago Pereira.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Para além da sua componente associativa, a ANF possui um universo empresarial, detendo a 90,26% a Farminveste SGPS, a qual, por seu turno, detém a 100% a Farminveste IPG, detendo esta última, direta ou indiretamente, mais de dez empresas, que atuam em diferentes setores de atividade, conforme resulta do organograma *infra* (Figura 1). **Figura 1:** Organograma do universo ANF





TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

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

De acordo com a própria ANF, “[a] *atividade empresarial é [...] um dos vetores fundamentais da estratégia global das farmácias, a par dos vetores associativo, político e profissional*”, estando em curso, no final de 2008, “[o] *processo de consolidação dos resultados do universo empresarial da ANF*”, conforme resulta da pág. 6 do Relatório & Contas da ANF, relativo ao exercício de 2008, a fls. 17642, verso, dos autos.

De realçar é também que “*as percentagens indicadas no organograma [...] referem-se à percentagem detida no capital social e respetivos direitos de voto de cada uma das sociedades, com exceção da Glintt em que os direitos de voto atingem 49,94%*”, conforme resulta da pág. 120 do “*Prospeto da primeira oferta pública de distribuição de ações a preço zero, que teve como emitente a Farminveste SGPS*” (Prospeto), constante de fls. 18144 a fls. 18233, verso, dos autos.

A ANF “*deu início em 2006 ao processo de implementação de um diferente modelo empresarial [...] que lhe permitisse concentrar-se nas atividades nucleares de apoio às farmácias e, por outro lado, possibilitar uma maior eficácia na gestão dos negócios e património, sempre sob a sua supervisão e controlo*”, sendo que “*a este projeto global foi atribuída a denominação «ANF Novo Universo»*”, tudo conforme resulta da pág. 5 do Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2007, a fls. 4677 dos autos.

Apresenta-se, de seguida, um organograma das relações entre as arguidas: Figura 2: Detalhe do organograma do universo empresarial ANF



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



A “**Farminveste SGPS** [...] foi constituída pela ANF a 8 de setembro de 2010 [...] e tem como objeto social a participação no capital de outras sociedades como forma indireta de exercício de atividades económicas”, conforme resulta da pág. 24 do Relatório e Contas da ANF, relativo ao exercício de 2010, a fls. 17697, verso, dos autos.

A Farminveste SGPS é atualmente detida a 90,26% pela ANF, encontrando-se os remanescentes 9,74% do capital dispersos por empresas associadas da ANF (farmácias).

A Farminveste SGPS tem a sua sede social na sede na Travessa de Santa Catarina, n.º 8, 1200-403 Lisboa (cfr. certidão do registo comercial de fls. 18111 a 18113).

O Conselho de Administração da Farminveste SGPS, para o triénio 2013/2015, é constituído por Paulo Duarte (Presidente); Vítor Segurado; Nuno Lopes; João Almeida; Luís Silvestre; Abel Mesquita; Luís Matias e António Barros (Vogais), todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18111 a fls. 18113 dos autos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Para o triénio 2010-2012 tinham sido designados para o Conselho de Administração da Farminveste SGPS: João Cordeiro (Presidente), João Silveira, Maria da Luz Sequeira, Vítor Segurado, João Almeida, Luís Silvestre, Abel Mesquita, Paulo Duarte e Carlos Lacerda (Vogais), todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18111 a fls. 18113 dos autos.

A Farminveste SGPS detém, a 100%, a Farminveste IPG, sendo, assim, a *Holding* do universo Empresarial ANF (conforme organograma *supra*), sendo que a Farminveste IPG detém, a 100%, a HMR, estando presente no mercado de *pharma market research* através dessa “*participação [...] no capital social da HMR*”, conforme pág. 26 do Relatório & Contas de 2010 da ANF, a fls. 17695, verso, dos autos.

A Farminveste SGPS afirma ter conseguido “*alguns progressos na área da inteligência do mercado, otimizando a infraestrutura tecnológica de suporte e lançando novos produtos*”, conforme pág. 5 do seu Relatório & Contas, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17949 dos autos.

Em 2008, a ANF detinha 99,90% do capital social da Farminveste IPG (pág. 9 dos anexos ao Relatório & Contas da ANF, relativo ao exercício 2008, a fls. 17662 dos autos).

A Farminveste SGPS, através da Farminveste IPG, desenvolve a sua atividade em setores diversificados, através de participação em empresas nas áreas de distribuição farmacêutica, sistemas e tecnologias de informação, inteligência sobre o mercado farmacêutico, setor imobiliário e corretagem de seguros, conforme resulta da pág. 25 do Relatório e Contas da ANF, relativo ao exercício de 2013, a fls. 17894 dos autos.

A Farminveste SGPS atua, assim, nos termos descritos, *inter alia*, nos setores dos sistemas e tecnologias de informação, inteligência sobre o setor farmacêutico, ou *pharma market intelligence*, denominação comumente utilizada para a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

A Farminveste SGPS especifica, ainda, que a sua atividade no mercado do *Market Intelligence*, processada através da Farminveste IPG, “*é uma unidade de negócio destinada à comercialização de dados que utiliza como infraestrutura o programa informático Sifarma e a rede Farmalink*”, conforme resulta da pág. 14 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17953, verso, dos autos.

E acrescenta que “*continua a intervir no processo de comercialização de dados estatísticos sobre o consumo de medicamentos e outros produtos de saúde, tendo como cliente a HMR, com base num painel de fornecedores de dados que, no final de 2011, era de 2.235 farmácias*”, conforme resulta da pág. 14 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17953, verso, dos autos.

A Farminveste SGPS afirma que “*espera[...] continuar a aumentar as [...] receitas em 2012, essencialmente devido ao crescimento da [...] base de clientes e à consolidação da [...] lançada em 2011*”, conforme resulta da pág. 34 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17963, verso, dos autos.

Anteriormente à constituição da Farminveste SGPS era a Farminveste IPG, à época detida diretamente pela ANF, que detinha, total ou maioritariamente, as restantes sociedades do universo empresarial da ANF e quem consolidava as contas do Grupo, podendo-se ler, a este propósito, no Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2007, dentro do universo ANF, “[a] *Farminveste [IPG] é [...] a gestora das participações, a impulsionadora de novos projetos e o pilar de apoio às suas participadas*”, conforme pág. 32



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

A este propósito, pode ler-se no Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2007, dentro do universo ANF, “[a] *Farminveste [IPG] é [...] a gestora das participações, a impulsionadora de novos projetos e o pilar de apoio às suas participadas*”, conforme pág. 32 desse Relatório, a fls. 4704 dos autos.

Constituindo a participação no capital de outras sociedades (*maxime*, da Farminveste IPG) a sua forma de exercício de atividade económica, a Farminveste SGPS consolida as contas do Grupo, apresentando em cada ano, em conformidade, um volume de negócios consolidado (cfr. Relatório e Contas da Farminveste IPG de 2012, fls. 16742, verso).

Até “*setembro de 2010 a [ANF] detinha diretamente 99,9% do capital social da Farminveste [IPG], com os restantes 0,1% a serem detidos indiretamente pela ANF através da sociedade Farminveste 2, SGPS, Sociedade Unipessoal, Lda.. Para a centralização e concentração da gestão dos investimentos financeiros, a ANF criou a Farminveste SGPS entregando a sua participação na Farminveste IPG como constituição do capital. Posteriormente, a Farminveste SGPS adquiriu os restantes 0,1% e detém atualmente 100% da Farminveste IPG*”, conforme é explicado pela própria Farminveste IPG



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

A **Farminveste IPG** tem como objeto social a realização de investimentos em bens imóveis e móveis; a gestão de bens próprios; a exploração de estabelecimentos industriais, comerciais ou de serviços, próprios ou alheios; e a prestação de serviços de assistência a empresas em geral, conforme resulta da certidão permanente dessa sociedade a fls. 18114 dos autos.

A Farminveste IPG controla e participa no capital social de diversas entidades que operam em áreas diversificadas, tais como: distribuição e produção de produtos farmacêuticos, sistemas de informação, acompanhamento de mercado, prestação de cuidados de saúde, formação e inovação, e imobiliário (cfr. Relatório e Contas de 2014, fls. 19840, verso).

As participadas da Farminveste IPG têm a sua atividade assente em cinco pilares: distribuição farmacêutica, sistemas de informação, elaboração de estudos de mercado no setor farmacêutico, prestação de serviços de saúde e setor imobiliário (cfr. Relatório e Contas de 2014, fls. 19840, verso).

A Farminveste IPG detém uma participação de 49% no capital social da Alliance Healthcare, sendo os restantes acionistas o grupo Alliance Boots, através da sua participada Alliance Unichem Group, Ltd. com uma participação de 49% e a José de Mello Participações II S.G.P.S., S.A., com uma participação de 2% (ver Figura 1, *supra*).

A Farminveste IPG detém, a 100%, a HMR (cfr. organograma *supra* reproduzido).

A Farminveste IPG detém, ainda, a 100%, a HMR Espanha, empresa constituída em agosto de 2013, “*para desenvolver o mesmo tipo de atividade da HMR*”, conforme resulta da pág. 9 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2013, a fls. 18064, dos autos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A “HMR España já conta com acordos com software houses que permitem aceder aos dados de mais de 9.000 farmácias, de forma a poder extrair a informação necessária para a produção de estudos [...]. Efetuaram-se igualmente acordos com distribuidores de forma a obter um contacto mais direto com as farmácias e uma melhor plataforma de recrutamento das mesmas”, conforme resulta da pág. 21 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2013, a fls. 18070 dos autos.

Adicionalmente, “a Farminveste IPG desenvolve diretamente as seguintes atividades: a) Programa Farmácias Portuguesas – tem como objetivo principal a criação de uma marca única para as farmácias bem como, na sua vertente mais visível, a fidelização dos clientes das farmácias, que conta já com mais de 2 milhões de aderentes; b) Market Intelligence, que agrupa duas vertentes: Farmalink – infraestrutura tecnológica composta por uma rede informática de alto débito e que permite às farmácias comunicar com os parceiros de negócio e outras utilizações (multibanco, encomendas, manutenção remota, atualização de dicionários, programa farmácias portuguesas, farmácia TV e internet); Sifarma – software de gestão da farmácia de oficina que, para além da gestão corrente da farmácia (clientes, fornecedores, stocks), integra informação técnica e científica de suporte à intervenção farmacêutica”, tudo conforme resulta de pág. 10 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS relativo ao exercício de 2013, a fls.18064, verso, dos autos.

O Conselho de Administração da Farminveste IPG, para o triénio 2013/2015, é composto por Paulo Duarte (Presidente); Vítor Segurado; Nuno Lopes; Abel Mesquita; e Luís Matias (Vogais), todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18114 a fls. 18118 dos autos.

Os ora identificados e únicos Administradores da Farminveste IPG são também, todos eles, Administradores da Farminveste SGPS, sendo também idêntico o Presidente do Conselho de Administração.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Para o triénio 2011/2013 tinham sido designados: João Cordeiro (Presidente); Maria da Luz Sequeira; João Silveira; Vítor Segurado; Abel Mesquita; Carlos Lacerda (até 28.09.2012); e Paulo Duarte (Vogais); todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18114 a fls. 18118 dos autos.

Os ora identificados e únicos Administradores da Farminveste IPG designados para o triénio 2011/2013, que só exerceram funções até 21.05.2013, foram também, todos eles, Administradores da Farminveste SGPS (durante o triénio 2010/2012), sendo também idêntico o Presidente do Conselho de Administração.

E para o triénio 2008/2010 tinham sido designados: João Cordeiro, Maria da Luz Sequeira, João Silveira, Abel Mesquita, Henrique Fernandes, Rui Raposo e José Lopes, todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18114 a fls. 18118 dos autos.

Durante esse período, João Cordeiro era também Presidente da Direção da ANF e gerente da HMR.

A **HMR** tem por objeto a *“consultoria e elaboração de estudos de mercado, quantitativos e qualitativos, na área da saúde, nomeadamente estudos relacionados com a indústria e o comércio de especialidades farmacêuticas, parafarmácias, dermocosméticas e veterinárias”*, conforme resulta da certidão permanente de fls. 18119 a 18121.

A HMR iniciou a sua atividade em junho de 2009, sendo o seu capital social detido a 100% pela Farminveste IPG (cfr. certidão permanente de fls. 18119 a 18121) e nos *“seus primeiros seis meses de atividade [...] constituiu a sua equipa, desenvolveu a sua oferta [...] tendo em janeiro de 2010 iniciado o fornecimento de informação com base regular no mercado”*, conforme resulta do Relatório & Contas da HMR relativo ao exercício de 2009, a fls. 4124 dos autos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O principal objetivo desta sociedade, segundo a própria, é “*o fornecimento de informação ao mercado da saúde e bem-estar com base em produtos que se regem pelos mais elevados padrões de conhecimento, tecnologia e inovação*”, tendo como “*mercado alvo [...] a indústria farmacêutica e outras organizações que atuam na área da saúde e bem-estar. Para fazer face à realidade do mercado onde opera, a HMR criou um conjunto de produtos e serviços diferenciadores que têm como base o fornecimento regular de dados no âmbito de um contrato celebrado com a sua fornecedora e principal acionista Farminveste IPG suportados num painel de mais de 2.400 farmácias, num total de 2.874 farmácias atualmente existentes em Portugal*”, conforme resulta do Relatório & Contas da HMR, a fls. 4174.

A atual gerência da HMR, para o triénio 2013-2015, é composta por Paulo Duarte, Nuno Lopes e Abel Mesquita, todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18119 a fls. 18121 dos autos.

Os três gerentes da HMR referidos no parágrafo precedente fazem também parte dos atuais Conselhos de Administração da Farminveste SGPS e da Farminveste IPG, sendo que dois desses Administradores, Paulo Duarte e Nuno Lopes, são, ainda, simultaneamente, membros da Direção da ANF, o primeiro deles na qualidade de Presidente daquela Associação.

Ou seja, Paulo Duarte é, atualmente e desde 2013, cumulativamente, Presidente da Associação Nacional de Farmácias, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste SGPS, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste IPG e Gerente da HMR.

Sendo que, anteriormente, era João Cordeiro quem acumulava esses ora identificados quatro cargos.

Para o triénio 2012/2014 tinha sido inicialmente designada a seguinte gerência: João Cordeiro; Abel Mesquita; e Carlos Lacerda; sendo que, após renúncia dos 3 gerentes, entre setembro de 2012 e maio de 2013, assumiu entretanto a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

gerência Paulo Duarte, todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18119 a fls. 18121 dos autos.

E para o triénio 2009/2011 tinham sido designados gerentes: João Cordeiro; Abel Mesquita; e Carlos Lacerda; todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18119 a 18121 dos autos.

Os vários contratos que foram sendo celebrados entre o Grupo ANF e a IMS tiveram sempre como pressuposto o facto de a ANF ser a *“associação que representa as farmácias [...], [estando, por isso] em posição de obter e fornecer regular e periodicamente, através das farmácias suas associadas informatizadas, dados relativos aos vários produtos farmacêuticos”*, conforme resulta, designadamente, do teor do contrato de 1987, a fls. 1183 dos autos.

A esse propósito, refere-se no contrato de 2003 que a *“ANF é uma associação de farmácias que representa praticamente todas as farmácias existentes no país”*, dispondo dos dados estatísticos sobre as vendas do setor de farmácias de que a IMS carece para a realização de estudos de mercado no mercado farmacêutico, conforme resulta de fls. 1189.

E mais se esclarece, no contrato de 2006, que a *“ANF recolhe junto das farmácias suas associadas um conjunto de informações e dados respeitantes aos produtos dispensados ao público nas farmácias, incluindo MSRM, MNSRM e outros produtos de saúde vendidos nas farmácias”* (fls. 1195), sendo que alguns dos produtos *“comercializados pela IMS são elaborados com base em painéis e amostras por si criados, para tal necessitando das informações e dados recolhidos pela ANF”* (fls. 1196).

Por último, pode também ler-se, no contrato de 2008, que a *“ANF representa praticamente a totalidade das farmácias existentes no país”* (fls. 1343) e que a IMS, enquanto *“importante empresa de estudos de mercado a nível mundial, especializada no setor da saúde”*, realiza estudos baseados *“em dados sobre o consumo de medicamentos e outros produtos de saúde”* (fls. 1343), dados



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

A ANF e a IMS celebraram um **contrato, a vigorar a partir de 01.01.1987**, através do qual, *inter alia*, a ANF se obrigava a fornecer à IMS, em regime de exclusividade para Portugal, os dados relativos a compras e vendas e *stocks* dos produtos farmacêuticos constantes dos dicionários e respetivas atualizações (dicionários estes fornecidos pela IMS à ANF) – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.

Através desse contrato as partes estipularam um limite máximo de 300 farmácias cujos dados seriam fornecidos, farmácias essas que seriam escolhidas pela IMS de entre as farmácias já informatizadas – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.

Os dados em causa seriam fornecidos em base quinzenal numa primeira fase e, posteriormente, com periodicidade semanal – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.

Ficou ainda estipulado que os dados seriam fornecidos no prazo máximo de 5 dias úteis a contar do termo do período a que diziam respeito – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.

A IMS comprometeu-se a pagar à ANF, no âmbito desse contrato e como contrapartida do fornecimento dos referidos dados, os seguintes valores: (i) 0 a 40 farmácias informatizadas – gratuito; (ii) 41 a 100 farmácias informatizadas – 20.000\$00 (vinte mil escudos) (correspondente a cerca de cem euros) farmácia/ano; (iii) 101 a 200 farmácias informatizadas – 17.500\$00 (dezassete mil e quinhentos escudos) (correspondente a cerca de oitenta e sete euros e cinquenta cêntimos) farmácia/ano; (iv) 201 a 300 farmácias informatizadas – 15.000\$00 (quinze mil escudos) (correspondente a cerca de setenta e cinco euros) farmácia/ano – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Os referidos valores eram devidos pela IMS à ANF em função do número máximo de farmácias informatizadas, independentemente de quantas a IMS seleccionasse, na prática, para efeitos de fornecimento de dados – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.

O contrato em causa era válido por um período de 5 anos, renovável por períodos de um ano, tudo conforme resulta do clausulado desse contrato, de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos – cfr. cópia do contrato de fls. 1183 a fls. 1187 dos autos.

Em **25.09.2003**, e na sequência do contrato anterior, a ANF e a IMS celebraram um contrato de fornecimento de dados, através do qual, *inter alia*, a IMS se obrigava a pagar à ANF €100,00 (cem Euros) mensais por cada farmácia cujos dados lhe fossem fornecidos pela ANF – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.

No âmbito deste contrato, a ANF disponibilizava, semanalmente, à IMS os dados sobre as vendas efetuadas pelas farmácias suas associadas relativas a medicamentos e a produtos de dermofarmácia, que por estas lhe fossem transmitidos – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.

Os dados seriam disponibilizados até ao termo da segunda semana seguinte àquela a que diziam respeito – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.

As farmácias seriam agrupadas pela ANF, de acordo com os ficheiros territoriais previamente definidos pela IMS e disponibilizados à ANF – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.

A IMS não podia vender, nem por qualquer outra forma disponibilizar a terceiros, os dados das farmácias (não tratados) que lhe eram fornecidos pela ANF – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por sua vez, a ANF reservava-se o direito de tratar os dados das farmácias ou transmiti-los a outras entidades – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.

No âmbito deste contrato, a IMS disponibilizava ainda à ANF, sem custos, os dados relativos ao consumo hospitalar de medicamentos – cfr. cópia do contrato de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.

Este contrato, vigente a partir de 01.01.2004, era válido por 3 anos, renovável por iguais períodos, tudo conforme resulta do clausulado do mesmo, de fls. 1189 a fls. 1193 dos autos.

Em 2006, a ANF e a IMS celebraram um **contrato de parceria** que veio substituir o contrato de 2003 – cfr. cópia do contrato que consta a fls. 1195 a 1205.

No âmbito deste contrato, as partes estipularam, *inter alia*, o seguinte: a “ANF obriga-se a, direta ou indiretamente, obter das farmácias suas associadas as informações e dados que se encontrem disponíveis sobre produtos farmacêuticos e outros produtos de saúde dispensados nas farmácias”; a “obtenção dos dados e informações pela ANF deverá sempre respeitar as normas legais aplicáveis e bem assim os princípios éticos geralmente praticados”; a “IMS obriga-se a, utilizando as informações e dados que lhe forem disponibilizados pela ANF [...], formular e colocar no mercado os Produtos Atuais [...] e os Novos Produtos, para os quais tais informações e dados sejam necessários”; as “partes colaborarão ativamente com o objetivo de encontrar e implementar soluções de obtenção de informações e dados junto de fontes alternativas ou complementares às atualmente utilizadas pela ANF”; por regra, “a IMS será responsável pela colocação de todos os Produtos no mercado, sua faturação aos clientes e cobrança do respetivo preço”; o preço cobrado pela venda dos produtos (da IMS e da ANF) pertencia, em partes iguais, à ANF e à IMS; a “cooperação entre as partes [...] tem carácter de exclusividade e, na sua vigência, as partes abster-se-ão de cooperar com terceiros nas atividades que são objeto deste Acordo e, em



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

especial, abster-se-ão de, por si sós ou juntamente com terceiros, elaborar elou comercializar quaisquer produtos, serviços ou soluções que, em virtude das suas características, do seu preço e do seu uso, possam considerar-se, atual ou potencialmente, concorrentes [...]; o Acordo era “*celebrado pelo prazo de 5 anos, com início em 1 de janeiro de 2007, [renovando-se] [...] por períodos sucessivos de 3 anos exceto se qualquer das Partes procedesse à sua denúncia [...]*” – cfr. cópia do contrato que consta a fls. 1195 a 1205.

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

Do anexo II (fls. 1205 dos autos) constam os produtos novos objeto do contrato, nos seguintes termos: “*Segmentação farmácias; Avaliação do investimento promocional; Estudos subsistemas de saúde; Estudos*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

qualitativos/quantitativos; Xponent” – cfr. cópia do contrato que consta a fls. 1195 a 1205.

Ao abrigo deste acordo, que a IMS qualifica como um contrato de parceria, as partes dividiam as receitas (50% – 50%), traduzidas na totalidade dos valores faturados aos clientes da IMS dos estudos elaborados por esta com base nos dados das farmácias fornecidos pela ANF.

A ANF afirma que este contrato lhe era prejudicial, motivo pelo qual, lhe terá querido pôr termo.

A Farminveste IPG afirma que, relativamente à área de negócio “*sistemas de informação*”, área “*relacionada com a gestão dos programas informáticos Sifarma, da rede Farmalink e com a venda de informação comercial*” das farmácias, a “*atividade desenvolvida nesta área contribuiu com um resultado positivo de €2,36 milhões, em grande parte resultante dos proveitos provenientes da venda de informação comercial*” das farmácias, conforme resulta das pág. 56 e 57 do Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2008, a fls. 4815 e fls. 4816 dos autos.

Em **18.12.2008**, a ANF e a IMS assinaram um novo contrato que veio substituir o contrato anteriormente celebrado entre ambas em 2006 – cfr. cópia do contrato de fls. 1343 a fls. 1348 dos autos.

Este contrato estabelecia, *inter alia*, o seguinte: os dados fornecidos pelas farmácias associadas da ANF são por esta disponibilizados à IMS, através da Farminveste IPG; os dados seriam disponibilizados, sempre que possível, diariamente ou, nessa impossibilidade, na semana seguinte àquela a que diziam respeito; as farmácias seriam agrupadas pela ANF de acordo com os ficheiros territoriais previamente definidos pela IMS e disponibilizados à ANF; a IMS não podia vender, nem por qualquer outra forma disponibilizar a terceiros, os dados das farmácias (não tratados) que lhe eram fornecidos pela ANF; por sua vez, a ANF reservava-se o direito de tratar ou transmitir a outras



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

Este contrato iniciava a sua vigência em 01.01.2009, sendo válido por 2 anos, renovável por períodos de 1 ano, salvo denúncia, tudo conforme resulta do clausulado do mesmo, de fls. 1343 a fls. 1348 dos autos.

Na sequência da assinatura deste contrato, e não tendo a IMS pago as faturas que entretanto se venceram a título de compensações, a ANF comunicou à IMS a suspensão dos serviços com efeitos a partir de 31.03.2009, alegando incumprimento contratual por parte da IMS – cfr. cópias das faturas e das comunicações escritas envidas pela ANF que constam a fls. 1389 a 1392.

De acordo com a IMS, este contrato “foi assinado pelo seu diretor geral”, mas sem que este tivesse autorização da empresa para assinar o mesmo, conforme resulta de fls. 444 dos autos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A IMS alegou, ainda, conforme resulta de fls. 467 dos autos, que o referido diretor geral, o Dr. Carlos Mocho, veio posteriormente a trabalhar para a HMR, sendo que todas estas questões terão sido submetidas à apreciação judicial – cível e criminal – pela IMS, conforme resulta, respetivamente, de fls. 467 e fls. 473.

Em 07.04.2008, foi celebrado, entre a ANF e a Farminveste IPG, um contrato de transmissão de direitos de propriedade intelectual, que estipulava, *inter alia*, o seguinte: a ANF transmite à Farminveste IPG as marcas registadas e todos os direitos, incluindo todos e quaisquer direitos de propriedade intelectual, relativos aos programas de computador e nomes de domínio identificados em anexo a esse contrato, a saber: as marcas nacionais “Farmácia TV” (marca nominativa verbal e marca mista); “Farmalink” e “Sifarma”; o nome de domínio “farmalink.pt” e os programas de computador Sifarma Clássico e Sifarma 2000; como contrapartida da venda desses direitos a Farminveste IPG paga à ANF €925.000,00 (novecentos e vinte e cinco mil euros); este acordo produz efeitos a partir de 01.01.2008, tudo conforme resulta do clausulado desse contrato, e respetivos anexos, cuja cópia consta a fls. 4388 a fls. 4392, verso, dos autos.

Também em 07.04.2008, e na sequência do contrato de transmissão de direitos de propriedade intelectual enunciado no ponto precedente, foi celebrado um contrato de licenciamento de programa de computador e de prestação de serviços de transmissão de dados entre a Farminveste IPG, a ANF e a GLINTT– BUSINESS SOLUTIONS, Lda. [GLINTT, Lda.] (esta última, à época, denominada Consiste³), que estipulava, *inter alia*, o seguinte: a Farminveste IPG concede à GLINTT, Lda. uma licença de utilização limitada, não exclusiva e não transferível do *software* “Sifarma” e “Sifarma 2000”, ficando a GLINTT, Lda. autorizada a conceder sublicenças relativas à utilização desse *software* em farmácias associadas ou não associadas da ANF; o sublicenciamento, aquisição ou aluguer de equipamento por parte das farmácias, instalação de *hardware* ou *software*, formação, utilização e

³ Consiste – Gestão de Projetos, Obras, Tecnologias de Informação, Equipamentos e Serviços, Lda..



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

Relativamente a este contrato, explica a Farminveste IPG que, em “2008, [...] celebrou um contrato de licenciamento de programas de computador e de prestação de serviço de transmissão de dados que estabelece as regras e condições de intervenção da Glintt neste processo. Ainda no âmbito deste contrato, a Glintt assegura a manutenção e desenvolvimento dos programas Sifarma e garante o envio dos dados de informação comercial das farmácias para a Farminveste” IPG, conforme resulta da pág. 20 do Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2010, a fls. 4905 dos autos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

Através desses contratos ficou estipulado, *inter alia*, o seguinte: o *software* Sifarma só pode ser explorado em equipamento/*hardware* disponibilizado pela GLINTT, Lda.; as farmácias só adquirem o direito ao uso do *software* Sifarma pelo que não podem ceder a terceiros, nem o *software*, nem a respetiva informação técnico-científica; as farmácias obrigam-se a manter o *software* Sifarma atualizado, relativamente a versões que venham a ser disponibilizadas pela GLINTT, Lda.; sem *“prejuízo da informação automaticamente disponibilizada pelo sistema, [...] [as farmácias] comprometem-se a fornecer em suporte adequado à [...] [GLINTT, Lda.], com a periodicidade que por esta for definida, dados estatísticos destinados à elaboração de estudos farmacoepidemiológicos e farmacoeconómicos”* (cfr. fls. 4229, verso, dos autos); a GLINTT, Lda. presta assistência ao *hardware* e *software* objeto do contrato; a GLINTT, Lda. disponibiliza formação às farmácias durante o ano subsequente à instalação do *software*, bem como formação complementar a partir do final do primeiro ano posterior à instalação; adicionalmente, faculta, ainda, formação adicional, paga, nos anos subsequentes; os *“pagamentos emergentes [deste] [...] contrato [são] [...] processados mediante débito na conta corrente da farmácia [...] com a [...] ANF”* (cfr. fls. 4232); o contrato



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

inicia-se no primeiro dia do mês seguinte ao da sua assinatura e termina no último dia desse ano civil, sendo automática e sucessivamente prorrogado, salvo denúncia.

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

Também do Protocolo de adesão ao programa “Farmácias Portuguesas”⁴ consta uma cláusula através da qual, sob a epígrafe “*obrigações da farmácia*” estas se comprometem, *inter alia*, a “*colaborar na realização de estudos estatísticos, cedendo à Farminveste [IPG] para esse fim, a informação comercial necessária, designadamente sobre as vendas, autorizando que possa ser disponibilizada a outras entidades para o mesmo fim, de forma anónima, omitindo a identificação da farmácia*” (conforme resulta da cláusula 5.^a, alínea g) desse protocolo, constante, *v.g.*, de fls. 4034 dos autos).

O Grupo ANF tem acesso aos dados comerciais das farmácias, sem, para o efeito, lhes pagar uma contrapartida financeira, sendo as farmácias a ser debitadas pela ANF, nos termos dos contratos de aluguer ou de aquisição de

⁴ O Programa “Farmácias Portuguesas” é um programa de fidelização de clientes das farmácias da ANF. O contrato que serve de base ao programa é celebrado entre a ANF, a Farminveste IPG e cada uma das farmácias que adira ao mesmo. A entidade gestora do programa é a Farminveste IPG, que assegura a gestão dos pontos concedidos pelas farmácias aderentes, bem como o rebate de pontos pelos produtos ou serviços do Catálogo. A ANF não comercializa o cartão e a adesão ao Programa por parte das farmácias suas associadas é voluntária. A adesão dos utentes ao cartão é igualmente voluntária e a sua utilização é gratuita. Através da utilização do Cartão, os utentes das farmácias aderentes ao programa acumulam pontos na aquisição de determinados serviços farmacêuticos e produtos de saúde e bem-estar (exceto medicamentos sujeitos a receita médica), na relação de 1€ = 1 ponto. Os pontos acumulados pelos utentes podem ser por estes trocados, no prazo de dois anos, por serviços farmacêuticos e produtos de saúde e bem-estar constantes de catálogo disponibilizado pelas farmácias aderentes, só podendo os produtos ou serviços constantes desse Catálogo ser obtidos através do rebate de pontos (*cfr.* cópia de um protocolo de adesão de fls. 4033 a 4036).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

equipamento *supra* referidos, designadamente, a título de manutenção, formação e assistência técnica (*vide*, a este respeito, por exemplo, fls. 4234, fls. 4234, verso, e fls. 4198 dos autos).

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

Relativamente à execução deste contrato, a Farminveste IPG afirma que continua “a *intervir no processo de comercialização de dados estatísticos sobre o consumo de medicamentos e outros produtos de saúde, tendo como cliente a HMR, com base num painel de fornecedores de dados que, no final de 2010, superava as 2.120 farmácias*”, conforme resulta da pág. 21 do Relatório &



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2010, a fls. 4905 dos autos.

Os dados adquiridos pelas empresas que desenvolvem estudos de mercado sobre o setor farmacêutico dizem respeito aos produtos comercializados neste setor.

Os produtos farmacêuticos podem agrupar-se em medicamentos e outros produtos de saúde.

Entre os medicamentos é possível distinguir os Medicamentos Sujeitos a Receita Médica (MSRM)⁵, também designados de produtos éticos, os Medicamentos Não Sujeitos a Receita Médica Comparticipados (MNSRM Comparticipados)⁶ e os Medicamentos Não Sujeitos a Receita Médica Não Comparticipados (MNSRM Não Comparticipados)⁷.

Nos MNSRM, também designados de OTC (*Over The Counter*), incluem-se os equiparáveis a MNSRM, que não são classificados por lei como medicamentos, mas apresentam características que levam a indústria a classificá-los como MNSRM⁸.

Nos outros produtos de saúde incluem-se os produtos de *Patient Care* (PAC)⁹, de *Personal Care*/Dermocosmética (PEC)¹⁰ e os produtos de Nutrição (NTR)¹¹.

⁵ A prescrição de MSRM só pode ser efetuada por um médico, na medida em que estes medicamentos constituem um risco para a saúde do doente caso sejam utilizados sem vigilância médica.

⁶ Os MNSRM Comparticipados podem ser vendidos sem prescrição médica, no entanto se forem objeto de receita médica e forem adquiridos em farmácias, permitem ao utente beneficiar de uma comparticipação do Serviço Nacional de Saúde.

⁷ Consideram-se MNSRM Não Comparticipados os medicamentos que não preencham qualquer das condições previstas para os MSRM nem para os MNSRM Comparticipados, não beneficiando de comparticipação do Serviço Nacional de Saúde, mesmo que incluídos na receita médica e adquiridos em farmácias.

⁸ De entre estas características destacam-se: *a)* a sua comercialização em locais de venda de medicamentos, com um nível de intermediação por parte dos profissionais de saúde semelhante à dos medicamentos; *b)* a possibilidade, real ou hipotética de, a pedido do laboratório produtor, serem classificados como MNSRM; *c)* a sua substituíbilidade (quer do lado da procura, quer do lado da oferta) face aos MNSRM.

⁹ Consideram-se produtos PAC todos os materiais, ferramentas e produtos relativos à saúde, como, por exemplo, dispositivos médicos, produtos veterinários, pensos rápidos e compressas, e acessórios ortopédicos.

¹⁰ Consideram-se produtos PEC todos os produtos e acessórios de beleza e higiene, como, por exemplo, produtos de dermocosmética, de tratamento capilar e de higiene pessoal.

¹¹ Consideram-se produtos NTR todos os suplementos alimentares, como, por exemplo, comida de bebé, vitamínicos, alimentos para diabéticos, adoçantes e produtos dietéticos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

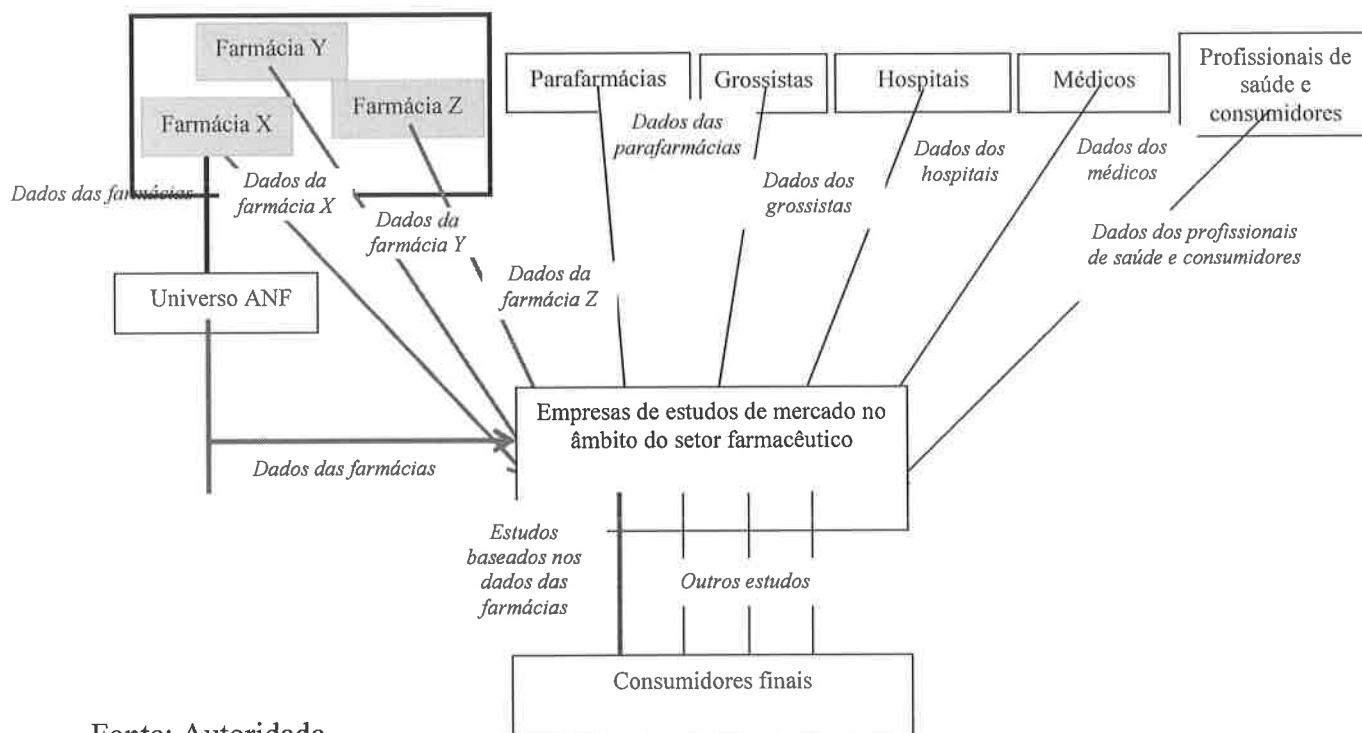
Os produtos OTC (ou MNSRM), PAC, PEC e NTR, são também designados, em conjunto, por produtos *Consumer Health* (CH).

Em resumo:

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

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

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



Fonte: Autoridade



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Nas vendas diretas da indústria farmacêutica à farmácia, a indústria recorre, em regra, aos grossistas que intervêm, aqui, na qualidade de operadores logísticos, sendo que quando intervêm nesta qualidade só pontualmente fornecem dados às empresas de estudos de mercado para elaboração dos mesmos.

As farmácias disponibilizam dados relativos às compras (*sell in*) e às vendas (*sell out*) de todos os produtos que comercializam, *i.e.*, MSRM e produtos CH, bem como dados sobre as suas existências (*stocks*).

Os dados das farmácias relativos às suas vendas incluem: o número de fatura, o número de linha de fatura, a data da venda, o número de movimento, o número de receita (quando aplicável), o código do produto vendido, a designação do produto, o preço de venda do produto, o valor pago pelo cliente, a quantidade vendida, as existências no final do dia/semana/mês, o código da entidade que efetua a comparticipação (quando aplicável), a designação da entidade que efetua a comparticipação e o valor da comparticipação.

Em alguns casos, os dados das farmácias incluem também informação sobre a especialidade médica e sobre o local de prescrição da receita.

Os dados relativos às compras incluem: o código do produto comprado, a designação do produto, o código do fornecedor, a designação do fornecedor, o número de identificação fiscal do fornecedor, a quantidade comprada e o valor da compra, conforme resulta de fls. 3401. À semelhança da informação relativa à venda, os dados relativos às compras incluem também informação relativa à data da compra e informação relativa às existências após a transação.

As parafarmácias disponibilizam dados relativos às compras, vendas e *stocks* de produtos CH.

Os armazenistas/distribuidores grossistas podem disponibilizar dados relativos à colocação de produtos farmacêuticos na rede de distribuidores retalhistas, nomeadamente, o código do armazenista, o código do cliente/unidade



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

geográfica, o código do produto, a designação do produto, o tipo de transação, o tipo de venda e as unidades colocadas.

Os hospitais podem disponibilizar dados relativos às suas compras e aos seus consumos.

Os dados relativos às compras dos hospitais incluem: o código do fornecedor, a designação do fornecedor, o código de produto, a designação do produto, as unidades compradas, o valor da compra e o preço unitário do produto.

Os dados relativos aos consumos dos hospitais incluem: o código do centro de custos, a designação do centro de custo, o código do produto, a designação do produto, o código do diagnóstico, a designação do diagnóstico, o código fictício do utente, o sexo do utente, o ano e o mês de nascimento do utente, as unidades de produto consumidas e o valor do consumo.

Os médicos podem disponibilizar dados relativos ao médico, ao utente e à prática clínica (prescrição de medicamentos).

Os dados relativos ao médico (prescritor) incluem: o código transformado do prescritor, o sexo do prescritor, a idade do prescritor, a especialidade, o concelho (local de trabalho), o ano de formação e a indicação se se trata de uma entidade privada ou pública.

Os dados relativos ao utente incluem: o código transformado do utente, o sexo do utente, a idade do utente, o concelho do domicílio, o tipo de visita (privada ou pública), a indicação de regime especial ou não, o sistema de saúde (ADSE, seguro de saúde, etc.), a nacionalidade, as alergias, os meios complementares de diagnóstico realizados, os resultados e os fatores de risco associados.

Os dados relativos à prática clínica incluem: o código do medicamento prescrito, a data e hora da receita, o número interno da receita, indicação sobre a autorização de substituição na farmácia, indicação se a receita é renovável,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

indicação se a prescrição se enquadra no âmbito de legislação específica, o diagnóstico, o produto (quantidade) e a posologia.

Os profissionais de saúde e os consumidores podem também disponibilizar diversos dados, normalmente no âmbito de estudos de consultoria (estudos customizados).

Os dados comerciais de produtos farmacêuticos são utilizados v.g. para a produção de estudos de mercado.

Os estudos podem basear-se nos dados das farmácias, das parafarmácias, dos distribuidores grossistas, dos hospitais, dos médicos, ou dos profissionais de saúde e consumidores.

Os estudos podem utilizar amostras de maior ou menor dimensão, o que terá implicações na representatividade da respetiva amostra.

Os estudos podem incidir sobre MSRM, sobre MNSRM, sobre produtos PAC, sobre produtos PEC, sobre produtos NTR, sobre médicos/utentes/prescrições médicas, sobre a atividade das farmácias, sobre compras e consumos hospitalares e outros estudos não padronizados.

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Os estudos podem ser: diários; semanais; mensais/bimensais; trimestrais; semestrais; e anuais.

Os estudos podem ser nacionais e regionais.

Há estudos que são disponibilizados na primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados e há estudos que são disponibilizados em momento posterior.

A procura de estudos de mercado baseados nos dados comerciais das farmácias é constituída, *grosso modo*, pela indústria farmacêutica e, residualmente, por quaisquer entidades que tenham interesse em obter informação do setor em causa.

Os estudos de mercado baseados em dados de farmácias permitem, por exemplo, acompanhar as tendências de vendas no mercado e monitorizar os esforços de venda dos colaboradores relativamente a qualquer produto farmacêutico.

Refere a APIFARMA que *“não existe substituíbilidade, entre si, dos estudos baseados em dados provenientes unicamente de cada uma das [...] categorias de operadores de mercado. Isto resulta do facto de cada categoria de operadores dispor de dados distintos sobre realidades que não se sobrepõem. [...]. No que diz respeito ao caso particular das farmácias, estas são uma fonte essencial e única de dados sobre o mercado ambulatorio de medicamentos, bem como sobre o nível de encargos do Serviço Nacional de Saúde com a participação daqueles. Refira-se, porém, que os estudos elaborados com base em dados fornecidos por farmácias apenas terão a credibilidade desejável se oferecerem um grau de representatividade que permita captar o que realmente se verifica no mercado em tempo útil. Este tipo de dados não é substituível por outros que possam ser fornecidos por qualquer das restantes categorias de operadores de mercado, uma vez que mais nenhum fornece dados que reflitam de forma fidedigna o consumo real de medicamentos”*.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Os hospitais só podem fornecer dados referentes a compras e consumos do segmento hospitalar, deixando de fora o segmento ambulatorio.

A informação disponibilizada pelos médicos – relativa aos consumidores, aos médicos e às prescrições médicas – pode não corresponder à realidade, na medida em que os medicamentos que prescrevem podem ser substituídos na farmácia por outro medicamento com o mesmo princípio ativo e/ou finalidade terapêutica, nomeadamente um genérico, por indicação do farmacêutico ou por preferência do utente.

A informação fornecida pelos médicos não permite avaliar o diferencial entre as compras das farmácias aos distribuidores grossistas e as vendas ao público.

Refere a farmacêutica Sanofi que “os dados de sell-out dos hospitais referem-se ao mercado hospitalar, distinto do mercado do ambulatorio, não versando a mesma realidade, e não sendo, por essa razão, substituíveis por dados de qualquer outra fonte. Existem também medicamentos que são apenas comercializados a nível hospitalar, por força das regras aplicáveis à classificação para efeitos de dispensa, pelo que apenas os dados de consumo dos hospitais são relevantes. Por fim, os dados oriundos dos hospitais e médicos são completamente diferentes e igualmente não substituíveis entre si ou por dados de grossistas, farmácias ou parafarmácias. Enquanto os hospitais oferecem dados de um mercado próprio (o mercado hospitalar), não relacionado com o ambulatorio, os médicos fornecem informação sobre intenções de prescrição que não pode ser replicada por dados obtidos de qualquer um dos outros operadores”, conforme resulta do teor de fls. 11904.

Os dados dos grossistas não incluem, em regra, os produtos vendidos diretamente pela indústria farmacêutica às farmácias (fenómeno comumente denominado *Direct To Pharmacy*), o que sucede na maioria dos produtos CH, que não OTC's, e em aproximadamente 40% dos MNSRM.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A informação fornecida pelos distribuidores grossistas não contempla as vendas efetivas das farmácias a consumidores (de especial relevância para avaliar campanhas de publicidade), os *stocks* das farmácias, o preço de venda ao público (os produtos CH têm preço de venda livre, pelo que só com os dados das farmácias é possível conhecer o preço médio de venda), nem informação relativa às prescrições médicas (por exemplo, a origem das prescrições e a substituição de prescrições), informação esta que apenas as farmácias são capazes de fornecer.

No que se refere ao nível de *stocks*, como as encomendas de produtos CH das farmácias são feitas ao mês ou ao trimestre (com entregas faseadas, ou não), os fornecedores e as farmácias devem gerir muito bem o nível de *stocks* que têm nas farmácias para planear a entrega dos produtos atempadamente.

Até 2013, verificou-se um fenómeno de “compras em carrossel” relativo aos genéricos, que resultou do aparecimento de incentivos/bonificações diretos, concedidos pelas empresas farmacêuticas (e, em especial, pelas produtoras de genéricos) às farmácias, no âmbito das vendas diretas, que diminuiu nesse ano devido ao aumento dos grupos de farmácias.

Estes incentivos são motivados pela possibilidade de a farmácia poder substituir, na altura da dispensa, a prescrição médica de um fármaco por outro com o mesmo princípio ativo e/ou finalidade terapêutica, o que levava ao aumento dos *stocks* das farmácias.

Este aumento dos *stocks* das farmácias, por via da compra direta às farmacêuticas, compra direta esta que os grupos de farmácias mantêm (ainda que sem acumulação de *stocks*) e que em relação aos MSRM é, de pelo menos, 10% das vendas, traduzia-se numa redução das encomendas aos distribuidores grossistas e na necessidade de revenda de parte desse *stock* a outras farmácias ou aos próprios distribuidores grossistas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

As “compras carrossel” originam distorções, nomeadamente duplicação, na medição do mercado através dos dados dos distribuidores grossistas.

Devido à diminuição dos preços/margens em Portugal, havia distribuidores que compravam produtos comercializados pelo fabricante original a um preço inferior num país e vendiam-nos a um preço mais elevado noutro país, fenómeno que só abrangia alguns MSRM de marca e numa percentagem não concretamente apurada, mas não superior a 5% do total do número de embalagens colocadas no mercado nacional ambulatorio.

Os dados fornecidos pelos grossistas podiam incorporar essas vendas, através de um algoritmo, algoritmo esse que pode não detetar todas essas vendas.

Algumas farmácias adquiriam esses medicamentos em maior quantidade aos grossistas e revendiam-nos a outros grossistas que os destinavam à exportação paralela.

Durante os anos de 2010 a 2013, o número total de MSRM reclassificados em MNSRM foi de 37.

Os fenómenos e elementos indicados nos pontos precedentes que se verificaram durante o período de referência, aumentaram a importância dos dados de venda ao consumidor final para a produção de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico, relativamente a produtos CH e relativamente a MSRM, nestes em relação aos genéricos e à exportação paralela em relação aos medicamentos de marca objeto desta atividade.

As farmácias devolviam medicamentos aos distribuidores grossistas cuja data de validade se aproximava do fim.

Quando existe um painel de farmácias de grande qualidade e com elevada taxa de cobertura, como o do Grupo ANF, a maior parte da procura de estudos relativos a CH e uma parte da procura relativa a estudos sobre MSRM não considera os estudos baseados nesses dados substituíveis pelos estudos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

baseados exclusivamente nos dados de outras fontes, designadamente, nos dados dos grossistas ou nos estudos baseados nos dados dos grossistas e numa pequena amostra de farmácias.

Pelo menos 46% dos clientes de estudos da HMR (em volume de compras de estudos) não considera os estudos baseados nos dados fornecidos por um painel de farmácias de grande qualidade e com elevada taxa de cobertura, como o do Grupo ANF substituíveis pelos estudos baseados nos dados de outras fontes, designadamente, nos dados dos grossistas ou nos estudos baseados em dados dos grossistas e num pequeno painel de farmácias.

Afirma a farmacêutica Bayer que “[...] o principal critério de aquisição dos Estudos pela Bayer é a fiabilidade estatística, traduzindo-se esta pela robustez do painel, que depende de um número suficiente de farmácias que permita analisar corretamente dados a nível nacional e a nível regional. [...] No caso dos produtos Pharma (MSRM)/Consumer Care (MNSRM)/Intendis, os grossistas não conseguem substituir Farmácias ou Parafarmácias, devido ao elevado índice de vendas directas da empresa à distribuição que não passa pelos grossistas e, assim, não são corretamente medidas sendo o erro muito elevado. Neste momento o painel de armazenistas não reproduz o que se passa nas farmácias, não sendo por isso estudos substituíveis” (realce nosso), conforme resulta de fls. 11453.

A farmacêutica Pfizer acrescenta que “[o]s estudos de mercado que usam apenas uma fonte de informação (dados), seja esta fonte as farmácias, parafarmácias, grossistas, hospitais ou médicos, não são substituíveis entre si. [...] Cada um dos operadores acima referidos representa uma fonte única, não substituível, de informação. [...] Estudos de mercado que utilizam como fonte de informação as farmácias são essenciais para algumas das unidades de negócio da Pfizer. As áreas de negócio que utilizam estudos de mercado que têm como fonte as farmácias vão continuar a utilizá-los independentemente do aumento, não transitório, entre 5% e 10% do preço, pelo que o supra referido aumento de preço não altera as relações de substituíbilidade dos estudos”



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(fls. 12356) e que “[e]m suma, os estudos que apresentem características técnicas diferentes não poderão ser substituíveis entre si. **Os produtos abrangidos, a periodicidade, unidade geográfica, tipo de informação disponibilizada e finalidade do estudo são características essenciais que tornam o estudo único, e como tal insubstituível**” (realce nosso), conforme resulta de fls. 12358.

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

Esta farmacêutica afirma também que as *“a IMS disponibiliza dados de vendas por região do País mas a informação é obtida a partir das vendas de armazenistas a farmácias (sell in) pelo que não foi considerada por nós substituível pela informação da HMR”*, conforme resulta de fls. 10869.

A farmacêutica AstraZeneca refere, relativamente aos MSRM, que *“[a] fonte dos dados constantes dos estudos fornecidos pelas empresas IMS e HMR é diferente. Enquanto a IMS mede as colocações de medicamentos pelos armazenistas nas farmácias, a HMR mede a saída de medicamentos na frente de caixa das farmácias, i.e., venda ao consumidor. Tratando-se de metodologias distintas, permitem à empresa que adquire os dados obter uma panorâmica mais global do comportamento do mercado, pelo que, na nossa opinião os estudos identificados na nossa resposta à questão 1 [estudos adquiridos à IMS e à HMR] não são substituíveis”* (fls. 12290), acrescentando que consideram *“que os estudos com dados provenientes de diferentes categorias de operadores não são substituíveis porquanto os dados medidos*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

são diferentes: farmácias - são medidos dados de sell out; grossistas - são medidos dados de vendas às farmácias; [...]”, conforme resulta de fls. 12291.

Segundo a farmacêutica Johnson&Johnson, produtora de MSRM, MNSRM e produtos de dermocosmética, “[o]s dados de farmácia e de parafarmácia que adquirimos não são, em nosso entender, substitutos entre si, e não são substituíveis por dados de grossistas, hospitais ou médicos”, conforme resulta de fls. 12675.

De acordo com a farmacêutica Théa e relativamente a MSRM e MNSRM, “[a] mudança de dados de SELL-IN para SELL-OUT deve-se exclusivamente ao facto de que estes últimos se tornam, na perspetiva da empresa, muito mais merecedores de crédito e de melhor suporte para as decisões a tomar relativamente ao [...]” (fls. 11384) “conhecimento mais sucinto e objetivo das necessidades do mercado, podendo a empresa deste modo orientar mais corretamente as suas propostas e o seu portfólio de produtos colmatando essas mesmas necessidades”, conforme resulta de fls. 11383.

A farmacêutica Ciclum afirma que “[o]s dados fornecidos pela IMS e hmR à Ciclum Farma são complementares, porque através da IMS obtemos informação dos totais nacionais de sell-in (quantidades compradas pelos distribuidores) e através da HMR obtemos informação de sell-out (quantidades compradas pelos consumidores e stock médio existente)”, conforme resulta de fls. 11395.

A farmacêutica ISUS que adquire estudos relativos a produtos de dermocosmética e suplementos alimentares) refere que “[a] partir de 2010, passámos a utilizar os serviços da HMR por esta empresa nos fornecer informações recolhidas na farmácia, que eram as mais adequadas ao nosso tipo de actividade”, conforme resulta de fls. 11414.

A farmacêutica Ferrazlynce considera “[...] que os estudos que utilizam informação acerca de vendas nas farmácias não são substituíveis por



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

estudos que utilizam outros canais de venda e/ou distribuição e/ou prescrição de medicamentos ou produtos de farmácia tais como parafarmácias, grossistas, hospitais e médicos. Na nossa estratégia de gestão, damos preferência aos estudos que utilizam informação proveniente das farmácias”, conforme resulta de fls. 11525.

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

A farmacêutica Boehringer argumenta que “[...] no que toca aos dados dos grossistas, estão antes em causa os medicamentos vendidos às farmácias



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

por intermédio dos grossistas. Esta informação é em princípio diferente da das farmácias porque, por um lado, reflete apenas o canal em questão (o dos armazenistas) e não outros canais de vendas às farmácias e, por outro, não tem em conta a política de stocks das farmácias”, conforme resulta de fls. 12717.

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

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A farmacêutica Merck considera a importância de cada fonte de dados em função do tipo de produto em causa, afirmando o seguinte: *“Os MSRM não podem ser disponibilizados em parafarmácias, pelo que, para estes produtos a parafarmácia não é uma fonte de informação válida. Os MNSRM e os OPS podem ser vendidos em farmácias e parafarmácias, sendo que, a informação obtida nestes dois canais é complementar, dependendo do interesse da fonte do segmento de mercado a que se destina o estudo, isto é, do peso que esse canal tem nas vendas dos produtos que se pretende avaliar. No caso da generalidade dos produtos da Merck, a informação produzida com origem no canal farmácia tem muito mais interesse do que a produzida com origem no canal parafarmácia. Para os medicamentos que podem ser dispensados em hospital e em farmácia, estes dois canais são complementares. O interesse da fonte dependerá do segmento de mercado a que se destina o estudo, isto é, do peso que o canal hospitalar e o canal farmácia têm nas vendas dos produtos que se está a avaliar. O grossista é um ponto intermédio na distribuição através da farmácia ou parafarmácia. A substituíbilidade entre os estudos com origem no canal farmácia e no canal armazenista dependerá essencialmente do segmento de mercado que queremos analisar e da forma como actuam os vários intervenientes nesse mercado. No limite, se não houver variações de stock no mercado e se não houver venda directa à farmácia, estas duas fontes seriam substituíveis entre si, uma vez que, não havendo flutuação de stock e todo o produto passando pelo armazenista, a uma embalagem comprada pela farmácia corresponderia a uma embalagem vendida. Contudo, as flutuações de stock são uma realidade e há venda directa à farmácia, atingindo em alguns casos grandes dimensões por exemplo em MNSRM ou em mercados sazonais. Nesta situação é importante acompanhar os vários pontos da cadeia de distribuição e portanto estas duas fontes são complementares. Do ponto de vista da informação e nas mesmas condições de cobertura dos dois canais pela amostra, a fonte farmácia seria mais interessante uma vez que permite em simultâneo medir a saída para o*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

consumidor, e a compra da farmácia (venda do armazenista), permitindo ainda criar bons indicadores de stock no canal. Assim, numa situação de igualdade de representatividade da amostra e de todos os outros factores influenciadores do estudo, **a fonte farmácia poderá substituir a fonte armazenista; o contrário já não será válido**” (realce nosso), conforme resulta de fls. 14570 e fls. 14571.

A farmacêutica Zambon analisa a substituíbilidade (i) dos estudos baseados nos dados das farmácias e das parafarmácias e (ii) dos estudos baseados nos dados das farmácias e dos grossistas: **“Estudos comparativos de vendas aos consumidores de farmácias versus parafarmácias âmbito nacional** Estudos que recolhem dados de sell out das farmácias ou parafarmácias Um estudo que tem por base dados de farmácias não é substituível por outro que tenha por base dados de parafarmácias. O mercado de produtos de saúde, incluindo medicamentos não sujeitos a receita médica, que fazem parte do portfolio da Zambon está na sua grande maioria estabelecido na farmácias (estimamos que >95%). Assim, os dados que podem ser fornecidos pelas parafarmácias não podem ter a mesma qualidade quando extrapoladas para o mercado total que os dados obtidos a partir da venda das farmácias aos consumidores. Por isso entendemos que podem ser fontes complementares mas nunca substituíveis entre si. **Estudos comparativos de vendas aos consumidores de farmácias versus grossistas âmbito nacional** Um estudo de venda aos consumidores (sell out) pode ser obtido a partir de dados de farmácias, mas não de grossistas. O Grossista é um intermediário entre o Laboratório e as Farmácias. Nunca com um estudo de venda de grossistas será possível obter a venda real aos consumidores, uma vez que a farmácia pode acumular stock de determinados produtos, pelo que a venda do grossista à farmácia não representa a venda da farmácia aos consumidores. São estudos distintos e não substituíveis entre si. Se o objectivo é o de analisar a venda aos consumidores o estudo mais útil é o que pode ser dado pelo canal farmácia”, conforme resulta de fls. 14796.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A farmacêutica UCB Pharma afirma que “[...] os dados provenientes de cada categoria de operador não são substituíveis entre si, tendo objetos e fontes diferentes que refletem realidades, também elas, distintas. [...] Quanto aos dados provenientes dos grossistas e das farmácias, embora sejam ambos relativos ao mercado ambulatorio, a UCB não os considera substituíveis entre si porque, não tendo a mesma fonte, não revelam a mesma informação. Efetivamente, os dados oriundos das farmácias (sell-out) são os que mais perto se situam do consumo real dos utentes/clientes. Pelo contrário, os dados obtidos dos grossistas (sell-in) não oferecem uma visão rigorosa do mercado ambulatorio, uma vez que: não abrangem as eventuais vendas diretas de medicamentos pelas empresas farmacêuticas às farmácias; variam em função da política de stocks de cada farmácia, que poderão estar a adquirir os medicamentos apenas para reposição, manutenção ou reforço de stocks e não para venda ao cliente final; são influenciados pelas condições comerciais vigentes entre o grossista e a farmácia, que poderão estar a adquirir os produtos apenas para beneficiarem de descontos de quantidade por exemplo, sem que isso signifique a expectativa de uma maior venda aos clientes finais no imediato. Nestes termos, os dados oriundos destas duas diferentes fontes não têm a mesma representatividade nem apresentam o mesmo grau de fiabilidade para as empresas beneficiárias de estudos realizados com base nos mesmos. Nesta medida, os dados provenientes das próprias farmácias são os mais valorizados pelas empresas farmacêuticas quando encomendam um estudo sobre vendas de medicamentos sujeitos a receita médica no mercado ambulatorio, não sendo passíveis de ser substituídos por estudos baseados em dados dos grossistas” (realce nosso), conforme resulta de fls. 14812.

Segundo a farmacêutica Almirall “os dados dos armazenistas e os dados das farmácias não estudam também a mesma realidade. Os primeiros focam-se nas vendas dos grossistas às farmácias (sell-in) enquanto os segundos se centram nas vendas das farmácias aos doentes (sell-out). Os dados sell-out



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

A farmacêutica 3M afirma que optou pela transição do fornecimento dos estudos da IMS para a HMR, a partir de 2009, pois esta tinha maior cobertura de mercado, ou seja, esta tinha dados de um maior número de farmácias, permitindo, assim, ter dados mais fidedignos de mercado. A 3M explica, ainda, que “quanto maior o painel de farmácias, melhor é a qualidade dos dados”, conforme resulta de fls. 12158.

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

A diferença dos painéis entre as duas empresas é também realçada pela farmacêutica Expanscience, que afirma que “a IMS tem um painel de farmácias muito reduzido (cerca de 100 farmácias vs 2400 HMR. A HMR oferece informação mais fidedigna na medida em que, enquanto empresa do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

universo ANF, tem acesso integral aos dados das farmácias associadas”, conforme resulta de fls. 10643, acrescentando que, “no que concerne aos dados recolhidos junto das farmácias pela IMS e pela HMR, [...] a enorme diferença na dimensão do painel de farmácias considerado por uma e por outra dita a não substituíbilidade dos mesmos”, conforme resulta de fls. 10644.

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

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

Ou, explicando em detalhe, como o faz a farmacêutica Celsis, “*os dados HMR saem diretamente das farmácias (2.835 farmácias). Os dados sell in, sell out e stock da IMS são obtidos por extrapolação de dados recolhidos num número substancialmente inferior de farmácias, logo com margem de erro superior. Por isso, não consideramos que o serviço que adquirimos à HMR tenha substituto*”, conforme resulta de fls. 14179.

E mais acrescenta essa empresa que “*um aumento de preço nos serviços adquiridos à HMR levaria a uma renegociação do nosso contrato com a empresa, mas não levaria à substituição dos dados a ela adquiridos pelos dados de outro fornecedor, uma vez que, em nosso entender e até onde nos é dado a observar, não existe substituto para os produtos/serviços que atualmente adquirimos*”, conforme resulta de fls. 14179.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No mesmo sentido, refere a farmacêutica Actavis que “os dados de sell out fornecidos pela empresa HMR são mais completos, mais assertivos e representam com maior realidade os consumos dos nossos produtos no mercado de ambulatório, e como tal não são substituíveis pelos dados [...] da empresa IMS”, conforme resulta de fls. 14092.

Concretizando quanto aos estudos oferecidos por cada uma das empresas, a farmacêutica Wynn refere que “dos estudos existentes na área da saúde e que tenham por base dados sobre MSRM e MNSARM e outros produtos de saúde temos conhecimento do Pharmatrend. Trata-se de um estudo periódico mensal da consultora IMS, com dados de vendas de medicamentos de uso humano, designadamente sujeitos a prescrição (MSRM) e não sujeitos a prescrição (MNSRM), dispositivos médicos abrangidos pelo Protocolo da Diabetes, bem como dados de vendas da área de Personal Care, Patient Care, Nutrição e de OTCs obtida a partir do canal farmácia (fonte), com histórico de 24 meses. O referido estudo poderá ser diretamente comparável com os vários estudos da consultora HMR (National Pharmaceutical, National Generics, National Nutrition, National OTC, National Patient Care, National Personal Care) por possuírem a mesma fonte (canal farmácia), no entanto não são substituíveis uma vez que o primeiro possui um painel consideravelmente mais reduzido, não oferecendo a mesma fiabilidade em termos de qualidade dos dados”, conforme resulta de fls. 14277.

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

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

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

A IMS perdeu, em 2011, aproximadamente 83% dos seus clientes que adquiriam estudos baseados nos dados das farmácias relativamente a 2008, último ano em que a IMS teve acesso aos dados durante todo o ano, conforme *infra* Figura 9.

Em 2010 (primeiro ano completo de atividade da HMR), a HMR conseguiu angariar 102 clientes que representam aproximadamente 39% dos clientes potenciais (tomando como hipótese que o total da procura corresponde aos 261 clientes identificados pela AdC para realizar o inquérito aos laboratórios).

Em 2013, a HMR tinha aproximadamente 56% dos clientes potenciais.

A IMS, enquanto foi monopolista, nunca cativou mais do que 74% dos clientes potenciais, conforme *infra* Figura 9.

A representatividade das parafarmácias é bastante mais reduzida do que a das farmácias e a sua distribuição geográfica não é uniforme no território nacional,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

estando as parafarmácias mais concentradas nas áreas mais populosas, pelo que não permitem atingir uma cobertura geográfica adequada.

Os clientes de estudos sobre produtos CH preferem os estudos baseados nos dados do maior canal de distribuição retalhista, as farmácias, aos estudos baseados nos dados de um canal de reduzida representatividade, sendo que um aumento hipotético do preço dos estudos sobre CH baseados nos dados das farmácias, na ordem dos 5 a 10%, não levaria os clientes a deixarem de adquirir estes estudos para passarem a adquirir estudos sobre CH baseados nos dados das parafarmácias.

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

permitem uma visão parcelar do mercado”, conforme resulta do teor de fls. 11904.

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

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

Uma empresa de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico – mesmo que já possua as infraestruturas, o capital humano e os conhecimentos necessários para a produção de estudos – só poderá transferir a sua capacidade produtiva para estudos de mercado baseados nos dados comerciais das farmácias, sem custos adicionais significativos e em curto período de tempo, se tiver acesso aos dados comerciais das farmácias.

No entanto, e mesmo que tenha acesso a dados das farmácias, uma empresa de estudos de mercado não conseguirá produzir estudos com determinadas características (v.g., ao nível da desagregação geográfica e/ou temporal, e, mesmo, da própria fiabilidade dos estudos), se não tiver acesso a uma amostra de dados de suficiente dimensão.

Para a realização de um qualquer estudo de mercado é necessário o acesso a uma amostra representativa que permita inferir as propriedades da população que se pretende estudar, na medida em que o tamanho da amostra utilizada vai repercutir-se na fiabilidade dos estudos e na desagregação geográfica (granularidade) dos mesmos.

Assim, a produção de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico com base nos dados comerciais das farmácias exige o acesso aos dados de um número mínimo de farmácias.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A amostra mínima de farmácias necessária varia em função da variável que se pretende analisar, da fiabilidade e da desagregação geográfica pretendidas (por exemplo, um determinado estudo de nível regional exige um número maior de dados do que o mesmo estudo de nível nacional).

Os estudos regionais podem ter maior ou menor desagregação geográfica, apresentando um maior ou menor detalhe regional sobre as vendas da indústria farmacêutica, a qual constitui, *grosso modo*, a procura dos estudos.

Em termos de dimensão mínima da amostra, a IMS indica que “[p]ara a elaboração do *Pharmatrend* [ver descrição *infra*, § 0], são necessárias 1200 Farmácias no Continente, que constituam uma amostra fiel da segmentação efetuada pela IMS do território nacional, nomeadamente das seguintes oito regiões: (i) Litoral Norte, (ii) Grande Porto, (iii) Interior Norte, (iv) Litoral Centro, (v) Lisboa Arredores, (vi) Lisboa Centro, (vii) Alentejo e (viii) Algarve”.

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

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

existência de três farmácias por região garante a confidencialidade, mas pode não garantir a representatividade dentro de cada região.

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

A HMR acrescenta que “*naturalmente o número de farmácias exigido será superior ou inferior conforme a granularidade geográfica que se pretenda*”.

O dimensionamento de uma amostra para uma população de 2.903 farmácias (população a nível nacional em 2012), através da estimação de uma proporção num cenário pessimista (variância máxima, *i.e.*, 50%), considerando um nível de confiança de 99% e uma margem de erro de 5%, retorna uma amostra de 542 farmácias¹², isto não é garantia de que nos subconjuntos da população (no caso dos estudos regionais) a amostra seja igualmente representativa.

Refere o CEFAR, Centro de Estudos e Avaliação em Saúde, pertencente ao universo ANF, que “*obviamente que é possível, com base num painel representativo, extrapolar para o mercado total desse canal mas a margem de erro será tanto menor quanto mais representativo for o painel*”, conforme resulta de fls. 11980.

¹² A fórmula utilizada foi a seguinte:

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

, em que N representa a dimensão da população, E a margem de erro, Z o valor acumulado de uma distribuição normal padrão para o nível de

confiança desejado e \hat{p} a estimativa para a proporção de unidades amostrais que possuem uma determinada característica. A margem de erro é a diferença entre um resultado amostra e o verdadeiro resultado populacional, ou mais precisamente, é a diferença máxima que se admite entre a média da amostra/proporção amostra e a média da população/verdadeira proporção populacional. O nível de confiança de um intervalo estimado para um determinado parâmetro é a probabilidade de que esse intervalo contenha o parâmetro em causa.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A garantia de representatividade a nível nacional (para o total da população) não garante necessariamente a representatividade a nível regional (para cada subconjunto da população), em particular quando estamos a estudar as vendas de produtos farmacêuticos que por vezes são distribuídos em apenas algumas farmácias.

Uma forma de ultrapassar esta questão é calcular a amostra representativa para uma região (assumindo o número médio de farmácias numa região como o valor da população) e depois extrapolar esse valor para a totalidade do território português.

Assim, para 74 regiões, assumindo um intervalo de confiança de 95% (inferior ao sugerido pela HMR, que era de 99% e inferior ao sugerido pela IMS), um erro de amostragem de 15% (superior ao sugerido pela HMR, que era de 5%, e idêntico ao valor aceite pela IMS para 8 regiões) e uma variabilidade média traduzida num coeficiente de variação de 50% (semelhante à hipótese assumida pela HMR), obtemos como valor mínimo da amostra 1531 farmácias.

Com hipóteses muito menos exigentes do que as assumidas pela HMR, mas garantindo a representatividade em cada uma das 74 regiões, obtém-se uma amostra mínima de 1531 farmácias, pelo que uma amostra de 542 farmácias não será suficiente para produzir estudos relativos a MSRM e a produtos CH com uma desagregação geográfica de, pelo menos, 74 regiões.

O valor encontrado é calculado para uma divisão do território nacional em 74 regiões, pelo que no caso de se pretender uma maior desagregação geográfica que se aproxime da desagregação geográfica conseguida pelo Grupo ANF, a amostra teria necessariamente de aumentar.

Quando questionadas sobre a dimensão mínima da amostra de farmácias, as arguidas assumiram um erro de amostragem de 5% para todos os tipos de estudos, à exceção do “*Consumer Watch*”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O *Statistics Office* da IMS (STO) apresentou “o nível mínimo de precisão”, afirmando, ainda, que esta “*deve ser equilibrada com a viabilidade económica*”.

Para o “PTR a nível regional – 150 regiões”, o STO afirmou que seria necessária uma amostra de 1723 farmácias.

As especificidades do mercado português obrigam a que, na ponderação entre custos de recolha da amostra e fiabilidade dos estudos, se atribua maior peso à fiabilidade (do ponto de vista da procura) e menor peso aos custos associados a amostras maiores, nomeadamente superiores a 50%.

Relativamente à importância da desagregação geográfica, esclarece a farmacêutica Medinfar (procura dos estudos) que “*as unidades geográficas em que são disponibilizados os estudos deverão ser compatíveis/sobreponíveis com o território trabalhado pela equipa de vendas, caso essa análise seja essencial para a empresa, sendo por isso insubstituíveis por estudos que forneçam apenas dados a nível nacional*”, conforme resulta de fls. 16109 verso.

A indústria tem interesse em acompanhar as tendências de venda no mercado e monitorizar os esforços de venda dos seus colaboradores, no caso dos MSRM de, pelo menos, 74 regiões.

A maior parte da indústria tem interesse em acompanhar as tendências de venda no mercado e monitorizar os esforços de venda dos seus colaboradores, no caso dos CH, de, pelo menos, 74 regiões.

Em dezembro de 2014, a IMS apenas oferecia estudos com um grau de desagregação geográfica, relativos a CH, correspondente a 8 regiões.

Na página eletrónica da HMR pode-se ler, relativamente ao estudo *RX Watch* “[n]o que respeita a Geografia, está disponível para todo o território Nacional uma estrutura regional de 66 Regiões, que foi produzida com base na organização



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

das regiões do Sistema Nacional de Saúde – estrutura dos ACES (Agrupamentos de Centros de Saúde)”.

Relativamente à desagregação geográfica do estudo *Early Market Forecast* (baseado em informações de vendas reais da primeira quinzena de cada mês e previsão do fecho do mês corrente) pode ler-se na página eletrónica da HMR que a “*informação também inclui uma desagregação por regiões assente na estrutura do SNS (ACES – 74 ACES + Madeira e Açores)*”.

A HMR disponibiliza, ainda, estudos de consultoria assentes na caracterização de ACES.

Se existir uma empresa que tenha acesso a um painel de farmácias e que disponibilize estudos sobre MSRM baseados nos dados das farmácias, uma parte da procura vai canalizar-se para os estudos sobre MSRM baseados nos dados de um painel de farmácias, por considerar estes dados como mais fiáveis.

Apesar de os diferentes tipos de estudos requererem amostras de farmácias de diferente dimensão (v.g., em função da desagregação geográfica e do tipo de produtos em estudo), desde que tenham acesso aos dados necessários, as empresas de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico têm as infraestruturas, o capital humano e os conhecimentos técnicos necessários para produzir qualquer estudo baseado nesses dados.

É racional e eficiente para as empresas de estudos oferecerem um leque completo de estudos porque, por um lado, existem economias de gama na produção de diferentes tipos de estudos (estas empresas já possuem as infraestruturas, o capital humano e os conhecimentos necessários para a produção de qualquer tipo de estudo, podendo, facilmente e sem custos elevados, alargar a sua oferta desde que tenham um painel de dados que o permita fazer) e, por outro lado, a não disponibilização do leque completo de estudos poderá levar à perda de clientes.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

As empresas que constituem a procura de dados comerciais de uma amostra representativa de farmácias têm, em regra, interesse em adquirir um pacote de dados que lhes permita a realização de um qualquer tipo de estudos, de forma a evitar que, por virtude de não conseguir produzir um determinado estudo, a possibilidade dos seus clientes transfiram a totalidade das suas aquisições para uma empresa concorrente que ofereça todos os tipos de estudos.

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

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

Duas dessas ferramentas são o Farmalink e o Sifarma.

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

A rede Farmalink é uma rede de comunicações privada da Farminveste para a prestação de serviços a farmácias e parceiros, que permite a comunicação entre as farmácias e os diferentes intervenientes no setor. Esta rede é conciliável com a utilização simultânea, pela farmácia, de outros programas com funcionalidades semelhantes. O Farmalink permite a realização de pagamentos multibanco, acesso à Internet, sistemas de vigilância, avisos de situações de assalto à PSP, atualizações de software, manutenção remota, envio de informação comercial e comunicação dos pedidos de reabastecimento pelas farmácias aos respetivos fornecedores, bem como, adicionalmente, a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

interligação de farmácias, o acesso seguro à internet através de uma firewall centralizada e o acesso do exterior utilizando uma VPN. Toda a comunicação na rede é encriptada (túnel IPSEC com encriptação 3DES e hash SHA) , conforme fls. 5784.

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

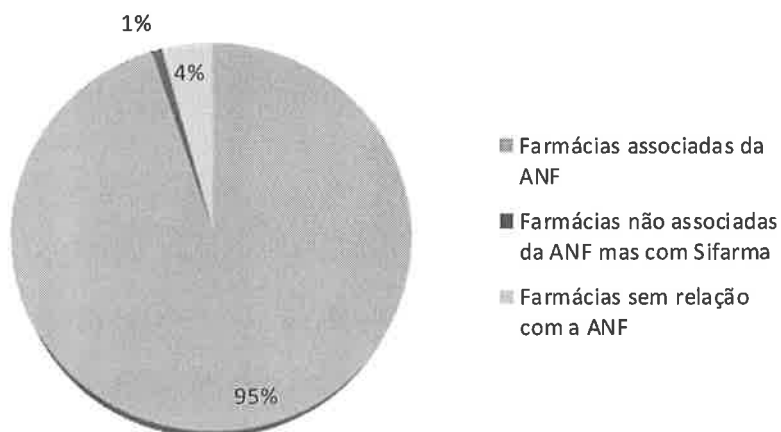
Por via das referidas ferramentas, a Farminveste IPG tem acesso aos dados comerciais das farmácias associadas da ANF, procedendo à sua recolha automática, direta, contínua, autónoma e segura, e posterior venda às empresas de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico, nomeadamente à HMR.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

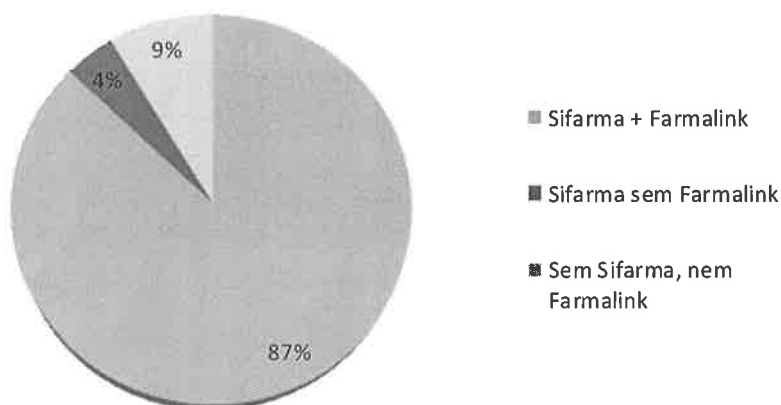
Figura 4: Universo de farmácias em Portugal – relação com a ANF



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

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

Figura 5: Universo de farmácias da ANF



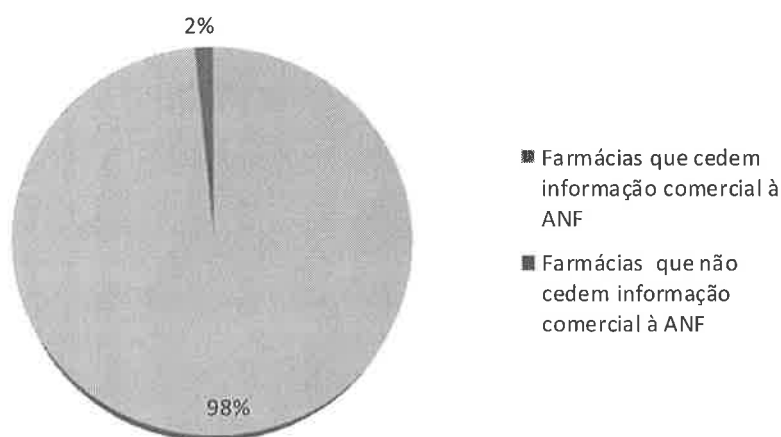
Fonte: fls. 2549 a fls. 2574 e fls. 4065.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Finalmente, de entre as farmácias que têm o Sifarma e o Farmalink instalado, 2365 farmácias cedem a sua informação comercial ao Grupo ANF e 37 não o fazem (as farmácias que não têm o Farmalink instalado não cedem informação comercial à ANF, pois a transmissão dos dados é feita através da rede Farmalink), conforme resulta de fls. 2549 a fls. 2574.

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



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

As farmácias que cedem informação comercial ao Grupo ANF, através do Farmalink, representam 81,5% do universo de farmácias em Portugal e 85,8% das farmácias associadas da ANF.

As formas possíveis de acesso aos dados das farmácias são as seguintes: (i) através da Farminveste IPG, por compra do pacote de dados; ou (ii) através da compra dos dados a cada uma das farmácias.

O acesso através das farmácias exige que as empresas que produzem os estudos estabeleçam relações comerciais com as farmácias e empresa a empresa (farmácia a farmácia), que podem ser mediadas através de grupos de farmácias, mediante o pagamento de uma contrapartida financeira, enquanto a obtenção dos dados através da Farminveste IPG apenas exige a contratação de uma única entidade, aquela sociedade.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O acesso através da sua aquisição à Farminveste IPG implica a aceitação das respetivas condições de venda dos dados, v.g., o pagamento de €255,00 mensais por farmácia que disponibiliza os seus dados.

Tal preço de € 255,00 (duzentos e cinquenta e cinco Euros) aplica-se à IMS, à HMR ou a qualquer outra empresa.

A recolha dos dados e transmissão através de cada uma das farmácias pode ser efetuada, automaticamente, através do Farmalink, propriedade do Grupo ANF, com recurso a um módulo de extração.

A IMS tentou numa primeira fase aceder (entre, pelo menos, 16 de junho de 2011 e 13.03.2012) diretamente aos dados das farmácias, *i.e.*, sem intervenção do Grupo ANF, replicando o procedimento deste Grupo, através de um módulo de extração instalado nos computadores de cerca de 300 farmácias com sistema Sifarma.

Para o efeito celebrou protocolos para colaboração no fornecimento de dados com farmácias e com grupos de farmácias, para obter autorização.

Em algumas farmácias, o módulo de extração foi instalado pelo grupo a que pertenciam, sem o seu consentimento e sem que este as tivesse informado de que o módulo se destinava a ceder dados à IMS.

Após a IMS já ter este procedimento em curso, o Grupo ANF procedeu à remoção remota dos aplicativos da IMS sem comunicação prévia a esta e sem comunicação ou autorização prévia e individualizada das farmácias afetadas, conforme resulta de fls. 3199.

A remoção do módulo em causa impediu a IMS de fazer face aos compromissos assumidos com os seus clientes, com a produção de estudos com base nos dados obtidos por via do referido módulo, com consequências em termos de imagem e reputação da empresa.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O Grupo ANF intentou procedimento criminal por virtude de implementação do referido *software*, conforme consta a fls. 24351 e ss, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

A instalação, nas farmácias, de dois sistemas de gestão paralelos, para efeitos de recolha de dados, não é viável porque, para além dos custos que isso implicaria, obrigaria à replicação de todos os registos de operações que ocorrem nas farmácias.

O acesso aos dados das farmácias através das próprias com recurso à transmissão de relatórios de gestão por e-mail apresenta um problema sistémico, que é o facto de estar dependente do comportamento do farmacêutico – da sua capacidade informática e de estar disposto a assumir esse tipo de tarefa, distante da sua profissão, de forma rigorosamente diária [ou semanal], para enviar sem falhas e efetuar um procedimento de ‘fecho diário de loja’, ou seja, no final do dia, extração dos dados do sistema e seu envio por uma net alternativa disponibilizada fisicamente pela IMS, a troco de uma compensação e ter-se-ia de manter um Back Office de 3 elementos [no caso da recolha diária, de 2 elementos no caso da recolha semanal e de 1 elemento no caso da recolha mensal] que funcionaria como call center para assegurar o esclarecimento de dúvidas ou o contacto no dia seguinte após o fecho e verificando os envios.

Esta alternativa encontra-se dependente da intervenção dos funcionários das farmácias e, portanto, suscetível de ser afetada por falha humana.

Esta alternativa obriga ao tratamento manual e individualizado dos mesmos, por recurso a relatórios de gestão, enquanto o Grupo ANF obtém esses dados de forma automática, através das bases de dados das próprias farmácias.

O processo manual de recolha farmácia a farmácia implica a deslocação de um técnico de uma empresa produtora de estudos (v.g., da IMS) a cada uma das farmácias, fazendo-se acompanhar de um dispositivo externo de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

armazenamento de dados (por exemplo, uma *pen drive*), para o qual são copiados localmente os relatórios de gestão ou outros ficheiros extraídos do Sifarma.

A recolha manual acaba por condicionar a periodicidade da recolha dos dados e o tempo necessário para o tratamento dos mesmos.

Em contrapartida, a obtenção dos dados, como sucede em relação ao Grupo ANF, em formato de base de dados minimiza o tempo entre a recolha dos dados e a disponibilização dos respetivos estudos.

O tempo que demora a recolher os dados, para dar início ao seu tratamento estatístico criam uma desvantagem competitiva à IMS.

Visto tratar-se de um processo manual, a recolha diária ou semanal é economicamente inviável.

Este processo de recolha presencial não permite à IMS obter os dados comerciais das farmácias necessários para manter parte da oferta que tinha antes do corte de fornecimento de dados por parte do Grupo ANF.

As Arguidas, em sede de PNI, afirmaram a existência das seguintes alternativas de recolha de dados comerciais das farmácias: (i) exportação de dados através do ficheiro Infoprex; (ii) exportação através do ficheiro SAF-T; (iii) acesso direto à base de dados através do utilizador “exporta”; (iv) método de cópia de segurança da base de dados; e (v) geração de relatórios, conforme resulta de fls. 19131.

O INFOPREX é um ficheiro que disponibiliza os dados agregados das vendas mensais, por produto, relativos aos últimos 24 meses e dá informação sobre a posição atual do stock, não disponibilizando dados transacionais.

Por via da exportação diária do INFOPREX é possível inferir as compras, vendas e stocks realizadas diariamente em relação a cada produto.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O tempo de geração do ficheiro é de 1 hora aproximadamente.

O ficheiro Infoprex tem de ser transferido para uma infraestrutura da empresa que pretende ter acesso aos dados, mediante um upload do ficheiro numa plataforma ou portal eletrónico, ou através de um mecanismo de FTP.

O User Exporta disponibiliza todos os dados gerados pelo negócio da farmácia, designadamente dados transacionais de compras e vendas e stocks.

Os dados recolhidos por via do “exporta” permitem criar um ficheiro que posteriormente tem de ser transferido.

Para implementar este método de extração de dados impõe-se que: a farmácia consinta na extração dos dados por terceiros; a farmácia solicite à Farminveste IPG a criação do “user”, de modo a permitir o acesso de terceiros às bases de dados da farmácia através do “exporta”; a empresa que pretende adquirir os dados crie um software que permita ligar às bases de dados da farmácia por via do Sifarma; a empresa que deseje adquirir os dados proceda à respetiva extração. Esta extração pode ter a regularidade que o adquirente entender e ser utilizada para os fins que considerar convenientes.

Existem atualmente 550 farmácias que utilizam o *exporta*.

Relativamente à necessidade de um pedido de autorização para criar o utilizador *exporta* nas farmácias, tal deve-se, segundo as recorrentes, “à *segurança da informação a que o fornecedor do software [in casu, o Grupo ANF] está adstrito [...] [e que o obriga] a implementar as melhores soluções de modo a oferecer os níveis de segurança de informação aplicáveis ao negócio da farmácia*”.

Esta é uma solução farmácia-a-farmácia (e não uma abertura do sistema, automática e descentralizada), implicando um pedido formal por cada farmácia, e que pode alertar o Grupo ANF para o início da colaboração de tal farmácia com um concorrente da HMR/ANF.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O facto de esta solução obrigar a um pedido ao Grupo ANF pode torná-la inviável: as farmácias têm de pedir autorização ao Grupo ANF, pertencente à associação que as representa, sabendo-se que a ANF afirma que utiliza a venda dos dados das farmácias para ajudar a financiar o Sifarma.

O utilizador “exporta” é disponibilizado apenas em modo de leitura e a vistas previamente criadas, sendo tecnicamente possível o Grupo ANF ter controlo sobre o que a farmácia solicita e que informação será disponibilizada.

É um instrumento pouco conhecido e utilizado pelas farmácias (por ter sido requerido poucas vezes).

O ficheiro SAF-T é um ficheiro XML com a informação detalhada de todas as vendas efetuadas através do sistema informático em formato SAF-T, sendo possível proceder à exportação do ficheiro SAF-T por meio do Sifarma.

Estes ficheiros contêm apenas os dados referentes às vendas efetuadas entre datas.

O ficheiro SAF-T não disponibiliza dados sobre compras, nem sobre stocks.

O ficheiro é gerado automaticamente com uma periodicidade mensal, podendo ser efetuada a exportação com carácter diário.

O método de cópia de segurança da base de dados consiste em produzir um ficheiro DUMP, com uma cópia integral da base de dados sem ser necessário conhecer as credenciais de acesso administrativo ao sistema de base de dados.

Tendo em conta que o formato DMP é proprietário e não existe documentação publicamente disponível, não é fácil criar uma solução que faça a extração direta dos dados e pese embora seja possível, de forma automática, invocar este método diariamente, este não constitui uma solução de fácil implementação.

O volume de dados em causa nesta alternativa é grande, mesmo com a compressão para ZIP trata-se de cerca de 500 MB de dados que depois têm de ser



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

transferidos via *internet* e descompactados no destino, sendo uma solução com reduzida flexibilidade.

O acesso a todos os dados em bruto do servidor permite o acesso a toda a informação recolhida pela farmácia, incluindo dados pessoais de saúde.

No que se refere à geração de relatórios, os mesmos contêm dados transacionais de compras e vendas e dados dos stocks.

Não é fácil automatizar o processamento do seu conteúdo já que os relatórios foram criados e são mantidos com vista a serem interpretados pelos farmacêuticos.

Este método requer a intervenção de um operador humano, para gerar o relatório, durante um período que pode atingir os 30 minutos e tem reduzida flexibilidade.

A exportação de dados através do ficheiro Infoprex, através do ficheiro Saft-T, a cópia de segurança da base de dados (excetuando a geração automática com periodicidade mensal) e a geração de relatórios são métodos que requerem a intervenção humana na interação gráfica normalmente associada.

No entanto, é possível utilizar ferramentas de gravação da sequência de interações gráficas que um utilizador executa e replicar essa sequência de forma automática, dispensando por completo a intervenção humana.

Um aspeto menos positivo desta solução é que qualquer alteração gráfica ou funcional nas interfaces envolvidas nestes métodos poderá pôr em causa o correto funcionamento da solução, conforme resulta de fls. 19494.

Uma atenuante para este problema é que todas as farmácias utilizam a mesma versão do Sifarma, o que simplifica a sua concretização já que é suficiente implementar uma única versão da solução para produzir os dados pelos referidos métodos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Ainda relativamente às alternativas exportação de dados através do ficheiro Infoprex, através do ficheiro Saft-T, a cópia de segurança da base de dados e a geração de relatórios, os vários métodos, apontam para uma solução que envolve a recolha de dados em ficheiros com formatos e dimensão muito variável, mas em todo caso com alguma dimensão.

Para obviar a este problema é possível, com recurso a compressão de dados, reduzir o tamanho desses ficheiros, em alguns casos em 90%, tornando-os perfeitamente manuseáveis para transmissão.

Uma solução adicional, relativamente simples, é ter um programa que analisa localmente o ficheiro de dados e extrai apenas a informação necessária e útil aos fins em vista.

A recolha de dados através dos métodos referidos (a exportação de dados através do ficheiro Infoprex, através do ficheiro Saft-T, a cópia de segurança da base de dados (excetuando a geração automática com periodicidade mensal) e a geração de relatórios) obriga a um pré tratamento após a recolha para os tornar em informação diária trabalhável, enquanto que a obtenção dos dados, como sucede em relação ao Grupo ANF, em formato de base de dados minimiza o tempo entre a recolha dos dados e a disponibilização dos respetivos estudos.

As alternativas de recolha de dados propostas pelas arguidas em sede de PNI supra analisadas têm de ser consideradas concomitantemente com as alternativas de transmissão dos dados, sendo que as arguidas apresentam as seguintes: (i) recurso à rede Farmalink; e (ii) transmissão de dados mediante um segundo acesso à internet.

A rede Farmalink pode ser usada, sem custos adicionais, para se efetuar a transmissão dos dados recolhidos na Farmácia.

Para que isso aconteça o envio não pode estar barrado nem pode ficar sujeito a ser barrado.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No contexto da transmissão de dados através da rede Farmalink, há duas soluções: fazer uso de um servidor que esteja acessível na Internet, invocando um serviço de upload nesse servidor ou recorrer a soluções de alojamento de ficheiros (e.g. Dropbox), dispensando custos de implementação e manutenção de um servidor. Por uma questão de segurança, é aconselhável que os dados transmitidos desta forma sejam protegidos contra leituras não autorizadas através de uso de sistemas criptográficos.

Existem duas possibilidades para ligar as farmácias ao exterior, sem ser através da rede Farmalink.

Uma possibilidade é a ligação do servidor diretamente a outra rede de comunicações independente do Grupo ANF. Esta alternativa também requereria a instalação de hardware e, posteriormente, exigiria a manutenção dessas aplicações e equipamentos.

Outra possibilidade é a ligação do servidor da farmácia a um computador independente que tenha uma ligação à rede internet, sendo que esta alternativa implica a aquisição de computadores para além da contratação da linha de internet.

Apesar de tecnicamente ser equacionável a instalação de uma rede de comunicações paralela ao Farmalink, esta alternativa obrigaria: (i) à parametrização do servidor para que a informação fosse enviada para terceiros através da linha de internet adicional e não para a rede Farmalink, ou (ii) à instalação de uma rotina no servidor para copiar a informação para o computador independente, a partir do qual seria feito o envio dos dados para terceiros.

A rede Farmalink é usada pelas farmácias para acederem à internet.

Existe uma forte preocupação em assegurar um elevado nível de segurança na rede. Esta preocupação traduz-se na existência de algumas limitações: o acesso de um computador externo à rede Farmalink não é aberto nem automático sendo



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

necessário que a farmácia efetue um pedido de apoio técnico à Farminveste para que o acesso seja criado.

A rede Farmalink permite ao Grupo ANF controlar o sistema informático das farmácias e a informação que circula nessa rede, bem como bloquear os envios para determinados endereços fora do seu universo.

Adicionalmente, o Grupo ANF, através da GLINTT, pode controlar a instalação de quaisquer *softwares* nas farmácias (incluindo módulos de extração dos dados), nomeadamente, a introdução de funcionalidades no sistema Sifarma que permita ao proprietário autorizar a extração de determinados dados do sistema e o seu envio de forma automática e diária para quem a farmácia livremente decidir.

O Grupo ANF tem a capacidade técnica e a vontade comercial de impossibilitar/inviabilizar qualquer método de recolha e/ou transmissão automático que a IMS venha a implementar.

Em abril de 2009, na sequência da suspensão do fornecimento à IMS dos dados das farmácias, a IMS vê o seu painel de farmácias ser reduzido para aproximadamente 100 farmácias, conforme resulta de fls. 16378, número que corresponde a um painel de farmácias (associadas ou não da ANF) que utilizam outro sistema informático que não o Sifarma.

A IMS, após a suspensão do fornecimento dos dados por parte do Grupo ANF, tentou negociar diretamente com cerca de 550 farmácias, enviando-lhes uma proposta negocial aberta, com o intuito de conseguir aceder diretamente aos dados de que precisava, só tendo recebido quatro respostas escritas e um contacto telefónico.

Pelo menos, entre 16 de junho de 2011 e 15.03.2012, a IMS conseguiu a extração automática de dados de cerca de 300 farmácias com sistema Sifarma (todas associadas ANF), o que, somando ao painel correspondente a farmácias com



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

outros sistemas informáticos que não o Sifarma, perfazia um total de pelo menos 400 farmácias.

Em 2012, três anos depois do corte de fornecimento de dados das farmácias pelo Grupo ANF, a IMS ainda não tinha conseguido reconstituir o seu painel de farmácias, de forma a conseguir fornecer os produtos de que dispunha antes do corte de fornecimento de dados por parte da Farminveste.

No final de 2014, cinco anos depois do referido corte de fornecimento de dados por parte do Grupo ANF, a IMS construiu um painel de [700-1000] farmácias, continuando os estudos por si fornecidos a ser mais limitados do que os da HMR, em termos da informação que disponibilizam, e a apresentar menor desagregação temporal e geográfica.

A partir de 15.03.2012, e na sequência de intervenção do Grupo ANF, a IMS não conseguiu manter a recolha remota e automática de dados das farmácias que utilizavam o Sifarma, situação que se mantém até hoje, efetuando, em regra, a recolha presencial, por email ou mais recentemente, através do envio por uma box, que implica a colocação de uma *pen* na box pelo farmacêutico com os dados a enviar, e mensal, conforme resulta de fls. 16385.

A recolha e/ou transmissão dos dados com intervenção humana (não automáticas) limita o momento de disponibilização dos estudos, não conseguindo a IMS, até hoje, oferecer estudos na primeira semana seguinte ao mês a que se referem os dados.

A IMS não conseguiu até ao presente aceder a um painel de 1531 farmácias.

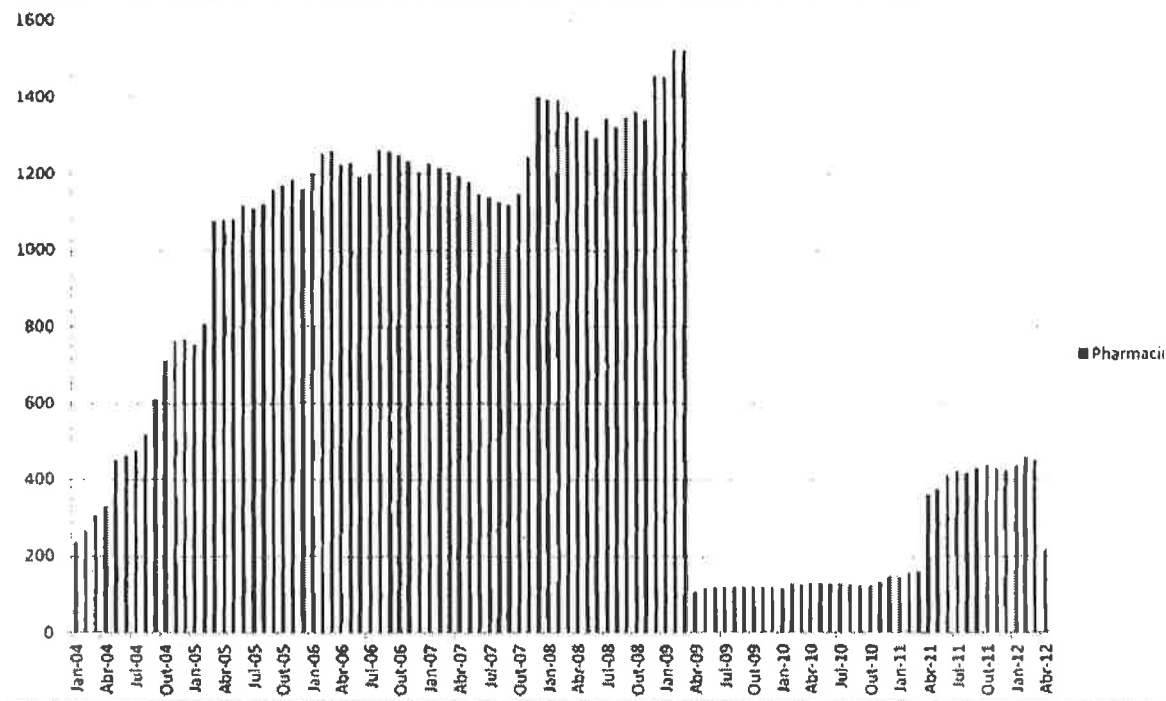
O facto de a esmagadora maioria das farmácias serem associadas da ANF (95%, em 2012) tornou difícil a angariação de farmácias disponíveis a fornecer dados a empresas concorrentes das empresas da associação a que pertencem, o que gerou entraves à implementação de alternativas de acesso aos dados, que não através do Grupo ANF.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A Figura 7, *infra*, mostra a evolução do painel de farmácias da IMS, desde a data de entrada em vigor do acordo de 2003 com o Grupo ANF até ao fim do trimestre de 2012.

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



Fonte: fls. 16378

De acordo com a farmacêutica Tecnifar (procura dos estudos), “os estudos com análise temporal mais curta têm valor de análise para a decisão e definição operacional de alterações rápidas/implementações imediatas de realinhamentos de meios humanos e de ‘targeting’ de clientes. Por exemplo, sendo as análises diárias ou semanais, podem permitir decisões/inflexões mais rápidas por um lado, e por outro, mais adaptadas ao ‘momento atual’ do mercado, como a elaboração de novo elemento comunicacional ou diferente alocação de meios humanos no território. Portanto, o valor destas análises temporalmente mais curtas tem um valor ‘operacional’ tendencialmente maior”, conforme resulta de fls. 13450 e fls. 13451.

No mesmo sentido, refere a farmacêutica Bluefish (procura dos estudos) que “os estudos com dados diários ou semanais permitem acompanhar pequenas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

variações no mercado, as compras semanais por distribuidores grossistas/farmácias e a evolução de campanhas de vendas”. Os estudos “com dados mensais são usados para avaliar o desempenho da força de vendas e esquemas de incentivos”. E “os estudos com dados trimestrais, semestrais ou anuais são utilizados para relatórios de gestão a mais alto nível e acompanhamento global do negócio”, conforme resulta de fls. 10870.

Também a farmacêutica LEO (procura dos estudos) afirma que *“os estudos adquiridos pela Leo Farmacêuticos são o diário e o mensal; o primeiro destina-se sobretudo a monitorizar produtos com elevada dinâmica, comparando com as vendas internas da companhia. Neste estudo, não temos informação da concorrência, apenas dos produtos selecionados da nossa companhia. No estudo mensal, temos uma análise da performance dos nossos produtos no mercado em que se inserem, e temos ainda acesso ao mercado farmacêutico nacional de medicamentos. Na [sua] ótica, os estudos não são substituíveis entre si”*, conforme resulta de fls. 16036.

Os dados dos relatórios com maior desagregação temporal podem ser agregados em dados com menor desagregação temporal.

A análise das tabelas de preços da HMR relativa a produtos CH mostra que: os estudos semanais apresentam um preço 50% inferior aos estudos diários de iguais características; os estudos mensais apresentam um preço 33% inferior aos estudos semanais de iguais características; os estudos bimensais apresentam um preço 5% inferior aos estudos mensais de iguais características; os estudos trimestrais apresentam um preço 5% inferior aos estudos bimensais de iguais características e 10% inferior aos estudos mensais de iguais características; e os estudos semestrais apresentam um preço 11% inferior aos estudos trimestrais de iguais características.

Da análise das tabelas de preços da HMR relativas a MSRM resulta que: os estudos semanais apresentam um preço 48% inferior aos estudos diários de iguais características; os estudos mensais apresentam um preço 29% inferior aos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

estudos semanais de iguais características; os estudos trimestrais apresentam um preço 25% inferior aos estudos mensais de iguais características; os estudos semestrais apresentam um preço 11% inferior aos estudos trimestrais de iguais características; e os estudos anuais apresentam um preço 33% inferior aos estudos semestrais de iguais características.

Refere a farmacêutica Novartis (procura dos estudos) que *“em termos meramente teóricos, os estudos diários podem substituir todos os restantes, assumindo naturalmente que todos apresentam exatamente as mesmas características, designadamente a mesma fonte de dados. Em termos práticos, não nos parece, no entanto, viável a substituição atendendo aos custos acrescidos e ao tempo que seria necessário despendar para analisar e tratar os dados de forma sistematizada e global”*, conforme resulta de fls. 14822.

A desagregação temporal da informação disponibilizada nos estudos depende essencialmente da forma de recolha dos dados (recolha e transmissão com intervenção humana ou recolha e transmissão automáticas feita pela ANF).

Apenas a recolha e transmissão automáticas permitem a elaboração de estudos com uma desagregação temporal inferior à mensal.

De entre os estudos regionais, aqueles que apresentam maior desagregação geográfica permitem às empresas proceder a análises que estudos com menor desagregação geográfica não permitem.

Os dados de relatórios com maior desagregação geográfica podem ser agregados em dados com menor desagregação geográfica.

No entanto, em termos práticos, esta substituição não é viável devido às diferenças de preços entre uns e outros e ao tempo que seria necessário despendar para analisar e tratar os dados de forma sistematizada e global.

O Grupo ANF fornece estudos com uma desagregação geográfica superior a 400 regiões.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Refere a farmacêutica Medinfar (procura dos estudos), a este propósito, que “*as unidades geográficas em que são disponibilizados os estudos deverão ser compatíveis/sobreponíveis com o território trabalhado pela equipa de vendas, caso essa análise seja essencial para a empresa, sendo por isso insubstituíveis por estudos que forneçam apenas dados a nível nacional*”, conforme resulta de fls. 16109, verso.

Os estudos baseados nos dados comerciais das farmácias circunscrevem-se ao território nacional, sem prejuízo das possíveis desagregações regionais.

Existe um quadro legislativo e regulatório em Portugal, parcial ou totalmente distinto dos demais Estados-Membros (v.g., ao nível de autorizações de introdução no mercado; finalidade terapêutica de determinados medicamentos; exigência de prescrição médica; licenciamento de operadores), que implica que mesmo as multinacionais necessitem de obter estes estudos junto de cada um dos Estados-Membros.

A procura de dados comerciais de um painel representativo de farmácias é constituída pelas empresas produtoras de estudos de mercado baseados nos dados comerciais das farmácias, entre as quais se incluem a HMR e a IMS.

Apenas as farmácias têm acesso direto aos dados relativos à sua atividade comercial, só estas ou a Farminveste IPG, que já possui a infraestrutura necessária para aceder àqueles dados, têm capacidade de fornecer os mesmos.

Na sequência do aumento do preço, a partir de 01.01.2009, dos dados vendidos pela Farminveste IPG, não se verificou a entrada de nenhuma outra entidade no mercado da recolha e comercialização de um painel de, pelo menos, 1531 farmácias e /ou que permita a produção de estudos com uma periodicidade inferior à mensal e disponibilizados na primeira semana de cada mês.

Só Grupo ANF está presente na recolha e comercialização de dados comerciais de um painel com as características descritas no ponto precedente.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A HMR produz os seguintes estudos: “a) **Detailed Market Watch** - Disponibiliza informação de carácter regional, relativa às vendas de todos os produtos comercializados pelas farmácias. O Detailed Market Watch disponibiliza informação relativa a 410 unidades geográficas, unidades essas desenhadas pela HMR e que se enquadram dentro da estrutura de vendas da indústria farmacêutica. Para além da variável consumo (sell out), a HMR disponibiliza ainda nas suas bases de dados informação relativa às variáveis de stocks e compras (sell in). O Detailed Market Watch tem uma periodicidade variável podendo, entre outras, ser disponibilizado numa periodicidade mensal, semanal ou diária. [...]; b) **Global Market Watch** - Disponibiliza informação em tudo idêntica à informação disponibilizada pelo produto Detailed Market Watch, mas com um carácter global para o mercado nacional”, conforme resulta de fls. 4060. O Global Market Watch “[é] um estudo mensal”; conforme resulta de fls. 16949; c) “**RX Watch** - Disponibiliza informação relativa ao travelling da prescrição, ou seja, a unidade geográfica onde a prescrição de um determinado medicamento teve origem e a unidade geográfica onde a prescrição foi disponibilizada. Para além do travelling este produto também disponibiliza informação relativamente à especialidade médica que deu origem à prescrição. A informação pode ser disponibilizada mensalmente, trimestralmente, semestralmente ou anualmente. [...]”, conforme resulta de fls. 16949; d) **Consumer Watch** – “Este produto pretende disponibilizar informação relativa ao número de consumidores que adquiriram, em determinado período de tempo, um produto e comparar esse mesmo número de consumidores num período de tempo distinto”, conforme resulta de fls. 4060. “Reporta-se a um estudo mensal com o consumo em farmácia e com detalhe sobre os principais consumidores (i.e. sexo e idade) a nível nacional e regional”, conforme resulta de fls. 16949; e) “**Consultoria** - Destacam-se na oferta da consultoria os seguintes estudos/serviços: profiling de farmácias, estudos de preços, estudos de forecast, estudos de objetivos, etc.”, conforme resulta de fls. 4060. Estes estudos “não têm periodicidade definida”, conforme resulta de fls. 16949; f) “**Pharmacy Watch** - corresponde



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a um estudo de monitorização de informação sell out (i.e. com base no painel das farmácias), tendo como referência os 250 principais produtos vendidos. Aquele estudo é elaborado numa base mensal, através do qual se realiza uma comparação da performance das farmácias por região onde a farmácia se insere, por distrito a que pertence e permite ainda dar uma visibilidade do desempenho da farmácia a nível nacional. Por via deste tipo de estudos, as farmácias conseguem perceber se são mais atrativas para os consumidores do que as suas congéneres vizinhas. A informação constante do Pharmacy Watch reflete uma realidade mensal, um acumulado total do ano e um acumulado dividido pelos 12 meses do ano. Para a elaboração dos estudos Pharmacy Watch, a HmR utiliza os dados de sell out que compra à Farminveste. Posteriormente vende o Pharmacy Watch à Farminveste pelo preço de €15 (quinze euros) por farmácia/mês. O Pharmacy Watch é subsequentemente oferecido pela Farminveste às farmácias que cedem dados de sell out a esta entidade. Cumpre por fim salientar que o acesso ao Pharmacy Watch é feito pelas farmácias via web”.

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

Até 2009, a IMS produzia os seguintes estudos baseados apenas no painel de farmácias a que tinha acesso através da ANF e no seu painel de 100 farmácias:

OTC Offtake – reporta as vendas nas farmácias do total do segmento de MNSRM e suplementos com posicionamento OTC. Este estudo tem âmbito nacional e o seu formato de entrega é o *Software Dataview*. Antes do corte de fornecimento de dados pela Farminveste, em 2009, este estudo tinha informação semanal, mensal, trimestral e anual. Com o corte de fornecimento de dados, este estudo deixou de ter informação com detalhe semanal. Atualmente é comercializado apenas com informação com desagregação



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mensal, trimestral e anual. **PAC Offtake** – reporta as vendas nas farmácias de produtos parafarmacêuticos. Este estudo tem âmbito nacional e o seu formato de entrega é o *Software Dataview*. Antes do corte de fornecimento de dados pela Farminveste, em 2009, este estudo tinha informação semanal, mensal, trimestral e anual. Com o corte de fornecimento de dados, este estudo deixou de ser produzido. Atualmente é comercializado apenas com informação com desagregação mensal, trimestral e anual. **PEC Offtake** – reporta as vendas nas farmácias de produtos de dermocosmética e cuidados pessoais. Este estudo tem âmbito nacional e o seu formato de entrega é o *Software Dataview*. Antes do corte de fornecimento de dados pela Farminveste, em 2009, este estudo tinha informação semanal, mensal, trimestral e anual. Com o corte de fornecimento de dados, este estudo deixou de ser produzido. Atualmente é comercializado apenas com informação com desagregação mensal, trimestral e anual. **NTR Offtake** – reporta as vendas nas farmácias de suplementos nutricionais. Este estudo tem âmbito nacional e o seu formato de entrega é o *Software Dataview*. Antes do corte de fornecimento de dados pela Farminveste, em 2009, este estudo tinha informação semanal, mensal, trimestral e anual. Com o corte de fornecimento de dados, este estudo deixou de ser produzido. Atualmente é comercializado apenas com informação com desagregação mensal, trimestral e anual. **Pharmatrend** – reporta as compras, vendas e *stocks* nas farmácias de MNSRM, suplementos com posicionamento OTC, produtos parafarmacêuticos, dermocosmética e nutricionais. O Pharmatrend funciona em ambiente Excel, sendo o formato de entrega deste produto o *Software Sales Analyser*. O Pharmatrend permite “medir efetivamente: (i) quem está a conseguir vender os seus produtos, (ii) quem está a encher prateleiras nas farmácias, (iii) o nível de consumo imediato (reação a campanhas e ações promocionais) e (iv) entender a alteração da prescrição efetuada pelo farmacêutico”. Trata-se de um estudo customizado cliente a cliente, que permite a análise do consumo de medicamentos por classes terapêuticas, companhias, produtos e formas de apresentação, possibilitando um enfoque das companhias nos produtos com menos vendas,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

tendo em conta o comportamento do mercado em que estes se inserem. Antes do corte de fornecimento de dados pela Farminveste, em 2009, este estudo tinha informação semanal, mensal, trimestral e anual e tinha âmbito nacional e regional (8 regiões). Com o corte de fornecimento de dados, a produção deste estudo foi suspensa, só tendo voltado a ser comercializado em 2012 (quando a IMS conseguiu aumentar a sua amostra de farmácias). Atualmente o Pharmatrend já disponibiliza informação semanal e regional (novamente 8 regiões). A IMS disponibilizava ainda o Pharmatrend In Motion, com regiões desenhadas à medida de cada cliente e até 97 regiões, que deixou de produzir com o corte de fornecimento de dados; **Xponent** – estudo que só começou a ser comercializado no segundo trimestre de 2008 e reporta a origem da prescrição de MSRM comparticipados, ao nível da região, instituição e especialidade médica. Este serviço permite medir o número de receitas médicas, produtos receitados e especialidade médica do médico que prescreveu os produtos. O cliente pode ter acesso à informação agrupada por meses ou trimestres. Este estudo tinha 101 regiões e 51 regiões por especialidade e permite compreender a origem das prescrições por especialidades e região, as substituições e as "*flying prescriptions*" entre regiões. O fornecimento do Xponent iniciou-se no segundo trimestre de 2008, e foi interrompido com a cessação do fornecimento dos dados comerciais das farmácias da Farminveste à IMS, que ocorreu em abril de 2009. Pela sua natureza, este tipo de serviços apenas pode ser fornecido com acesso aos dados das vendas das farmácias, pois apenas estes dados conseguem relacionar o conteúdo de cada venda individual, de forma a extrapolar a patologia diagnosticada e o propósito para que foi receitado determinado medicamento.

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

informação	Nacional						Até 74 regiões						Mais de 74 regiões					
	Diário	Semanal	Mensal/ Bimestral	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual	Diário	Semanal	Mensal	Trimestral	Semestral	Annual
MSRM			Global Mkt Watch	Global Mkt Watch		Global Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch
OTC		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
PAC		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
PEC		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
NTR		Offtake	Offtake Global Mkt Watch	Offtake Global Mkt Watch		Offtake Global Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch	Pharmatrend-InMotion Detailed Mkt Watch
Médicos, utentes, prescrições médicas									XPonent Rx Watch Consumer Watch	XPonent Rx Watch						XPonent Rx Watch	Rx Watch	
Atividade das farmácias									Pharmacy Watch									
Outros não padronizados																		

Consultoria- Fonte: Autoridade da Concorrência



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Com o corte do fornecimento de dados por parte do Grupo ANF, em 2009, a IMS deixou de conseguir produzir os estudos indicados no ponto 344), com exceção dos estudos sobre OTC's nacionais.

Com o corte do fornecimento e até que conseguisse aumentar a sua amostra de farmácias em 2012, a IMS apenas conseguiu continuar a produzir os estudos nacionais mensais na área dos OTC's.

Só em 2014, decorridos 5 anos desde o corte dos dados por parte do Grupo ANF, a IMS conseguiu entregar informação sobre as outras três áreas de consumo dentro do Consumer Health, isto é: PAC, PEC e NTR.

O Xponent nunca mais foi reposto por insuficiência de painel.

Até ao final de 2014, Pharmatrend In-Motion com 97 regiões não havia sido reposto por insuficiência de painel.

Em 2014 a IMS não conseguia fornecer estudos baseados em dados comerciais de uma amostra igual ou superior a 1531 farmácias.

Adicionalmente, a IMS não consegue disponibilizar estudos na primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados (só conseguindo disponibilizar os estudos, atualmente, no mínimo no dia 14 do mês seguinte ao mês a que respeitam os dados, enquanto a HMR disponibiliza os seus estudos na primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados).

A Tabela 2 classifica por tipologias, os diversos estudos baseados nos dados comerciais das farmácias produzidos pela IMS logo após o corte de fornecimento de dados por parte do Grupo ANF (a azul, com realce) e os estudos produzidos atualmente pela HMR (a vermelho, sem realce) e a Tabela 3 classifica, por tipologias, os diversos estudos baseados nos dados comerciais



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

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

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

(continua)

(continuação)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

Fonte: Autoridade da Concorrência

Consultoria



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

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

Consultoria

(continua)

(continuação)

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



Fonte: Autoridade da Concorrência



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Note-se que a Tabela 2 e a Tabela 3 não consideram o aspeto dimensão da amostra, na medida em que os estudos da HMR são todos produzidos com uma amostra superior a 1531 farmácias e os estudos da IMS são todos produzidos com uma amostra inferior a 1531 farmácias.

A tabela 4, *infra*, mostra, *inter alia*, a evolução das quotas de mercado (em valor) do Grupo ANF no conjunto dos diversos mercados de estudos baseados nos dados comerciais das farmácias definidos pela AdC na decisão impugnada.

Tabela 4:

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

Fonte: fls. 4145, 4178, 17040 e 17279

A HMR refere no seu Relatório & Constas de 2009, quanto à sua atividade, que “*tem verificado um crescimento acelerado*”, a fls. 4125 dos autos.

A

Tabela 5, *infra*, reflete a evolução da quantidade de estudos vendidos pela HMR.

Tabela 5: Evolução da quantidade de estudos vendidos pela HMR

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

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em 2012, a HMR passou a produzir um novo estudo, o *Pharmacy Watch*, que “realiza uma comparação da performance das farmácias por região onde a farmácia se insere, por distrito a que pertence”, para que as farmácias possam avaliar se são mais atrativas para os consumidores do que as suas congéneres vizinhas, conforme resulta de fls. 16912.

A HMR vende este estudo à Farminveste IPG pelo preço de €15,00 (quinze Euros) por farmácia/mês. O *Pharmacy Watch* é subsequentemente oferecido pela Farminveste IPG às farmácias que cedem dados de *sell out* ao universo ANF, conforme resulta de fls. 16899.

A ANF sempre teve grande peso junto das suas associadas, as farmácias, sendo nomeadamente o seu fornecedor de *hardware* e *software* e o prestador dos serviços de manutenção daqueles equipamentos e programas, tudo através da GLINTT, e procedendo ao adiantamento da faturação do Serviço Nacional de Saúde e outras entidades às farmácias através da Finanfarma, Sociedade de Factoring, S.A., pertencente ao universo ANF.

A tabela *infra* mostra o volume de vendas total, a quantidade total e o preço médio ponderado, dos estudos da HMR.

Tabela 6:

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

Unidade: Euros

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

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

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

Unidade: Euros

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

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

Tabela 8:

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

Unidade: Euros

Fonte: Tabela 6 e Tabela 7

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

Tabela 9:

	2010	2011	2012	2013
Total dos custos operacionais	7.259.362	9.435.074	9.354.120	9.514.719
Custo dos dados	4.757.153	6.691.200	7.120.365	7.258.575
Restantes custos dos estudos	2.502.209	2.743.874	2.233.755	2.256.144
Quantidade de estudos vendidos pela HMR	1.562	2.358	29.969	30.705
Valor médio dos restantes custos dos estudos	1.601	1163	74	73

Unidade: Euros

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

Nota: O valor correspondente ao “Custo dos dados”, em 2010, difere do valor indicado na Tabela 7 na rubrica “Valor cobrado anualmente pela Farminveste, por conta dos dados das farmácias”, em 2010, porque este se refere à extrapolação do valor pago pela IMS à Farminveste nos primeiros 3 meses do ano para o resto do ano e o custo dos dados indicado na Tabela 9 se refere ao



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

valor efetivamente pago pela HMR à Farminveste, sendo que, “*atendendo ao início do arranque efetivo da atividade comercial [da HMR], foi estabelecido [pela Farminveste], apenas para esse ano (2010), um desconto de 25%*” (conforme fls. 4062).

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

Tabela 10: **Margem de lucro média (por Estudo)**

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

Unidade: Euros

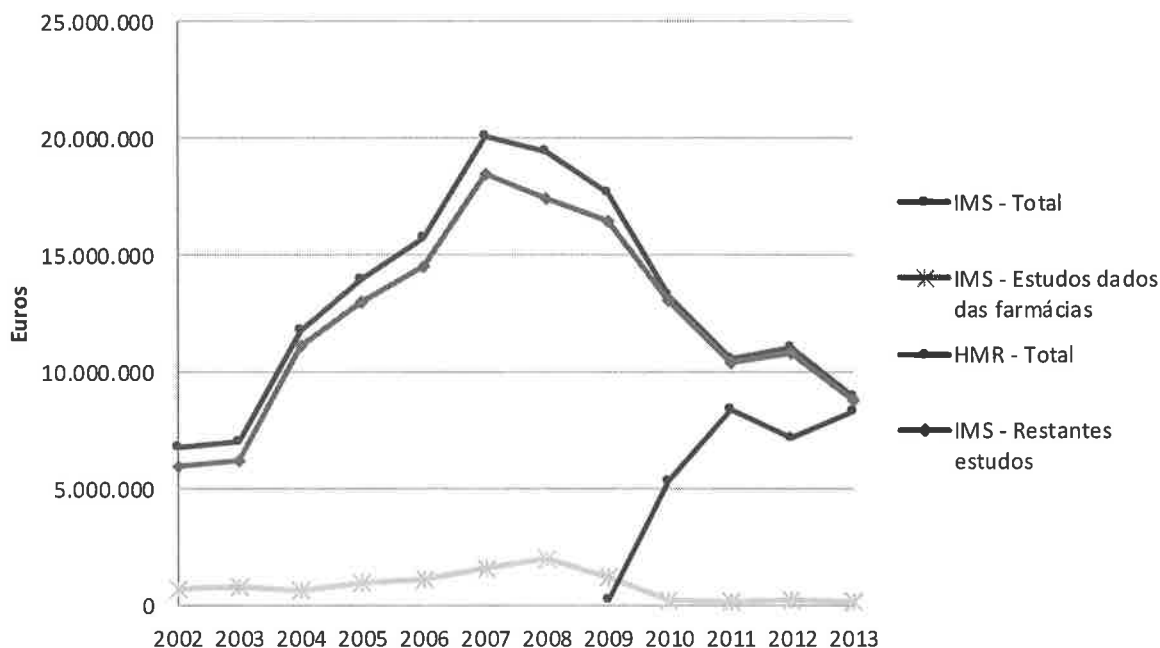
Fonte: Tabela 8 e Tabela 9

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



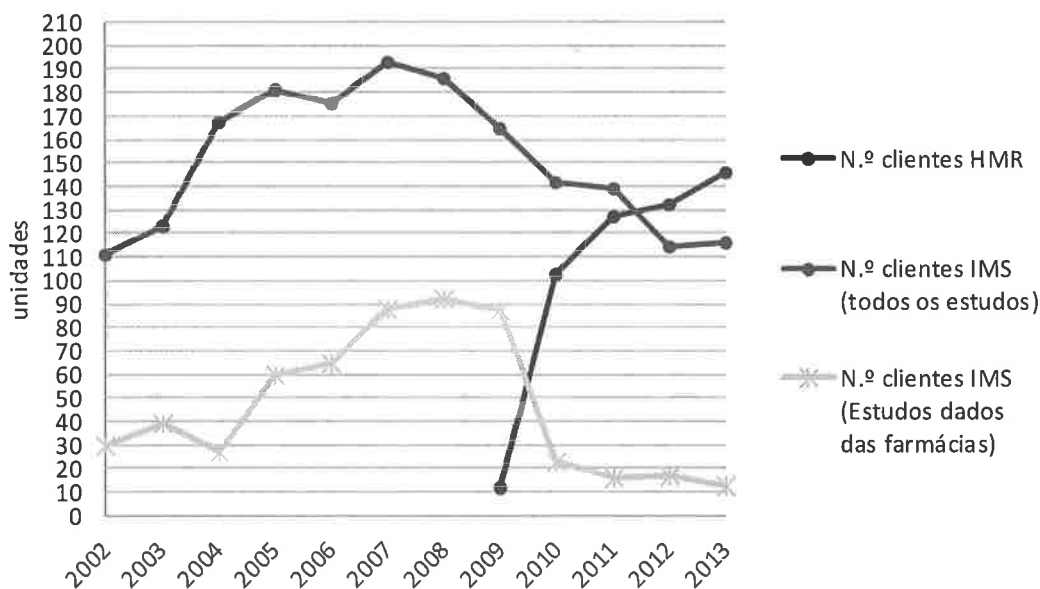
TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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



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

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



Fonte: fls. 16365, 17280, 17468 e 17478

O decréscimo no volume de vendas da HMR em 2012 está associado ao aumento das vendas de estudos baseados nos dados das farmácias por parte da IMS, por virtude do procedimento de extração de dados implementado pela IMS entre, pelo menos, junho de 2011 e 15.03.2012.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Segundo a IMS, a sua casa-mãe não pode abdicar da informação que a IMS em Portugal lhe fornece, mesmo que esta seja baseada apenas em fontes de dados que não as farmácias e num reduzido painel de farmácias, para a produção de estudos internacionais.

Uma parte dos clientes (farmacêuticas) das empresas que produzem estudos de mercado, v.g., da HMR, também são empresas multinacionais e pretendem efetuar estudos comparativos dos vários países.

Há a necessidade de fornecer dados históricos (normalmente 24 meses), para que as comparações ao longo do tempo sejam possíveis.

A Farminveste IPG afirma ter tido um aumento de 19,9% face ao ano de 2010, “*contribuindo o market intelligence com 8,9 milhões (representando um aumento de 17,6% face a 2010)*”, conforme pág. 23 do Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2011, a fls. 4979 dos autos.

A Tabela 11, *infra*, mostra que o Grupo ANF conseguiu, pelo menos, um benefício económico superior entre 2010 e 2013, relativamente a 2008, *grosso modo*, por virtude do aumento do preço dos dados, bem como do início da comercialização dos estudos baseados nos dados das farmácias.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Tabela 11:

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

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

Notas:

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

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

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

A ANF refere que a “*estratégia do Grupo [ANF] [...] passa pela otimização e consolidação da sua operação em Portugal*”, apostando no aumento da *eficiência operacional*, “*nomeadamente na infraestrutura de rede – farmalink e nas funcionalidades disponibilizadas pelo software sifarma*”, conforme resulta da pág. 27 do Relatório & Contas da ANF relativo ao exercício de 2011, a fls. 17763 dos autos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A ANF afirma que a criação da HMR e a exploração dos dados das farmácias foi uma solução por si encontrada (*“a solução encontrada pela ANF, que passou pela criação da HMR e pela exploração comercial dos dados das farmácias”* (realce nosso), conforme pág. 3 do seu requerimento, de outubro de 2014, a fls. 17503 dos autos), afirmando, ainda, nessa sede, que a ANF *“depende dos seus clientes, sendo prova bastante deste facto ter sido obrigada a constituir a HMR e a entrar no mercado da elaboração de estudos de market intelligence pharma”* (fls. 17511).

E acrescenta, ainda, de forma perentória, *“como já foi afirmado, a ANF não nega ter existido uma recusa no fornecimento dos dados”*, conforme pág. 16 desse requerimento, a fls. 17516 dos autos¹³.

A ANF anuncia publicamente a criação da *“HMR [...] com o objetivo de fornecer informação ao mercado da saúde com base em produtos e serviços”*, sendo a HMR *“a única empresa em Portugal a fornecer informação diferenciada de vendas, stocks e compras por mais de 400 unidades geográficas”*, tudo conforme resulta da pág. 7 do Relatório & Contas de 2009 da ANF, a fls. 17668 dos autos.

A ANF afirma, no seu Relatório & Contas de 2010 (*vide*, pág. 28, a fls. 17699, verso, dos autos), que *“perspetivando os próximos anos [...] a atividade do Grupo [ANF] será desenvolvida de acordo com os seguintes vetores: [...] lançamento de novos produtos e negócios, sustentados por inovação tecnológica como [é] o caso da [HMR]”*; ideia esta reiterada ao longo dos anos (a título de exemplo, *vide*, também, pág. 31 do Relatório & Contas de 2011 da ANF, a fls. 17765 dos autos).

E explica ao mercado que *“[e]m virtude da sua participação social maioritária e dos correspondentes direitos de voto, [...] exerce sobre a*

¹³ Justificando, no entanto, tal recusa com o *“facto de a IMS se ter furtado a pagar a contrapartida estipulada”* no âmbito do contrato de 2008.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

[Farminveste SGPS] *uma influência dominante, fator que terá especial importância, nomeadamente ao nível das deliberações a tomar em sede de Assembleia Geral de acionistas [...]. Na sequência das ofertas a ANF passará de único acionista a maior acionista*” (conforme resulta da pág. 29 do Prospeto, a fls. 18158 dos autos).

Pode ler-se, v.g., no Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2012, que esta empresa tem como empresa-mãe controladora final a ANF, conforme fls. 16742, verso, dos autos.

Sendo a ANF também designada, v.g., no seu próprio Relatório & Contas, relativo ao exercício de 2010, como a *Holding* do universo ANF (conforme fls. 17725 dos autos).

A Farminveste SGPS acompanhou, *pari passu*, todos os comportamentos daquelas sociedades e não se organizou de modo a evitá-los.

A Farminveste SGPS anunciou que “[a] *posição comercial da Farminveste IPG [...] sofreu as seguintes alterações que merecem ser realçadas nos diferentes pilares de actividade [...]: Salienta-se a retoma da comercialização, através da HMR, por parte da FARMINVESTE dos dados relativos ao consumo de medicamentos e outros produtos de saúde [...], situação que tinha sido interrompida em 2009 após a quebra da relação comercial com a IMS [...]. Destaque para o desenvolvimento da actividade comercial da HMR, durante o ano de 2010. A HMR foi lançada na segunda metade de 2009 e durante esse ano a sua actividade comercial foi marginal, apresentando em 2010 um valor relevante*”, conforme resulta de pág. 118 e 119 do Prospeto, a fls. 18202, verso, e fls. 18203 dos autos.

Em 23.09.2010, a Farminveste SGPS não dispunha “*de quaisquer quadros para além dos membros que integram os seus órgãos sociais, sendo apoiada em regime de partilha de serviços e colaboradores afetos às*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

suas participadas” (conforme resulta da pág.173 do já citado Prospeto, a fls. 18230 dos autos).

A Farminveste SGPS afirma ter conseguido “*alguns progressos na área da Inteligência do mercado, otimizando a infraestrutura tecnológica de suporte e lançando novos produtos*”, conforme pág. 5 do seu Relatório & Contas do exercício de 2011, a fls. 17949 dos autos, estando a referir-se à atividade desenvolvida pela Farminveste IPG relativamente ao *software* Sifarma e à atividade da HMR, no que se refere aos novos estudos de mercado por esta lançados.

A ANF, com a adoção do novo Sistema de Normalização Contabilística, passou a apresentar as suas contas em termos individuais e em termos consolidados (conforme pág. 35 do Relatório & Contas da ANF relativo ao exercício de 2010, a fls. 17703 dos autos).

Aí se referindo que “as demonstrações financeiras consolidadas incorporam as demonstrações financeiras da ANF e das entidades por si controladas (as suas subsidiárias)”, entendendo-se “existir controlo quando a empresa tem o poder de definir as políticas financeiras e operacionais de uma entidade, de forma a obter benefícios derivados das suas atividades, normalmente associado ao controlo, direto ou indireto, de mais de metade dos direitos de voto”, conforme resulta da pág. 79 do Relatório & Contas da ANF relativo ao exercício de 2010, a fls. 17725 dos autos.

A ANF é aí designada como a Holding do universo ANF.

A ANF divulgou junto das farmácias suas associadas da ANF que a IMS tinha rompido a relação comercial estabelecida com aquele Grupo e que, a partir de então, seria a HMR a fornecer os produtos anteriormente disponibilizados pela IMS (conforme circular remetida pelo Grupo ANF às farmácias de fls. 3204 dos autos).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

As arguidas agiram de forma livre, direta, consciente e voluntária, tendo praticado ou, quanto à Farminveste SGPS, omitido as ações destinadas a evitá-los de forma deliberada, sabendo que estavam a abusar da posição dominante da Farminveste IPG no mercado de fornecimento de dados das farmácias, que isso desvirtua a concorrência e que é proibido por lei.

A IMS faturou cerca de 2641 milhões de dólares americanos em 2014.

Em 2014, a IMS procurou adquirir a HMR.

A maioria dos clientes dos estudos vê a entrada da HMR como positiva, em particular ao nível da inovação.

A qualidade dos estudos aumentou e os preços diminuíram.

A GfK, empresa de estudos de sondagens, realizou um inquérito a 81 pessoas representando 65 empresas da indústria farmacêutica, sendo que para 57% dos inquiridos, a qualidade dos estudos de sales tracking data produzidos (i.e. MSRM, OTC e outros produtos de saúde e bem estar) tem aumentado nos últimos cinco anos.

Mais refere o estudo, em resposta à questão sobre os preços dos estudos, três quartos dos inquiridos referiu que os preços baixaram (33%) ou mantiveram-se (39%).

Ainda de acordo com os resultados do inquérito (i) relativamente aos estudos relativos a MSRM, 49% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à hmR, 31% à IMS e 20% a ambas, sendo que 17% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à Cegedim (entretanto adquirida pela IMS) e à GfK; (ii) quanto aos estudos relativos a OTC, 56% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à hmR, 20% à IMS e 24% a ambas, sendo que 19% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à Cegedim; finalmente, (iii) no que toca aos estudos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

relativos a outros produtos de saúde e bem-estar, 72% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à hmR, 17% à IMS e 10% a ambas, sendo que 10% dos inquiridos que responderam adquirem estudos à Cegedim; 69% das empresas inquiridas afirmaram que nos últimos 5 anos mantiveram os mesmos fornecedores de estudos.

No primeiro trimestre de 2015, a IMS tinha 1100 farmácias, em junho de 2015 tinha 1262 farmácias e, segundo o seu plano de negócios para 2015, a empresa tinha como objetivo deter um painel de 1750 farmácias em outubro do mesmo ano.

Cerca de 80% das receitas da IMS sempre foi gerada pela produção de estudos sobre MSRM.

A IMS compra os dados dos armazenistas que representam mais de 90% do mercado armazenista nacional, sendo com base neste painel que, antes do corte de fornecimento de dados pela ANF, elaborava os estudos sobre MSRM, com uma desagregação territorial superior a 600 regiões, e também alguns estudos sobre PAC, NTR e OTC.

A venda de estudos de *consumer health* incluindo OTC's representava, em 2007/ 2008, 10% do volume de negócios da IMS, ou seja € 2 milhões anuais, sendo que a venda dos estudos de *consumer health* excluindo OTC's não ultrapassaria € 1 milhão anuais.

A IMS é uma estrutura internacional que procede a uma negociação centralizada de contratos com as grandes multinacionais farmacêuticas.

A IMS dispõe de uma oferta global de informação que disponibiliza aos *headquarters* dos clientes (ferramenta MIDAS). Este produto integra a informação de todos os países, cuja fonte é o canal armazenista.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Até 2008, a ANF forneceu em exclusivo à IMS os dados sobre consumo de medicamentos, que os explorava em situação de quase monopólio no mercado português.

A Associação da Indústria Farmacêutica, após a apresentação da denúncia não mais voltou, contrariamente à IMS, a alimentar este processo.

Na sequência do término das relações comerciais entre a Farminveste IPG e a IMS, aquela iniciou um procedimento arbitral pela violação de um conjunto de obrigações da IMS, ao abrigo do Acordo de 2008, tendo o Tribunal Arbitral considerado, na fundamentação da sentença, cuja cópia se mostra junta a fls. 23412 e ss, dando-se por aqui integralmente por reproduzido o seu conteúdo, ser “equitativo fixar o preço unitário em € 150 (por farmácia, por mês)”.

Após o corte de relação comerciais em 2009, a IMS nunca solicitou a compra dos dados por este preço ou qualquer outro.

O Sifarma e o Farmalink permitem às farmácias beneficiar: (i) de um sistema informático adequado ao seu exercício profissional; (ii) de informação permanentemente atualizada sobre produtos e medicamentos existentes no mercado, sua composição e regras de comparticipações pelo Estado e restantes entidades privadas; (iii) de um sistema de monitorização e controle dos seus stocks; e (iv) da possibilidade de proceder a encomendas de produtos junto dos armazenistas que bem entenderem.

Esta rede e tais ferramentas tiveram custos de conceção e têm custos de manutenção, que são mais avultados à medida que o sistema foi ficando mais sofisticado.

Sempre que há informação relevante (v.g. contraindicações de determinado medicamento), a ANF atualiza o software, para que o farmacêutico



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

disponha, com a maior brevidade possível, de todos os elementos aptos a prestar um melhor serviço ao consumidor.

A HMR foi criada na medida em que a cessação das relações comerciais com a IMS impediu a ANF de rentabilizar os dados de *sell-out* recolhidos das farmácias para suportar os custos associados com a manutenção do Sifarma e Farmalink.

E dessa forma reduzir os custos a suportar pelas farmácias suas associadas.

Em 2009, a IMS era a única empresa a operar em Portugal que manifestou interesse em comprar os dados de *sell-out* da ANF.

Se o teste de compressão de margens tivesse sido realizado com base nas receitas constantes do plano de atividades da HMR à data da sua entrada no mercado, as margens da hmR seriam positivas.

A legislação sobre genéricos, introduzida em 2012, diminuiu a importância dos estudos sobre prescrições médicas.

Conforme resulta do Relatório e Contas consolidado de 2014 da arguida Farminveste SGPS, 306.794.300 € (94,6%) do seu volume de negócios são resultado direto da Alliance Healthcare.

Conforme resulta da análise da respetiva certidão de matrícula, a Alliance Healthcare tem como objeto a *“distribuição e comércio, importação e exportação, de drogaria, perfumaria, produtos químicos e farmacêuticos e prestação de serviços. A título acessório, a sociedade exercerá igualmente as seguintes actividades: a) transporte e distribuição de mercadorias, nomeadamente especialidades farmacêuticas, por conta de outrem; b) formação profissional no âmbito da sua actividade comercial para destinatários internos e externos; c) tratamento e eliminação de resíduos não perigosos decorrentes do exercício da sua actividade*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

comercial; d) telemarketing, merchandising, e promoção de vendas, venda de espaço publicitário, comercialização de dados relativos à sua actividade económica; e) organização de eventos relacionados com a actividade, apoio a ensaios clínicos; e f) representação de marcas e laboratórios”.

O Grupo ANF adotou, a partir do momento em que foi instado a colaborar ativamente com a AdC e até ao presente momento, uma postura que se tem traduzido na resposta atempada a todos os elementos solicitados.

Até ao momento da prolação da decisão impugnada, as recorrentes não praticaram qualquer ato tendente a fazer cessar o ilícito contraordenacional que lhes é imputado.

A Farminveste IPG, no dia 21.01.2016, remeteu à AdC a carta, junta a fls. 21308 e ss, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, na qual indicava que o preço de venda dos dados, segundo os critérios de cálculo efetuados pela AdC e que permitiam fixar a margem média da HMR em zero, seriam, para o ano de 2014, € 218,70 e, para o ano de 2013, de € 209,40, mais tendo acrescentado que “está disponível para vender a qualquer operador que os solicite os dados de todo o seu painel de farmácias ao preço máximo de 218,70€, por mês e por farmácia” e que “Estamos igualmente disponíveis para implementar um preço inferior se a AdC entender que o preço deve permitir uma margem superior a zero. Para pôr em prática esta redução do preço dos dados, solicitamos a essa Autoridade a confirmação de que o método utilizado para calcular o preço máximo por farmácia por mês para a totalidade do painel de farmácias da Farminveste IPG é considerado, por essa Autoridade, compatível com as regras de concorrência aplicáveis. Obtida essa confirmação, a Farminveste IPG ajustará, nos termos acima referidos, o preço máximo de comercialização dos dados do painel de farmácias com todos os interessados, atuais e futuros”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

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

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

A Farminveste IPG declarou um volume de negócios, relativo ao exercício de 2014, de €11.676.539,00 (onze milhões seiscentos e setenta e seis mil quinhentos e trinta e nove euros), conforme resulta do teor de fls. 19849, verso, dos autos.

A HMR declarou um volume de negócios relativo ao exercício de 2014, de €8.588.362,00 (oito milhões quinhentos e oitenta e oito mil trezentos e sessenta e dois euros), conforme resulta do teor de fls. 19923 dos autos.

A ANF, no ano de 2015, teve um volume de negócios de € 20.689.870 e um resultado líquido do período negativo de € 1.809.027, tendo em fundos próprios € 114.574.268,00.

No ano de 2015, a Farminveste SGPS teve um resultado líquido do período negativo de € 4.959.406, sendo que o volume de negócios de todas as suas subsidiárias foi de € 387.217.100 e, sem o volume de negócios da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Farminveste IPG e da HMR, de € 366.589,7, sendo o seu capital próprio de € 93.900.383,00.

No ano de 2015, a Farminveste IPG teve um volume de negócios de € 18.403.811, um resultado líquido negativo de € 4.949.123 e tem um capital próprio de € 94.228.474,00.

No ano de 2015, a HMR teve um volume de negócios de € 8.912.166, um resultado líquido do exercício negativo de € 412.333 e tem um capital próprio de € 666.910,00.

*

Na sentença recorrida, quanto à matéria de facto não provada, o Tribunal *a quo* considerou o seguinte:

Factos não provados:

- Com exceção dos factos referidos nos factos provados a propósito das “compras em carrossel” em relação aos genéricos, não se provou que a venda direta de produtos CH tem como consequência a revenda de parte do stock das farmácias a outras farmácias ou aos distribuidores grossistas.
- Devido à exportação paralela, os originadores patenteados afetados passaram a vender, em regra, os medicamentos diretamente às farmácias, através de um operador logístico, como forma de se certificarem de que o que colocam no mercado é para consumo efetivo e não para exportação, controlando diretamente as encomendas e fazendo chegar às farmácias os produtos de acordo com o seu potencial de consumo e número de utentes.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- A devolução de medicamentos e a contrafação, aumentaram a importância dos dados de venda ao consumidor final para a produção de estudos de mercado no âmbito do setor farmacêutico, relativamente a produtos CH, mas também relativamente a MSRM.
- Bastaria um painel de farmácias muito reduzido para corrigir os dados dos grossistas em relação às compras carrossel e à exportação paralela e ao cruzar os dados dos laboratórios com as vendas dos armazenistas às farmácias, rapidamente se identificam as situações de exportação paralela.
- O momento de aquisição do estudo, e da respetiva informação nele contida, é determinante para a sua aquisição por parte da indústria farmacêutica.
- Em face de queixas das farmácias sobre problemas gerados pelo Sifarma, a ANF investigou o sucedido e, foi devido a essas queixas, que constatou a existência do módulo de extração instalado pela IMS.
- A ANF constatou que esse software criava instabilidade e prejudicava o funcionamento correto do Sifarma.
- Foi devido a essas queixas que a ANF retirou o software e apresentou a queixa na Polícia Judiciária.
- O acesso aos dados das farmácias através das próprias com recurso à transmissão de relatórios de gestão por email implica custos com a remuneração do técnico de farmácia.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- A produção diária do Infoprex implicaria a disponibilização por parte do farmacêutico de 20 minutos ou mais diariamente.
- A automatização da interação gráfica é uma alternativa rudimentar.
- A compressão seria um procedimento manual.
- Colocar o serviço de *upload* acessível na internet é imprudente por razões de segurança.
- No caso de ligação do servidor das farmácias diretamente a outra rede de comunicações independente do Grupo ANF, teria de ser o Grupo ANF a parametrizar o servidor de forma a que o envio de dados fosse efetuado, não através do Farmalink, mas pela linha adicional.
- As alternativas de instalação de uma rede de comunicações paralela ao Farmalink e independente do Grupo dependem da colaboração da ANF na sua implementação.
- A IMS, quando do corte de dados pela ANF, pretendia lançar um serviço regional de sell-out para 154 Regiões.
- A IMS só permanece no mercado português porque está apoiada numa estrutura internacional sólida e que tem apoiado a sua sociedade portuguesa com os encargos financeiros daí advientes.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- A decisão da AdC pode ter como consequência a destruição da hmR e o regresso da IMS à situação de monopólio em que se encontrava até 2008.
- Os preços são uma das razões particulares pelo facto da maioria dos clientes dos estudos ver a entrada da HMR como positiva.
- O desenvolvimento e o custeio da rede Farmalink e do Sifarma, nos termos em que teve lugar, só foi possível na medida em que a ANF e a Farminveste IPG conseguiram encontrar formas de financiar os serviços que prestavam, reduzindo assim a parcela dos custos a suportar pelas farmácias suas associadas.
- A venda dos dados das farmácias é essencial para suportar os custos associados ao Sifarma.
- A IMS apenas iniciou a comercialização do Pharmatrend In-Motion em 2007.
- O módulo de extração instalado pela IMS acedia à correlação entre os medicamentos, as suas patologias e os alertas aos consumidores.

*

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

III - ANALISANDO

QUESTÕES COMUNS



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

1) Da nulidade da decisão condenatória obstando a um cabal exercício do seu direito de defesa, nos termos da leitura conjugada dos artigos 25º, 26º, 69º e 73º do NRJC, 18º e 58º RGCO, 283º, nº 3, 374º, nº 2 e 379º, nº 1, al. a) do CPP, 125º, nº 1 do CPA, 6º da CEDH e 10º, 32º e 268º, nº 3 da CRP, porquanto: é omissa na descrição fáctica e legal dos elementos mínimos objetivos e subjetivos necessários à imputação de uma infração contraordenacional – nomeadamente, por não indicar a norma legal cuja violação é sancionada, por pecar na identificação e individualização dos critérios a ponderar para efeitos de aplicação da coima (em particular, da culpa) e na imputação da infração à pessoa coletiva; e assenta em elementos que apenas foram disponibilizados às recorrentes de forma truncada e confidencial (nomeadamente e a título exemplificativo, no que concerne às contas e alegadas perdas da IMS).

2) Da nulidade do processo que culminou na Decisão proferida - alegam as recorrentes que esse processo é, nulo, por violação dos mais elementares deveres de diligência e investigação, objetividade, imparcialidade e isenção a que a AdC está vinculada e, a par, do direito ao processo justo e equitativo, do princípio da presunção de inocência e do próprio Direito de Defesa das Arguidas, nos termos da leitura conjugada dos artigos 17º e 19º da ALdC, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10º do CPA, 1º, 29º, 32º, 266º e 268º da CRP, 6º da CEDH, atendendo a que:

(i) a Decisão é assente, acriticamente, na tese e elementos carreados para os autos pela IMS, não fazendo devidamente refletir no texto da Decisão as diligências probatórias que (formalmente) foram realizadas ao longo de 6 anos de investigação; (ii) a Resposta à Nota de Ilicitude apresentada pelas Arguidas foi comentada, por impulso da AdC, pela própria Queixosa IMS - tendo, após, as Arguidas sido notificadas para sobre esta pronúncia e documentos se pronunciarem, em prazo manifestamente insuficiente para o efeito e em momento temporal processualmente estranho.

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

Quid Juris?



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Como se viu o Tribunal “*a quo*” já apreciou e decidiu as questões suscitadas pelas recorrentes, relativas à alegadas nulidades da decisão administrativa (decisão da AdC).

De harmonia com o disposto artigo 55º, Decreto Decreto-Lei nº 433/82, de 27OUT sob a epígrafe, “*Recurso das medidas das autoridades administrativas*”:

«1 - As decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do processo são susceptíveis de impugnação judicial por parte do arguido ou da pessoa contra as quais se dirigem.

2 - O disposto no número anterior não se aplica às medidas que se destinem apenas a preparar a decisão final de arquivamento ou aplicação da coima, não colidindo com os direitos ou interesses das pessoas.

3 - É competente para decidir do recurso o tribunal previsto no artigo 61º que decidirá em última instância.

Dispõe por sua vez o artº 61º/1 do RGCO: “*É competente para conhecer do recurso o tribunal em cuja área se tiver consumado a infracção*”.

No caso presente, estando em causa a imputação às arguidas de uma infracção ao artº 102º § 1 e § 2 al a) do TFUE, importa assentar que a Autoridade da Concorrência e o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão dispõem de competência para o processamento de infracções aos artigos 101º e 102º do TFUE (Cf. arts. 5º e 6º do Regulamento (CE) nº 1/2003, do Conselho, de 1612-2002; arts. 7º-2, 13º-2 e 17º-1 do NRJC; e arts. 5º, g), e 6º-2, a), dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (Decreto-Lei nº 125/2014, de 18/8), sendo certo que, de acordo com o artº 67º do NRJC, as infracções às normas previstas no direito da União Europeia cuja observância seja assegurada pela Autoridade da Concorrência constituem contraordenação punível nos termos do disposto no capítulo em que se inserem (arts. 67º a 74º do NRJC).

Nesse sentido a alínea b) do nº 1 do artº 68º do NRJC qualifica como contraordenação “*a violação do disposto nos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No seguimento de tudo o que acima fica dito, o Tribunal de 1ª Instância, Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que apreciou o recurso das arguidas interposto da decisão proferida em 22.12.2015 pela AdC, decidiu em última instância, (mediante sentença proferida em 20.10.2016), quanto às alegadas nulidades da decisão administrativa que foram suscitadas pelas arguidas nesse mesmo recurso, motivo pelo qual este Tribunal da Relação não conhece agora destas questões.

QUESTÕES ESPECIFICAMENTE INVOCADAS

ANTES DE MAIS IMPORTA DEIXAR AQUI ASSENTE QUE POR FORÇA DO ARTº 75º/1 DO RGCO E DO ARTº 410º/2 DO C.P.P EX VI DO ARTº 41º/1 DO RGCO ESTÁ VEDADO ÀS ARGUIDAS IMPUGNAR EM TERMOS AMPLOS A MATÉRIA DE FACTO, SÓ PODENDO IMPUGNÁ-LA EM TERMOS LIMITADOS SE DA SENTENÇA RECORRIDA (POR SI SÓ OU CONJUGADA COM AS REGRAS DA EXPERIÊNCIA COMUM) RESULTAR ALGUM VÍCIO DECISÓRIO, O QUE NÃO SÓ NÃO É INVOCADO COMO NÃO OCORRE MANIFESTAMENTE NO CASO PRESENTE.

PELA ARGUIDA Farminveste SGPS (I , II, III)

I) Alega a arguida Farminveste SGPS que a decisão administrativa é nula, e, que é ilegal e manifestamente inconstitucional qualquer interpretação de norma do RGCO e/ou do NRJC (em especial, dos artigos 58º do RGCO, 73º do NRJC e artigo 47º do ARJC) no sentido de que poderá ser aplicada uma coima a pessoas colectivas sem que, na decisão proferida pela autoridade administrativa, se explicita e concretize a identificação das concretas pessoas singulares cuja actuação e poderes lhes torna imputáveis os factos é inconstitucional, por violação do princípio da legalidade previsto no artº 29º nº 1 da Constituição (CRP), bem como o disposto nos artigos 18º nº 1 e 32º nº 10 da CRP.

A sentença proferida pelo Tribunal *a quo* em 20.10.2016 pronunciou-se especificadamente sobre tal questão, também ela suscitada em sede de recurso de impugnação judicial.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por se aderir aos fundamentos da mesma, opta-se por transcrever aqui o texto da decisão recorrida nessa parte “ (...) não é exato que a decisão impugnada não identifique as pessoas singulares que estão por detrás da atuação das recorrentes. Fá-lo nos parágrafos que identificam os representantes legais das recorrentes, em articulação com os § 1008 e § 1021 de forma inteligível. Efetivamente, a afirmar-se no § 1008 que “relativamente ao planeamento, preparação, coordenação e participação da ANF em toda a estratégia e atuação do Grupo ANF, que Paulo Duarte assume, desde 2013, cumulativamente, as funções de Presidente da ANF, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste SGPS, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste IPG e Gerente da HMR, sendo, anteriormente, João Cordeiro quem cumulava esses ora identificados quatro cargos” e no § 1021 e “repete-se, Paulo Duarte é, atualmente e desde 2013, cumulativamente, Presidente da Associação Nacional de Farmácias, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste SGPS, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste IPG e Gerente da HMR, sendo, anteriormente, João Cordeiro quem acumulava esses ora identificados quatro cargos”, a decisão está a esclarecer que os factos imputados às recorrentes radicam na atuação de representantes legais, no exercício das funções exercidas nos referidos cargos” (sentença, fls. 24774 verso, os sublinhados são da signatária).

Assim, não só a decisão da AdC identifica as concretas pessoas singulares cuja actuação e poderes vincularam as quatro arguidas e permitiram a imputação da infracção a cada uma destas, como, consequentemente, o Tribunal *a quo*, no caso **em concreto**, não recorreu a qualquer interpretação do artº 50.º do RGCO e/ou do artº 73º do NRJC e/ou do artº 47º do ARJC, no sentido indicado pela arguida como sendo inconstitucional (ou seja, de que poderá ser aplicada uma coima a pessoas colectivas sem que, na decisão proferida pela autoridade administrativa, se explicita e concretize a identificação das concretas pessoas singulares cuja actuação e poderes lhes torna imputáveis os factos).

IMPROCEDE POIS ESTA PRETENSÃO DA ARGUIDA FARMINVESTE SGPS.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

II) DA CARACTERIZAÇÃO DA INFRACÇÃO E DA LEI APLICÁVEL : NATUREZA DA CONTRAORDENAÇÃO EM QUESTÃO – COMO CARACTERIZAR A INFRACÇÃO EM CAUSA, QUANTO AO MODO DE CONSUMAÇÃO - É UMA CONTRAORDENAÇÃO PERMANENTE OU INSTANTÂNEA_? E EM FUNÇÃO DA NATUREZA DESTA INFRACÇÃO, VERIFICOU-SE JÁ A PRESCRIÇÃO DO PROCEDIMENTO CRIMINAL?

Como nos ensina Figueiredo Dias no parecer já citado, “os tipos contraordenacionais nesta sede relevantes assentam num denominador comum, a violação da proibição da exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado ou numa parte substancial deste, especificamente através da imposição, de forma direta ou indireta, de preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas.(...) Vale aqui, em primeira linha, por força do artº 5º do RGCO e do próprio princípio da legalidade criminal (artº 29º-1 da CRP), o critério do momento da conduta (e não de um eventual resultado, típico ou extratípico) como tempus delicti.

Concomitantemente, atendendo ao estatuído pelo artº 3º-1 do RGCO, a punição da contraordenação será determinada pela lei vigente no momento da realização da conduta típica.

Ora como sublinhou este autor no mesmo referido parecer, no caso presente, o problema da sucessão no tempo das leis contraordenacionais com a opção pela aplicação da Lei nº 18/2003 (Regime Jurídico da Concorência) ou da Lei nº 19/2012 (Novo Regime Jurídico da Concorrência), foi devidamente apreciado pelo Tribunal a quo na sua decisão.

Com efeito, nas palavras do mesmo autor, o Tribunal a quo, teve em consideração a regra de determinação do tempus delicti prevista no artº 5º do RGCO - "O facto considera-se praticado no momento em que o agente atuou ou, no caso de omissão, deveria ter atuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido" .

E nessa medida, a decisão sobre qual daqueles regimes legais é o aplicável à factualidade apurada, pressuporá um esclarecimento da questão da qualificação



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

da contraordenação em causa nestes autos, de abuso de posição dominante, como contraordenação de consumação instantânea ou como contraordenação duradoura.

E foi por ter entendido que a infração de abuso de posição dominante constitui uma contraordenação permanente, cuja execução perdurou de 2010 a 2013, que o Tribunal da Concorrência se pronunciou pela aplicabilidade da Lei n.º 19/2012 de 8.5 pois que esta lei entrou em vigor em 6.6.2012: "ao estar em causa uma infração permanente, na medida em que após a sua consumação inicial se perpetua no tempo por mera vontade dos agentes envolvidos, com integral verificação dos elementos objetivos e subjetivos já no âmbito da lei nova, não há nenhum fundamento para que esta tenha de ceder a favor dos diplomas anteriores ainda que concretamente mais favoráveis" (p. 222 da sentença).

Na verdade, conforme se pode ler na decisão recorrida o Tribunal *a quo* fundamentou de forma clara a sua opção pela qualificação da infracção objecto deste autos, como sendo não uma infracção instantânea, mas permanente: "O abuso de posição dominante constitui uma infracção permanente, mas com uma configuração peculiar que o aproxima das infracções de trato sucessivo. Na verdade, o abuso de posição dominante tem uma estrutura típica diferente do paradigmático exemplo de crime permanente, que é o de sequestro, sem contudo deixar, de dever ser qualificado e tratado como uma infracção permanente.

No crime de sequestro (art.º 158.º CP), depois da vítima ter sido privada da liberdade e com isso se ter dado a consumação inicial do delito, nada mais exige senão a manutenção do estado/situação antijurídica criada pelo agente, sem necessidade de ulteriores actuações positivas e, portanto, sem necessidade de renovação do processo de decisão da sua prática.

Todavia, na infracção de abuso de posição dominante, são necessárias diversas actuações/operações empresariais persistentemente repetidas/renovadas, nos mercados a montante e a jusante, pelo tempo necessário a, pelo menos, se poder afirmar que, objectivamente, a conduta da empresa dominante tem potenciais ou prováveis efeitos anti-concorrenciais (infracção de perigo abstracto-concreto).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Apesar desta pluralidade de operações/actuações empresariais orientadas para o mesmo objectivo de interferência artificial nas condições da capacidade competitiva dos concorrentes, o art. 11º LdC trata o conjunto como uma só infracção, cuja concreta gravidade, todavia, poderá variar em função dos efeitos anti-concorrenciais efectivamente produzidos. Fá-lo em razão, não só da sua orientação para um mesmo e único objectivo anticoncorrencial, mas também por se tratar de um efeito, que tem de ser objectivamente comprovável, de uma persistente forma de organização, funcionamento e actuação empresarial, ainda que a consumação da infracção não dependa da "prova de urna *deterioração efectiva quantificável*" da concorrência (*vide* §51268-1292 da Decisão Condenatória).

Não se trata, portanto, de um ilícito instantâneo, mas permanente, subsistindo no tempo como uma só e mesma infracção, enquanto continuarem a ser impostos, de forma directa ou indirecta, os mesmos preços de compra e venda ou outras condições de transacção não equitativas (artº 11º/2 a) LdC)”

A firma recorrente Farminveste SGPS pelo contrário defende que a infracção constante do artº 102º/1/2 al a) do TFUE “*é uma infracção instantânea, de mera actividade e de perigo abstracto sob a forma de aptidão pelo que se consumou com a fixação do alegado preço não equitativo (no contrato assinado em 18.12.2008) sendo irrelevante a concreta comprovação dos efeitos efectivos nefastos da conduta, isto é a susceptibilidade de tal conduta para lesar o bem jurídico ou o potencial resultado.*

Mais defende ainda que a “*consumação da infracção não se prolongou no tempo já que a conduta típica não é a manutenção do preço não equitativo (mas sim a violação das regras da livre concorrência e o afastamento dos mercados a jusante da firma IMS) e que a a IMS após o corte de relações comerciais em Março de 2009 nunca mais solicitou a compra dos dados pelo preço fixado pela ANF ou por qualquer outro.*

Consumando-se a infracção no momento da fixação do preço (18.12.2008) não há confluência de leis punitivas sendo exclusivamente aplicável o RJC (lei 18/2003 de 29.1) o qual não permitita a punição como contraordenação de qualquer violação ao artigo 102º do TFUE, pelo que andou mal a sentença recorrida ao aplicar este último diploma aos factos – sendo indubitável que a infracção ao artº 102º do TFUE é mais



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

gravosa que a violação da lei interna porque a afectação de forma sensível do comércio comunitário, assume maior gravidade do que a afectação do comércio interno”.

Quid Juris?

Segundo a doutrina penal, bem sintetizada no parecer de Figueiredo Dias junto aos autos, os crimes podem distinguir-se, quanto ao momento da respectiva consumação, *entre crimes instantâneos e crimes duradouros*.

E os termos em que a contraposição é comumente traçada no âmbito penal valem por inteiro para o domínio contraordenacional (cf. artº 32º do RGCO), que nesta sede não conhece nenhuma regulação específica ou qualquer tipo de particularidade que exija um tratamento dogmático diferenciado.

Mais nos ensina de forma clara este autor, com exemplos que aqui se dão por reproduzidos (com sublinhados nossos) pouco mais havendo a acrescentar sob pena de se ser redudante:

a) Os crimes instantâneos caracterizam-se por, uma consumação que se esgota num lapso temporal imediato.

Trate-se de crimes de mera atividade ou de resultado, o perfeccionamento do tipo dá-se com a simples realização do acto típico ou com a produção do evento típico, cessando de imediato (...) Se, por exemplo, A espanca B, a ofensa à integridade física consuma-se logo que a integridade corporal de B é lesada com o primeiro golpe que lhe é desferido por A, subsistindo a consumação enquanto a agressão persistir.

Assim que esta termine, porém, cessa a consumação, mesmo que os efeitos dela perdurem no tempo ou sejam irreversíveis (v. g., B só fica inteiramente restabelecido ao cabo de várias semanas ou fica para sempre privado de um órgão).

O que caracteriza estes delitos de consumação instantânea é a circunstância de a sua configuração típica levar pressuposta a ideia de que o desvalor do resultado ou da acção se esgota no preciso momento em que o facto tipicamente descrito é realizado pelo agente.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Isto é, estamos diante de crimes que não têm que trazer colada a si uma imagem de continuidade, antes levando estampada uma marca de fugacidade.

b) *Nas infracções permanentes/duradouras, a execução persiste no tempo porque há uma voluntária manutenção da situação anti-jurídica, até que ela cesse, ficando então a infracção exaurida.*

O facto punível cria um estado anti-jurídico mantido pelo autor (que tem a faculdade de lhe pôr termo a qualquer altura), cuja permanência gera a realização ininterrupta do tipo, ou seja, o facto renova-se continuamente.

No crime duradouro ou permanente, denominado também de execução permanente, o agente está a actuar com o propósito inicialmente formulado e nunca abandonado, ou seja mantendo em reiteração o "*animus*" criminoso.

Nas palavras de Figueiredo Dias expressas no parecer junto aos autos, *crimes duradouros são aqueles cuja consumação se prolonga no tempo por vontade do agente. Assim, se um estado antijurídico típico tiver uma certa duração e se protrair no tempo enquanto tal for vontade do agente, que tem a faculdade de pôr termo a esse estado de coisas, o crime será duradouro. Entre os exemplos clássicos de delitos duradouros contam-se os crimes de sequestro, de violação de domicílio ou de condução em estado de embriaguez. Com esta exemplificação fica claro que nesta espécie de delitos a consumação é iniciada logo quando o tipo-de-ilícito começa por ser preenchido e perdura até que o agente decida pôr termo à conduta típica, sendo que entre um momento e outro subsiste um estado antijurídico consubstanciado num preenchimento do tipo mantido sem descontinuidades(...)*"

Na estrutura da infracção permanente, alguns autores (ex. Eduardo Correia) distinguem duas fases:

uma que consiste na produção de um estado antijurídico ou seja em todos os actos praticados pelo agente até ao aparecimento do evento, isto é até à consumação inicial da infracção, que nada tem de característico em relação a qualquer outra infracção;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

outra, esta de natureza verdadeiramente típica, que corresponde à manutenção desse evento, e que consiste no não cumprimento do comando que impõe a remoção pelo agente dessa compressão de bens ou interesses jurídicos ou por outras palavras, da omissão que interruptamente se escoia no tempo, de cumprir o dever que o preceito impõe ao agente de fazer cessar o estado antijurídico por ele causado.

Mas segundo opina Figueiredo Dias, no referido parecer junto aos autos, esta construção de Eduardo Correia quanto aos crimes permanentes não se distancia muito afinal da tese dos outros autores, na medida em que *a fonte jurídica da referida omissão existente segundo Eduardo Correia no segundo momento identificado na estrutura dos crimes permanentes, é nem mais nem menos do que o “preceito típico” que continua a ser violado enquanto perdura a execução, emanando desse mesmo preceito, durante todo esse tempo, um comando que impõe ao agente a remoção de tal estado antijurídico – leitura com a qual concordamos e fazemos nossa.*

Os ilícitos duradouros ou permanentes não se confundem todavia com os “*ilícitos de efeitos duradouros ou permanentes*”.

Neste último caso, estamos aqui perante crimes de consumação instantânea só que com a particularidade de poderem vir acompanhados de consequências nefastas juridicamente desaprovadas, susceptíveis de se prolongarem no tempo, sem que todavia como é evidente se deva considerar que a consumação não cessa enquanto tal estado não desaparecer.

Ao invés do que sucede com os ilícitos de carácter duradouro ou permanente, nos ilícitos instantâneos com efeitos a duradouros (ex. furto e a ofensa à integridade física) inexistente o dever de remoção das consequências duradouras e também inexistente a reiteração da resolução criminosa (por exemplo no direito contraordenacional infracções como a edificação de uma obra sem licença de construção ou a realização não autorizada de um aterro).

E aqui reside a grande diferença entre as infracções duradouras e as infracções instantâneas de efeitos duradouros, como bem sublinhou a AdC, pois



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

nestas últimas “os efeitos permanecem independentemente da acção ou vontade do agente, que aos mesmos pode não conseguir – mesmo que quisesse – obstar.

Pense-se no caso de uma bomba que é lançada com um gás nocivo para a saúde humana: a infração consumou-se com o lançamento da bomba. O agente bombista pode até arrepender-se posteriormente da sua acção mas já não pode evitar os efeitos nocivos para a saúde humana que se podem desencadear durante dias, semanas, ou meses, independentemente de uma sua posterior acção ou omissão.”

Não é o caso dos autos, já que aqui, em qualquer dos momentos em que durou a infração as arguidas ANF, Farminveste IPG e HRM, podiam por sua vontade ter-lhe posto fim (tal como sucede aliás com o crime do sequestro).

No caso sub judice, foram pois as arguidas condenadas por um abuso da posição dominante que detêm no mercado a montante (o mercado dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias), através de uma compressão de margens nos mercados a jusante (mercados de estudos de mercado baseados nesses dados), conduta que preenche o previsto no artº 11º/1 e 2 a) da LdC (NRJC introduzido pela Lei nº 19/2012 de 8.5) mas também o artº 102º do TFUE.

Ou seja, por terem aplicado, “*de forma directa ou indirecta, preços de venda dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias - a montante, e dos estudos de mercado elaborados com base nesses dados - a jusante, impondo assim condições de transação, não equitativas*”.

O que consubstancia um comportamento (rectius: uma pluralidade de comportamentos) por acção (sendo certo ainda segundo Teresa Quintela no parecer junto aos autos, que tal não obsta à existência de contributos omissivos de um ou mais dirigentes das pessoas colectivas arguidas para a prática dessa infracção permanente).

E porque o Tribunal *a quo* entendeu que a conduta das arguidas era susceptível de afectar de forma sensível o comércio dos Estados Membros da Comunidade Europeia, os factos por elas praticados foram necessariamente subsumidos ao artº 102º do TFUE, infracção que nos termos da nova Lei, como já vimos, constitui uma contra-ordenação autónoma – cf artº 68º/1/b) do NRJC.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Acresce que a ANF foi também responsabilizada (não obstante ser uma associação e nessa medida uma pessoa colectiva distinta das demais sociedades), por se ter entendido que também ela incorreu em abuso de direito, porquanto se serviu da interposição de outras pessoas colectivas (Farminveste IPG e HMR) para realizar um abuso de posição dominante nos termos do artº 11º/1 e 2/a) da LdC (NRJC) nos termos permitidos pelo artº 481º/1 obstante ser e artº 493º/2 do C.S.C e ainda do artº 3º/2 da LdC (interpretados de forma conjugada, sendo que este último preceito claramente impõe a consideração da realidade material subjacente à diversidade de personalidades jurídicas colectivas) - posição defendida por Teresa Quintela e que igualmente aqui fazemos nossa.

Neste contexto, importa relevar a forma como cada uma das empresas do Grupo ANF, especialmente a ANF, a Farminveste IPG e a HMR contribuíram para a prática do abuso da posição dominante por fixação de preços não equitativos e/ou compressão de margens, sendo vários os factos provados que constam da sentença e que evidenciam desde logo o controlo que directa e indirectamente a ANF exercia sobre as farmácias a ela associadas e o que ganhava com o quase monopólio na obtenção e recolha dos dados comerciais de um painel muito significativo de farmácias (nomeadamente os factos provados descritos sob os pontos 66) a 86), 98) a 103) e 105) a 108), 309), 310) e 313) a 320) e 375) da decisão recorrida).

Temos assim como certo, constituírem actos de execução do ilícito de abuso de posição dominante praticados nos autos, os seguintes factos:

1- Em 18.12.2008 (que entrou em vigor em 1.1.2009) foi celebrado um novo contrato de fornecimento de dados entre esta a ANF e a IMS, onde se acordou o seguinte : "os dados fornecidos *pelas farmácias associadas* da ANF *serão* por esta disponibilizados à IMS, *através* da Farminveste IPG", sempre que possível numa base diária ou, no máximo, na semana seguinte; a IMS vincula-se a não vender nem por qualquer forma disponibilizar a terceiros os dados (não tratados) das farmácias fornecidos pela ANF, mas "a ANF reserva-se o direito de tratar ou transmitir a outras entidades *esses dados das farmácias*", que a IMS pagaria ao preço de €255/mês por farmácia; a IMS compromete-se, ainda, a pagar à Farminveste IPG "uma compensação relativa à diferença entre *as receitas projectadas* no âmbito do contrato [de parceria] de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2006 e as receitas efectivas", quanto aos anos de 2007 e 2008 – note-se que este contrato, segundo a IMS, foi assinado pelo seu director geral, CARLOS MOCHO, sem autorização desta para o efeito, sendo certo que o mesmo Dr. CARLOS MOCHO foi depois trabalhar para a HMR, após a constituição desta em 26.06.2009)

2- Como a IMS acabou por não pagar as facturas, entretando vencidas, relativas às compensações devidas à ANF, esta comunicou à IMS a suspensão dos serviços a partir de 31.3.2009, alegando incumprimento contratual (factos provados descritos sob os pontos 93) a 95) da Decisão Condenatória).

3- A constituição da HMR, Lda., em 26.06.2009, constitui também sem qualquer dúvida um acto de execução da contraordenação de abuso de posição dominante nos termos do artº 11º/2 a) LdC por parte da ANF, no mercado a montante (o mercado dos dados comerciais de um painel significativo de farmácias) e no mercado a jusante – sendo possível extrair da matéria de facto provada que esta firma HMR com o mesmo objecto que a firma IMS, foi criada pela ANF para concorrer com esta última de forma a excluir esta firma IMS do mercado a jusante.

4- E indubitavelmente constituiu um acto de execução dessa infracção, a celebração, em 17.02.2010, do contrato de fornecimento de dados entre a Farminveste IPG e a HMR, Lda., pelo qual aquela impôs a esta um preço não equitativo de compra dos dados comerciais das farmácias associadas à ANF, com o objectivo de fechar o mercado a jusante (o dos estudos baseados nos dados de um painel representativo de farmácias), onde operava a concorrente IMS (contrato esse que produziu efeitos a partir de 1.1.2010).

5- Tal como é claramente um acto de execução da contraordenação em causa a definição e manutenção, pela HMR, Lda., pelo menos até 31.12.2013 de um preço de venda dos estudos de mercado (baseados nos dados comerciais de um painel representativo de farmácias) que comprimia as margens de lucro, ao ponto de não cobrir os custos de produção de um concorrente igualmente eficiente a ela própria.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Acresce que estes dois últimos contributos enquanto inequívocos actos de execução da contraordenação de abuso de posição dominante, foram realizados pelos três gerentes da HMR, Lda.: JOÃO CORDEIRO, ABEL MESQUITA e CARLOS LACERDA, que integravam igualmente a direcção de topo da ANF; a partir de 9.09.2010, também a da Farminveste SGPS; e, desde o início, a da Farminveste IPG.

O abuso de posição dominante traduziu-se pois *in casu*, simultaneamente:

- a) Na elevação artificial e não equitativa do preço de compra dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias (mercado a montante) de €100 para €255 mês/farmácia, no mercado a montante (elevação essa levada a cabo pela ANF através da Farminveste IPG;)
- b) Na dificultação do acesso da única concorrente (a IMS) a este mercado; e
- c) Na compressão/supressão das margens de lucro na venda de estudos de mercado baseados nesses dados (mercado a jusante), em termos tais que um concorrente tão eficiente quanto o Grupo ANF só poderia concorrer neste último mercado suportando prejuízos/perdas.
- d) Ainda assim, estes prejuízos (no caso suportados pela HMR, Lda.) não impediram o Grupo ANF de constituir a HMR España, em Agosto de 2013 (portanto, ainda durante a execução da infracção em causa), detida a 100% pela Farminveste IPG, SA,
- e) A HMR España desenvolve o mesmo tipo de actividade da HMR, Lda. Segundo o Relatório & Contas da Farminveste SGPS, SA de 2013, neste ano, a HMR Espana até já tinha celebrado "acordos com software houses [...1 de forma a extrair a informação necessária para a produção de estudos", bem como "acordos com distribuidores de forma a obter um contacto mais directo com as farmácias e uma melhor plataforma de recrutamento das mesmas". Em suma: a HMR espana encontrava-se já em franca expansão ainda durante a execução da infracção em causa (cfr factos provados descritos sob os pontos 48 e 49 da sentença recorrida).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Feitas as considerações jurídicas acima referidas e analisados os factos provados que aqui se recordaram, bem decidiu pois a nosso ver o Tribunal *a quo* quando considerou estarmos perante um ilícito permanente.

Todavia não é este o entendimento perfilhado por Figueiredo Dias.

Este autor no seu parecer junto aos autos, defende estarmos perante uma infracção instantânea na medida em que *“a configuração típica (do abuso de posição dominante por compressão de margens previsto na alínea a) do § 2º do artº 102º do TFUE) não pressupõe por definição um comportamento que persista de um modo mais ou menos longo no tempo, consubstanciando-se a infracção na fixação do preço de um produto, é essa acto de impor um preço não equitativo que por si só e sem mais (independentemente da produção de qualquer resultado entendido no sentido próprio de evento espaço-temporalmente distinto da conduta) que dá corpo à conduta típica.*

Permitimo-nos, salvo o devido respeito, discordar de tal posição.

Não se ignora que existem Acórdãos do Tribunal Europeu de Justiça, onde esta Instância já decidiu que para determinar o carácter abusivo de determinada prática, *o efeito anticoncorrencial dessa prática sobre o mercado deve existir mas não tem necessariamente de ser concreto, sendo suficiente a demonstração de um efeito anticoncorrencial potencial, susceptível de eliminar os concorrentes pelo menos tão eficientes como a empresa dominante (vde Acórdãos citados por Figueiredo Dias no seu parecer junto aos autos, remissão que damos aqui por reproduzida).*

E também temos presente ser esta uma questão polémica discutida na Jurisprudência Europeia, a questão de ser ou não necessário haver comprovação dos concretos efeitos anticoncorrenciais verificados no mercado em resultado da prática ilícita do abuso de posição dominante por compressão de margens para poder estar configurada esta infracção.

Mas independentemente da tese que se perfilhe na discussão quanto à questão de ser ou não necessário a comprovação da verificação de concretos efeitos anticoncorrenciais no mercado (reais e efectivos ou apenas potenciais), a verdade é que o falseamento da concorrência como efeito desvalioso resultante duma prática de abuso de posição dominante seja por imposição de preços não equitativos ou por compressão



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de margens previsto na alínea a) do § 2º do artº 102º do TFUE só é perceptível e só se verifica (consuma) na medida em que se prolongue no tempo, o comportamento lesivo do bem jurídico protegido por este tipo normativo (bem jurídico esse que consiste no bem estar dos consumidores e no seu interesse na manutenção de um mercado competitivo, enquanto dominado por uma livre concorrência).

Isto é, sendo como é sabido o próprio mercado uma realidade dinâmica aberto a várias influências e sujeito a várias forças, o tipo de ilícito objecto destes autos exige necessariamente que a situação antijurídica criada pelo agente persista no tempo, uma vez que para haver falseamento da concorrência é necessário uma dilação no tempo da compressão do bem jurídico tutelado pela norma, por vontade do agente, o qual tem a faculdade de por termo a esse estado de coisas.

Na verdade, todas as infracções anti-concorrenciais são verdadeiros puzzles, compostas por múltiplas diferenciadas e aparentemente inofensivas (quando consideradas de *per se*) operações empresariais, pelo que salvo o devido respeito, se nos afigura demasiado ligeira e apressada a conclusão de Figueiredo Dias no sentido de que *a realização da conduta típica pode ser afirmada logo que haja um simples acto de impor um preço não equitativo e nessa medida a infracção reconduz-se à forma de consumação instântanea.*

Discordamos por isso em absoluto que o simples fixar de um preço mais elevado (alegadamente excessivo/não equitativo), possa só por si consubstanciar desde logo a consumação de um abuso de posição dominante, sem que se averigue se dessa elevação, resultaram ou não concretos efeitos anticoncorrenciais ou potenciais efeitos anticoncorrenciais susceptíveis de eliminar os concorrentes em determinado mercado.

É bom lembrar que no caso presente estamos perante uma infracção complexa: não se trata apenas da fixação dos preços dos dados comerciais cedidos pelas farmácias mas de todos os actos já acima referidos, que foram praticados pelas arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR (no sentido de dificultarem o acesso da IMS ao mercado dos dados comerciais das farmácias) e que conjuntamente preenchem os requisitos do tipo objectivo do abuso de posição dominante por esmagamento de margens.

Não podemos esquecer que muitas vezes, sendo o mercado uma realidade dinâmica, sujeita a várias forças e influências diversas, só a conjugação de vários



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

factores interligados, nos poderá indicar se face a uma determinada alteração de preços, ela poderá integrar uma fixação de preços não equitativos e/ou consubstanciar um verdadeiro abuso de posição de dominante.

É pois importante recordar aqui que o abuso de posição dominante (donde resulta o falseamento da concorrência como efeito desvalioso) pode ser descrito como um “*delito de empreendimento empresarial típico e proibido*” que não se confunde com as ordens e instruções ou definições de políticas financeiras e de actuações no mercado dos dirigentes titulares das organizações empresariais em causa - nas palavras de Teresa Quintela, no seu parecer jurídico junto aos autos.

Nessa medida, a prática de um qualquer abuso de posição dominante nunca irá constar de uma deliberação aposta em acta de qualquer Conselho de Administração nem de qualquer documento oficial das pessoas colectivas infractoras.

Deste modo, contrariamente ao defendido pela arguida Farminveste SGPS, também nós entendemos ser acertada a decisão do Tribunal *a quo* quando qualificou a contra-ordenação em causa infracção como uma infracção permanente que:

1) se iniciou com a fixação do preço não equitativo dos dados comerciais das farmácias por parte das arguidas ANF/Farminveste IPG, através do contrato assinado em 18/12/2008, com efeitos a partir de 01/01/2009 (vd. factos provados 92 a 97, fls. 24786 verso a 24787 verso) – sendo certo porém que a IMS não reconheceu validade a esse contrato celebrado em seu nome, por ter sido assinado pelo seu então director geral – Carlos Mocho – sem que este tivesse autorização da empresa para assinar o mesmo, o que levou inclusive a apresentação de uma queixa-crime contra Carlos Mocho (factos provados 96 e 97, fls. 24787 verso, e, fls. 467 expressamente referida no facto provado 97).

2) se perpetuou quer por vontade das arguidas ANF/Farminveste IPG (vd. factos provados 247 e 248, a fls. 24806), quer por vontade da arguida HMR, pois que esta, constituída em Junho/2009, celebrou um contrato com a Farminveste IPG em 17/02/2010 (com efeitos retroactivos a partir de 01/01/2010), comprometendo-se a adquirir os dados comerciais das farmácias pelo preço não equitativo de 255€/mês/farmácia, cfr. facto provado 106, a fls. 24789 verso, e, depois comercializou estudos baseados nesses dados a preços que lhe esmagavam as suas próprias margens,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

cfr. factos provados 367, fls. 24821 verso, a ponto de se verificarem perdas de capital social¹⁴;

3) se perpetuou/manteve mesmo após a constituição da arguida Farminveste SGPS (em 08/09/2010, cfr. facto provado 26, a fls. 24780), a qual, como sociedade dominante/directora, apesar de ter conhecimento da conduta infractora das suas participadas Farminveste IPG e HMR, nada fez - o abuso de posição dominante por imposição de preços não equitativos manteve-se assim até final de 2013 e a HMR continuou até essa data, a apresentar sucessivos resultados negativos que implicaram perdas do seu capital social (*1).

Nos termos da decisão condenatória da AdC proferida em 22.12.2015 a conduta infractora durou pelo menos até final de Dezembro de 2013 e foi este, como já acima dissemos, o momento final considerado temporalmente relevante na sentença proferida na 1ª instância em 20.10.2016 pelo Tribunal *a quo* (Tribunal da concorrência) – o que se explica pelo facto de à data da notificação da Nota de Ilícitude às arguidas, a AdC só dispor de dados completos relativos a vendas, quantidades e custos necessários à realização do teste de compressão até essa data, o que inviabilizou naquele momento a realização do teste para os anos subsequentes.

Deste modo será também esse o momento temporal juridicamente relevante para nós, ou seja, será considerado 31.12.2013 como o dia do “terminus” da prática anti-concorrencial – a não ser considerado assim e caso este Tribunal fosse relevar outra data distinta, não constante dos factos provados, corria-se o risco de incorrer numa **alteração substancial dos factos, proibida como se sabe uma vez que se têm os factos apurados na 1ª instância por definitivamente fixados e este Tribunal de recurso apenas pode apreciar e decidir questões de Direito** (artº 75º/1 do RGCO).

¹⁴ Cfr. se lê na douda sentença “a HMR se deparava, do ponto de vista contabilístico, com problemas importantes, decorrentes do facto de apresentar sucessivos prejuízos, conforme foi esclarecido por Carlos Grenha, Revisor Oficial de Contas (ROC) de todas as recorrentes. Efetivamente Carlos Grenha afirmou que o facto da HMR ter apresentado resultados negativos ao longo dos anos tem levado à verificação do art. 35º do Código das Sociedades Comerciais (indícios de perda de capital). Mais esclareceu que a aplicação desta norma legal tem sido afastada com injeções diretas de dinheiro que possam suprir essas deficiências, para continuar a sua atividade em perfeita regularidade (existiam participações suplementares à volta de 10 milhões em relação ao capital social inicial, em 2015), factos que não poderiam deixar de ser do conhecimento das recorrentes. Por outro lado, não havia obstáculos para se proceder à redução de preço e eliminar esses constrangimentos contabilísticos” (fls. 24853).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Tal posição, não obsta que o Tribunal de 1ª instância possa ter considerado para outros efeitos, nomeadamente aquando da fixação do montante das coimas, o facto de *“Até ao momento da prolação da decisão condenatória da AdC [em 22/12/2015], as recorrentes não terem praticado qualquer acto tendente a fazer cessar o ilícito contraordenacional que lhes é imputado”* (facto provado 422, fls. 24827. Vd. ainda o facto provado 423).

Em resumo, acompanhamos pois a posição de Teresa Quintela perfilhada pelo Tribunal *a quo*, de que **estamos perante uma infracção não instantânea mas duradoura ou permanente**, em que uma vez a consumação inicial ocorrida, persistiu no tempo a situação antijurídica (tal situação antijurídica subsistiu no tempo enquanto continuaram a ser impostos de forma directa ou indirecta preços de compra e venda não equitativos no mercado a montante dos dados comerciais de um painel alargado das farmácias e no mercado a jusante dos estudos formulados com base naqueles dados) criada pelos vários agentes intervenientes, as arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR, as quais actuaram sempre entre 1.1.2009 e 31.12 2013, com o propósito inicialmente formulado e nunca abandonado (no caso presente o propósito de manter os preços não equitativos nos mercados a montante e a jusante já acima melhor identificados), ou seja mantendo em reiteração o "animus" criminoso.

Porém importa aqui ressaltar que não obstante quanto às arguidas ANF e Farminveste IPG se localizar em 1.1.2009 o início da prática da infracção, em relação à HMR só é possível ser-lhe imputada a mesma a partir de 1.1.2010, uma vez que esta empresa foi criada em Junho de 2009 e só a partir de 1.1.2010 começou a produzir efeitos o contrato por ela celebrado com a Farminveste IPG em 17/02/2010 pelo qual se comprometeu a adquirir os dados comerciais das farmácias à Farminveste IPG pelo preço não equitativo de 255€/mês/farmácia (cfr. facto provado 106, a fls. 24789 verso) e depois comercializou estudos baseados nesses dados a preços que lhe esmagavam as suas próprias margens de lucro – em nome do princípio da autonomização da responsabilização das pessoas colectivas, pelo que cada uma das intervenientes (ANF, Farminveste IPG e HMR) apenas pode responder pela sua própria intervenção na execução da infracção em causa.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por isso aceitamos como correcta e fazemos nossa, a interpretação feita pelo Tribunal *a quo de que a infracção objecto destes autos apesar de duradoura, tem uma configuração peculiar que a aproxima das infracções de trato sucessivo* – porque são necessárias diversas actuações/operações empresariais persistentemente repetidas/renovadas nos mercados a montante e a jusante, pelo tempo necessário a se poder afirmar que a conduta da empresa dominante tem potenciais ou prováveis efeitos anti-concorrenciais.

Em resumo, se se pode considerar que a infracção é permanente quando o estado antijurídico típico tiver uma certa duração e se protrair no tempo enquanto tal for a vontade do agente que tem a faculdade de pôr termo a esse estado de coisas, então não pode deixar de se considerar que a contraordenação em apreço nos presentes autos consubstancia uma infracção duradoura.

Como aliás foi oportunamente salientado pela ADC “*não está em causa uma cláusula de um contrato que ficou esquecida, mas um preço que as arguidas quiseram manter e mantiveram ao longo de 4 anos, como foi salientado na sentença recorrida, da mesma forma que pretenderam e mantiveram todos os outros elementos que preenchem o tipo objectivo da infração complexa em apreço, de abuso de posição dominante por esmagamento de margens*”

Desta nossa posição extraem-se pois três importantes consequências:

1) Aplicação da Lei nº 19/2012 de 8.5 (NRJC) ao caso sub judice

Segundo posição da AdC, aceite pelo Tribunal recorrido, esta infracção prolongou-se desde 1.01.2010 até, pelo menos, 31.12.2013.

Ou seja a AdC sem deixar de considerar relevante a constituição em Junho de 2009 da firma HMR pela Farminveste IPG, SA e logo detida a 90% por esta firma Farminveste IPG (artº 490º do CSC), desconsiderou todavia os primeiros 6 meses da actividade da HMR em 2009, que entendeu serem poucos relevantes e considerou ser apenas especialmente relevante o primeiro dia do ano seguinte – 1.1.2010.

Mas nos termos acima expostos, atenta a matéria de facto provada, temos para nós que a execução típica desta contraordenação começou ainda antes de 1.1.2010, isto



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

é, começou desde logo com a fixação do preço não equitativo dos dados comerciais das farmácias por parte das arguidas ANF/Farminveste IPG (que passou de 100 para 255 euros por mês/farmácia), através do contrato assinado em 18/12/2008 pela ANF, com efeitos a partir de 01/01/2009 e prolongando-se depois esse estado anti-jurídico no tempo, até pelo menos 31.12.2013 – dúvidas não se colocam face à matéria de facto provada que esse preço de 255 euros era excessivo, pois que será excessivo todo aquele preço que for fixado de forma desajustada para a realidade ao qual se destina, nomeadamente como contrapartida para um serviço ou aquisição de um bem, sem ter em atenção o valor efectivo despendido pelo prestador do serviço e o valor do mercado.

A nossa posição acima enunciada quanto ao início da execução da infracção resulta assim de toda a matéria provada descrita na sentença, com a ressalva de se impor reconhecer que a imputação da conduta ilícita aos vários agentes intervenientes (as arguidas neste processo) tem necessariamente sujacente a constatação de que os períodos de tempo de execução dessa infracção não são exactamente idênticos para as três arguidas (nos exactos termos acima referidos).

Com efeito, repete-se, a execução desta infracção em relação à HMR só é possível ser-lhe imputada a partir de 1.1.2010, uma vez que esta empresa foi criada em Junho de 2009 e só a partir de 1.1.2010 começou a produzir efeitos o contrato por ela celebrado com a Farminveste IPG em 17/02/2010 pelo qual se comprometeu a adquirir os dados comerciais das farmácias à Farminveste IPG pelo preço não equitativo de 255€/mês/farmácia, (cfr. facto provado 106, a fls. 24789 verso) e depois comercializou estudos baseados nesses dados a preços que lhe esmagavam as suas próprias margens de lucro, situação que se prolongou até pelo menos 31.12.2013.

De tudo o que ficou dito, resulta pois assente que as recorrentes criaram um estado antijurídico típico e não lhe puseram termo, fazendo-o perdurar no tempo durante 5 anos (sendo a infracção anticoncorrencial imputável logo a partir de 1.1.2009 à ANF e Farminveste IPG e a partir de 1.1.2010 também à HMR).

Ora como nos ensina Germano Marques da Silva, na infracção duradoura “*existe uma só acção ou omissão que se protela no tempo (...). O tempus delicti não deixa de continuar a ser o do início da execução, porque desde esse momento que já há (...) infracção, mas porque a execução se prolonga, todos os momentos são ainda de*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

execução, tando assim que o prolongamento tem frequentemente consequências ao próprio nível da ilicitude do facto. Não há aqui aplicação retroactiva da lei (...) contraordenacional, ela continua a aplicar-se no momento da execução da (...) infracção. Enquanto se mantém a execução da (...) infracção o agente poderá sempre desistir da prossecução pelo que o termo da execução vem agora a coincidir com o momento da cessação do comportamento”

Por isso quanto à lei a aplicar nas infracções duradouras segundo este autor “nas infracções cuja execução se prolonga no tempo, se durante o seu decurso surgir uma lei nova, ainda que mais gravosa, é esta a lei aplicável a todo o comportamento, uma vez que não é possível distinguir partes do facto”

Não há pois dúvidas que é à luz do NRJC - aprovado pela Lei nº 29/2012 de 09/05, e, que entrou em vigor no dia 07/07/2012 (cfr artsº 99º nº 1 e 101º sendo de 60 dias o período da *vacatio legis*) - que tem de ser apreciada a conduta de todas as arguidas.

Improcede pois nesta parte, o recurso da arguida Farminveste SGPS.

2) Possibilidade de aplicação do TFUE para enquadrar juridicamente a conduta das arguidas – verificação da proibição de abuso de posição dominante inscrita no artº 102º do TFUE.

O artº 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e o artº 11º da Lei nº 19/2012 de 08/05 (NRJC) consagram ambos a proibição de abusos de posição dominante.

E a qualificação da contraordenação imputada às arguidas como crime permanente, que perdurou de 2009 a 2013, e subsequente aplicação da Lei nº 19/2012 de 8.5 veio permitir a discussão de direito, sobre o enquadramento jurídico dos seus comportamentos, à luz do direito Europeu.

Isto é, veio permitir averiguar se condutas das arguidas preenchem ou não a infração de abuso de posição de dominante por compressão de margens ou por imposição de preço excessivo/não equitativo, cujo desenho típico é postulado pelo artº 102º § 2 alínea a) do TFUE.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

É que a violação da proibição de abuso de posição dominante inscrita no artº 102º do TFUE, só ao abrigo desta lei Lei nº 19/2012 é qualificada como contraordenação nos termos do seu artº 68º/1/b) e punida com a coima prevista no artº 69º/2 do mesmo diploma – o que não acontecia no regime anterior (Lei nº 18/2003 de 11.6).

Na verdade, antes da entrada em vigor da actual Lei nº 19/2012, as infrações às proibições estabelecidas pelo artº 102º do TFEU não eram contraordenacionalmente punidas no nosso país, já que a Lei nº 18/2003 de 11.6 (RJC) não tipificava como contraordenação a violação ao preceituado no artº 102º do TFUE.

Como bem foi referido pelo M.P e por ele sublinhado, na sua resposta ao recurso das arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR *“O direito da concorrência é um instrumento essencial da economia de mercado. A sua aplicação visa defender o normal funcionamento dos mercados e permitir assim ao consumidor usufruir dos benefícios a que a concorrência dá origem, máxime, preços mais baixos, melhor qualidade e maior variedade de bens e serviços. Os três principais elementos deste ramo do direito são o regime jurídico do controlo de operações de concentração, o dos acordos proibidos (que inclui as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas) e o dos abusos de posição dominante”* (in “Abusos de Posição Dominante” de Ricardo Bordalo Junqueiro, Almedina, pág. 11).

Importará assim ter presente qual o bem jurídico tutelado pelos tipos que consideram ilícito o abuso de posição dominante e as demais práticas restritivas.

Desde logo, é importante referir que o Direito da concorrência visa a protecção do mercado em si mesmo, da dinâmica concorrencial (ou seja, em última instância dos interesses dos consumidores) e não a protecção dos concorrentes.

Como bem surge clarificado no Acórdão da 3ª secção da Relação de Lisboa de 11.3.2015 proferido no processo nº 204/13.6YUSTR.L1-3 em que foi relator o Sr. Juiz Desembargador Carlos Almeida (com sublinhados nossos) *“Trata-se, a nosso ver, de um bem jurídico supra-individual que se pode caracterizar como sendo a «concorrência eficaz fundada em preocupações de eficiência económica», «elemento da democracia económica, ingrediente indispensável da democracia política».*

Esse bem jurídico intermédio, tal como outros da mesma natureza, «não pode estar ao serviço do bom funcionamento [do sistema] em si mesmo, mas apenas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

daqueles aspectos que podem afectar o cidadão», no caso, o bem-estar do consumidor.

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

E tal como se referiu na sentença recorrida “É importante salientar que o conceito de consumidor “utilizado no direito comunitário da concorrência é mais amplo que o aplicado no direito do consumo (...). De facto, enquanto o direito do consumo visa a proteção de interesses não necessariamente económicos, como a saúde ou a segurança, do consumidor final, o direito da concorrência pretende salvaguardar sobretudo interesses económicos do «comprador», ainda que este seja um mero intermediário”.

Depois importa, também analisar os elementos do tipo contraordenacional pelo qual as arguidas foram condenadas neste processo.

Tal como referido no citado Acórdão da Relação de Lisboa de 11.3.2015, “No que respeita ao tipo objectivo, 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.

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

Assim a conduta descrita em arts 11º/2/a) e 68º nº 1 al. a) do NRJC, e no artº 102º §1º e §2.º al a) do TFUE ex vi do artº 68º/1/b) do NRJC consiste pois na aplicação de forma sistemática ou ocasional de condições discriminatórias de preços ou outras prestações equivalentes, desde que essa aplicação consubstancie uma exploração abusiva de posição dominante e no segundo caso afecte também de forma relevante o comércio entre os Estados Membros da Comunidade Europeia.

Mas tal conduta apenas será 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.

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.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Para o preenchimento da contraordenação requer-se em todos os casos que o agente actue com dolo ou com negligência – artº 68º/6 da Lei nº 19/2012 de 8.5 e artº 8º/1 do RGIMOS.”

Todos estes elementos se verificam no caso dos autos face à matéria de facto acima apurada (a qual se tem como definitivamente fixada, nos termos já acima explicados) e tendo o Tribunal *a quo* considerado que neste caso sub judice, a conduta das arguidas tinha susceptibilidade para afectar de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros da Comunidade Europeia, e, existindo uma relação de especialidade entre o artº 102º §1º e §2º al a) do TFUE, conjugado com o artº 68º nº 1 al. b) da Lei nº 19/2012, de 08/05 (doravante NRJC), e os arts 11º e 68º nº 1 al. a) do NRJC, a conduta das arguidas foi subsumida ao referido artº 102º §1º e §2º al a) do TFUE, e punida nos termos do citado 68º nº 1 al. b) do NRJC.

Por outras palavras, o Tribunal da Concorrência decidiu que a contra-ordenação tipificada no artº 68º/1/b) do NRJC referente à violação do artº 102º do TFUE, afasta a inscrita no artº 68º/1 a) do NRJC respeitante à infração do artº 11º desse mesmo diploma, por força da supra referida relação de especialidade.

Este enquadramento jurídico foi contudo contestado em parte pelas arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR que entenderam não ser aplicável a figura do abuso de posição dominante por compressão de margens aos factos dos autos.

Tal questão será assim analisada de forma autónoma mais adiante.

3) Não se verifica a prescrição

Uma vez que como vimos, estamos perante uma infracção duradoura em que as arguidas e recorrentes (ANF, Farminveste IPG e HMR) criaram um estado antijurídico típico e não lhe puseram termo, fazendo-o perdurar no tempo, desde 1.1.2009 (data da produção dos efeitos do acordo de fixação dos preços) até pelo menos até 31.12.2013, e sendo por isso aplicável a Lei nº 19/2012 de 8.5 então o prazo prescricional normal é de cinco anos de acordo com o preceituado no artº 74º/1/b) do NRJC.

Desta forma, mesmo inexistindo causas de suspensão ou de interrupção da prescrição o procedimento contraordenacional apenas se poderia considerar extinto por força da prescrição em 31.12.2018.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Contudo, verificando-se no caso presente, causas de suspensão desse prazo prescricional (nomeadamente com o recurso interposto pelas arguidas da decisão condenatória da AdC) e não podendo essa suspensão ultrapassar o período de 3 anos, resulta que o prazo máximo de prescrição será de 10 anos e 6 meses, devendo tal prazo prescricional começar a contar-se a partir de 31.12.2013 por ser nessa data que findou a execução da conduta ilícita – (artº 74º/1/b) nº 4/a) e nº 7 e 8 da Lei nº 19/2012 de 8.5)

O procedimento contra-ordenacional encontra-se por isso longe de se poder declarar extinto por força da prescrição e nessa medida improcede também esta pretensão.

III) DA RESPONSABILIDADE DESTA ARGUIDA POR OMISSÃO - OS FACTOS DADOS COMO PROVADOS SÃO SUFICIENTES PARA IMPUTAR, POR OMISSÃO, A CONTRAORDENAÇÃO EM CAUSA À ARGUIDA FARMINVESTE SGPS?

Defende esta arguida que nem um conceito extensivo de autoria – e muito menos o conceito restritivo de autoria existente no Direito Penal – permite a imputação da contraordenação objecto destes autos à arguida, à luz dos “factos” aduzidos em sede de decisão recorrida, já que os mesmos são inexistentes e reconduzem-se apenas a referências genéricas à estrutura societária do Grupo.

Sustenta pois esta sua pretensão nos seguintes argumentos que aqui recordamos e deixamos reproduzidos, com sublinhados nossos:

A imputação da contraordenação à Arguida a título omissivo, por não por cobro à conduta ilícita da sociedade-filha, carece de fundamento de facto e de direito, já que:

- (i) não impende sobre a Recorrente um qualquer dever jurídico de agir
- (ii) a Recorrente não tinha a possibilidade fáctica de agir – nem isso vem ponderado na Decisão Recorrida e
- (iii) a omissão imputada não é relevante causalmente para a produção (ou não produção) do resultado ilícito – nem isso vem ponderado na Decisão Recorrida.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Pelo contrário, defende que a sentença do Tribunal *a quo* admite que a recorrente não tinha capacidade de agir, já que o destino do Grupo era ditado pela Arguida ANF, sociedade “acima” da recorrente no organograma do grupo.

A sentença não diz igualmente de que modo a omissão contribuiu para a efetiva produção do resultado ou consumação da infração, nem podia – porque à data da consumação da infração (em rigor, à data da fixação do preço não equitativo), a recorrente não tinha ainda sido constituída.

E acrescenta ainda, não existe um dever jurídico de agir, nem aliás a Decisão o refere.

O mesmo não decorre de um qualquer “*poder de disposição*” da sociedade mãe à sociedade filha, nem aquela tem um dever de dar instruções a esta e o que está consagrado na lei (artigo 504º do CSC) são “**deveres de diligência dos administradores**”.

Por outro lado ainda, os “perigos” que cumprirá vigiar enquanto “fontes de perigo” que podem sustentar um “dever de garante” são perigos relativos a estados, coisas ou lugares – e nunca quanto a atuações de terceiros, por respeito aos princípios gerais da autorresponsabilidade, autodeterminação, confiança, culpa e ao próprio Estado de Direito.

Um hipotético dever de agir quanto a pessoas só poderá afirmar-se em situações muito excecionais:

- (i) quando a pessoa “da frente” não é responsável ou é responsável diminuída
- (ii) ou quanto a pessoas integradas em estruturas fortemente hierarquizadas; o que não é o caso, nem assim a Decisão o sustenta.

Pede assim que em consequência a sentença proferida ora recorrida seja revogada por absoluta ausência de fundamentos de facto e de direito que permitam sustentar a condenação da arguida recorrente, devendo a mesma ser absolvida da prática da contraordenação pela qual foi condenada.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O M.P pelo contrário veio porém sustentar posição diversa nas suas contra-alegações argumentando em síntese o seguinte: *“A douta sentença recorrida explicitou claramente que a contraordenação em questão é permanente – prolongando-se pois a sua consumação no tempo enquanto não cessar o comportamento antijurídico -, que com o conceito extensivo de autor não é necessário que o contributo do agente tenha realizado uma parte do tipo ou da acção típica, bastando que promova com a sua omissão o facto ilícito, que sobre a Farminveste SGPS (constituída posteriormente ao início da infracção) recaía o dever de pôr termo à conduta abusiva, e, que, ao não fazê-lo, possibilitou a manutenção da conduta abusiva”*.

Quid Juris?

Afigura-se-nos que assiste razão à recorrente.

Na sentença recorrida foi entendido que os factos provados são suficientes para sustentar a imputação da contraordenação às arguidas ANF, FARMINVESTE IPG e HMR por ACÇÃO e à arguida FARMINVESTE SGPS por omissão.

Reproduziremos de seguida e em síntese os factos relevantes quanto à arguida FARMINVESTE SGPS descritos na matéria de facto provada na sentença recorrida:

“(…)

21) Para além da sua componente associativa, a ANF possui um universo empresarial, detendo a 90,26% a Farminveste SGPS, a qual, por seu turno, detém a 100% a Farminveste IPG, detendo esta última, direta ou indiretamente, mais de dez empresas, que atuam em diferentes setores de atividade, conforme resulta do organograma *infra* (Figura 1).

(…)

26) A “**Farminveste SGPS** [...] foi constituída pela ANF a 8 de setembro de 2010 [...] e tem como objeto social a participação no capital de outras sociedades como forma indireta de exercício de atividades económicas”, conforme resulta da pág. 24 do Relatório e Contas da ANF, relativo ao exercício de 2010, a fls. 17697, verso, dos autos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

27) *A Farminveste SGPS é atualmente detida a 90,26% pela ANF, encontrando-se os remanescentes 9,74% do capital dispersos por empresas associadas da ANF (farmácias).*

28) *A Farminveste SGPS tem a sua sede social na sede na Travessa de Santa Catarina, n.º 8, 1200-403 Lisboa (cfr. certidão do registo comercial de fls. 18111 a 18113).*

29) *O Conselho de Administração da Farminveste SGPS, para o triénio 2013/2015, é constituído por Paulo Duarte (Presidente); Vítor Segurado; Nuno Lopes; João Almeida; Luís Silvestre; Abel Mesquita; Luís Matias e António Barros (Vogais), todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18111 a fls. 18113 dos autos.*

30) *Para o triénio 2010-2012 tinham sido designados para o Conselho de Administração da Farminveste SGPS: João Cordeiro (Presidente), João Silveira, Maria da Luz Sequeira, Vítor Segurado, João Almeida, Luís Silvestre, Abel Mesquita, Paulo Duarte e Carlos Lacerda (Vogais), todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18111 a fls. 18113 dos autos.*

31) *A Farminveste SGPS detém, a 100%, a Farminveste IPG, sendo, assim, a Holding do universo Empresarial ANF (conforme organograma supra), sendo que a Farminveste IPG detém, a 100%, a HMR, estando presente no mercado de pharma market research através dessa “participação [...] no capital social da HMR”, conforme pág. 26 do Relatório & Contas de 2010 da ANF, a fls. 17695, verso, dos autos.*

32) *A Farminveste SGPS afirma ter conseguido “alguns progressos na área da inteligência do mercado, otimizando a infraestrutura tecnológica de suporte e lançando novos produtos”, conforme pág. 5 do seu Relatório & Contas, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17949 dos autos.*

(...)

34) *A Farminveste SGPS, através da Farminveste IPG, desenvolve a sua atividade em setores diversificados, através de participação em empresas nas áreas de distribuição farmacêutica, sistemas e tecnologias de informação, inteligência sobre o mercado farmacêutico, setor imobiliário e corretagem de seguros, conforme resulta da*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

pág. 25 do Relatório e Contas da ANF, relativo ao exercício de 2013, a fls. 17894 dos autos.

35) *A Farminveste SGPS atua, assim, nos termos descritos, inter alia, nos setores dos sistemas e tecnologias de informação, inteligência sobre o setor farmacêutico, ou pharma market intelligence, denominação comumente utilizada para a realização de estudos de mercado do setor farmacêutico, podendo-se ler, nesse sentido, no Relatório e Contas da ANF que a Farminveste SGPS “desenvolve atividades diretas, a nível [...] do Market Intelligence do setor farmacêutico”, conforme resulta da pág. 25 do Relatório & Contas da ANF, relativo ao exercício de 2013, a fls. 17894.*

36) *A Farminveste SGPS especifica, ainda, que a sua atividade no mercado do Market Intelligence, processada através da Farminveste IPG, “é uma unidade de negócio destinada à comercialização de dados que utiliza como infraestrutura o programa informático Sifarma e a rede Farmalink”, conforme resulta da pág. 14 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17953, verso, dos autos.*

37) *E acrescenta que “continua a intervir no processo de comercialização de dados estatísticos sobre o consumo de medicamentos e outros produtos de saúde, tendo como cliente a HMR, com base num painel de fornecedores de dados que, no final de 2011, era de 2.235 farmácias”, conforme resulta da pág. 14 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17953, verso, dos autos.*

38) *A Farminveste SGPS afirma que “espera[...] continuar a aumentar as [...] receitas em 2012, essencialmente devido ao crescimento da [...] base de clientes e à consolidação da [...] lançada em 2011”, conforme resulta da pág. 34 do Relatório & Contas da Farminveste SGPS, relativo ao exercício de 2011, a fls. 17963, verso, dos autos.*

(...)

41) *Constituindo a participação no capital de outras sociedades (maxime, da Farminveste IPG) a sua forma de exercício de atividade económica, a Farminveste SGPS consolida as contas do Grupo, apresentando em cada ano, em conformidade, um volume de negócios consolidado (cfr. Relatório e Contas da Farminveste IPG de 2012, fls. 16742, verso).*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

42) Até “setembro de 2010 a [ANF] detinha diretamente 99,9% do capital social da Farminveste [IPG], com os restantes 0,1% a serem detidos indiretamente pela ANF através da sociedade Farminveste 2, SGPS, Sociedade Unipessoal, Lda.. Para a centralização e concentração da gestão dos investimentos financeiros, a ANF criou a Farminveste SGPS entregando a sua participação na Farminveste IPG como constituição do capital. Posteriormente, a Farminveste SGPS adquiriu os restantes 0,1% e detém atualmente 100% da Farminveste IPG”, conforme é explicado pela própria Farminveste IPG (Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2012, a fls. 16746, verso, dos autos).

(...)

51) O Conselho de Administração da Farminveste IPG, para o triénio 2013/2015, é composto por Paulo Duarte (Presidente); Vítor Segurado; Nuno Lopes; Abel Mesquita; e Luís Matias (Vogais), todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18114 a fls. 18118 dos autos.

52) Os ora identificados e únicos Administradores da Farminveste IPG são também, todos eles, Administradores da Farminveste SGPS, sendo também idêntico o Presidente do Conselho de Administração.

53) Para o triénio 2011/2013 tinham sido designados: João Cordeiro (Presidente); Maria da Luz Sequeira; João Silveira; Vítor Segurado; Abel Mesquita; Carlos Lacerda (até 28.09.2012); e Paulo Duarte (Vogais); todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18114 a fls. 18118 dos autos.

54) Os ora identificados e únicos Administradores da Farminveste IPG designados para o triénio 2011/2013, que só exerceram funções até 21.05.2013, foram também, todos eles, Administradores da Farminveste SGPS (durante o triénio 2010/2012), sendo também idêntico o Presidente do Conselho de Administração.

55) E para o triénio 2008/2010 tinham sido designados: João Cordeiro, Maria da Luz Sequeira, João Silveira, Abel Mesquita, Henrique Fernandes, Rui Raposo e José Lopes, todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18114 a fls. 18118 dos autos.

56) Durante esse período, João Cordeiro era também Presidente da Direção da ANF e gerente da HMR.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(...)

58) A HMR iniciou a sua atividade em junho de 2009, sendo o seu capital social detido a 100% pela Farminveste IPG (cfr. certidão permanente de fls. 18119 a 18121) e nos “seus primeiros seis meses de atividade [...] constituiu a sua equipa, desenvolveu a sua oferta [...] tendo em janeiro de 2010 iniciado o fornecimento de informação com base regular no mercado”, conforme resulta do Relatório & Contas da HMR relativo ao exercício de 2009, a fls. 4124 dos autos.

(...) 60) A atual gerência da HMR, para o triénio 2013-2015, é composta por Paulo Duarte, Nuno Lopes e Abel Mesquita, todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18119 a fls. 18121 dos autos.

61) Os três gerentes da HMR referidos no parágrafo precedente fazem também parte dos atuais Conselhos de Administração da Farminveste SGPS e da Farminveste IPG, sendo que dois desses Administradores, Paulo Duarte e Nuno Lopes, são, ainda, simultaneamente, membros da Direção da ANF, o primeiro deles na qualidade de Presidente daquela Associação.

62) Ou seja, Paulo Duarte é, atualmente e desde 2013, cumulativamente, Presidente da Associação Nacional de Farmácias, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste SGPS, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste IPG e Gerente da HMR.

63) Sendo que, anteriormente, era João Cordeiro quem acumulava esses ora identificados quatro cargos.

64) Para o triénio 2012/2014 tinha sido inicialmente designada a seguinte gerência: João Cordeiro; Abel Mesquita; e Carlos Lacerda; sendo que, após renúncia dos 3 gerentes, entre setembro de 2012 e maio de 2013, assumiu entretanto a gerência Paulo Duarte, todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18119 a fls. 18121 dos autos.

65) E para o triénio 2009/2011 tinham sido designados gerentes: João Cordeiro; Abel Mesquita; e Carlos Lacerda; todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18119 a 18121 dos autos.

(...)

381) A ANF afirma, no seu Relatório & Contas de 2010 (vide, pág. 28, a fls. 17699, verso, dos autos), que “perspetivando os próximos anos [...] a atividade do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Grupo [ANF] será desenvolvida de acordo com os seguintes vetores: [...] lançamento de novos produtos e negócios, sustentados por inovação tecnológica como [é] o caso da [HMR]”; ideia esta reiterada ao longo dos anos (a título de exemplo, vide, também, pág. 31 do Relatório & Contas de 2011 da ANF, a fls. 17765 dos autos).

382) E explica ao mercado que “[e]m virtude da sua participação social maioritária e dos correspondentes direitos de voto, [...] exerce sobre a [Farminveste SGPS] uma influência dominante, fator que terá especial importância, nomeadamente ao nível das deliberações a tomar em sede de Assembleia Geral de acionistas [...]. Na sequência das ofertas a ANF passará de único acionista a maior acionista” (conforme resulta da pág. 29 do Prospeto, a fls. 18158 dos autos).

(...)

*385) A Farminveste SGPS acompanhou, *pari passu*, todos os comportamentos daquelas sociedades e não se organizou de modo a evitá-los.*

386) A Farminveste SGPS anunciou que “[a] posição comercial da Farminveste IPG [...] sofreu as seguintes alterações que merecem ser realçadas nos diferentes pilares de actividade [...]: Salienta-se a retoma da comercialização, através da HMR, por parte da FARMINVESTE dos dados relativos ao consumo de medicamentos e outros produtos de saúde [...], situação que tinha sido interrompida em 2009 após a quebra da relação comercial com a IMS [...]. Destaque para o desenvolvimento da actividade comercial da HMR, durante o ano de 2010. A HMR foi lançada na segunda metade de 2009 e durante esse ano a sua actividade comercial foi marginal, apresentando em 2010 um valor relevante”, conforme resulta de pág. 118 e 119 do Prospeto, a fls. 18202, verso, e fls. 18203 dos autos.

387) Em 23.09.2010, a Farminveste SGPS não dispunha “de quaisquer quadros para além dos membros que integram os seus órgãos sociais, sendo apoiada em regime de partilha de serviços e colaboradores afetos às suas participadas” (conforme resulta da pág.173 do já citado Prospeto, a fls. 18230 dos autos).

388) A Farminveste SGPS afirma ter conseguido “alguns progressos na área da Inteligência do mercado, otimizando a infraestrutura tecnológica de suporte e lançando novos produtos”, conforme pág. 5 do seu Relatório & Contas do exercício de 2011, a fls. 17949 dos autos, estando a referir-se à actividade desenvolvida pela Farminveste



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

IPG relativamente ao software Sifarma e à atividade da HMR, no que se refere aos novos estudos de mercado por esta lançados.

389) A ANF, com a adoção do novo Sistema de Normalização Contabilística, passou a apresentar as suas contas em termos individuais e em termos consolidados (conforme pág. 35 do Relatório & Contas da ANF relativo ao exercício de 2010, a fls. 17703 dos autos).

390) Aí se referindo que “as demonstrações financeiras consolidadas incorporam as demonstrações financeiras da ANF e das entidades por si controladas (as suas subsidiárias)”, entendendo-se “existir controlo quando a empresa tem o poder de definir as políticas financeiras e operacionais de uma entidade, de forma a obter benefícios derivados das suas atividades, normalmente associado ao controlo, direto ou indireto, de mais de metade dos direitos de voto”, conforme resulta da pág. 79 do Relatório & Contas da ANF relativo ao exercício de 2010, a fls. 17725 dos autos.

391) A ANF é aí designada como a Holding do universo ANF.

(...)

393) As arguidas agiram de forma livre, direta, consciente e voluntária, tendo praticado ou, quanto à Farminveste SGPS, omitido as ações destinadas a evitá-los de forma deliberada, sabendo que estavam a abusar da posição dominante da Farminveste IPG no mercado de fornecimento de dados das farmácias, que isso desvirtua a concorrência e que é proibido por lei.

(...)

419) Conforme resulta do Relatório e Contas consolidado de 2014 da arguida Farminveste SGPS, 306.794.300 € (94,6%) do seu volume de negócios são resultado direto da Alliance Healthcare

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

(...)

430) No ano de 2015, a Farminveste SGPS teve um resultado líquido do período negativo de € 4.959.406, sendo que o volume de negócios de todas as suas subsidiárias foi de € 387.217.100 e, sem o volume de negócios da Farminveste IPG e da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

HMR, de € 366.589,7, sendo o seu capital próprio de € 93.900.383,00” (os sublinhados são da signatária).

Com base nestes factos, o Tribunal *a quo* (Tribunal da Concorrência), **explicitou de forma clara que por força do conceito extensivo de autor consagrado no artº 16º/1 do RGCO aplicável ao caso dos autos por força do artº 13º/1/2 da Lei nº 19/2012 de 8.5 (NRJC)** *“basta um contributo co- causal para a verificação da infração para se afirmar a autoria, o que afasta a teoria do domínio do facto, incluindo-se na cumplicidade, apenas “os contributos materiais e morais completamente acessórios ou secundários, que tenham contribuído para o curso dos factos com uma conduta de pequeníssima relevância prática” (fls. 24901, penúltimo parágrafo).*

Que *“com o conceito extensivo não é necessário que “o contributo do agente tenha realizado uma parte do tipo ou da ação típica: basta que coloque uma causa para a sua realização ou que promova com a sua ação ou omissão o facto ilícito, podendo isso acontecer por qualquer forma” (fls. 24902, 2.º parágrafo).*

Que *“Este conceito extensivo de autor tem, desde logo, uma primeira implicação, designadamente a desnecessidade de efetuar a distinção entre as concretas formas de autoria (autoria, coautoria e instigação), mas apenas diferenciar a cumplicidade, se for o caso. A segunda implicação evidente e imediata do conceito extensivo de autor é a inclusão da omissão enquanto conduta típica, sem necessidade de qualquer norma legal específica de equiparação. Por conseguinte, a omissão que promova a execução do ilícito constitui logo execução da contraordenação. Essencial é que sobre o agente incida um dever de garante”* (fls. 24902 verso, 2.º e 3.º parágrafos).

(...) entendeu-se que o dever de garante que incidia sobre a Farminveste SGPS decorria da lei, concretamente do artº 504º nº 1 do CSC, o qual impõe à sociedade directora/dominante o mesmo dever de *“diligência exigida por lei quanto à administração da sua própria sociedade”* relativamente às sociedades por si integralmente dominadas, directa ou indirectamente, sendo que o artº 64º nº 1 do CSC estabelece como deveres fundamentais a observar na administração os

“a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

e b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.

O Tribunal *a quo* decidiu pois que decorria da lei, a obrigação da Farminveste SGPS actuar de forma a pôr termo à conduta ilícita das suas duas subordinadas: a Farminveste IPG e a HMR.

E que ao não fazê-lo esta sociedade violou o seu dever de diligência e possibilitou a manutenção da conduta infractora.

E decidiu ainda que não só impedia sobre a Farminveste SGPS um dever de agir, como tinha “possibilidade fáctica” para agir pois que, apesar de ser detida pela ANF a 90,26%, o cargo de presidente do conselho de administração da Farminveste SGPS e o cargo de presidente da direcção da ANF eram ocupados pela mesma pessoa (primeiro por João Cordeiro e, a partir de 2013, por Paulo Duarte).”

Contudo, seguindo de perto o parecer de Jorge de Figueiredo Dias junto aos autos, e sem colocar em causa os factos provados tal como eles se encontram descritos na sentença, também nós perfilhamos o entendimento de que os mesmos não são suficientes para se poder imputar legalmente à firma Farminveste SGPS, a responsabilidade por omissão da contraordenação objecto destes autos.

Nem a título de autoria (como melhor explicaremos adiante) nem sequer a título de cumplicidade – aliás a responsabilidade desta firma a título de cumplicidade, nem sequer foi invocada pela recorrente ou pelo M.P e foi desde logo afastada tal hipótese na sentença.

Com efeito, aí ficou escrito que por força do conceito extensivo de autor consagrado no artº 16º do RGCO “(...) *se incluem na **cumplicidade** apenas os contributos materiais e morais completamente acessórios ou secundários que tenham contribuído para o curso dos factos com uma conduta de pequeníssima relevância*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

prática (fls 24901 penúltimo parágrafo) o que não é notoriamente o caso, que resultou apurado em julgamento a partir dos factos acima descritos relativos a esta sociedade.

Tal como bem ficou expresso no parecer de Pedro Caeiro e Filipe dos Santos as acções concretamente imputadas à Farminveste SGPS não podem ser qualificadas como uma execução do facto típico **nem sequer a título de cumplicidade na execução do mesmo porquanto** : “(...) a circunstância de a Farminveste SGPS deter a maioria do capital da Farminveste IPG e da HMR e de ter acompanhado, como holding, os respectivos comportamentos, chamando a si os resultados produzidos (como é seu dever bem como o facto de partilhar com elas as mesmas instalações e parte do corpo de administradores, etc., são caracterizações genéricas de uma certa posição societária, e não acções que consubstanciem uma determinação concreta da Farminveste IPG ao facto concreto da imposição de preços artificiais para os preços dos dados das farmácias.

Da mesma forma, *não se vê de que forma estas pseudo-acções podem traduzir-se num auxílio concretamente relevante para o acto de imposição de preços artificiais por parte da Farminveste IPG, de maneira a considerar a Farminveste SGPS como cúmplice da infracção. Mesmo a expressão "ter acompanhado todos os comportamentos" desta última sociedade, sem outras indicações, não denota uma acção relevante e específica, como se exige para a qualificação da cumplicidade. Pode, apenas, significar uma omissão — aí já não na veste de cúmplice, mas sim de autor, com todos os requisitos que lhe vão associados e que analisaremos em parte ulterior deste parecer.*

É certo que na sentença recorrida, o Tribunal *a quo* chegou à conclusão (perfilhando aliás a tese da AdC) de que "o Grupo ANF utiliza a posição que detém no mercado" a montante para "concretizar uma compressão das margens nos mercados a jusante", sendo "as condutas em causa (...) resultado de uma estratégia global, que perspassa [sic] toda a cadeia empresarial" e ainda "cada uma das sociedades arguidas desempenhou, e desempenha, um papel determinante e autónomo no cometimento do esmagamento de margens", sendo que a Farminveste SGPS não só não impediu nem pôs termo às condutas, como "as pretendeu, ao chamar a si e considerar como suas, perante o mercado, tais condutas".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por fim, entendeu ainda o Tribunal *a quo*, que "*partilhando a Farminveste SGPS, a Farminveste IPG e a HMR os mesmos corpos dirigentes, a estes competia, bem como às sociedades que representam, adoptar as medidas adequadas para pôr termo imediato à prática da infracção (esmagamento de margens) pelos mesmos conhecida, tendo estes, por conseguinte, violado os deveres de controlo e vigilância que lhes incumbiam*".

Mas tendo presente que as condutas que integram a infracção do abuso de posição dominante consistiu essencialmente no caso presente "*na fixação de preços não equitativos para os dados das farmácias concorrentes e/ou na fixação de preços não equitativos para os estudos baseados nos dados das farmácias que conduziu a um esmagamento das margens de lucro*" verifica-se que o referido abuso de posição dominante por esmagamento de margens, em nenhum lado é imputado a acções da Farminveste SGPS que realizem a conduta típica.

Na verdade, é inegável que em lado nenhum se diz que a Farminvest SGPS – que é recorde-se um sujeito de direito autónomo em relação às outras duas arguidas as empresas Farminveste IPG e HRM - **praticou actos de compressão de margens constitutivos de um Abuso de posição dominante, isto é em lado nenhum se descrevem condutas da Farminveste SGPS que consubstanciam a prática da infracção, ou seja a imposição de preços não equitativos para os dados das farmácias e para os estudos daí resultantes.**

Com efeito, deu-se como provado que a Farminveste SGPS, detendo maioritariamente a Farminveste IPG e a HMR "acompanhou", na sua veste de *holding* do "universo empresarial ANF", "todos os comportamentos" destas duas últimas empresas, conclusão que retira de certos documentos da própria Farminveste SGPS onde se dá destaque à retoma da comercialização dos dados de saúde e ao crescimento do volume da actividade comercial da HMR.

Igualmente se apurou ter existido a partilha das mesmas instalações por parte da Farminveste SGPS, Farminveste IPG e HIVIR, bem como o facto de a primeira não



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

dispor de quadros ou pessoal próprios e, ainda, a circunstância de os membros que integram os corpos sociais das duas últimas, serem também administradores da primeira.

Este enquadramento orgânico-institucional traduzir-se-ia, no plano funcional, em que a Farminveste SGPS "atua, através destas, nesses mercados, controlando a atividade destas sociedades e chamando a si os resultados dessa atividade" pois "tem o poder de influenciar a conduta das suas filiais (...) de uma forma que lhe permite administrar todo o Grupo, ou uma grande parte deste, como tratando-se de uma única empresa (...), podendo gerir, e gerindo, os negócios dessas empresas".

Assim, como é "expectável que a empresa-mãe e a(s) suas(s) filial(is) partilhem a mesma estratégia empresarial, com vista a fins comuns" e que "a filial promova os interesses da empresa-mãe" compreende-se que a Farminveste SGPS "tome como sua a atuação da Farminveste IPG e da HMR" anunciando ao mercado "as atividades que, indiretamente, desenvolve" sendo ela quem "lucra com os negócios (e comportamentos abusivos) das suas filiais".

Por fim foi ainda defendido pelo Tribunal *a quo*, "pese embora bastasse, para efeitos de aferição do envolvimento da Farminveste SGPS nos comportamentos em análise, a possibilidade de esta exercer controlo sobre a Farminveste IPG e a HMR — controlo este que efetivamente exerceu — resulta, acrescidamente, do que fica enunciado, o seu envolvimento na prática em análise".

Na verdade, não pode esquecer-se como referem os citados autores Pedro Caeiro e Filipe Santos no mencionado parecer, que **o Abuso de posição dominante tem que traduzir-se numa conduta, e não numa situação** (a posição dominante propriamente dita, aliada ou não a uma certa forma de organização empresarial).

Ora, os factos e circunstâncias que se imputam à Farminveste SGPS traduzem apenas — como a própria AdC defendeu - um "envolvimento" daquela sociedade na prática da infracção, mas não constituem, eles próprios, a execução da mesma, através da alegada fixação de preços não equitativos para os dados das farmácias, conduta essa que dá corpo ao abuso de posição dominante.

Aliás, bem vistas as coisas, o que foi apurado pelo Tribunal *a quo* quanto a esta firma Farminveste SGPS respeita não ao seu envolvimento *concretamente* na infracção (isto é na decisão de fixar preços elevados, a efectiva contratualização dos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mesmos com a HMR e a fixação dos preços dos estudos), mas sim à *posição dominante* detida pela Farminveste SGPS no mercado e às *relações de índole genérica e abstracta entre as várias sociedades* (a organização do "grupo" e o controlo efectivo das participadas, umas vezes pela ANF, outras vezes pela Farminveste SGPS; as notas sobre a actividade comercial da HMR e a consolidação dos respectivos resultados por parte da Farminveste SGPS, etc.).

Daí que foi objecto de análise na 1ª instância, saber se as acções que foram imputadas à Farminveste SGPS permitiam considerá-la autora ou participante de uma contraordenação de Abuso de posição dominante.

Acções que como já vimos consistem em : em ter "acompanhado", na sua veste de holding do "universo empresarial ANF", "todos os comportamentos" da Farminveste IPG ; em ter dado destaque, em documentos próprios, à retoma da comercialização dos dados de saúde e ao crescimento do volume da actividade comercial da HMR; em partilhar as mesmas instalações com a Farminveste IPG e a HMIR, não dispondo de quadros ou pessoal próprios; e, ainda, a circunstância de os membros que integram os corpos sociais das duas últimas serem também administradores da primeira.

Ora as acções acima já referidas que na matéria de facto foram imputadas à arguida Farminveste SGPS, não constituem, segundo sublinham os autores Pedro Caeiro e Filipe dos Santos no mencionado parecer, uma execução sequer parcial do facto proibido, pois não se traduzem em impor preços ou condições de transação não equitativas à HMR ou aos adquirentes dos estudos, com quem nem sequer contrataram nem constituem uma participação na imposição desses preços, de forma a poder afirmar-se uma execução conjunta.

Consequentemente resulta da própria matéria de facto provada nestes autos que a Farminveste SGPS não praticou nem podia praticar as acções tipificadas no artº 102º do TFUE-

Daí ser importante apurar então se a actuação desta empresa **poderia antes de mais ser sancionada ao abrigo da definição de autor fornecida pela lei Portuguesa.**

No Acórdão *Treuhand* (o Tribunal de primeira instância discutiu extensamente a definição da autoria subjacente à infração prevista no artº 101º do TFUE - AcTPIUE, de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

8 de Julho de 2008, *Treuhand ÁG c. Comissão* (proc. T-99/04), esp. § 115 e ss (cfr parecer de Pedro Caeiro/Filipe Cassiano dos Santos).

Aí porém, apesar de utilizar por várias vezes as expressões "conceito extensivo" e "conceito unitário" de autor, no sentido de que todo o participante é autor, o que o Tribunal fez foi reconduzir a noção de autor, para efeitos da proibição contida no artº 101º do TFUE, ao ilícito-típico, qualificando a recorrente como autora, não por ter dado causa ao facto típico, mas sim pelo seu contributo para a execução do acordo de empresas.

Ora, como observa João Matos Viana (JOÃO MATOS VIANA, in "Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção Alargada) de 8 de Julho de 2008, processo T-99/04. Os conceitos de autor e cúmplice de uma infracção ao artigo 81.º TCE", *Revista de Concorrência e Regulação* I-1 (2010), p. 388) isto significa que o Tribunal considerou que a recorrente era autora da infracção porque, "ela mesma, realizou direta e imediatamente o facto típico (e violou o dever que sobre si impendia e que resultava do artigo 81º, nº 1, do TCE)".

Podemos pois assentar em dois pontos de partida:

1º Atenta a natureza específica da infracção aqui em análise contida no artº 102º do TFUE só pode ser autor, aquele que detiver uma posição dominante no mercado.

2º Não existe no Direito Europeu um conceito geral de autor em matéria de contraordenações que se imponha aos Estados membros quando aplicam o artº 102º do TFUE e se quisermos transpor para a autoria dessa contraordenação em causa nestes autos a jurisprudência do *Treuhand* relativa aos acordos de empresas, dela só pode retirar-se que **é autor quem realiza o facto típico, violando o dever a que está obrigado** – mas não que existem outros participantes puníveis para lá desse círculo.

Ora no nosso ordenamento jurídico interno, o artº 16º do RGCO distingue desde 1995 entre autor e cúmplice prevendo uma atenuação especial para o cúmplice.

Como nos ensinam os autores Pedro Caeiro e Filipe dos Santos no mencionado parecer junto aos autos “tem-se discutido a questão de saber se no DMOS vale um *conceito extensivo de autor*, diferentemente do que sucede no direito penal, onde vem prevalecendo aquilo a que se convencionou chamar uma *concepção restritiva* (rectius,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

restrita) da autoria, na veste da teoria do "domínio do facto" (*Tatherrschaft*). A este propósito, a doutrina (tanto portuguesa como alemã, perante sistemas jurídicos semelhantes) encontra-se dividida.

Tradicionalmente, segundo Frederico da Costa Pinto (in "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", *RPCC* 7 (1997), p. 25.) entendia-se que o conceito extensivo de autor, mesmo que (já) não obedeça, desde 1995, à forma unitária — seria mais adequado para caracterizar o ilícito contraordenacional (cfr JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", in *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, 1983, p. 332): na conhecida formulação de Eduardo Correia (embora referida ao direito penal), "*autor de um crime será todo aquele que tiver dado causa à sua realização*" (vde⁹ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias)*, vol. II, 1965, p. 246 (itálicos no original)).

As razões que levariam a preferir aqui um conceito extensivo de autor prendem-se, essencialmente, com a circunstância de a concepção do "domínio do facto", apelando a categorias ontológicas como a acção ou a vontade, se adaptar mal à complexidade das estruturas hierárquicas e das teias de competências que se encontram nos destinatários preferenciais das normas contra-ordenacionais, *sc.*, as pessoas jurídicas, bem como às possíveis relações de comparticipação entre elas.

Para além disso, o domínio do facto teria um rendimento insatisfatório nos casos em que a conduta activa do subalterno (ou de uma pessoa jurídica dominada) ocorre com a complacência (omissão) do superior hierárquico (ou da pessoa jurídica dominante), ou no caso dos chamados delitos de dever (*Pflichtdelikte*).

A concepção restritiva de autor geralmente aceite no direito penal contemporâneo e consagrada entre nós no artº 26º do C.P é a chamada "teoria do domínio do facto" cuja construção última se deve a Claus Roxin segundo o qual só é autor quem controla a produção do facto proibido, e não quem põe uma condição relevante para que ele se produza.

(...) o principal argumento sobre que repousa o conceito restrito de autor em direito penal — a ideia de que autor de um facto é quem o executa, não aquele



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que lhe "dá causa", - porque a doutrina da causalidade diz respeito a um outro problema da construção da infracção (*rectius*, de algumas infracções), *sc.*, a ligação entre a acção e o resultado típico.

Assim em Direito Penal e segundo Figueiredo Dias, "autor não é quem causa o facto, mas quem o executa, directa ou indirectamente: e é isto que corresponde à exigência própria do Estado de Direito, de que a punição se vincule e refira à realização do tipo."

No caso sub judice, desde logo aceitamos como acertada a fundamentação do Tribunal *a quo* no que respeita à aplicação do conceito extensivo de autoria à contraordenação objecto destes autos, e à ideia de que não faz sentido distinguir aqui entre as formas de comparticipação que se encontram descriminadas no artº 26º do C.P.

Melhor dizendo, o conceito extensivo de autor nos ilícitos contraordenacionais tem, desde logo, uma primeira implicação, que é a desnecessidade de efetuar a distinção entre as concretas formas de autoria (autoria, coautoria e instigação), impondo-se apenas diferenciar a cumplicidade da autoria.

No caso presente, e no que toca à decisão sobre a imputação do ilícito contraordenacional objecto destes autos, não obstante considerarmos ter sido ser acertado por parte do Tribunal *a quo* a sua opção de recorrer ao conceito extensivo de autor consagrado no artº 16º do RGCO, entendemos que esse Tribunal foi longe de mais ao concluir com base nesse conceito extensivo de autor pela condenação da firma ora recorrente Farminveste SGPS.

Isto é, quanto a nós, o Tribunal *a quo* foi mais além dos limites impostos pelo referido conceito extensivo de autor, quando considerou relevante, para a imputação a título de autoria da infracção contida no artº 102º do TFEU, todo e qualquer contributo ou participação (por acção ou omissão) de um determinado sujeito na actividade ilícita objecto destes autos.

Na verdade, uma vez colocado perante a evidência de que as acções concretas imputadas a esta sociedade arguida, não podiam ser manifestamente qualificadas como "execução do facto típico", acabou afinal o Tribunal *a quo* por censurar à Farminveste SGPS o facto de não ter impedido a prática da infração levada a cabo pelas arguidas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Farminveste IPG e pela HRM e nessa medida considerou-a autora (por omissão) da infração de abuso de posição dominante prevista no artº 102º do TFUE – considerou-se assim ser censurável e preencher a infração em causa, o conhecimento por parte da Farminveste SGPS dos actos praticados pela Farminveste IPG e pela HMR e a subsequente decisão daquela primeira sociedade, de nada fazer para cessar a conduta destas últimas, possibilitando a manutenção da infracção.

Recorde-se o que foi apurado no julgamento da 1ª instância e está descrito na matéria de facto provada:

A “Farminveste SGPS [...] foi constituída pela ANF a 8 de setembro de 2010 [...] e tem como objeto social a participação no capital de outras sociedades como forma indireta de exercício de atividades económicas”, conforme resulta da pág. 24 do Relatório e Contas da ANF, relativo ao exercício de 2010, a fls. 17697, verso, dos autos.

27) A Farminveste SGPS é atualmente detida a 90,26% pela ANF, encontrando-se os remanescentes 9,74% do capital dispersos por empresas associadas da ANF (farmácias).

31) A Farminveste SGPS detém, a 100%, a Farminveste IPG, sendo, assim, a Holding do universo Empresarial ANF (conforme organograma supra), sendo que a Farminveste IPG detém, a 100%, a HMR, estando presente no mercado de pharma market research através dessa “participação [...] no capital social da HMR” , conforme pág. 26 do Relatório & Contas de 2010 da ANF, a fls. 17695, verso, dos autos.

(...)

34) A Farminveste SGPS, através da Farminveste IPG, desenvolve a sua atividade em setores diversificados, através de participação em empresas nas áreas de distribuição farmacêutica, sistemas e tecnologias de informação, inteligência sobre o mercado farmacêutico, setor imobiliário e corretagem de seguros, conforme resulta da pág. 25 do Relatório e Contas da ANF, relativo ao exercício de 2013, a fls. 17894 dos autos.

41) Constituindo a participação no capital de outras sociedades (maxime, da Farminveste IPG) a sua forma de exercício de atividade económica, a Farminveste



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

SGPS consolida as contas do Grupo, apresentando em cada ano, em conformidade, um volume de negócios consolidado (cfr. Relatório e Contas da Farminveste IPG de 2012, fls. 16742, verso).

42) Até “setembro de 2010 a [ANF] detinha diretamente 99,9% do capital social da Farminveste [IPG], com os restantes 0,1% a serem detidos indiretamente pela ANF através da sociedade Farminveste 2, SGPS, Sociedade Unipessoal, Lda.. Para a centralização e concentração da gestão dos investimentos financeiros, a ANF criou a Farminveste SGPS entregando a sua participação na Farminveste IPG como constituição do capital. Posteriormente, a Farminveste SGPS adquiriu os restantes 0,1% e detém atualmente 100% da Farminveste IPG”, conforme é explicado pela própria Farminveste IPG (Relatório & Contas da Farminveste IPG, relativo ao exercício de 2012, a fls. 16746, verso, dos autos).

(...)

51) O Conselho de Administração da Farminveste IPG, para o triénio 2013/2015, é composto por Paulo Duarte (Presidente); Vítor Segurado; Nuno Lopes; Abel Mesquita; e Luís Matias (Vogais), todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18114 a fls. 18118 dos autos.

52) Os ora identificados e únicos Administradores da Farminveste IPG são também, todos eles, Administradores da Farminveste SGPS, sendo também idêntico o Presidente do Conselho de Administração.

53) Para o triénio 2011/2013 tinham sido designados: João Cordeiro (Presidente); Maria da Luz Sequeira; João Silveira; Vítor Segurado; Abel Mesquita; Carlos Lacerda (até 28.09.2012); e Paulo Duarte (Vogais); todos melhor identificados na respetiva certidão permanente da sociedade, constante de fls. 18114 a fls. 18118 dos autos.

54) Os ora identificados e únicos Administradores da Farminveste IPG designados para o triénio 2011/2013, que só exerceram funções até 21.05.2013, foram também, todos eles, Administradores da Farminveste SGPS (durante o triénio 2010/2012), sendo também idêntico o Presidente do Conselho de Administração.

(...).

62) Ou seja, Paulo Duarte é, atualmente e desde 2013, cumulativamente, Presidente da Associação Nacional de Farmácias, Presidente do Conselho de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Administração da Farminveste SGPS, Presidente do Conselho de Administração da Farminveste IPG e Gerente da HMR.

63) Sendo que, anteriormente, era João Cordeiro quem acumulava esses ora identificados quatro cargos.

(...)

Nos presentes autos, perfilhando o entendimento expresso no parecer de Pedro Caeiro/Filipe Cassiano dos Santos e também no parecer de Figueiredo Dias juntos aos autos, entendemos contudo não estarem reunidos todos os pressupostos legais para se poder considerar que esta firma recorrente é autora (por omissão) da contraordenação objecto destes autos.

Com efeito, subscrevemos inteiramente o que defende Figueiredo Dias de forma muito clara e expressiva no referido parecer, posição que aqui transcrevemos e fazemos nossa, no sentido de este caso apresentar uma configuração deveras particular, porque se trata de analisar a responsabilidade por violação das normas da concorrência, de um ente colectivo (a Farminveste SGPS) pertencente a um grupo empresarial (apelidado na sentença de Grupo ANF).

Nesse grupo empresarial, o centro de decisão encontrava-se localizado no topo da hierarquia na ANF, sendo esta quem decidia e impunha os termos em que os preços dos dados e dos estudos eram fixados, a execução das condutas abusivas e típicas era realizada pelas empresas participadas a Farminveste IPG e HMR e à empresa Farminveste SGPS, interposta entre a ANF e as outras duas, censura-se o facto de nada ter feito, isto é nas palavras de Figueiredo Dias no parecer constante dos autos “a situação típica na qual se baseia a atribuição de responsabilidade à Farminveste SGPS por omissão, corresponde ao conhecimento que esta tinha das práticas abusivas levadas a cabo pela sua participada Farminveste IPG e pela participada desta hmR e à deliberada falta de actuação daquela para evitar que estas duas últimas sociedades mantivessem tal comportamento abusivo e contrário à concorrência.

Considerou-se, assim, que a Farminveste SGPS se deveria ter oposto a essas práticas, impedindo-as”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Mas face à matéria descrita na sentença e dada como provada, também nós entendemos, ser acertada a posição de F. Dias no sentido de não ser por isso possível imputar responsabilidade por omissão a esta firma Farminveste SGPS, por não se encontrarem apurados e provados todos os elementos que compõem o tipo de ilícito objectivo das contraordenações por omissão, a saber:

- 1) - possibilidade fáctica de acção;
- 2) - imputação objectiva da lesão do bem protegido pela norma, à omissão do agente infractor;
- 3) - a posição de garante (que inexistia no caso da Farminveste SGPS)

1) Da possibilidade fáctica de acção: Segundo Figueiredo Dias, da matéria de facto provada na sentença recorrida não resulta estar demonstrado este pressuposto da punição por omissão, que é a comprovação da possibilidade fáctica de a Farminveste SGPS poder travar as condutas abusivas das participadas Farminveste IPG e HMR.

Recorde-se nomeadamente ter ficado provado: "(...)a ANF detinha 90,26% do capital social da Farminveste SGPS e esta, por sua vez, detinha 100% do capital social da Farminveste IPG, que, por seu turno, era proprietária de 100% do capital social da hmR; sendo por isso a ANF designada "como a Holding do universo ANF" (384. dos factos provados).

Mais se concluiu que coube à ANF "a análise, concepção e decisão da prática e dos comportamentos tendentes à sua consumação, integrando-se a prática das recorrentes (...) numa estratégia dirigida, na sua cúpula, pela própria ANF" (376.).

E considerou-se mesmo que "a ANF exerce um controlo efectivo, influenciando, directa ou indirectamente, todas as sociedades do seu grupo, e respectivas estratégias e actuações nos respectivos mercados em análise" (375.). Cf. ainda o ponto 382. da matéria provada: "E [a ANF] explica ao mercado que «[em virtude da sua participação social majoritária e dos correspondentes direitos de voto, [...]] exerce sobre a [Farminveste SGPS] uma influência dominante".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Por isso, acertamente concluiu Figueiredo Dias, não resultar da matéria de facto qualquer traço factual que aponte para essa possibilidade fáctica de a Farminveste SGPS poder travar as condutas abusivas das participadas Farminveste IPG e HMR.

Se na realidade, como se concluiu na sentença, a ANF, como entidade de cúpula do grupo, decidia, dirigia e condicionava a atividade de todas as sociedades por si direta e indiretamente participadas, incluindo a Farminveste SGPS, isso é indiciador de que a esta última, faltava o concreto poder de facto para evitar o específico comportamento de abuso que àquelas é assacado (esta conclusão não é prejudicada pelo facto de os dirigentes das várias sociedades serem comuns, porquanto repete-se o que releva é estarmos perante pessoas colectivas distintas pertencentes a um grupo empresarial e dirigidas dentro desse grupo pela ANF que sobre elas exerce um controlo efectivo).

Concordamos pois inteiramente com o pensamento de Figueiredo Dias quando conclui no mencionado parecer (com sublinhados nossos): “(...) *Ao dirigir a acção global do grupo, e em particular os comportamentos ora objeto de censura contraordenacional, a ANF determinou as condutas das participadas Farminveste IPG e hmR, mas também, implicitamente, a da Farminveste SGPS. Que assim se viu como que manietada na sua capacidade de agir, nomeadamente, de agir em aberta e frontal oposição à cúpula do grupo. Poder-se-á objetar que a Farminveste SGPS não revelou intenções de o fazer, mas o que é certo é que, nas circunstâncias em que (não) atuou, não tinha poder de facto para o fazer. E essa concreta incapacidade de acção obsta a que lhe possa ser imputada uma responsabilidade contraordenacional por omissão.*

2) Da relevância causal da omissão: era também necessário para ser possível imputar responsabilidade por omissão à Farminveste SGPS que da sentença resultassem elementos de factos demonstrativos de que a inação da Farminveste SGPS constituiu realmente uma condição *sine qua non* para que este abuso de posição dominante ora em análise, se materializasse.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Tal como foi bem sublinhado por Figueiredo Dias, no mencionado parecer: “(...)Perante um tão claro e esmagador domínio da ANF sobre as arguidas directamente executoras das condutas típicas (a Farminveste IPG e a HMR) não se vê que espaço possa ter sobrado para uma influência causal da Farminveste SGPS sobre o abuso de posição dominante identificado pela sentença. *O non facere* da Farminveste SGPS só poderia determinar a sua responsabilização se se comprovasse que contribuiu para as condutas abusivas da Farminveste IPG e da hmR. Porém, não só ficou por demonstrar e levar aos factos provados que a sua omissão foi (causalmente) determinante do abuso de posição dominante, como ainda nada permite supor ou inferir, a partir da matéria provada, que de algum modo tenha promovido ou favorecido esse abuso. Em face do domínio absoluto que, segundo a própria sentença, a ANF detinha sobre as condutas ilícitas da Farminveste IPG e da hmR, ao ponto de se sobrepor e “passar por cima” da posição formal em que a Farminveste SGPS se encontrava investida, tudo leva antes a crer que a omissão desta última em nada constituiu condição para que o referido abuso se consumasse.”

Concordamos inteiramente com a apreciação feita por este autor nesta matéria.

No que respeita à causalidade ou imputação objectiva da lesão do bem tutelado pela norma à omissão do agente, ensinam-nos ainda Pedro Caeiro/Filipe Cassiano dos Santos no seu parecer, supra mencionado, o seguinte: “(...) o conceito extensivo de autor não é uma credencial que permita imputar o facto ilícito a todos quantos deram um contributo (sc., puseram uma qualquer condição) para a sua produção. De contrário, estaríamos a estender não apenas o conceito de autor (a todo e qualquer participante), mas também, e sobretudo, o conceito de causalidade, ou mais rigorosamente, o *âmbito da imputação objectiva do facto, para lá da própria possibilidade de dominar e prever os processos causais*.

Era precisamente com o intuito de evitar essa incontrolável e ilegítima extensão dos tipos de crime, que os defensores de um conceito extensivo de autor alertavam para que “o nexo de causalidade que se deve colocar no centro da teoria da participação criminosa não pode corresponder a uma pura teoria da equivalência das condições, mas deverá antes determinar-se *nos precisos termos da causalidade adequada*” .



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Assim, para além de se ter posto uma condição que tenha concorrido para causar o facto, é necessário que, em geral e abstracto e de acordo com as máximas da experiência, o facto surja, num juízo de prognose póstuma *ex ante*, como uma consequência normal, típica e previsível dessa acção.

Por último, é ainda necessário que a conduta tenha criado (ou aumentado) um risco proibido para o bem jurídico protegido pela norma e que esse risco se tenha materializado no resultado típico: "quando se não verifique uma destas condições a imputação deve ter-se por excluída".

Tudo visto e em resumo, deve-se sublinhar que o que estes autores defendem no plano da execução do ilícito por acção, aplica-se *mutatis mutandis* quando o contributo do agente para a lesão do bem jurídico tutelado pela norma, se traduz numa omissão.

Nesta sequência, também nós entendemos, seguindo de perto a argumentação de Figueiredo Dias acima transcrita, não ser possível no caso sub Júdice estabelecer um nexó de causalidade adequada entre o contributo (omissivo) atribuído a esta arguida Farminveste SGPS e a lesão do bem jurídico tutelado pelas normas do regime legal da concorrência que foram neste caso violadas (acima mencionadas).

Assim para poder ser possível responsabilizar esta sociedade pelo abuso de posição dominante (por força da sua inação) a questão que se deve antes de mais colocar é a seguinte:

a prática da infracção em causa, de imposição de preços excessivos e não equitativos pela empresa dominante e subsequente esmagamento de margens de lucro da empresa IMS concorrente, infração executada pelas empresas Farminvest IPG e HRM (sob orientação e decisão impostas pelas ANF) surge em geral e em abstracto, como uma consequência normal, típica e previsível do facto de a Farminvest SGPS nada ter feito para cessar/impedir aquela actuação ilícita?

Isto é, não fora ter ocorrido essa inação por parte da Farminveste SGPS e aquela infração do abuso de posição dominante através de actos levados a cabo pela ANF, pela Farminveste IPG e pela HRM, não teria nunca acontecido/ou teria sido impedida?

Ora a resposta a tal questão só pode ser negativa.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em primeiro lugar, tenha-se em atenção a especial natureza desta infração ora em análise, que constitui segundo ensinamento de Teresa Quintela no parecer supra mencionado, que aqui reproduzimos e fazemos nosso, um delito de *empreendimento típico (proibido)*, *que não se confunde com ordens e instruções ou definições de políticas financeiras e de actuações no mercado dos dirigentes titulares das organizações empresariais em causa*.

E ficou escrito na seguinte passagem desse parecer que aqui se transcreve (com sublinhados nossos):

“(...)Configurando o abuso de posição dominante um empreendimento típico (proibido), e não um delito de acto singular (estruturado sobre a execução corpórea de uma conduta instantânea proibida), a sua imputação aos dirigentes das organizações empresariais em causa [artº 73º/2 a) ou b), e 3 LdCI e, por via desta imputação, às pessoas *colectivas* titulares *de* tais organizações, não pode depender da identificação de concretas acções individuais desses dirigentes. Mesmo que estas existam (v.g. sob a forma de ordens ou instruções e, até, da definição de políticas financeiras e de actuação no mercado), elas jamais se confundem ou identificam com o falseamento das condições de concorrência como efeito (apenas futuramente comprovável) de certa forma de orientação, funcionamento e actuação de um todo empresarial.(...)”

Em segundo lugar, a empresa Farminveste SGPS foi criada pela ANF em Setembro de 2010 (facto provado 26.) sendo que nessa altura já o abuso de posição dominante (infracção de carácter permanente) estava em curso desde o início de Janeiro de 2009, sendo como tal irrelevante para a sua consumação, a entrada no mercado de outras empresas, pertencentes ao Grupo ANF, mesmo que essa nova empresa fosse uma empresa que viesse a deter na sua totalidade a Farminveste IPG e a HMR, como veio a suceder com a Farminveste SGPS considerada por isso a holding do grupo ANF – recorde-se que a Farminveste SGPS detinha a 100% a Farminveste IPG e esta por sua vez detinha a 100% a HRM (facto provado em 31.).

Em terceiro lugar, face ao que ficou supra explicado quanto às relações entre as varias empresas que compunham o grupo ANF, é verdade que a Farminveste SGPS S.A dominava integralmente (por via indirecta através da Farminveste IPG S.A), a empresa



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

HMR Lda, mas como acima ficou já esclarecido, todas estas 3 empresas pertenciam ao grupo ANF e quem dominava esse grupo era a ANF – quanto à existência e relevância nos autos deste “Grupo ANF” recorde-se o ensinamento de Teresa Quintela, no seu referido parecer, posição que é também a nossa: “(...) o preceituado no artº 493º/2 CSC logo permite considerar, não só a Farminveste SGPS, SA e a Farminveste IPG, SA em relação de grupo (por a primeira deter 100% do capital da segunda), mas ainda a HMR, Lda., por esta ser detida a 100% pela Farminveste IPG, SA, que, por sua vez é detida a 100% pela Farminveste SGPS, SA.

Ou seja, Farminveste SGPS, SA domina integralmente, por *via* indirecta *através* da Farminveste IPG, SA), também a HMR, Lda., *não obstante serem sociedades comerciais de tipo diferente*.

O que significa o seguinte, de importância crucial para o caso *sub judicio*: apesar do disposto no artº 481º/1 CSC quanto à igual natureza das sociedades coligadas, esta norma tem de ser articulada com o artº 493º/2 CSC.

Por isso, deverá entender-se que a primeira norma estabelece apenas um princípio geral, que não obsta ao reconhecimento de uma relação de grupo - de direito - entre sociedades/pessoas jurídicas de natureza diversa, mercê do domínio integral (directo ou indirecto) dos respectivos capitais sociais pela sociedade líder do grupo.

Por seu turno, a imposição de considerar a realidade material subjacente à diversidade de pessoas jurídicas (emergente do artº 3º/2 LdC) permite incluir neste grupo, de direito no que concerne à Farminveste SGPS, SA., Farminveste IPG, SA e HMR, Lda. (artº 493º/2 CSC), também a ANF por estarmos perante uma "única empresa", em virtude da existência de uma unidade económica ou de laços de interdependência entre todos estes entes colectivos. Deste modo é com toda a propriedade e legitimidade (face ao Direito Societário e à LdC) que a Decisão condenatória se refere ao "Grupo ANF".

Por outro lado, tal como nos ensinam Pedro Caeiro e Filipe dos Santos no seu parecer junto aos autos “*o simples conhecimento pela sociedade mãe de qualquer infração praticada pela sociedade participada não pode envolver ipso jure a imputação*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

dos factos à primeira porque condição imprescindível da imputação de um acto ou mesmo de uma vontade a uma sociedade é que esse acto ou vontade sejam assumidos pela própria sociedade, isto é que seja transportada do plano das pessoas dos sócios ou dos administradores ou das suas intenções ou conhecimentos pessoais e passe pelo crivo do modo próprio de formação da vontade social, estabelecendo-se com isso o nexo de imputação institucional.”

Na verdade e agora de novo socorrendo-nos dos ensinamentos de Teresa Quintela, contidos no mencionado parecer junto aos autos “ *a imputação de responsabilidade sancionatória por uma contraordenação pressupõe um estabelecimento de uma relação jurídica entre um sujeito e um sucesso criminal ou contraordenacionalmente relevante em ordem à aplicação de uma sanção*”.

Assim não se vê como defender que o aparecimento desta empresa Farminveste SGPS no mercado e a formulação de directrizes suas no sentido de interferir na actuação da Farminveste IPG e HMR (admitindo que tivesse o poder de assim as emitir, que já vimos não possuir por ser a Farminveste SGPS maioritariamente dominada pela ANF), poderia ter impedido a conduta (ilícita) daquelas duas outras empresas (Farminveste IPG e HMR) - atenta a natureza da infracção em curso e uma vez que quem coordenava todo o grupo era a ANF (a ANF detinha 90,26% da Farminveste SGPS conforme o provado na 1ª instância e descrito na sentença recorrida em 27. e em 381 e em 382).

Melhor dizendo, mesmo que se pudesse aceitar, que a partir de Setembro de 2010, a inação da Farminveste SGPS (isto é, o seu conhecimento dos actos praticados pela Farminveste IPG e pela HMR e decisão de nada fazer para cessar a conduta das mesmas, possibilitando assim a manutenção da infracção), constituiu mais um contributo para a manutenção da consumação da infracção praticada pelas arguidas Farminveste IPG e pela HMR (empresas por aquela detidas) **não poderia nunca tal omissão ser considerada uma causa adequada dessa infracção.**

Ou seja nem a referida omissão constitui a causa da actuação da Farminveste IPG e da HMR num plano naturalístico, nem a fixação dos preços não equitativos para os produtos das farmácias (e subsequente potencial esmagamento de margens de empresas concorrentes no mercado a jusante dos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

estudos de mercado) levado a cabo por aquelas duas empresas, surge em geral e em abstracto como uma consequência normal, típica e previsível dessa omissão.

3) Da inexistência do dever de Garante

O Tribunal *a quo* tomou posição expressa sobre esta questão e entendeu que sobre a empresa Farminveste SGPS impendia um dever de agir que pessoalmente a obrigava a evitar o abuso de posição dominante imputado às suas participadas, assentando esse dever na função de vigilância de uma fonte de perigo, o qual constitui segundo a doutrina uma das três diferentes espécies de deveres em que a doutrina reconhece haver uma posição de garante.

Com efeito a fls 282/283 da sentença recorrida ficou escrito “*Uma dessas fontes [do dever de garante, fundada numa função de vigilância de uma fonte de perigo] consiste no dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio, cujo fundamento geral reside em que a comunidade tem de poder confiar em que quem exerce um poder de disposição sobre um âmbito de domínio ou sobre um lugar determinado, deve também dominar os riscos que para estas podem resultar de estados ou situações perigosas*” (pág. 282 da sentença).

Foi partindo desta categoria e tomando em consideração o poder de controlo e disposição detido pela Farminveste SGPS sobre a Farminveste IPG e sobre a HMR, que o Tribunal *a quo* concluiu que “*estas (Farminveste IPG e HMR), ao agirem ilicitamente contra a concorrência, consubstanciaram uma fonte de perigo, motivo pelo qual aquele poder de disposição detido pela Farminveste SGPS impunha a esta um dever de agir*”.

Não é esta a posição de Figueiredo Dias expressa no seu parecer junto aos autos, onde defende o seguinte: “*contrariamente ao que o Tribunal a quo concluiu, um eventual dever jurídico de actuar que se pretenda atribuir à Farminveste SGPS não pode sustentar-se em um dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio, pela razão singela, mas determinante, de que esta categoria não cobre fontes de perigo pessoais.*”



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Assim para este autor e para a doutrina maioritária, os perigos que cumpre vigiar enquanto “fontes de perigo” e que podem sustentar a existência de um “dever de garante” são apenas os perigos relativos a estados, coisas ou lugares – e nunca quanto a actuação de terceiros autónomos e responsáveis, por respeito aos princípios gerais da auto-responsabilidade, autodeterminação, confiança, culpa e ao próprio Estado de Direito.

Também aqui subscrevemos inteiramente o entendimento de Figueiredo Dias que pela sua clareza e coerência, aqui transcrevemos e fazemos nosso (com sublinhados da nossa autoria), nada mais havendo a acrescentar sob pena de sermos redundantes:

“(…) a situação dos autos não se reconduz à referida figura do dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio.

Nesta categoria, tanto para nós como para a generalidade da doutrina que a favor dela se pronuncia, o que está em causa são situações de perigo relativas a determinados estados, coisas ou lugares. Assim, este específico dever abrange perigos iminentes a máquinas, utensílios, instalações, imóveis, produtos, animais, etc.³³ Mas já não perigos associados a terceiras pessoas.

Seria, com efeito, temerário e porventura até perigoso para a esfera de autonomia e autodeterminação que deve, em geral, reconhecer-se e assegurar-se às outras pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, a previsão de um dever *geral* de controlo ou fiscalização de terceiros, em função de uma certa perigosidade que lhes possa ser atribuída. Por mais perigosa (inclusive, criminalmente perigosa) que uma outra pessoa seja, não sobrará, *em regra*, para os demais, mesmo para aqueles que lhes são próximos, um dever de controlo e prevenção de factos ilícitos por ela cometidos *fundados nessa sua perigosidade*.

Coisa distinta vale justamente para as coisas ou lugares, esses sim abarcados pelo dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio, cuja perigosidade pode *per se* fundar um dever de agir imposto a quem tiver o seu domínio.

Deve reconhecer-se - como, aliás, o Tribunal da Concorrência reconhece (p. 282 da sentença) - que a existência de uma relação de domínio, imediato ou mediato, entre duas sociedades comerciais não contende, por si só, com a personalidade jurídica e a autonomia de que cada uma é titular. Na realidade, como esclarece Engrácia Antunes, um dos elementos básicos da estrutura fundamental da empresa de grupo é "a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

independência jurídico-formal das sociedades agrupadas: não obstante a sua integração no perímetro de ação e estratégia de uma unidade económico-empresarial mais vasta, aquelas sociedades conservam em pleno a sua personalidade jurídica individual, mantendo assim a respetiva autonomia jurídico-patrimonial e jurídico-organizativa". Desta forma, ainda que haja um domínio, até total, de uma sociedade sobre outra, constituem pessoas jurídicas distintas, devendo, por isso, em princípio, ao menos no plano sancionatório, cada uma delas responder apenas pelos seus próprios actos."

Em seguida, Figueiredo Dias analisa a hipótese de o dever de garante poder ainda subsistir no caso presente, mas com fundamento noutra fonte e acaba por concluir não existir qualquer outro fundamento no nosso ordenamento jurídico actual em que possa assentar o mencionado dever de garante.

Conclui pois este autor, não se encontrar no nosso ordenamento jurídico actual, fundamento que sustente a existência de um dever geral de garante da sociedade mãe face à actuação da sociedade filha, por factos contraordenacionais por esta última praticados.

Começa por referir que na doutrina alemã a opinião dominante vai no sentido de considerar que "(...), via de regra, não existe para a sociedade-mãe um dever de impedir ou evitar os ilícitos contraordenacionais cometidos pela sociedade-filha fundado num eventual dever geral vigilância daquela sobre esta, que é negado (...).

(...) todos os outros que têm o § 130 da OWiG por inaplicável aos grupos de empresas negam de plano um tal dever de garante suscetível de suportar uma responsabilidade por omissão da sociedade dominante relativamente a infrações cometidas por uma sua participada. E isso na base da autonomia jurídica de que cada uma goza, e concomitante autodomínio da sua organização e funcionamento, e na falta de qualquer outra norma legal que imponha tal dever."

Depois questiona-se sobre se em Portugal, o Tribunal *a quo* teria então razões para considerar como considerou, que o "poder de disposição" detido pela Farminveste SGPS não poderia deixar de gerar para ela um dever de agir (tal como ficou escrito a fls 283 da sentença).

Isto é, a questão que importa analisar e dar resposta é a de saber **se a Farminveste SGPS estaria obrigada, face ao ordenamento jurídico Português, a**



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ordenar às duas sociedades suas participadas (Farminvest IPG e HMR) que cessassem o abuso da posição dominante.

E aqui Figueiredo Dias, no parecer junto aos autos, considera ser de defender a linha de pensamento da doutrina maioritária na Alemanha, aplicável segundo ele também ao caso Português, com a seguinte argumentação que aqui transcrevemos e fazemos nossa (com sublinhados acrescentados por nós) por se nos afigurar ser absolutamente correcta e pertinente, constituindo uma análise rigorosa dos preceitos legais existentes no nosso ordenamento jurídico, aplicáveis nesta matéria:

“(...)uma coisa é certa em todo o caso: não há na doutrina portuguesa quem sustente a existência de um dever geral de garante da sociedade-mãe face à situação da sociedade filha por factos contra-ordenacionais por esta praticados.

(...) a afirmação deste dever de garante face à atuação de terceiros, deve estar rodeada de especiais cautelas - a fim de precaver ofensas aos princípios da culpa, da auto-responsabilidade e até da confiança e a sua extensão às relações de grupo entre empresas só poderá ser aceite caso exista um sucedâneo legal que a sustente (...)

(...) está em causa um relacionamento societário entre a Farminveste SGPS, a Farminveste IPG e a HmR que se reconduz a um tipo de grupo societário legalmente especificado, o dos "grupos constituídos por domínio total" (Código das Sociedades Comerciais: Título VI, Capítulo III, Secção I, artigos 488º a 491º).

De acordo com o disposto no artº 491º do CSC, a esses "grupos constituídos por domínio total aplicam-se as disposições dos artigos 501º a 504º e as que por força destes forem aplicáveis.

Temos, pois, que para este tipo societário de “grupo por domínio total” o legislador nacional previu e mandou aplicar uma disciplina normativa própria, a dos arts 501º a 504º do CSC (devidamente adaptados, porque imediatamente aplicáveis às relações de grupo fundadas num contrato de subordinação).

(...) ora deste regime legal não decorre para a sociedade dominante qualquer dever de vigilância dirigido à prevenção de ilícitos penais ou contraordenacionais cometidos pela sociedade dominada.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Uma ausência de previsão que seguramente não deve ser levada à conta de lacuna (...) mas que é por certo corolário do reconhecimento da autonomia jurídica de que a sociedade dominada pese embora o domínio total de que é alvo, é portadora.

Não obstante esta falta de específica previsão legal de um dever de vigilância da sociedade dominante face à atuação ilícita da sociedade dominada, sempre poderia cogitar-se a possibilidade de um tal dever poder derivar, ao menos implicitamente, do poder de direção que a sociedade totalmente dominante detém sobre a dominada.

Com efeito decorre deste regime legal a previsão de um direito de dar instruções vinculantes - as quais podem assumir as mais variadas formas e graus de concretização, podendo ir desde comandos de carácter genérico, como diretrizes ou orientações, até ordens ou proibições de conteúdo bem específico - através do qual a sociedade dominante exerce o seu poder de direção sobre a dominada, assim se viabilizando a direção económica unitária do grupo que é a marca de água dos grupos societários.

Trata-se porém de um poder que, deste modo, lhe é atribuído no interesse do grupo e, em última instância, dela própria, sociedade dominante; e não no interesse de terceiros ou da comunidade em geral.(...)

Com efeito, foi com base nesse poder de direcção - que designou por "poder de disposição" que o Tribunal a quo estabeleceu o dever de garante da Farminveste SGPS cfr o que ficou escrito na decisão recorrida: "nos casos em que a sociedade gestora de participações sociais ou o sócio, que pode, isoladamente, impor a sua vontade, tem conhecimento de que a sociedade participada está a incorrer num ilícito contraordenacional e, nessa medida, consubstancia uma fonte de perigo, esse poder de disposição dominante tem o poder de impor a sua vontade à sociedade participada não pode deixar de gerar um dever de agir" (p. 283 da sentença).

Tal como entendeu o Tribunal da Concorrência, é certo que a sociedade dominante tem o poder de impor a sua vontade à sociedade participada.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Pode fazê-lo, nomeadamente, ao abrigo do disposto no artº 503º do CSC (ex vi artº 491º), que atribui à sociedade dominante o "direito de dar instruções" à sociedade dominada.

Instruções que serão para esta vinculantes (artº 503º/1) e que podem inclusivamente ser para ela desvantajosas, se servirem os interesses da sociedade dominante ou das outras sociedades do mesmo grupo (artº 503º/2, I parte).

Naturalmente, serão ilícitas e como tal não deverão ser obedecidas pela sociedade dominada as instruções para a prática de atos que em si mesmos sejam proibidos por disposições legais não respeitantes ao funcionamento de sociedades (artº 503º/2 II).

Entre essas disposições legais contam-se as que se integram no direito da concorrência.

Se assim se previu no CSC uma limitação do direito de dar instruções para a prática de atos ilegais; já ficou, no entanto, por prever um qualquer dever de emissão de instruções para a cessação de tais atos que a sociedade participada eventualmente se encontre a praticar.

O que não deixa de ser sintomático: embora tenha sentido necessidade de (superfluamente) reiterar o óbvio, isto é, que a sociedade-mãe está proibida de dar instruções ilegais à sociedade-filha, o legislador nada estipulou quanto ao dever que sempre careceria de expressa previsão legal, o dever de instruir a sociedade dominada para que cessasse eventuais práticas ilícitas.

Deste modo conclui ainda Figueiredo Dias “se a existência deste poder de direcção materializado através do exercício do direito de emitir instruções é tida por indiscutível, o mesmo já não poderá dizer-se da possibilidade de convalidação desse poder num dever de emitir instruções à sociedade dominada, por parte da sociedade mãe”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Segundo a posição de Figueiredo Dias à qual aderimos inteiramente :”(...) *no nosso ordenamento societário, não impende sobre a sociedade-mãe um dever jurídico de dar instruções a uma sua sociedade-filha.*

Neste contexto, um eventual dever de emitir instruções poderá, quando muito, e a título de excepção, admitir-se relativamente apenas aos administradores da sociedade-mãe, mas com o sentido de um dever para com a própria sociedade-mãe, sob sua administração.

Tratar-se-á de decorrência do dever de direcção do grupo de que os respetivos administradores estão incumbidos e que lhes é imposto no interesse do próprio grupo (e não de terceiros).

Daqui resulta, atento ainda o disposto no artº 504º-1 do CSC, "que, se a prossecução diligente do «interesse do grupo» implicar a emissão de instruções dirigidas à administração de uma ou mais sociedades do grupo, os administradores da matriz poderão ser responsabilizados por omissão se as não emitirem".

Seja como for, esta eventual obrigação dos administradores é irrelevante para o presente caso de espécie, porquanto do que neste se trata não é da responsabilidade dos administradores, mas sim da sociedade dominante propriamente dita (por actos de sociedades dominadas) e no que a esta diz directamente respeito há posição doutrinal firme e unívoca: sobre ela não recai um dever de emitir instruções à sociedade dominada.

(...) É esta igualmente a posição de **Ana Perestrelo de Oliveira**, segundo a qual "não existe um dever da sociedade [diretora ou dominante] de emitir instruções nem, naturalmente, um correlativo direito da sociedade subordinada a recebê-las".

Nessa medida, uma vez que "a sociedade-mãe adquire o direito de dar instruções vinculativas às administrações das sociedades-filhas (artº 503º/1), mas não fica obrigada a exercer esse direito", "a sociedade diretora não pode ser responsável (por omissão) no caso de não levar a cabo uma direcção económica efectiva do grupo" (vde ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Grupos de Sociedades*, p. 168)



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E, finalmente, é também neste sentido que se pronuncia J. Coutinho de Abreu: "A sociedade dominante tem o direito de dar instruções à administração da sociedade dominada. Todavia, não tem, em regra, o dever de as dar" (vde M. COUTINHO DE ABREU, in: Código das Sociedades Comerciais em Comentário, vol. VII, Almedina, 2014, p. 294).

Assim por tudo o acima exposto, já vimos que a resposta à pergunta acima colocada não pode deixar de ser apenas uma só para um intérprete atento, pois resulta claro das normas jurídicas aplicáveis acima referidas a seguinte constatação: "(...) ainda que porventura tivesse podido actuar para evitar ou impedir a infração contraordenacional assacada às suas participadas, não estava a Farminveste SGPS juridicamente obrigada a fazê-lo.

E se não estava, será de negar um qualquer dever garante que pessoalmente a obrigasse a evitar ou pôr cobro ao facto ilícito realizado pelas suas participadas"

Assim quanto a nós, por tudo o acima exposto e subscrevendo inteiramente a posição de Figueiredo Dias nesta parte, podemos concluir como ele (ao contrário do entendimento perfilhado pelo Tribunal *a quo*), que a inadmissibilidade legal de responsabilização da Farminveste SGPS por omissão, se impõe em resumo por três distintos factores:

1- a Farminveste SGPS não assume a posição de garante pelo que não pode ser responsabilizada a título de omissão pela contraordenação de abuso de posição dominante executada pelas sociedades por ela dominadas, a Farminveste IPG e HmR;

2- não detém a Farminvest SGPS um poder de facto para impedir o abuso de posição dominante das suas participadas a Farminveste IPG e HmR (dada a sua específica posição dentro do grupo empresarial dominado pela ANF);

3- a sua inércia (ou omissão) não possui um relevo causal da infração em causa (em termos de causalidade adequada);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Procede pois nesta parte o recurso desta arguida, devendo assim ser a mesma absolvida da prática da infração em que foi condenada, ficando deste modo prejudicada a apreciação das demais questões por ela colocadas (quanto à escolha e determinação do montante da coima que lhe foi aplicada).

Questões especificamente colocadas pelas arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR: (I, II, III, IV)

I) Da inconstitucionalidade da interpretação efectuada pelo Tribunal *a quo* das normas que se retiram dos arts 18º nº 1 al. d), 19º e 26º nº 5 da Lei n.º 18/2003 de 11/06 .

Estas arguidas partem da análise de um extracto da decisão recorrida que reproduzem nos seguintes termos:

“Verifica-se que o artº 26º/5 do ARJC, estipulava que na instrução dos processos a autoridade acautela o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócios.

Contudo, é evidente que esta proteção não pode prejudicar o direito de defesa dos visados. Razão pela qual é com linear facilidade que se conclui que a AdC não pode fundar a sua decisão em documentos não revelados aos visados, ou seja, não pode impedir o acesso dos visados aos chamados documentos incriminatórios.

A questão assume contornos mais problemáticos quando a decisão da AdC não se funda em documentos confidenciais, mas mostram-se juntos aos autos documentos dessa natureza, não revelados aos visados, que podem ilibar a sua responsabilidade, ou seja, documentos exoneratórios. Em relação a estes documentos, e como esclarece Paulo Pinto de Albuquerque, a sua ocultação só viola o direito de defesa se o arguido provar que a decisão administrativa teria sido diferente se ele tivesse tido acesso aos documentos durante o processo administrativo.” (pp. 26 e 27 da Decisão recorrida)

As recorrentes entendem que da leitura deste texto, resulta que o Tribunal *a quo* interpretou as normas que se retiram dos artigos 18º, nº 1, al. d), 19º e 26º, nº 5 do ARJC num sentido desconforme com a Constituição por violador do direito à defesa do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

arguido, consagrado no n.º 10 do art.º 32.º e do princípio da proporcionalidade, que se retira do princípio do Estado de Direito previsto no art.º 2.º da Constituição.

Alegam com efeito que desta passagem da decisão recorrida resulta *ter o Tribunal a quo entendido que caberia às Arguidas demonstrar que a decisão administrativa teria sido diferente caso estas tivessem tido acesso a documentos confidenciais exoneratórios – que estão no processo, mas que nunca foram indicados como potencialmente exoneratórios e que não constam da decisão condenatória, o que é algo que as Arguidas não podem provar por não conhecerem o conteúdo desses mesmos documentos.*

Mais acrescentam que “*a interpretação das normas legais acima identificadas, no sentido de que seria exigível ao arguido que apresentasse uma fundamentação específica quanto ao potencial valor exoneratório desses documentos implica ainda uma restrição desproporcional do direito de defesa do arguido, em violação do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, que apenas admite a restrição de direitos fundamentais - como é o direito de defesa insito no artigo 32.º, n.º 10 da CRP - caso exista lei expressa e tal restrição seja necessária, adequada e proporcional*”.

Nessa medida concluem que “*deve o Tribunal desaplicar as normas legais acima identificadas na interpretação que delas efetuou o tribunal a quo, atendendo à inconstitucionalidade da referida interpretação, inconstitucionalidade que, assim, se deixa expressamente arguida, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 72.º da Lei do Tribunal Constitucional, estando o Tribunal obrigado a delas conhecer, devendo recusar-se a aplicar as normas assim interpretadas, por força do disposto no artigo 204.º da CRP*”.

Quid Juris?

Não assiste razão às recorrentes.

Segundo contra-argumentou o M.P na sua resposta a este recurso, que aqui damos por reproduzida e fazemos nossa, abstendo-nos assim de ulteriores considerações por redundantes e desnecessárias (com sublinhados nossos): “*No caso dos autos, as arguidas identificaram documentos confidenciais que foram considerados na Nota de Ilícitude e na Decisão final da AdC e a que pretendiam aceder (e a que vieram a aceder durante a fase judicial), mas não identificaram*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

qualquer concreto documento confidencial não usado pela AdC que pretendessem aceder.

De igual modo, também não solicitaram à AdC que a versão não confidencial de um concreto documento confidencial não incriminatório fosse mais precisa e detalhada, sendo que uma eventual decisão da AdC de indeferimento era também ela impugnável judicialmente nos termos do art 50º nº 2 do ARJC.

Não é razoável pugnar-se pelo conhecimento das versões confidenciais de todos os documentos não considerados na Nota de Ilícitude e na decisão final da AdC, sem uma fundamentação específica para cada um dos documentos, só pelo facto de potencialmente algum deles ser exoneratório/exculpatório. Tal contende de forma frontal com o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócios, legalmente reconhecido e protegido, e, tem subjacente a ideia de que a AdC, de forma intencional ou negligente, não tomou em consideração um ou mais documentos favoráveis às arguidas.”

Aliás, dificilmente se entende como podem as recorrentes vir invocar inconstitucionalidades de normas legais, que nem sequer foram concretamente aplicadas pelo Tribunal *a quo*, sendo que se este último a elas fez pontualmente alusão, foi claramente apenas para melhor entendimento e enquadramento das decisões que tomou à luz do regime legal que considerou aplicável aos factos e que é o regime decorrente da lei nº 19/2012 de 8.5 (NRJC).

Por isso secundamos inteiramente a argumentação do M.P na sua resposta ao recurso destas arguidas, já que a mesma assenta em constatações por demais evidentes : “(...) o Tribunal *a quo* nem aplicou ao caso concreto normas extraídas da conjugação dos arts 18º nº 1 al. d), 19º e 26º nº 5 da Lei nº 18/2003 de 11/06 (ARJC) nem sequer apreciou especificada e conjugadamente tais preceitos legais uma vez que a Lei aplicável à infracção cometida nestes autos foi a Lei nº .

Sendo também verdade que “em momento algum, o Tribunal *a quo* declarou que nos presentes autos se encontram documentos confidenciais exoneratórios não considerados pela AdC na decisão final, sendo que o mesmo Tribunal teve acesso a todos os documentos confidenciais.(...)” como bem conclui o M.P na sua resposta.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Não se vendo assim que tenha sido aplicada pelo Tribunal *a quo* qualquer norma que seja inconstitucional, nos termos reclamados por estas arguidas, improcede inteiramente esta pretensão por elas invocada.

II) Da (alegada) não aplicabilidade da figura do abuso de posição dominante por compressão de margens, aos factos dos autos.

Dispõe o artº 102º §1º e §2º do TFUE o seguinte:

“É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições não equitativas;*
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;*
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.”*

O artº 11º do NRJC e o artº 102º do TFUE não contém nenhuma definição de abuso de posição dominante mas este conceito encontra-se consolidado na jurisprudência comunitária, sendo este tema clara e longamente explicado na sentença recorrida (fls 216 e segs).

Em resumo poderemos dizer que um abuso de posição dominante é uma prática restritiva da concorrência que decorre da utilização ilícita por parte de uma empresa (ou conjunto de empresas) do poder que dispõe num determinado mercado.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Ou dizendo de uma forma mais completa, um abuso de posição dominante é a utilização indevida por uma empresa do seu poder de mercado, resultando na exploração dos outros agentes económicos ou na exclusão de concorrentes de mercado.

Entende-se que a empresa abusa da posição dominante de que dispõe quando leva a cabo comportamentos susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado, no qual precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido, tendo como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência.

A Jurisprudência dos Tribunais da União Europeia entende que uma empresa em posição dominante detém uma especial responsabilidade no seu relacionamento com os outros agentes económicos.

Assim um determinado comportamento adoptado por uma empresa sem posição dominante pode ser irrelevante à luz das regras da concorrência mas o mesmo comportamento, se adoptado por uma empresa em posição dominante, pode configurar um ilícito se por exemplo levar à exclusão de concorrentes do mercado.

Existem assim duas categorias principais de abuso:

a) Os abusos de exploração (em que a empresa em posição dominante explora o domínio que exerce no mercado em detrimento dos demais agentes económicos) que englobam por exemplo preços excessivos, condições contratuais não equitativas ou discriminação;

b) Os abusos por exclusão (orientados para o afastamento de concorrentes do mercado) que englobam por exemplo a recusa de fornecimento, a prática de preços predatórios ou o esmagamento de margem (de lucro).

É também comum aos dois ordenamentos jurídicos, o Direito nacional da concorrência e o Direito Europeu da concorrência, a proibição quer dos abusos de exploração, quer dos abusos de exclusão.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

As recorrentes ANF, Farminveste IPG e HMR, vieram invocar que no momento em que a ANF e a IMS cortaram relações e cessaram a respectiva relação comercial em Março de 2009, estas 3 arguidas não se encontravam verticalmente integradas, faltando assim um dos requisitos previstos ou exigíveis pela Jurisprudência comunitária na construção desta figura do “abuso de posição dominante por compressão de margens”.

Alegam que a existir qualquer abuso aquando da assinatura do acordo em 18 de Dezembro de 2008, nunca poderia ter sido por compressão de margens já que nessa altura a HMR ainda não se encontrava constituída (o que só viria a acontecer em Junho de 2009) e depois de Março de 2009 (onde se situa localizado no tempo o referido corte de relações entre a ANF e a IMS) jamais a IMS voltou a tentar adquirir dados comerciais das farmácias, à Farminveste IPG, nem mesmo quando a partir de 5.5.2011 passou a estar na posse de uma sentença do Tribunal Arbitral que fixava um preço mais reduzido para esses dados.

Ou seja, a IMS nunca chegou a ser simultaneamente cliente e concorrente do Grupo ANF, não podendo por conseguinte existir qualquer compressão de margens.

Por isso concluem inexistir *“uma relação causal entre uma putativa compressão de margens e o facto de a IMS deixar de ter acesso aos dados das farmácias comercializados pela ANF através da Farminveste IPG.”*

Quid Juris?

Antes de mais desde já importa referir que não vale invocar como fizeram as arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR, que a IMS nunca se prevaleceu da sentença arbitral que em 5.5.2011 fixou em 150 euros o preço de venda dos dados comerciais de farmácia e que por isso não se verifica esta infracção do abuso de posição dominante pela qual foram condenadas.

Segundo estas arguidas, a IMS não procurou obter os dados de farmácia à Farminveste IPG por esse preço de 150 euros considerado equitativo pelo Tribunal arbitral (o que lhe teria permitido operar com margens amplamente positivas) porque numa opção livre e consciente, em função das suas necessidades específicas e dos seus objectivos comerciais entendeu ser de seguir outro caminho e negociar directamente com as farmácias por tal via lhe ser economicamente mais favorável.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em primeiro lugar não ficou demonstrado a nível factual, que a razão de ser da actuação da IMS (de não ter procurado adquirir os dados das farmácias pelo preço de 150 euros, fixado pelo Tribunal arbitral) tivesse sido “*uma opção livre e consciente da IMS*” nos termos invocados pelas recorrentes, não obstante ser verdade que o valor que se poderia pagar pela aquisição dos dados comerciais às farmácias por negociação directa com estas era inferior - cfr se pode ler na fundamentação da sentença recorrida “*Hugo Mendes esclareceu a propósito que a IMS não solicitou os dados por esse preço porque a IMS paga menos que esse valor às farmácias (o que é exato face, entre outros, ao depoimento de Pedro Vasques, proprietário, entre o mais, da Farmácia Telheiras desde 2007) e com esse custo não conseguiria rentabilizar o produto, tendo em conta também o preço praticado pela HMR, que é muito baixo. Não há razões para duvidar de tais afirmações, tendo em conta o esforço que a IMS desenvolveu para angariar um painel de farmácias após o corte de relações comerciais com a ANF*” (fls. 24840, 1.º parágrafo).

Em segundo lugar, não obstante o novo preço de 150 euros fixado em 5.5.2011 pelo Tribunal Arbitral (cfr. resulta dessa decisão, junta a fls. 23412 e ss., a qual é expressamente referida no facto provado 409) resulta da matéria de facto provada que a Farminveste IPG manteve sempre o preço de 255 € por mês/farmácia para os dados comerciais das farmácias nomeadamente para a cedência desses dados à HMR, mesmo após a decisão condenatória da AdC proferida em 22.12.2015 (cfr. factos provados 422 e 423, a fls. 24827, e, ainda a fls. 24913 verso, último parágrafo).

Assim independentemente de ter existido ou não, durante o período da infracção (de 2009 até final de 2013), uma tentativa de negociação por um preço inferior a 255 € por mês/farmácia para a aquisição do produto grossista da Farminveste IPG, por parte de uma qualquer empresa, certo é que ficou provado que, ainda que a IMS ou qualquer outra entidade solicitasse o fornecimento dos dados comerciais das farmácias, a Farminveste IPG manteria o preço de 255 €/mês/farmácia (factos provados 247 e 248).

De qualquer modo, reconhece-se que o enquadramento jurídico da conduta das arguidas como ANF, Farminveste e HMR como integrando um abuso de posição dominante por compressão de margens suscita algumas dúvidas, como bem explicitou o M.P no seu parecer: “Tal divergência deve-se essencialmente ao facto de uma das características da compressão de margens segundo a Jurisprudência do Tribunal de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Justiça Europeu ser a verticalização, e, de se considerar que a conduta infractora se iniciou em 01/01/2009 (data prevista para a entrada em vigor do contrato de fornecimento de dados assinado em 18/12/2008, por João um abuso Cordeiro, em representação da ANF, e, por Carlos Mocho, em alegada representação da IMS¹⁵), data essa em que ainda não fora constituída a HMR, e, portanto, não existia verticalização.(...) Embora não tivesse dúvidas de que a conduta das arguidas constitui de posição dominante por imposição de preços não equitativos, entendo que não se está perante uma prática reconduzível à figura da compressão de margens mas à do abuso de posição dominante por imposição de preços excessivos.”

Com efeito, defendem as recorrentes, citando a Jurisprudência Europeia resultante do Acórdão Telia Sonera do Tribunal de Justiça a seguinte posição: para a conduta do agente preencher esta infracção de abuso de posição dominante por compressão de margens, *“a empresa verticalmente integrada tem de ter uma influência directa na estrutura de custos dos seus concorrentes no mercado a jusante”*.

À partida tudo parece indicar que assistiria razão nesta parte às recorrentes porquanto no caso presente, nem a IMS nem qualquer outro operador foram durante o período da alegada infracção, simultaneamente clientes da Farminveste IPG e concorrentes da HMR sendo certo também que esta última empresa só foi criada em Junho de 2009, não existindo portanto aquando do acordo firmado em 18.12.2009 entre a ANF e a IMS (onde se fixou o preço de 255 euros por mês/farmácia), nem aquando do corte de relações comerciais entre aquelas duas entidades em Março de 2009 pelo que seguramente não havia a referida verticalização desde 1.1.2009.

Constata-se porém que o Tribunal *a quo* analisou a fls 243 e segs detalhada e exaustivamente esta questão, quer do ponto de vista do direito, quer do ponto de vista da realidade factual apurada nos presentes autos.

E acabou por concluir que todos os requisitos desta figura se encontram presentes no caso sub judice, conforme alguns extractos que aqui se deixam por reproduzidos para melhor entendimento (com sublinhados nossos): *“(...) conforme*

¹⁵ Quanto teve conhecimento da existência e dos termos do contrato, a IMS não lhe reconheceu validade.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

salienta Mário Marques Mendes, no seu parecer, que a compressão de margens “nem sempre foi reconhecida como uma violação autónoma do direito da concorrência” (fls. 23845) e bem assim que o “tema é controverso e ao longo dos anos tem permanecido a discussão, particularmente na teoria económica, sobre se a realidade a que se refere a compressão de margens não pode ser analisada e avaliada à luz de outros conceitos e princípios de direito da concorrência” (fls. 23846). (...) Contudo, conforme também não deixa de reconhecer Mário Marques Mendes, não foi essa a posição do Tribunal de Justiça.

Efetivamente, resulta do Acórdão deste Tribunal, no âmbito de um reenvio prejudicial no processo Telia Sonera (processo C-52/09, decisão de 17.02.2011), que o TJ “acolheu a natureza autónoma da compressão de margens, a qual no seu entender, não deve ficar dependente de se encontrarem preenchidos os requisitos da recusa de fornecimento, já que isto reduziria indevidamente o efeito útil do artigo 102º do TFUE” (fls. 23848 e 23850) (...)

Enquadrada, em termos gerais, a figura vejamos quais são os seus requisitos à luz da jurisprudência comunitária:

Assim, em primeiro lugar, é necessária a existência de uma empresa verticalmente integrada, ou seja, que esteja simultaneamente presente no mercado a montante e no mercado a jusante, e, para além disso, que forneça um produto ou serviço que é utilizado para produzir o produto ou serviço disponibilizado no mercado a jusante.

Em segundo lugar, a empresa verticalmente integrada tem de “deter posição dominante no mercado grossista, onde fornece o input, não sendo exigível que domine também o mercado do produto derivado”¹⁶.

Em terceiro lugar, o preço que a empresa verticalmente integrada cobra, no mercado a montante, pelo produto/serviço aos seus clientes quando confrontado com o preço que pratica no mercado a jusante, comprime as margens dos seus concorrentes igualmente eficientes no mercado retalhista, fazendo com que estes corram o risco de só poderem operar no mercado retalhista com prejuízos ou a taxas de rentabilidade artificialmente reduzidas (acórdão TeliaSonera § 30 e 33).

¹⁶ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit.,pág. 217. Cfr. acórdão do TJ TeliaSonera, § 89.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em quarto lugar, a conduta tem de dar origem a um efeito de encerramento anticoncorrencial do mercado. Efeito esse que, conforme esclarece o TJ no processo TeliaSonera, não tem necessariamente de ser concreto, sendo suficiente a demonstração de um efeito anticoncorrencial potencial (§ 64). Tal efeito “respeita aos eventuais entraves que as práticas tarifárias da recorrente possam ter causado ao desenvolvimento da oferta no mercado de retalho dos serviços de acesso aos utilizadores finais e, portanto, ao grau de concorrência nesse mercado” (§ 252, acórdão Deutsche Telekom/Comissão Europeia e § 62 do acórdão Telia Sonera), ou seja, ao efeito típico de um abuso de exclusão que, conforme resulta da definição supra exarada, se traduz em impedir ou dificultar a entrada de concorrentes no mercado, debilitando a respetiva posição concorrencial ou excluindo-os mesmo do mercado.

O TJ considera que esse efeito potencial é provável quando o produto grossista é indispensável para a venda do produto retalhista (§ 70) ou quando, não sendo indispensável, a margem é negativa (§ 73). Em contrapartida, o efeito tem de ser demonstrado se não se verificarem estes pressupostos (§ 74).

Importa ainda referir que, segundo a jurisprudência comunitária, um produto ou serviço é indispensável para o exercício de uma atividade quando não existe qualquer substituto real ou potencial (acórdão Oscar Brönnner/Mediaprint, proc. C-7/97, decisão de 26.11.1998, § 41). Resulta ainda da mesma jurisprudência que não há substituto real ou potencial quando existam obstáculos técnicos, regulamentares ou mesmo económicos que sejam de natureza a tornar impossível, ou mesmo desrazoavelmente difícil, para qualquer outro concorrente, criar, sozinho ou em colaboração com outros, um produto ou serviço substituto, ainda que menos vantajoso (acórdão Brönnner, § 43 e 44). O que deve ser aferido tomando como referência a empresa em posição dominante (acórdão Brönnner § 46).

Por último, a empresa em posição dominante pode demonstrar a existência de uma justificação objetiva para a conduta. O TJ esclareceu, a este propósito, no acórdão TeliaSonera que a “apreciação da justificação económica de uma prática tarifária susceptível de produzir um efeito eliminatório aplicada por uma empresa em posição dominante efectua-se com base no conjunto das circunstâncias do caso concreto (v., neste sentido, acórdão Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, já referido, n.º 73).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(...)

No plano dos requisitos da compressão de margens, as recorrentes alegam, como primeiro requisito essencial, que a empresa em posição dominante tem de concorrer com o seu cliente no mercado a jusante, ou seja, para haver compressão de margens tem de existir, no mercado a jusante, um concorrente ou concorrentes que também é ou são clientes da empresa verticalmente integrada.

O que durante o período de referência – 2010 a 2013 – não se verificava, porquanto a Farminveste IPG tinha como único cliente a HMR e a prática do preço de € 255,00 à IMS ocorreu num momento prévio em que a HMR ainda não existia e, por conseguinte, não se verificava o pressuposto da integração vertical e da presença da empresa dominante – Farminveste IPG – no mercado a montante e no mercado a jusante.

Com base nestes pressupostos sustentam as recorrentes que: é conceptualmente impossível calcular uma compressão de margens uma vez que nunca coexistiu um preço do Grupo ANF para clientes a jusante relativamente ao qual se pudesse comparar o preço praticado à IMS a montante; inexistiu qualquer relação causal putativa entre a alegada compressão de margens e o facto da IMS ter deixado de ter acesso aos dados; não existiu qualquer ligação entre o preço acordado em 2008 e a decisão subsequente de constituir a hmR; após o momento em que a IMS decidiu incumprir o acordado com o Grupo ANF, não mais voltou a IMS a solicitar a cedência de dados à Farminveste IPG – nem mesmo após a prolação do acórdão do Tribunal Arbitral – pelo que é inconcebível a existência de qualquer abuso em momento posterior, seja durante o período objeto da Decisão Condenatória, seja em qualquer outro; só faria sentido qualificar a infração como permanente se houvesse indícios de uma vontade contínua da IMS de aceder aos dados do grupo ANF, o que não sucedeu.

Na mesma linha, defende-se no parecer da Compass Lexecon, fls. 22777, que “só pode ocorrer esmagamento de margens quando a empresa dominante está verticalmente integrada e melhora a posição competitiva do seu ramo a jusante através do aumento do custo dos seus concorrentes a jusante.

Assim, um esmagamento de margens requer (a) concorrência a jusante entre a empresa dominante e as alegadas vítimas do comportamento abusivo, e (b) controlo pela empresa dominante dos custos dos concorrentes a jusante.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

As condições (a) e (b) implicam que não pode existir esmagamento de margens exceto se a empresa dominante estiver verticalmente integrada a montante e se for, ao mesmo tempo, fornecedora do seu concorrente a jusante. Estas condições não se encontram satisfeitas no caso em apreço. (...)

Mas após estas referências o Tribunal *a quo* marcou posição discordando da tese sustentada pelas recorrentes dizendo o seguinte:

*“(...) **Discorda-se deste entendimento.** Com efeito, resulta do acórdão TeliaSonera que não é requisito necessário para a existência de uma compressão de margens, a circunstância dos operadores em causa serem clientes existentes ou novos da empresa dominante, ou seja, clientes que ainda não operam no mercado em causa (acórdão TeliaSonera § 92 e 93), pois, conforme salienta o TJ, o carácter abusivo da compressão de margens deve ser apreciado atendendo não apenas à possibilidade de essa prática vir a eliminar do mercado relevante operadores com o mesmo grau de eficiência já ativos nele mas igualmente aos eventuais entraves que ela possa criar a operadores potenciais com o mesmo grau de eficiência, que ainda não estão presentes no mercado (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 178) (§ 94).*

Por conseguinte, é conceptualmente possível a existência de compressão de margens sem que existam no mercado a jusante concorrentes que são simultaneamente clientes da empresa dominante no mercado a montante e verticalmente integrada. E isto não compromete a verificação do efeito anticoncorrencial, na medida em que, como afirma o TJ, no acórdão TeliaSonera, esse efeito não tem de ser concreto, podendo ser potencial.

Acresce ainda que exigir a verificação do requisito invocado pelas recorrentes conduziria a (...) reduzir indevidamente o efeito útil do artigo 102º TFUE” (§ 58) e, acrescenta-se, também o do artº 11º do NRJC”.

Contudo não podemos esquecer que o Tribunal *a quo* apenas considerou como sendo juridicamente relevante para fixar o início da execução típica da infração imputada às arguidas, o dia 1.1.2010, nos termos já acima referidos e que nessa data já estava em actividade a firma HMR (criada em Junho de 2009).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Assim sendo, face à matéria de facto apurada na 1ª instância dúvidas não se colocam de que a Farminveste IPG tinha uma posição dominante no mercado grossista de fornecimento dos dados comerciais das farmácias (também denominado mercado a montante) e que a partir de 1.1.2010 se verifica a existência da referida verticalização uma vez que a Farminveste IPG está presente no mercado a montante e também no mercado a jusante (mercado de elaboração de estudos de mercado com base nos dados das farmácias) através da HMR que detém a 100%.

Além disso a Farminveste IPG fornece um produto – dados de um painel representativo de farmácias – que são utilizados para produzir estudos nos mercados a jusante.

Mas se esta empresa HMR não existia ainda em 18.12.2008 e considerando nós (aderindo aqui à posição do M.P) ser o dia 1.1.2009 o momento juridicamente relevante para fixar o início da contraordenação prevista e punida pelo artº 102º§ 1º e 2º al a) do TFUE imputada às arguidas (porque foi nessa data que entrou em vigor o contrato firmado em 18.12.2008 entre a ANF e a IMS, por meio do qual as farmácias associadas da ANF passariam a fornecer, à IMS, através da Farminveste IPG, os seus dados comerciais pelo preço não equitativo de 255€/mês por farmácia) então dificilmente se poderá equacionar a existência da referida verticalização em Janeiro de 2009, tal como ela é descrita pela Jurisprudência europeia, a propósito desta figura do abuso de posição dominante por compressão de margens.

Porém e de qualquer forma, reconhecendo embora ser verdade que essa verticalização não se verificava desde o dia 1.1.2009 (mas sim apenas a partir de 1.1.2010), temos para nós como evidente que tal constatação, face à matéria de facto que ficou demonstrada na 1ª instância, não põe em causa o preenchimento pelas arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR, do tipo da infracção prevista no artº 102º do TFEU que lhes foi imputada e como tal não impede a condenação infligida pelo Tribunal *a quo*, *porquanto dúvidas não existem de que desde o dia 1.1.2009 se verificou em relação a todas as arguidas um abuso de posição dominante pela prática de preços excessivos.*

Com efeito, concordamos inteiramente com a apreciação feita na sentença recorrida de que *“a afetação da concorrência pode ser provocada, conforme salienta o TJ, não só por via da exclusão de concorrentes já existentes no mercado, mas também*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

por via da criação de entraves à entrada de novos concorrentes. Entraves esses que não resultam de uma concorrência pelo mérito, mas são artificialmente criados por uma empresa em posição dominante. Uma prática de compressão de margens, mesmo quando não existam concorrentes que são simultaneamente clientes da empresa dominante, é susceptível de criar esses entraves”.

Senão vejamos:

A verificação de um abuso de posição dominante pela prática de preços excessivos depende dos seguintes pressupostos:

- (i) detenção de posição dominante pela empresa que fixa o preço;
- (ii) preço excessivo ou preço que “não apresenta uma relação razoável com o valor económico do produto” (acórdão United Brands);
- e, (iii) inexistência de uma justificação objectiva.

No caso dos autos, a ANF/Farminveste IPG detêm uma posição dominante no mercado a montante (mercado dos dados comerciais das farmácias), e, a partir de 1.1.2009 devido à sua actuação passaram a existir barreiras muito elevadas à entrada de outros operadores nesse mercado.

Com efeito e tal como foi bem explicado na resposta do M.P ao recurso apresentado pelas arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR:

“(…) Desde que a ANF/Farminveste IPG decidiram que, a partir de 01/01/2009, só venderiam os dados comerciais das farmácias ao preço de 255€/mês por farmácia, nenhuma outra entidade logrou aceder a um painel representativo de farmácias [entendido este como um painel com, pelo menos, 1531 farmácias e que permita a elaboração de estudos mensais na 1.ª semana do mês seguinte a que digam respeito e com uma desagregação temporal inferior à mensal], conseguindo aquelas arguidas comportar-se de forma independente face às suas concorrentes (as farmácias) e à então sua compradora/cliente IMS.

A ANF/Farminveste IPG não se encontra sujeita a uma pressão concorrencial efectiva e suficiente e, portanto, detém uma posição dominante no mercado a montante (...).”



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

De acordo com o acórdão *United Brands*, um preço é excessivo (i) se a diferença entre os custos suportados e o preço praticado é excessiva: e, (ii) se o preço imposto é injusto em si mesmo, ou em comparação com outros produtos concorrentes.

O Tribunal de Justiça admitiu contudo que “podem conceber-se outros métodos” para determinar se um preço é ou não excessivo.

No acórdão *British Leyland* (Processo n.º 226/84), proferido em 11/11/1986, o Tribunal de Justiça considerou que os preços eram excessivos pela análise da evolução dos preços praticados pela empresa em posição dominante (preços históricos).

No caso dos autos, a natureza excessiva do preço de 255€/mês por farmácia resulta:

1)Da comparação de tal preço com aquele que era praticado ao abrigo do Contrato de Fornecimento de Dados celebrado entre a ANF e a IMS em 25/09/2003 e que vigorou entre 01/01/2004 e 31/12/2006, em que a IMS pagava 100 €/mês por farmácia (factos provados 77-84, fls. 24785 frente e verso).

2)Da constatação que, ao abrigo do contrato de parceria celebrado entre a ANF e a IMS em 22/12/2006, com início de vigência em 01/01/2007 (facto provado 85 e contrato de fls. 1195-1205), o volume total de vendas dos estudos efectuados com base nos dados das farmácias foi, no ano de 2008, de apenas 2.308.552 € (valor que foi dividido entre os então parceiros, ANF e IMS, cabendo a cada um 1.154.276 €, cfr. facto provado 86, a fls. 24786, e, Coluna B, ano 2008, da Tabela 11 do facto provado 374, a fls. 24823), e, que o preço fixado pela ANF (255€/mês por farmácia) levaria a que a IMS, caso aceitasse pagar tal preço, pagasse cerca de 7,2 milhões de euros/ano só pela aquisição dos dados; recorde-se que a Farminveste IPG quis que a IMS lhe pagasse pelos dados fornecidos nos meses de Janeiro a Março de 2008, os valores de 590.886 €, 602.208 € e 617.202 € (cfr. facturas de fls. 1360, 1387 e 1392, referidas no facto provado 95, a fls. 24787).

3)Da verificação que a Farminveste IPG quantificou os custos específicos de recolha e fornecimento de dados comerciais em 1.100.000



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

€/ano, para os anos de 2008 a 2013 (cfr. documento de fls. 17.395, expressamente indicado como fonte da Tabela 11 do facto provado 374, a fls. 24823), e, que quis vender esses mesmos dados por 7.200.000€/ano, ou seja, com uma margem de lucro de 6.100.000€. Importa ainda salientar que se verificou que os alegados custos de recolha e fornecimento de dados comerciais de 1.100.000 €/ano (pagos em quatro vezes: 275.000 € por trimestre) suportados pela Farminveste IPG, na prática, não eram pagos à Consiste/Glintt, sendo integralmente compensados pelo facto da Consiste/Glintt estar obrigada a pagar à Farminveste IPG a mesma quantia de 1.100.000 €/ano (pagos em quatro vezes: 275.000 € por trimestre) pelo licenciamento do software Sifarma (cfr. resulta o contrato celebrado em 07/04/2008 entre a Farminveste IPG e a então Consiste, junto a fls. 4222-4246, e, expressamente referido e descrito nos factos provados 99 e 100).

4)Da verificação que o custo com a recolha de dados das farmácias pelo Grupo ANF é marginal, pois que o software Sifarma e a rede Farmalink não foram implementados com vista a essa recolha, mas com vista a auxiliar as farmácia na sua gestão e funcionamento (factos provados 235-239, fls. 24804 verso a 24805). A recolha e venda de dados das farmácias foi apenas uma forma do Grupo ANF rentabilizar tais dados.

5)Importa ainda salientar que o valor de cerca de 7.200.000€/ano pretendido pela Farminveste IPG é superior aos montantes totais despendidos entre 2008 e 2013 com a manutenção e desenvolvimento do Sifarma e da rede Farmalink; na verdade, tais custos totais foram respectivamente de 4,9 milhões de euros em 2008, de 6,6 milhões de euros em 2009, de 4,3 milhões de euros em 2010, de 3,6 milhões de euros em 2011, de 3,8 milhões de euros em 2012, e, de 3,5 milhões de euros em 2013, sendo que tais custos totais foram repartidos entre a Farminveste IPG, a ANF e as farmácias (cfr. documento de fls. 17.395, já referido).

O teste do operador igualmente eficiente usado pela AdC leva à mesma conclusão de que o preço de 255€/mês por farmácia é excessivo.

O teste mencionado reforçou a demais prova de que o preço fixado é excessivo, pois que demonstra de forma contundente que o preço cobrado pela ANF/Farminveste



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

IPG pelos dados das farmácias (factor produtivo), quando confrontado com o preço médio praticado nos mercados a jusante pela HMR, não permitiu uma margem suficiente para cobrir os custos de produção da própria HMR nos anos de 2010, 2011, 2012 e 2013.

A HMR apresentou sistematicamente resultados negativos: em 2010, teve um resultado líquido de -1.457.865,55 € (fls. 4145); em 2011, teve um resultado líquido de -1.300.741,26€ (fls. 4178); em 2012 teve um resultado líquido de -2.372.482€ (fls. 16.712); e, em 2013 teve um resultado líquido de -1.452.234€ (fls. 17.038). E estes resultados negativos ocorreram não obstante:

a) A rápida e crescente evolução do número de clientes da HMR no âmbito do sector farmacêutico nos anos de 2009 a 2013: 12 em 2009, 102 em 2010, 127 em 2011, 132 em 2012 e 146 em 2013 (cfr. Figura 9 do facto provado 368, a fls. 24822, e, documento de fls. 17478 expressamente mencionado como fonte).

b) Tal evolução representar logo no ano de 2010 uma quota de 80 a 90% do conjunto dos diversos mercados de estudos baseados em dados de farmácia, e, quotas de 90 a 100% nos anos subsequentes (cfr. Tabela 4 do facto provado 356, a fls. 24820).

c) A HMR ter batido recordes em volumes de vendas de estudos baseados em dados de farmácia quando comparada com a IMS: se em 2008 (durante a parceria da ANF com a IMS) o volume de vendas dos estudos baseados em dados de farmácia foi de 2.308.552 €, os volumes de vendas da HMR foram de 5.337.739 em 2010, de 8.364.657 € em 2011, de 7.228.136 € em 2012 e de 8.314.938€ em 2013 (Coluna D da Figura 11 do facto provado 374, a fls. 24823).

d) A IMS ter perdido não apenas clientes de estudos baseados em dados de farmácias, mas também clientes que até ao aparecimento da HMR compravam estudos baseados em dados de grossistas, e, que após o aparecimento da HMR deixaram de adquirir estudos baseados em dados de grossistas à IMS e passaram a adquirir estudos baseados em dados de farmácia



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

à HMR por terem verificado que os mesmos continham mais e melhor informação.

Portanto, não obstante tudo se mostrar favorável à HMR, a mesma apresentou resultados líquidos negativos. Mas, tal não surpreende face ao preço fixado de 255€/mês por farmácia, resultando dos autos (concretamente da Figura 11 do facto provado 374, a fls. 24823) que:

- no ano de 2010, as receitas da HMR com a venda de estudos foram de 5.337.739€, e que os custos com a compra de dados das farmácias à Farminveste IPG representaram 89,12% desse valor, concretamente 4.757.153€.

- no ano de 2011, as receitas da HMR com a venda de estudos foram de 8.364.657€, e que os custos com a compra de dados das farmácias representaram 79,99% desse valor, concretamente 6.691.200€.

- no ano de 2012, as receitas da HMR com a venda de estudos foram de 7.228.136€, e que os custos com a compra de dados das farmácias representaram 98,51% desse valor, concretamente 7.120.365€.

- no ano de 2013, as receitas da HMR com a venda de estudos foram de 8.314.939€, e que os custos com a compra de dados das farmácias representaram 87,29% desse valor, concretamente 7.258.575€.

Tais percentagens de custos não são normais.

Relativamente ao terceiro e último pressuposto do abuso de posição dominante por preços excessivos, resulta ainda da matéria de facto e sem qualquer dúvidas, a inexistência de uma justificação objectiva para a fixação de um preço excessivo como aquele que foi praticado pelas arguidas no caso presente.

Por último, resulta também da matéria de facto provada a existência no período de tempo da infração considerado (início de Janeiro de 2009 a final de Dezembro de 2013), de fortes barreiras de terceiros em aceder aos dados comerciais de um painel representativos de farmácias, como se sublinhou na supra referida resposta do M.P (com sublinhados nossos):



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“(…) O circunstancialismo que explica a razão da ANF/Farminveste, IPG ter logrado obter – de forma centralizada, diária, remota e automática – os dados comerciais de 81,5% da totalidade das farmácias em Portugal (números de 2012 e que correspondiam a 2365 farmácias), explica também a dificuldade de qualquer outra entidade em aceder de forma centralizada, diária, remota e automática aos dados comerciais de um painel representativo de farmácias.

Não tenhamos dúvidas, o facto do Grupo ANF gerir/controlar os sistemas informáticos e a rede de comunicações das farmácias com Sifarma e Farmalink, condiciona a liberdade dessas mesmas farmácias e condiciona o acesso aos dados comerciais das mesmas por entidades terceiras. Tal controlo constitui uma verdadeira barreira à expansão da IMS e ainda uma barreira à entrada de novos concorrentes.

Importa ainda salientar os factos dados como provados na 1ª instância nos pontos 250 a 320 e 362, que atestam as dificuldades de entidades terceiras em aceder de forma centralizada, diária, remota e automática aos dados comerciais de um painel representativo de farmácias (…)

Tudo visto, a verdade é que para além de tudo o mais, o concreto abuso de posição dominante praticado pelas arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR veio a ter efeitos excludentes para a IMS, o que nos abre pois caminho para a efectiva configuração da figura de um abuso de posição dominante por compressão de margens, a partir de 1.1.2010.

Com efeito esta empresa IMS foi e permanecia excluída, na data da prolação da decisão recorrida, de três dos seis mercados a jusante e viu a sua capacidade competitiva ser afectada nos três demais mercados a jusante que existiam na época.

Conforme passagem da já mencionada resposta do M.P ao recurso das arguidas e que aqui se transcreve pela sua clareza:

“(…) Conforme resulta expressamente dos factos provados 345 a 356 e 368 (fls. 24815 verso a 24820 e 24822), a IMS foi e permanece excluída de três dos seis mercados a jusante - (1) mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal, (2) mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal, e, (3) o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade igual ou superior à mensal-, e, viu a sua capacidade competitiva ser afectada nos três demais mercados a jusante.

“346) Com o corte do fornecimento de dados por parte do Grupo ANF, em 2009, a IMS deixou de conseguir produzir os estudos indicados no ponto 344), com excepção dos estudos sobre OTC’s nacionais.

347) Com o corte do fornecimento e até que conseguisse aumentar a sua amostra de farmácias em 2012, a IMS apenas conseguiu continuar a produzir os estudos nacionais mensais na área dos OTC’s.

348) Só em 2014, decorridos 5 anos desde o corte dos dados por parte do Grupo ANF, a IMS conseguiu entregar informação sobre as outras três áreas de consumo dentro do Consumer Health, isto é: PAC, PEC e NTR.

349) O Xponent nunca mais foi reposto por insuficiência de painel.

350) Até ao final de 2014, Pharmatrend In-Motion com 97 regiões não havia sido reposto por insuficiência de painel.

351) Em 2014 a IMS não conseguia fornecer estudos baseados em dados comerciais de uma amostra igual ou superior a 1531 farmácias.

352) Adicionalmente, a IMS não consegue disponibilizar estudos na primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados (só conseguindo disponibilizar os estudos, atualmente, no mínimo no dia 14 do mês seguinte ao mês a que respeitam os dados, enquanto a HMR disponibiliza os seus estudos na primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados).

(...)

355) (...) os estudos da HMR são todos produzidos com uma amostra superior a 1531 farmácias e os estudos da IMS são todos produzidos com uma amostra inferior a 1531 farmácias” (os sublinhados são da signatária).

As circunstâncias de:

- a) até 2008, a ANF ter fornecido em exclusivo à IMS os dados comerciais de farmácias e da IMS os ter explorado numa



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

situação de quase monopólio no mercado português (facto provado 407, fls. 24826);

b) a IMS ser uma estrutura internacional que procede a uma negociação centralizada de contratos com as grandes multinacionais farmacêuticas (facto provado 405, fls. 24826);

c) a IMS ter (alegadamente) uma clientela cativa;

d) historicamente, cerca de 80% das receitas da IMS serem provenientes de estudos sobre MSRM (facto provado 402, fls. 24825 verso);

não evitaram que a IMS fosse e permanecesse excluída de três dos seis mercados a jusante.

De igual modo, as referidas circunstâncias não evitaram que a IMS tenha visto a sua capacidade competitiva ser afectada nos três demais mercados a jusante.

Veja-se que:

1) Os volumes de vendas dos estudos da IMS baseados em outras fontes de dados que não os das farmácias, concretamente os estudos baseados em dados de grossistas, caíram.

A IMS perdeu não apenas clientes de estudos baseados nos dados de farmácias, mas também clientes que até ao aparecimento da HMR compravam estudos baseados em dados de grossistas, e, que após o aparecimento da HMR deixaram de adquirir estudos baseados em dados de grossistas à IMS e passaram a adquirir estudos baseados em dados de farmácia à HMR por terem verificado que os mesmos continham mais e melhor informação.

Salienta-se que, apesar da venda de estudos de CH (baseados em dados das farmácias) incluindo OTC's ter representado, em 2007/ 2008, para a IMS apenas 10% do seu volume total de negócios, ou seja € 2 milhões anuais (facto provado 404, fls. 24826), a queda do volume total de negócios após a suspensão do fornecimento de dados das farmácia efectuado pela ANF/Farminveste IPG foi superior a esse valor.

Concretamente, no ano de 2008 (ou seja antes da suspensão do fornecimento de dados por parte da ANF/Farminveste), a IMS teve um volume total de vendas de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

18.763.875,23 € (cfr. sentença a fls. 24860 verso 3.º parágrafo) dos quais apenas cerca de 1.154.276 € provieram das vendas de estudos baseados em dados de farmácias (igual quantia, nos termos do contrato de parceria de 2006, foi recebida pela Farminveste, cfr. resulta do facto provado 89, a fls. 24786 verso, e, da Coluna B da Tabela 11 do facto provado 374, a fls. 24.823). Nos anos que se seguiram, as quebras de facturação da IMS foram muito superiores a tal valor de 1.154.276 €, verificando-se que: no ano de 2009 o volume total de vendas da IMS foi de 16.929.052,55 € (cfr. sentença a fls. 24860 verso 3.º parágrafo), no ano de 2010 foi de 14.872.037 € (cfr. sentença a fls. 24860 verso 3.º parágrafo), no ano de 2011 foi de 12.512.390,58 € (cfr. sentença a fls. 24860 verso 3.º parágrafo), no ano de 2012 foi de 11.028.482,15 € (cfr. Declaração de IRC, a fls. 24316), no ano de 2013 foi de 8.544.985,28 € (cfr. sentença a fls. 24860 verso 3.º parágrafo), no ano de 2014 foi de 8.715.310,43 € (cfr. sentença, a fls. 24850, 1.º parágrafo), e, no ano de 2015 foi de 8.034.347,86 € (cfr. sentença, a fls. 24850, 1.º parágrafo).

2) A IMS apresentasse resultado negativos no ano de 2009 (-6.354.230 €, cfr. Declaração de IRC, a fls. 24293, expressamente referida na sentença), no ano de 2011 (-1.294.626,57€, cfr. Declaração de IRC, a fls. 24305, expressamente referida na sentença), no ano de 2013 (-1.939.721,46 €, cfr. Declaração de IRC, a fls. 24321, expressamente referida na sentença), no ano de 2014 (-925.025,01 €, cfr. Declaração de IRC, a fls. 24328 verso, expressamente referida na sentença), e, no ano de 2015 (-2.798.245 €, cfr. Declaração de IRC, a fls. 24334 verso, expressamente referida na sentença).

Também quanto a nós resulta suficientemente demonstrado a partir da matéria de facto provada, a indispensabilidade do produto fornecido pela Farminveste IPG, para realizar estudos de mercado sobre CH (*consumer health* isto é produtos de saúde e bem estar), sobre prescrições médicas e actividades das farmácias, com uma periodicidade inferior à mensal.

Com efeito e tal como foi bem sublinhado pelo M.P na aludida resposta ao recurso das arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR, considerando que:

“a) só a ANF/Farminveste IPG conseguem aceder de forma automática, remota, centralizada e diária aos dados comerciais de pelo menos 1531 farmácias;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

b) não há alternativas viáveis para terceiros acederem de forma automática, remota, centralizada e diária aos dados comerciais de pelo menos 1531 farmácias;

c) é economicamente inviável a recolha manual de dados (farmácia a farmácia) com uma periodicidade diária ou semanal (facto provado 264, fls. 24807 verso);

impõe-se a conclusão que, sem o produto fornecido pela ANF/Farminveste IPG, não é possível a realização de estudos de mercado sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias com uma periodicidade inferior à mensal”.

Quanto ao requisito da verificação do prejuízo dos consumidores, também não assiste razão às recorrentes e acompanhamos aqui a posição assumida pelo Tribunal *a quo*, sustentada pela Jurisprudência do Tribunal de Justiça a qual é aliás também sublinhada pelo M.P na sua resposta ao recurso.

Defendem as recorrentes que *“uma determinada prática só viola o artº 102º do TFUE se ficar demonstrado que ocorreu prejuízo para o consumidor, designadamente que a conduta originou a subida do preços ou a diminuição da qualidade e que no caso presente, os consumidores dos estudos de mercado – essencialmente, as empresas da indústria farmacêutica – consideram que a entrada da HMR no mercado se traduziu num aumento da qualidade dos estudos e na diminuição do preço dos mesmos, que por isso o pressuposto de a prática ter causado prejuízos aos consumidores não se encontra preenchido”*.

Nesta parte decidiu também acertadamente o Tribunal *a quo* quando entendeu que uma estratégia de diminuição dos preços dos estudos de mercados fornecidos pela empresa HMR (como aquela que se verificou no caso presente) não é incompatível com uma estratégia de exclusão, que se destina a permitir o aumento dos mesmos logo que potenciais ou efectivos concorrentes sejam excluídos do mercado por força daquela diminuição dos preços).

Por outro lado, de acordo com a jurisprudência do TJUE resultante da decisão proferida em vários processos, é pacífico o entendimento de que *“o artigo 102º TFUE*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

se refere não só às práticas susceptíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores mas também às que lhes causam prejuízo, por prejudicarem o jogo da concorrência, indiciando-se então que basta provar que as práticas prejudicam a concorrência para se provar igualmente o prejuízo ao consumidor” (vde “Abusos de Posição Dominante” de Ricardo Bordalo Junqueiro, Almedina, pág. 100).

Ora, como referido supra, a conduta das arguidas teve como efeitos (concretos) a exclusão da IMS de três dos seis mercados a jusante – pelo que a quota de mercado da IMS em cada um desses três mercados é de 0% e a da HMR é de 100% -, bem como a afectação da sua capacidade competitiva nos restantes três.

Sendo manifesto nos presentes autos, o prejuízo para “o jogo da concorrência”, tanto basta para se considerar verificada a violação do artº 102º do TFUE, não sendo pois necessário demonstrar a ocorrência de qualquer outro prejuízo imediato para o consumidor.

Concordamos pois inteiramente com o M.P quando na supra mencionada resposta ao recurso das arguidas, formula as seguintes apreciações a partir da leitura crítica da matéria de facto assente e descrita na sentença recorrida:

“(…) A matéria de facto dada como provada na douda sentença recorrida permite sustentar as seguintes conclusões:

1)As arguidas subsumem-se ao conceito de empresa relevante para efeitos de aplicação do artº 102.º do TFUE.

2)**O mercado relevante quanto ao produto a montante é correspondente ao mercado dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias**, entendido este como um painel com, pelo menos, 1531 farmácias e que permita a elaboração de estudos mensais na 1.ª semana do mês seguinte a que digam respeito e com uma desagregação temporal inferior à mensal.

3)Os seis mercados relevantes quanto ao produto a jusante são: a) o mercado dos estudos sobre *Consumer Health* (CH) (**O Consumer Health (CH) inclui os Medicamentos Não Sujeitos a Receita Médica (MNSRM) - também designados de OTC (Over The Counter) -, e, os produtos de Patient Care (PAC), de Personal Care/Dermocosmética**



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(PEC) e de Nutrição (NTR), cfr. facto provado 113, fls. 24790.), sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal; b) o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias com periodicidade igual ou superior à mensal; c) o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal; d) o mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade igual ou superior à mensal; e) o mercado dos estudos sobre MSRM em ambulatório com base em dados de grossistas ou dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias; f) o mercado dos estudos destinados à monitorização de vendas sobre MSRM em ambulatório com base em dados de grossistas ou dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias.

4) Os mercados geográficos, a montante e a jusante, correspondem ao território nacional.

5) O Grupo ANF, através da Farminveste IPG, detém uma posição dominante no mercado dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias, pois que é a única entidade que está presente na recolha e comercialização de dados comerciais de um painel representativo de farmácias [entendido este como um painel com, pelo menos, 1531 farmácias e que permita a elaboração de estudos mensais na 1.^a semana do mês seguinte a que digam respeito e com uma desagregação temporal inferior à mensal].

6) O novo preço de 255€/mês/farmácia fixado pela ANF, no contrato celebrado em 18/12/2008, com data de entrada em vigor em 01 de Janeiro de 2009, não permitia/permite à IMS operar nos mercados a jusante (mercado retalhista/mercados dos estudos) com margens positivas, nem a qualquer outro potencial operador que surgisse/surja nos mercados a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

jusante e que fosse/seja tão eficiente como a HMR, criada poucos meses depois (em Junho/2009).

7) Existem fortes barreiras técnicas e económicas em aceder aos dados comerciais de um painel representativo de farmácias [entendido este como um painel com, pelo menos, 1531 farmácias e que permita a elaboração de estudos mensais na 1.^a semana do mês seguinte a que digam respeito e com uma desagregação temporal inferior à mensal].

8) O produto fornecido pela Farminveste, IPG era/é indispensável para realizar estudos de mercado sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias com uma periodicidade inferior à mensal.

9) Sem o produto fornecido pela Farminveste, IPG, a IMS e qualquer potencial operador que surgisse/surja nos mercados a jusante estavam/estão impossibilitados de realizar: a) estudos de mercado sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal; b) estudos de mercado sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal.

10) Mesmo nos mercados a jusante em que a IMS se manteve presente, a sua capacidade competitiva foi afectada.

11) Por via dos preços praticados no mercado a montante e nos mercados a jusante e das margens negativas entre os mesmos, as arguidas criaram entraves artificiais e efectivos à entrada de potenciais concorrentes nos mercados dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias com periodicidade inferior à mensal, e, nos mercados dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias com um painel de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias.

12) A HMR tem uma posição dominante: a) no mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias inferior a 1531 farmácias



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

com periodicidade inferior à mensal; b) no mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade inferior à mensal; c) no mercado dos estudos sobre CH, sobre prescrições médicas e actividade das farmácias baseados nos dados de uma amostra de farmácias igual ou superior a 1531 farmácias com periodicidade igual ou superior à mensal.

13) A conduta das arguidas é susceptível de afectar de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros da Comunidade Europeia.

14) Não há uma justificação objectiva para a conduta acima descrita praticada pelas arguidas.

Tudo visto, ainda que se admita que a a conduta das arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR Lda, não pode encaixar perfeitamente na figura (de construção jurisprudencial) do abuso de posição dominante através da compressão de margens desde o início da sua prática (em 1.1.2009) só podendo nós falar com rigor em tal figura, a partir de 1.1.2010 (quando releva a actividade da HMR e passa a poder falar-se em verticalização), a verdade é que não se pode negar que a actuação de todas elas integra durante todo o tempo de execução (de 1.1.2009 a 31.12.2013), a prática de um abuso de posição dominante por imposição de preços não equitativos, proibido e reconduzível ao artº 102º § 1º e § 2º al a) do TFUE.

Acompanhando assim a posição do M.P, e nessa medida subscrevemos a sua conclusão : *“Quer se entenda que a conduta das arguidas se reconduza ou não à figura da compressão de margens ou à figura da prática de preços excessivos ou a uma outra qualquer figura, certo é que é indubitável e evidente que consubstancia um abuso de posição dominante por imposição de preços não equitativos. Admitir-se o contrário seria reduzir indevidamente o efeito útil do artº 102º do TFUE.”*

Por conseguinte, seguindo este rumo de pensamento, apenas se impõe clarificar aqui que o Abuso de posição dominante previsto e descrito no referido no artº 102º § 1º e 2º a) do TFUE imputado às arguidas ANF, Farminveste IPG e HRM pelas quais estas



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

foram condenadas na 1ª instância, passa no plano do direito, por implicar integrar conceptualmente as suas condutas acima descritas em duas diferentes categorias (de construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça), e não apenas numa única.

Isto é, tais condutas integram a categoria de abuso de posição dominante por imposição de preços não equitativos (desde o seu início em 1.1.2009 até 31.12.2013) e simultaneamente a categoria (também de construção jurisprudencial) de abuso de posição dominante por compressão de margens (a partir de 1.1.2010 até 31.12.2013), nos termos acima melhor explicados.

Assim sendo por tudo o acima exposto impõe-se manter a condenação das três arguidas ora recorrentes nos seguintes termos:

- a condenação da arguida Associação Nacional de Farmácias (ANF) numa coima no montante de quatrocentos e nove mil, setecentos e quarenta e um euros e trinta cêntimos (€ 409.741,30) pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos artº. 102º/§1º e 2º, al a), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e artº 68º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 08.05, por ter empreendido, nos anos de 2009 a 2013 inclusive, conjuntamente com as duas demais recorrentes uma prática de abuso de posição dominante por imposição de preços não equitativos (desde 2009 até 31.12.2013) e de compressão de margens (esta última só a partir de 1.1.2010);

- a condenação da arguida Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A. (Farminveste IPG), numa coima no montante de duzentos e trinta e três mil, quinhentos e trinta euros e oitenta cêntimos (€ 233.530,80) pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos artº 102º/§1º e 2º, al a), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e artº 68º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 08.05, por ter empreendido, nos anos de 2009 a 2013 inclusive, conjuntamente com as duas demais recorrentes, uma prática de abuso de posição dominante por imposição de preços não equitativos (desde 2009 até 31.12.2013) e de compressão de margens (esta última só a partir de 1.1.2010);

- a condenação da arguida HMR-Health Market Research Lda, numa coima no montante de cento e setenta e um mil, setecentos e sessenta e sete euros e vinte cêntimos (€ 171.767,20) pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos artº



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

102º/§1º e 2º, al a), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e artº 68º/1, al b), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei nº 19/2012, de 08.05, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as duas demais recorrentes, uma prática de abuso de posição dominante por imposição de preços não equitativos e de compressão de margens.

Improcede assim o recurso destas arguidas recorrentes no sentido de verem afastada totalmente a qualificação da sua conduta como integrando um abuso de posição dominante por compressão de margens, pelas razões acima expostas.

III) Do re-envio prejudicial ao Tribunal de Justiça ao abrigo do artº 267º do TFUE

A demonstração de que uma empresa abusou da sua posição dominante depende sempre das circunstâncias concretas de cada caso.

E no caso sub judice?

Como foi bem sublinhado por estas arguidas, o artigo 267º do TFUE determina que os órgãos jurisdicionais nacionais podem reenviar ao Tribunal de Justiça questões sobre a interpretação de regras de direito comunitário, quando a resposta às mesmas seja necessária à resolução de litígios perante os mesmos pendentes.

Com efeito nos termos do artº 267º 1º § al. a) do TFUE, o TJUE é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação dos Tratados.

Dispõe o 2º § do mesmo artigo que “*Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie*”.

Acresce que no caso de se tratar de Tribunais que julguem, no caso concreto, em última instância, como é o caso deste Tribunal da Relação de Lisboa nos presentes autos, o 3º parágrafo da referida disposição determina que esse reenvio é obrigatório (ver, por todos, o acórdão *Da Costa en Schaake NV e.o. c. Administração Fiscal Neerlandesa*, de 27.3.1963, procs. 28 a 30/62, Rec. 1963, I, pp. 59 e segs).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Ou seja, do confronto entre os 2º e 3º parágrafo deste preceito ora em análise, resulta que há casos em que o juiz nacional está obrigado a suscitar questões prejudiciais e há casos em que o pode fazer facultativamente.

Do parágrafo 3º decorre sem margens para dúvidas, que um tribunal nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial, previsto no Direito interno, é obrigado a suscitar a questão prejudicial, se tiver dúvidas sobre a interpretação ou sobre a validade de uma norma comunitária.

E não deixa de ser verdade que à partida, como supra ficou dito, este Tribunal da Relação, no âmbito do presente recurso interposto de uma decisão de 20.10.2016 do Tribunal de 1ª instância (Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão) que conheceu da impugnação judicial deduzida pelas arguidas contra uma decisão de 22.12.2015 da AdC que lhes aplicou coimas, figura no elenco dos Tribunais obrigados a suscitar a questão prejudicial, ainda que não se encontre situado no topo da hierarquia legal dos tribunais nacionais (situação em que apenas se encontrava no caso português, o STJ, o STA e porventura o Tribunal Constitucional).

Isto porque como se sabe, em matéria de recursos das decisões da AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA que aplicam coimas, as Relações decidem em última instância, não cabendo recurso das suas decisões (nos termos das disposições conjugadas dos artigos 52º da Lei nº 18/2003, e 75º, nº 1, do Regime Geral das Contraordenações aprovado pelo Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, alterado pela Lei nº 109/2001 de 24 de Dezembro).

Porém e tal como as recorrentes não se esqueceram de referir, o Tribunal de Justiça reconheceu já também a autonomia do juiz nacional na deteção e afirmação da existência de uma questão de direito comunitário, determinando, na sua jurisprudência Cilfit (acórdão *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA c Ministério da Saúde*, de 6.10.1982, proc. 283/81, Rec. 1982, 9, pp. 3415 e segs) que quando, em função de jurisprudência existente do Tribunal de Justiça, não possa razoavelmente existir qualquer dúvida sobre a interpretação de determinada norma de direito comunitário, o Tribunal nacional que julga o caso concreto em última instância, não está obrigado a proceder ao reenvio (doutrina do acto claro).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

De facto, «a obrigação de suscitar a questão prejudicial por parte do juiz nacional não é, contudo, absoluta» (FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS in “Contencioso da União Europeia”, 2ª ed., 2009, p. 91).

Assim, o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia «tem admitido casos em que esta obrigação comporta excepções», a saber:

- a) se o TJ já se pronunciou sobre uma questão similar, mesmo que não absolutamente idêntica, no âmbito de um processo prejudicial ou não;
- b) se a questão prejudicial não for pertinente e séria – o tribunal nacional só deve suscitar a questão quando considerar que a decisão do TJ é necessária para a boa decisão da causa;
- c) se a norma é de tal modo evidente, «que não deixa lugar a qualquer dúvida razoável» (FAUSTO DE QUADROS e ANA MARIA GUERRA MARTINS in “Contencioso da União Europeia” cit., págs. 91 e 92).

Com efeito, é hoje pacífico que não basta uma parte no processo sustentar que o litígio objecto do mesmo coloca uma questão de interpretação do direito comunitário, para que a jurisdição nacional seja obrigada a considerar que existe uma questão de direito comunitário, que obriga ao reenvio nos termos e para os efeitos do artº 267º do TFUE.

De modo que mesmo tratando-se de jurisdições abrangidas pelo citado artº 267º, 3º parágrafo, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (como é o caso das Relações em Portugal, no âmbito dos recursos para elas interpostos das decisões dos tribunais de 1ª instância que conheçam das impugnações judiciais deduzidas contra as decisões da AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA que apliquem coimas) não estão as mesmas obrigadas a reenviar uma questão de interpretação que lhes for colocada, se nomeadamente a norma for de tal modo evidente que não deixa lugar a qualquer dúvida.

Voltemos então ao caso concreto.

As três recorrentes ANF, Farminveste IPG e HMR vieram invocar terem as maiores dúvidas de que a figura da compressão de margens, desenvolvida no quadro da aplicação do artigo 102º do TFUE, possa ser aplicada a uma situação factual como a dos presentes autos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Alegam que decorre manifestamente, não só da letra e espírito do Acórdão Telia Sonera, como também das finalidades da atuação de entidades administrativas e judiciais na aplicação do direito da concorrência, que o conceito de “cliente novo” constante daquela jurisprudência não pode ser interpretado da forma como o Tribunal a quo o fez.

Por isso requerem, ao abrigo do mecanismo de cooperação judiciária estabelecido no artigo 267º do TFUE, que este Tribunal da Relação proceda a o reenvio ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) de algumas questões prejudiciais que formulam no seu recurso, nomeadamente a questão de saber se *“Pode o artigo 102º do TFUE, tal como aplicado pelo Tribunal de Justiça no processo C-52/09 (Telia Sonera), ser interpretado no sentido de que é possível constatar um abuso mesmo que, durante todo o período da alegada infração, nenhum terceiro tenha procurado sequer encetar negociações de boa fé com a empresa verticalmente integrada com vista à aquisição do produto grossista desta?”*

Vejamos.

Segundo foi bem resumido por Figueiredo Dias no seu parecer junto aos autos *“De entre as várias formas possíveis de abuso de posição dominante, concluiu o Tribunal a quo que no presente caso, o abuso correspondeu a uma imposição de preços não equitativos (artº 102º, § 2, a), do TFUE), recorrendo essencialmente à jurisprudência do Tribunal de Justiça para densificar o respetivo conteúdo típico.*

Acompanhou, em particular, o Ac. do Tribunal de Justiça de 17-02-2011, proferido no âmbito de um reenvio prejudicial no caso TeliaSonera Sverige AB (Proc. C-52/09), no qual o TJ sintetiza as condições necessárias para que uma infração de abuso de posição dominante por compressão de margens possa considerar-se praticada.

O Tribunal de Justiça foi diretamente confrontado com duas questões que entram no âmago do ponto ora em análise:

1. *“Em que circunstâncias há violação do artigo [102º do TFUE] em razão da diferença entre o preço praticado por uma empresa dominante verticalmente integrada na venda de produtos de revenda para ADSL a concorrentes*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

no mercado grossista e o preço praticado pela mesma empresa no mercado dos [clientes] finais?";

e 2. para que esta prática constitua um abuso "é necessário que produza efeitos restritivos na concorrência e, em caso afirmativo, de que modo devem ser apurados esses efeitos?" (12.).

Na sua decisão no caso TeliaSonera, o Tribunal de Justiça esclareceu, quanto à primeira questão, que o preço praticado a concorrentes pela empresa que domina o mercado será não equitativo se comprimir efetivamente as margens desses concorrentes no mercado retalhista em apreço, atento o efeito eliminatório que é suscetível de criar para os concorrentes pelo menos tão eficientes como a empresa dominante (30. e 31.). Essa abusiva compressão de margens verificar-se-á se a diferença entre os preços grossistas praticados a concorrentes no mercado a montante do elemento necessário para produzir ou prestar determinado produto ou o serviço e os preços a que estes últimos são fornecidos no mercado a jusante for negativa ou insuficiente para cobrir os custos daquele elemento (32.). Pois, neste caso, ainda que os concorrentes sejam tão eficientes como a empresa em posição dominante, correm o risco de só poderem operar no mercado a jusante com prejuízos ou a taxas de rentabilidade artificialmente reduzidas, podendo assim ficar excluídos desse mercado (33.) (...)"

Também não ignoramos que o caso dos presentes autos apresenta características muito peculiares e únicas, como expressamente reconheceu de forma resumida o M.P, na sua resposta ao recurso destas arguidas e que aqui damos por reproduzido pela sua clareza.

Com efeito, estamos “perante uma associação de empregadores (a arguida ANF) que representa mais de 90% dos proprietários de farmácias, que obtém gratuitamente dos seus associados os dados comerciais das respectivas farmácias, e, que comercializa esses mesmos dados, sendo que numa fase inicial comercializava directamente tais dados e posteriormente passou a fazê-lo através duma sociedade comercial por si criada e detida: a arguida Farminveste, IPG.

A dada altura e abusando da sua posição dominante no mercado dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias, a ANF/ Farminveste IPG



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

resolvem impor um preço não equitativo à sua então única cliente (a IMS), e, que, ao não lograrem que esta aceitasse o preço pretendido, inicialmente cessam o fornecimento de dados a essa mesma cliente (em 31/03/2009) – impedindo-a imediatamente de realizar uma série de estudos de mercados baseados em dados de farmácia (destinados às empresas farmacêuticas, as consumidoras finais) -, e, depois decidem criar uma nova empresa (a HMR), totalmente detida pela Farminveste IPG, que vai concorrer com a ex-cliente desta última, excluindo-a de três dos seis mercados relevantes a jusante e afectando a sua capacidade competitiva nos demais três mercados.

Entretanto, é criada mais uma empresa – a Farminveste, SGPS – que passa a deter a 100% a Farminveste IPG, e, indirectamente, a HMR, e, que apesar de ser sociedade directora/dominante destas suas duas participadas, nada faz, pelo que a conduta abusiva e ilícitas destas duas participadas se mantém até pelo menos 31.12.2013”.

Pode é certo, admitir-se que haja dúvidas quanto à integração, durante todo o tempo da execução da contraordenação, relativamente à conduta de todas as três arguidas ora recorrentes, na figura do “abuso de posição dominante por compressão de margens”.

Na verdade, tal como bem ficou resumido na resposta do M.P “podem colocar-se dúvidas quanto à integração total/perfeita da conduta das arguidas na figura do abuso de posição dominante por compressão de margens, pois que a infracção se iniciou em 01/01/2009 e só após a constituição da HMR em Junho/2009 e a sua subsequente conduta (celebrou um contrato com a Farminveste IPG em 17/02/2010 com efeitos retroactivos a partir de 01/01/2010, comprometendo-se a adquirir os dados comerciais das farmácias pelo preço não equitativo de 255€/mês/farmácia, cfr. facto provado 106, a fls. 24789 verso, e, depois passou a comercializar estudos baseados nesses dados a preços que lhe esmagavam/esmagam as suas próprias margens, cfr. factos provados 367, fls. 24821 verso, a ponto de se verificarem perdas de capital social) é que se verificou o pressuposto da verticalização, exigido pela figura de compressão de margens de construção jurisprudencial”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Mas tais dúvidas podem ser ultrapassadas e resolvidas, com a exacta definição do limite temporal ab *initio* da execução da contraordenação objecto destes autos e subsequente imputação da mesma às várias arguidas pessoas colectivas nela intervenientes e ora arguidas, segundo os seus próprios contributos, nos termos já acima melhor explicados.

Por outro lado, ainda que tais dúvidas sejam legítimas, elas não chegam a colocar em crise a efectiva violação do artº 102º § 1º e § 2 al a) do TFUE por parte destas três arguidas, que quanto a nós se nos afigura ser manifesta face à matéria de facto que ficou apurada, uma vez que manifestamente levaram a cabo uma prática anticoncorrencial e ilícita de abuso de posição dominante por imposição de preços não equitativos, susceptível de lesar as relações comerciais entre os próprios Estados Membros da Comunidade Europeia.

Com efeito, a partir de 1.1.2010 e tal como bem recordou o M.P na sua resposta: *“(...) Uma das entidades verticalmente integradas - a HMR - tinha o monopólio de três dos seis mercados relevantes a jusante, e, a outra entidade verticalmente integrada – a Farminveste, IPG (que detém a HMR a 100%) tinha uma posição dominante no mercado a montante.*

A ANF/Farminveste IPG em 1.1.2009 não tinha efectivamente qualquer obrigação legal de vender à IMS ou a qualquer outra entidade os dados comerciais das farmácias associadas da ANF que usem o Sifarma e a Farmalink e que consintam nessa venda.

Mas (...) o facto do Grupo ANF conseguir controlar o sistema informático das farmácias e a informação que circula na rede Farmalink (...) dificulta que entidades terceiras – ainda que expressamente autorizadas pelas farmácias – tenham acesso aos dados dessas farmácias de forma remota, automática e diária.

Por isso, como resulta da douda sentença recorrida, o preço de mercado estava fixado desde 1.1.2009 e “as recorrentes tinham todo o interesse em manter um preço que bloqueasse interessados e potenciais interessados na aquisição dos dados e mantiveram o preço de € 255,00 com esse propósito, sendo o mesmo uma expressão efetiva daquela que seria a vontade da Farminveste quanto ao preço que cobraria, caso a aquisição dos mesmos lhe tivesse sido solicitada” (fls. 24854, 2.º parágrafo).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Salienta-se aliás tal como acima referido, que o preço não foi alterado nem com a prolação da decisão do Tribunal Arbitral, nem com a decisão condenatória da AdC, e, nem mesmo apesar da complicada situação contabilística da HMR, sendo por isso, em face da factualidade dada como provada, irrelevante que nenhum terceiro tenha encetado negociações com vista à aquisição dos dados, pois que o preço sempre seria mantido.”

Por tudo o acima exposto não podemos deixar de concluir, fazendo nossas as palavras do M.P, de que face à matéria dada como assente na 1ª instância resulta ser manifesto que “a ANF/Farminveste IPG tinham (e têm) uma posição dominante no mercado a montante, e, que abusaram dessa posição ao impor/fixar um preço não equitativo à sua então cliente (IMS) e ao mantê-lo como preço de mercado, tendo sido esse mesmo preço que praticaram para com a nova empresa do Grupo, a HMR, a qual passou a concorrer com a ex-cliente da ANF/Farminveste IPG (a IMS) nos mercados a jusante, praticando preços de estudos que não reflectiam o preço de aquisição dos dados e que implicou o esmagamento das suas margens ao longo de vários anos.

Também resulta evidente que essa conduta (...) teve como efeitos concretos (e não meramente potenciais) a exclusão da IMS de três dos seis mercados relevantes a jusante e a afectação da sua capacidade competitiva nos demais três mercados (...).”

Assim sendo para nós evidente que a conduta das três arguidas constitui uma manifesta violação ao artº 102º §1º e §2.º al a) do TFUE, nos termos supra expostos, bem decidiu o Tribunal *a quo* quando condenou na 1ª instância as arguidas ANF, Farminveste IPG e HMR por uma contraordenação de abuso de posição dominante que consubstancia uma violação a este preceito, não se nos colocando dúvidas quanto ao preenchimento dos elementos do tipo desta infracção, que justifique o reenvio prejudicial para o Tribunal Europeu.

Improcede pois também neste segmento do recurso das arguidas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

IV) Da alegada inconstitucionalidade do artº 69º/2 do N.R.J.C – a moldura abstracta da coima aplicável, nas duas leituras possíveis do regime sancionatório das condutas anti-concorrenciais.

O artº 69º do NRJC contém normas que foram indiscutivelmente usadas quer pela AdC quer posteriormente pelo Tribunal *a quo* ora recorrido na determinação e aplicação das coimas às arguidas ora recorrentes.

Assim, dispõe o referido artº 69º o seguinte:

“1 - Na determinação da medida da coima a que se refere o artigo anterior, a Autoridade da Concorrência pode considerar, nomeadamente, os seguintes critérios:

- a) A gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional;*
- b) A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração;*
- c) A duração da infração;*
- d) O grau de participação do visado pelo processo na infração;*
- e) As vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas;*
- f) O comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência;*
- g) A situação económica do visado pelo processo;*
- h) Os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência;*
- i) A colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.*

2 - No caso das contraordenações referidas nas alíneas a) a g) do nº 1 do artigo anterior, a coima determinada nos termos do nº1 não pode exceder 10 % do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.”

Relativamente à norma que se retira do n.º 2 do art.º 69.º, verifica-se que quer a AdC quer o Tribunal *a quo* a interpretaram e aplicaram no sentido de que “10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras, ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas” representa o limite máximo da moldura sancionatória abstratamente aplicável.

E foi com base nesse pressuposto e nesse limite máximo que aplicaram a coima às arguidas recorrentes.

Vieram as arguidas em sede de recurso para este Tribunal da Relação alegar que a norma que se retira do art.º 69.º n.º 2 do NRJC - segundo a qual o montante correspondente a 10% do volume de negócios das arguidas no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória da AdC deverá funcionar como limite máximo da moldura aplicável ao ilícito contraordenacional - é organicamente inconstitucional, por violação de reserva legislativa relativa da Assembleia da República (art.º 165.º n.º 1 al. d) da CRP) e materialmente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade das coimas (art.º 29.º n.ºs 1 e 3 da CRP), do princípio da sua determinação e proibição de sanções ilimitadas ou indefinidas (art.º 30.º n.º 1 da CRP), do princípio do Estado de Direito (art.º 2.º da CRP), do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (art.º 18.º da CRP), do princípio da culpa (arts 1.º, 29.º e 30.º da CRP), e, do princípio da igualdade (art.º 13.º da CRP).

O M.P na sua resposta apresentada em 1.ª instância ao recurso destas arguidas, contra-alegou dizendo em síntese *“A questão da alegada inconstitucionalidade - orgânica e material - da norma em causa foi exaustivamente apreciada pelo Tribunal a quo, aderindo-se na íntegra aos fundamentos que levaram à conclusão de que inexistem qualquer inconstitucionalidade, que constam de fls. 24905 a 24911 verso, e, que dou aqui por reproduzidos”*.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

QUID JURIS?

O Direito Europeu relega a definição das coimas aplicáveis pelo ilícito do “Abuso de posição dominante” bem como o respectivo modo de aplicação, às autoridades nacionais.

Na verdade, segundo nos ensinam os autores Pedro Caeiro e Filipe Santos no seu parecer junto aos autos (com sublinhados nossos):

“A entrega da competência para a configuração do esquema sancionatório propriamente dito — sc., a escolha da espécie e do quantum das sanções aplicáveis nos procedimentos perante as autoridades nacionais — aos Estados-membros é uma opção clara do legislador europeu.

Por um lado, nada se prevê no artº 102º do TFUE a esse respeito.

Por outro lado, o artº 5º do Regulamento 1/2003 prevê que, para efeitos de aplicação do artº 102º, as autoridades dos Estados-membros possam tomar várias espécies de decisões, entre as quais se contam a “aplicação de coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional” (...).

Estes mesmos autores colocam ainda a seguinte questão:

Se fosse possível interpretar o artº 69º/1/2 do NRJC no sentido de este preceito ser conforme ao Direito Europeu, essa interpretação isentaria o ordenamento jurídico interno de proceder ao respectivo controlo da constitucionalidade?

Isto porque não existe no Regulamento 1/2003 a previsão de um limite máximo de referência para a determinação das coimas aplicáveis, as quais todavia não podem ser superiores a 10% do volume de negócios da empresa no exercício anterior ao ano da decisão (expresso no nosso direito interno no NRJC).

E o Tribunal de Justiça Europeu já decidiu, no Acórdão Degussa, que esse esquema sancionatório é válido perante o direito europeu, respeitando suficientemente as garantias propiciadas por tal ordenamento, nomeadamente no que diz respeito aos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

princípios da legalidade e da proporcionalidade (AcTJ, de 22-05-2008, Evonik Degussa GmbH c. Comissão (proc. C-266/06 P), § 37 e SS).

Neste contexto, e dada a aplicabilidade directa do Regulamento 1/2003 conjugada com o primado do direito europeu, ou, ao menos, dado o dever de interpretação conforme com o direito europeu que impende sobre as autoridades nacionais na aplicação do seu direito, poderia aventar-se que a inexistência de um limite superior para a moldura das coimas aplicáveis, ou a sua fixação em 10% do volume de negócios da arguida no exercício anterior à decisão, seriam legitimadas pelo direito europeu e, portanto, nessa medida, isentas do parâmetro constitucional português.

Mas a verdade é que tal não se revela possível, como bem explicam estes autores, avançando argumentação que aqui fazemos nossa, por a considerarmos inteiramente acertada: “(...) O ponto de equilíbrio aceite pelo Estado Português em matéria de delimitação de jurisdições com a União Europeia é o “respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático” (artº 8º, nº 4, da CRP, in fine), onde naturalmente se incluem o respeito pelos direitos, liberdades e garantias, tal como consagrados na Constituição, e, por essa via, as garantias presentes na aplicação do direito sancionatório.

Assim sendo, uma norma europeia que desrespeite aquele último reduto constitucional não beneficia da credencial de vigência “para-constitucional” que o mesmo artigo outorga ao direito europeu e, por isso, as normas nacionais que sejam interpretadas em conformidade com essa norma europeia não podem prevalecer-se do artº 8º, nº 4, da CRP, devendo ser desaplicadas pelas autoridades portuguesas sempre que violem as disposições da Constituição”.

Consideramos pois importante na análise que se fará de seguida, reproduzir aqui duas ou três notas constantes do parecer junto aos autos de Teresa Quintela de Brito (referida po nós como Teresa Quintela por uma questão prática) pela sua pertinência para a compreensão e análise desta questão.

Segundo nos ensina esta autora, no referido parecer (fls 117 e segs) :



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A) (...) ao abrigo do artº 12º/2 CRP, as pessoas colectivas apenas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres "compatíveis com a sua natureza".

B) (...)o art. 17º/2 e 3 RGIMOS, contrariamente ao que sucede quanto às pessoas singulares, não estabelece, para as pessoas colectivas, um qualquer limite mínimo.

O que indicia logo que o RGIMOS (DL nº 433/82) partiu do pressuposto - correcto - de que a questão das molduras sancionatórias não tem de colocar-se exactamente nos mesmos termos para as pessoas singulares e para as colectivas, maxime quando estas sejam titulares de organizações empresariais, muito diferentes entre si, e esteja em causa um ilícito cuja gravidade, cujos efeitos e benefícios económicos são dificilmente determináveis e balizáveis dentro de molduras rígidas.

Molduras rígidas, aliás, muito pouco compatíveis com a especificidade das diversas contraordenações sectoriais e dos seus agentes, a imperiosa necessidade de ablação do benefício ilicitamente alcançado e, ainda, com a outorga às autoridades sancionatórias de certos poderes e faculdades (sempre no quadro de uma discricionariedade vinculada) que são manifestações do princípio da oportunidade relativamente ao desfecho do processo contraordenacional (v.g. arts. 27º e 28º LdC), à dispensa e redução da sanção (v.g. arts. 70º e ss. LdC).

(...)

C) Nos Pontos 24 e 25 das "Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Utilizar na Aplicação de Coimas" pode ler-se:

Quando se tome por base "o volume de negócios relacionado com a infração, a Autoridade da Concorrência, seguindo as práticas da Comissão Europeia e de outras autoridades europeias, considera que a percentagem a ter em conta para este efeito é fixada entre 0% e 30%, em função da gravidade da infração".

Quando se considere como critério de referência "o volume de negócios total do visado pelo processo, a Autoridade da Concorrência considera que a percentagem a ter



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

em conta para este efeito é fixada entre 0% e 10%, em função da gravidade e duração da infração".

Consideradas estas notas iniciais, que importa ter presentes na análise a efectuar, vejamos então agora com mais detalhe qual o regime legal em vigor no nosso ordenamento, seguindo agora de perto os ensinamentos dos dois referidos autores Pedro Caeiro e Filipe Santos:

“O esquema sancionatório adoptado pelo NRJC (Lei nº 19/2012) é o seguinte:

- o nº 1 do artº 68.º elenca, nas suas várias alíneas, as contraordenações puníveis como infracções ao direito da concorrência;

- o nº 1 do artº 69º indica os critérios que a AC deve levar em consideração na determinação da medida concreta da coima;

- e o n.º 2 do mesmo dispositivo estatui que "a coima determinada nos termos do nº 1 não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência".

Estas normas, inspiradas pelo Regulamento 1/2003, parecem pretender criar um regime sancionatório especial, afastando a aplicação dos limites máximos das molduras das coimas supletivamente previstos nos nºs. 2 e 3 do artº 17º do RGCO. Admitindo que assim é — sc., que são normas em sentido "contrário" ao que ali se dispõe —, elas podem ser objecto de duas leituras diferentes.

A) Na primeira interpretação, que nos parece a mais correcta no plano literal, histórico, teleológico e sistemático, as coimas são determinadas, num primeiro momento, nos termos do nº 1 do art 69º, com aplicação dos critérios aí enunciados e sem referência a qualquer limite máximo, surgindo depois a cifra de 10% do volume de negócios como *cláusula de bloqueio* da sanção (aquilo a que a doutrina alemã chama de "*Kappungsgrenze*"), através da qual se estabelece um valor que não pode, em caso algum, ultrapassado.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Deste modo, têm que ser *reduzidas* para esse montante as coimas que *hajam sido* fixadas em montante superior no procedimento da respectiva determinação - Algo de semelhante, no fundo, ao disposto no n.º 10 do art.º 368.º do Código Penal, que tem por função garantir a proporcionalidade das penas aplicadas a crimes de branqueamento, limitando a sua medida concreta às penas mais elevadas abstractamente aplicáveis aos factos precedentes (cf. PEDRO CAEIRO in "A consunção do branqueamento pelo facto precedente).

Na construção que a vê como cláusula de bloqueio, a percentagem de 10% do volume de negócios da empresa constitui, não um ponto de referência da medida concreta da sanção, mas um *limite externo* que visa apenas a protecção da arguida contra sanções que afectem de forma excessiva a sua capacidade produtiva.

Esta tutela não se prende com uma ideia de proporcionalidade relativamente à *gravidade do facto praticado e à culpa aí manifestada*, mas sim com *a situação económica em que a arguida se encontra no momento da decisão ("capacity to pay")*. Subjacente a esta protecção especial está a ideia de que a defesa da concorrência não deve fazer-se através da incapacitação económica das empresas (infractoras), porque, de outro modo, a actuação do Estado ver-se-ia envolvida num paradoxo de sentido (defesa da concorrência através da eliminação da concorrência).

A esta luz, compreende-se perfeitamente que o momento relevante para o cálculo dos 10% do volume de negócios seja o exercício imediatamente anterior à decisão de condenação (o momento mais próximo possível), e não o exercício em que a arguida eventualmente beneficiou com a prática das infracções (que pode ter tido lugar vários anos antes).

Em consequência, é legítimo afirmar que a cláusula de bloqueio não tem qualquer relação com o facto ilícito e não participa, por isso, da construção da sanção aplicável ao agente — apenas a limita "de fora", "podando-a" (*Kappungs*) em momento ulterior ao respectivo cálculo, por aí se protegendo a capacidade económica do visado."

Esta interpretação é assim defendida por estes autores como é seguramente a mais ajustada no plano dos elementos *literal, teleológico, histórico e sistemático*:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

por um lado, é inequívoco que o n.º 2 do art.º 69.º se refere à "coima determinada nos termos do n.º 1", procedimento a que, portanto, o n.º 2 é alheio;

por outro lado, a referência do volume de negócios da empresa ao *exercício do ano anterior* à decisão da AC aponta claramente para um índice da capacidade de pagar, e não para uma moldura sancionatória aplicável a um facto cometido alguns anos antes.

Na verdade, em apoio desta sua posição, estes autores chamam também à colação um outro instrumento/documento auxiliar a ter em conta nesta matéria, que são as *Linhas de Orientação sobre a Metodologia a utilizar na Aplicação de Coimas elaboradas no âmbito do art.º 69.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e aprovadas pela AC, de 20 de Dezembro de 2012 (as quais como acima já vimos fixam, nos seus pontos 24 e 25, como molduras aplicáveis às coimas, entre 0% e 30% do volume de negócios relacionado com a infracção, e entre 0% e 10% do volume de negócios total do visado pelo processo, em função da gravidade da infracção).*

Mas como o próprio documento informa, no seu ponto 5, as "linhas" *não têm* por finalidade "permitir a determinação prévia das coimas concretas aplicáveis em cada caso, *mas antes fornecer as informações necessárias à compreensão do método utilizado pela Autoridade da Concorrência na determinação dessas coimas*".

Não se tratando de normas legais, vinculantes para os tribunais, não podem constituir os limites máximos das coimas exigidos pelo princípio da legalidade.

Afirmam pois estes autores, que basta ler as *Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 2.º do Regulamento (CE) rz. 1/2003 (2006/C 210/02)*, designadamente no que diz respeito à determinação de um montante de base da coima através do valor das vendas e da sua relação com os anos de duração da prática ilícita, para se concluir que, também aí, a percentagem de 10% do volume de vendas do exercício anterior à decisão é um limite ulterior e externo (as Orientações chamam-lhe "limiar máximo legal") em relação à determinação da sanção.

Mas esta interpretação ou visão do sistema sancionatório, traz consigo segundo estes autores, dois graves inconvenientes directamente resultantes do facto de então não haver qualquer limite superior da moldura legal abstracta das coimas aplicáveis:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“1) A inexistência de um limite máximo das coimas, num sistema de sanções graduáveis cuja concreta determinação não obedece a limites previamente dados é um sistema desprovido de racionalidade punitiva - melhor dizendo, é um sistema irracional, injusto e que não serve os propósitos de prevenção / repressão - mas também de protecção da segurança e das expectativas dos cidadãos - a que deve estar ordenado. Para este efeito, em nada releva a imposição de um limite de 10% do volume de negócios da arguida no exercício anterior ao da condenação, que visa apenas proteger a empresa enquanto agente económico - ou, se quisermos, enquanto elemento que concorre para a geração de riqueza -, e não enquanto entidade sujeita ao poder sancionatório do Estado.

2) A violação clara da C.R.P - este sistema depara-se pois com inultrapassáveis obstáculos de índole *constitucional*.

Com efeito, explicitam estes autores, “*o princípio da legalidade (artº 29º, nº 3, da CRP) e a proibição de sanções indefinidas (artº 30º, nº 1, da CRP) também se aplicam à previsão das coimas, obrigando a que elas sejam cognoscíveis no momento da prática do facto ilícito.*

Ora, na interpretação do regime que agora examinamos não se estabelecem limites máximos para as coimas aplicáveis, violando-se irremissivelmente o princípio da legalidade – melhor dizendo ao impossibilitar a criação de uma escala sancionatória objectiva, o artº 69º/1 do RJC, viola o princípio da igualdade consagrado no artº 13º da C.R.P. pois não permite estabelecer uma sanção igual, na base, para infracções iguais.

B) Na segunda interpretação, os 10% do volume de negócios realizado no exercício do último ano, imediatamente anterior à decisão final condenatória, proferida pela Autoridade da Concorrência (por ser o momento mais próximo possível dessa decisão), *surge como limite superior da moldura das coimas aplicáveis aos ilícitos contraordenacionais tipificados no artº 68º*, desenhando-se a moldura propriamente dita nesse intervalo.

Na Jurisprudência Alemã, o Supremo Tribunal Alemão (BGH) já decidiu perante idêntica questão colocada no seu ordenamento interno, que esta interpretação seria



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

"conforme com a sua Constituição", desde que os 10% sejam entendidos, não como uma cláusula de bloqueio das sanções aplicadas, mas como *limite superior da moldura sancionatória aplicável*.

Depois de salientar a especificidade da repressão das infracções contra a concorrência, que tem por destinatários empresas de dimensão muito diversa, o BGH afiança que é imprescindível levar em conta a capacidade de pagar das empresas (*Leistungsfähigkeit*), de maneira a respeitar as exigências constitucionais de repressão adequada e da justiça do caso.

Neste contexto, o volume de negócios do último exercício seria um indicador fiável da dimensão da empresa, fornecendo, do mesmo passo, um limite sancionatório "transparente" e "previsível" para a mesma, pelo que não colidiria com a exigência constitucional de determinação e previsibilidade das coimas.

Por fim, o BGH conclui que a utilização do último volume de negócios conhecido, em vez do volume de negócios do(s) ano(s) da prática do facto ilícito não viola o princípio da culpa nem da determinação das coimas, porque está em linha com o princípio geral segundo o qual o cálculo da coima deve partir dos números disponíveis mais próximos da decisão .

O Tribunal Constitucional Alemão ainda não se pronunciou sobre o problema.

Esta segunda interpretação tem sido também a posição adoptada pela AdC e pela Jurisprudência Portuguesa, tendo sido aquela que foi seguida pelo Tribunal *a quo* como já acima dissémos.

Estes dois autores, a que vimos aludindo, defendem contudo que nesta segunda interpretação, o artº 69º/2 do NRJC também é manifestamente inconstitucional, desde logo porque os 10% do volume de negócios constituem um limite indeterminado e indeterminável no momento da prática da infracção — que é, evidentemente, o momento relevante para aferir a previsibilidade da sanção —, porque os arguidos não sabem, não podem saber e não têm o dever de saber, qual será o volume de negócios do exercício anterior à condenação, que pode ter lugar vários anos após a prática dos factos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E citam em abono da sua tese, o Acórdão do T.C nº 85/2012 de 15.2.2012 onde este Tribunal decidiu que a exigência constitucional de determinabilidade no ilícito contraordenacional impõe que os destinatários possam "*antecipar, com segurança, a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito*".

Em suma, vemos que na síntese operada pelo AcTC n.º 201/2014, de 3-03-2014, "*a Constituição impõe exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional que só se cumprem se do regime legal for possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas como ainda antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito*" (itálicos nossos).

Deste modo, estes dois autores, concluem que em ambas as aceções/interpretações acima analisadas de forma discriminada, este nº 2 do artº 69º do NRJC é inconstitucional, resumindo a sua posição do seguinte modo:

“De tudo quanto se expôs flui que as normas contidas nos números 1 e 2 do artº 69º são, em ambas as suas interpretações possíveis, contrárias à Constituição, na parte em que, respectivamente, não estabelecem o limite superior da moldura das coimas aplicáveis, ou estabelecem um limite e uma moldura indeterminada, indexada a grandezas que nada têm que ver com o facto praticado, a culpa do agente ou o benefício obtido com a infracção.

A qualificação dos 10% do volume de negócios do exercício anterior como cláusula de bloqueio, respeitando embora a génese (europeia) e o sentido que justamente lhe deve ser atribuído, conduz a que a norma posta no nº 1 do artº 69º — na medida em que seja vista como uma disposição "em sentido contrário" ao nº 2 do artº 17º do RGCO, para efeitos de o excepcionar — seja inconstitucional, por violação do princípio da legalidade (determinação) das coimas, pois não assinala limites máximos às coimas aplicáveis.

Por seu lado, se o artº 69º, nº 2, puder ser interpretado no sentido de que aquela percentagem serve como limite superior da moldura onde se determinam as coimas, a norma é desconforme com a Constituição, por violar os princípios da legalidade (determinação das sanções) e do Estado de direito; da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos; da culpa; e da igualdade.”



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Vejamos.

O Tribunal Constitucional em Portugal ainda não se pronunciou expressamente sobre esta concreta questão (ao contrário do que parece resultar de uma leitura apressada do parecer de Teresa Quintela, junto aos presentes autos).

Aliás como bem salientou o Tribunal *a quo*:

“Não há jurisprudência do Tribunal Constitucional especificamente sobre esta questão. Com efeito, a decisão sumária n.º 216/2016, que incidiu sobre o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa referido no parágrafo precedente, apreciou a inconstitucionalidade material do art.º 69.º/2, do NRJC. Contudo, pese embora tenha identificado, na alegação da recorrente, uma “linha argumentativa” coincidente com a específica dimensão em análise, não se pronunciou sobre a mesma e reconduziu a arguição à “amplitude da moldura abstrata sancionatória”.

Mas não ignoramos naturalmente, o Acórdão mais recente, aliás mencionado na decisão recorrida, de 11.3.2015 proferido pela 3.ª secção da Relação de Lisboa no âmbito do processo n.º 204/13.6YUSTR.L1-3 relatado pelo Exmo Sr. Juiz Desembargador Carlos Almeida e publicado in www.dgsi.pt, onde se perfilha a tese da inconstitucionalidade deste preceito legal, com a argumentação que aqui recordamos em síntese: *“(…) Tal como disse anteriormente, este Tribunal a propósito da interpretação da norma correspondente da lei de 2003, a variação no tempo do valor máximo da coima ao sabor da evolução do mercado, da diligência da autoridade sancionadora e, acrescentamos agora, da própria complexidade do processo, como acontece no indicado preceito da lei de 2012, que mandou atender ao «exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência», é, a nosso ver, claramente violador do corolário do princípio da legalidade «nullum crimen, nulla poena, sine lege certa». Por isso, não pode este Tribunal aplicar essa norma – artigo 204.º da Constituição –, se bem que ela surgisse no caso, em abstrato, como mais favorável à arguida”.*

Contudo e salvo o devido respeito, admitindo embora a razoabilidade de semelhante argumentação, permitimo-nos discordar da posição defendida no Acórdão de 11.3.2015 da 3.ª secção da Relação de Lisboa proferido no processo n.º



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

204/13.6YUSTR.L1-3 e acompanhar antes aquela defendida pelo Tribunal *a quo* no sentido de que não padece esse preceito de qualquer vício de inconstitucionalidade.

Também Teresa Quintela no seu parecer junto aos autos (a fls 23653 e segs) veio sustentar idêntica posição, embora com uma fundamentação algo distinta.

Urge pois recordar o que sobre esta questão escreveu esta autora no referido parecer, e que aqui se deixa transcrito para melhor esclarecimento e análise desta matéria: “(...) Ao parecer tornar como sistemático ponto de referência do limite máximo da moldura sancionatória, todo o volume de negócios realizado pelo infractor no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória da AdC, o n.º 2 do art. 69º entra em contradição com o n.º 1, cuja enunciação claramente aponta para um relacionamento da coima com a gravidade do facto praticado, a culpa do agente, o benefício alcançado e a situação económica do infractor.

Por isso impõe-se uma interpretação conforme à Constituição do artº 69º/2 LdC, em ordem a relacionar o volume de negócios tomado como ponto de referência na determinação do limite máximo da moldura sancionatória com os critérios enunciados no n.º 1.

Critérios que, designadamente, exigem uma relação da coima com:

-A gravidade da infracção para a afectação de uma concorrência efectiva no mercado nacional e a sua duração.

-A natureza e dimensão do mercado por esta afectado;

-As vantagens obtidas pelo visado com a prática da infracção, *quando as mesmas sejam identificadas*;

-A situação económica do visado, evidentemente no momento da condenação.

É verdade que o artº 43º/1 da Lei nº 18/2003 de 11.6 ao invés do actual artº 69º/2 da Lei nº 19/2012 de 8.5 , impunha que a coima aplicável “*não podia exceder 10% do volume de negócios do último ano*”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E que na interpretação deste preceito o Tribunal Constitucional já havia decidido que o volume de negócios do último ano se reportava ao ano em que cessava a prática ilícita.

Assim foi decidido no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 353/2011 onde se escreveu : "*nessa interpretação do regime legal, procura-se, através de um critério objectivo legalmente estabelecido, introduzir uma relação de dependência entre a moldura abstracta da coima e o benefício económico que o arguido retirou da prática da infracção, benefício esse calculado a partir do valor do volume de negócios do ano em que cessou a prática da infracção*".

Fazendo "repercutir no valor da coima eventuais vantagens auferidas pelo arguido, o regime legal nesta interpretação visa, desde logo, desencorajar a prática da infracção".

Deste modo "*verificar-se-á, necessariamente, uma correspondência entre o benefício económico obtido pela prática da infracção e o valor da coima aplicável*".

E "*também se assegura que cada arguido não é penalizado em termos relativamente mais gravosos do que sucede relativamente a outro arguido*".

Logo, "*não se põe relativamente ao critério do cálculo do seu valor qualquer problema de tratamento desigual*".

Segundo Teresa Quintela, esta jurisprudência veio a ser integralmente confirmada pela Decisão Sumária nº216/2016, do Tribunal Constitucional, mas a propósito da remissão operada pelo artº 69º/2 para o volume total de negócios do visado (v. ponto 11).

Note-se que o artº 69º/1 e) LdC já aponta inequivocamente para uma correspondência entre o benefício económico obtido pela prática da infracção e o valor da coima aplicável"

Justamente a correspondência para a qual também nos conduz o artº 69º/2, para assim se garantir uma das principais funções da coima e do DMOS.(...) – Segundo Teresa Quintela.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Daí que para esta autora, a chave para as dúvidas colocadas nesta matéria pelas recorrentes está em efectuar uma interpretação conjugada do nº 1 com o nº 2 do artº 69º da LdC, para assim assegurar a respectiva constitucionalidade.

Por isso, na determinação do montante da coima esta autora defende o seguinte (com sublinhados nossos): “(...) A gravidade da infração é determinada casuisticamente, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes, *designadamente a natureza da prática, o grau de sofisticação da sua implementação, os seus efeitos sobre a economia, o mercado afetado* [artº 69º/1 a) e b) LdC, e o comportamento dos agentes económicos, em especial no que respeita à *dinâmica da inovação, a dimensão económica dos visados pelo processo e a sua participação na infração* [artº 69º/1 d) LdC], bem como a *relevância e a dimensão do sector económico em causa*” [artº 69º/1 b) LdC].

(...).ninguém questionará que o volume de negócios do visado nos poderá lançar luz sobre "a sua dimensão económica", o seu "poder económico", a potencial "gravidade da infracção em termos de afectação da concorrência efectiva no mercado nacional" [artº 69º/1 a) LdC], "a natureza e dimensão do mercado afectado pela infracção" [artº 69º/1 b) LdC] e, consequentemente, quanto aos "efeitos sobre a economia da infracção" e o "grau da participação do visado na infracção".

Tudo isto, revela à evidência que, afinal, a consideração do volume de negócios do visado (seja o total ou apenas o relacionado com a infracção) não é alheia à gravidade indiciária da infracção, dos seus efeitos sobre a concorrência e a economia, à natureza e dimensão do mercado afectado, ao grau de participação do visado na infracção; numa palavra: à ofensividade da conduta em causa.

Ao invés, a consideração do volume de negócios pode ser justamente a forma de assegurar a proporcionalidade da sanção à gravidade da infracção.

Assim segundo esta autora, a consideração do volume de negócios do exercício imediatamente anterior à prolação da decisão final:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- Visa assegurar que "é tida em conta a situação particular de cada empresa" no momento da condenação, de modo que *nenhuma empresa seja penalizada* em termos relativamente mais *gravosos do que outra*" nas mesmas circunstâncias (Decisão Sumária n.º 216/2016, do Tribunal Constitucional);

- Respeitando à situação económica do visado no momento da condenação, continua "*a assegurar a igualdade de tratamento propiciada pela grandeza objectiva e neutra*" de uma coima máxima correspondente ao valor de 10% do volume de negócios da empresa infractora;

- Pela sua conexão com a dimensão económica e o poder económico do visado, ainda pode ser relacionada com a gravidade da infracção, no que concerne à afectação de uma concorrência efectiva no mercado, à natureza e dimensão do mercado afectado pela infracção e ao grau de participação do visado na infracção, além da sua evidente ligação com o benefício económico, calculado, justamente, a partir do volume de negócios (Acórdão do TC n.º 353/2011);

- Por isso, ainda pretende assegurar a proporcionalidade da coima relativamente à gravidade da infracção e a realização da primordial função do DMOS e da coima: evitar que a prática da infracção se torne lucrativa.

Em resumo defende esta autora que seja feita uma interpretação conjugada do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 69.º do NRJC assim se sanando as dúvidas sobre a conformidade do n.º 2 do art.º 69.º à C.R.P, (e deste modo ficando afastada a tese da inconstitucionalidade) e permitindo também que a coima seja determinada com base nos volume de negócios relacionados com a infracção, grantindo desta forma de modo mais próximo e directo a proporcionalidade da coima à gravidade do ilícito jusconcorrencial (em cumprimento do disposto no art.º 69.º/1 c) e e) do NRJC).

Apenas quando não seja possível determinar o volume de negócios relacionado com a infracção, ou adequado tomá-lo como critério de determinação da coima (em obediência a um mandato de apreciação esgotante de todo o conteúdo de ilícito da contraordenação jusconcorrencial), se poderá



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

lançar mão do critério subsidiário do *volume total de negócios do visado*, ao abrigo do artº 69º/2 (Pontos 18 e 22 das Linhas de Orientação). O que assegura a constitucionalidade do nº 2 do artº 69º.

Ainda que seja apenas inadequado atender ao volume de negócios relacionado com a infracção - apesar de este poder ser determinado - a AdC *recorre* primeiramente ao *volume total de negócios* relacionado com a *infracção* no último ano da prática desta, como impõe o artº 69º/1 c) quando articulado com a respectiva al. e) (Pontos 22, in fine, e 35 das Linhas de Orientação;

Contudo, mesmo quando se tome como ponto *de referência* o *volume de negócios relacionado com a infracção*, no último ano *da prática da infracção*, nunca será legítimo ultrapassar o limite máximo e fixo *de 10% do volume total de negócios* do visado no *exercício* imediatamente anterior à prolação da *decisão* condenatória, a não ser que ocorra a situação prevista no artº 18º/2 RGIMOS;

A percentagem de 10% do volume de negócios do exercício anterior à decisão condenatória corresponde ao limite máximo (universal) de restrição possível, por parte do Estado, dos direitos fundamentais em que se sempre se traduz a aplicação de uma coima por uma infracção jusconcorrencial.

Acabámos de expor de forma resumida a posição de Teresa Quintela nesta matéria no sentido da defesa da constitucionalidade do artº 69º/2 do NRJC.

Contudo deve dizer-se desde já, que mesmo não tendo adoptado os critérios das Linhas de Orientação, acima mencionados, foi ainda assim efectuada uma análise rigorosa e exaustiva pelo Tribunal *a quo*, na sentença recorrida, no sentido da constitucionalidade deste preceito, de que apenas nos permitimos de seguida reproduzir alguns extractos mais elucidativos, os quais aqui subscrevemos inteiramente pela sua clareza e coerência:

1) A interpretação do artº 69º/2, do NRJC, enquanto limite máximo da moldura legal abstrata consubstancia uma *invasão da esfera própria e reservada ao legislador*? E nessa medida o artº 69º, nº 2 do NRJC, quando interpretado no sentido de admitir que



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“o montante correspondente a 10% do volume de negócios funcione como limite máximo da moldura aplicável ao ilícito contraordenacional é organicamente inconstitucional, por violação de reserva legislativa relativa da Assembleia da República (artigo 165º n.º 1, al. d) da CRP), e é materialmente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade (artigo 29º, n.ºs 1 e 3 da CRP) e do princípio da sua determinação (artigo 30º, n.º 1 da CRP)?

“interpretar, em matéria de leis, quer dizer não só descobrir o sentido que está por detrás da expressão, como também, dentro das várias significações que estão cobertas pela expressão, eleger a verdadeira e decisiva” (...)

Contudo, a interpretação do preceito no sentido de estipular o limite máximo da moldura legal abstracta também corresponde a um sentido consentido pela letra da lei. Mais do que isso, é, de entre essas duas leituras possíveis, a significação “verdadeira e decisiva”.

E é assim porque a primeira interpretação é de rejeitar, liminarmente, na medida em que, tal como salientam Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, conduz à inexistência de um limite superior, o que, entre outras razões, se depara com obstáculos essenciais, que afetam a própria racionalidade do sistema de sanções graduáveis.

Com efeito, fazendo novamente uso das suas palavras, para “determinar o montante da coima, o aplicador tem de ter perante si, nesse primeiro momento, uma moldura dotada de um limite mínimo e de um limite máximo”, pois só assim é possível “traduzir as valorações resultantes dos vários fatores de determinação da medida concreta da sanção numa grandeza relativa de outra índole (um certo tempo de prisão, um certo número de dias de multa, um certo montante pecuniário) apta a expressar o grau de gravidade do facto e, concomitantemente, capaz de garantir a proporcionalidade ordinal (relativa) entre todas as sanções aplicadas, bem como, por essa via, a igualdade de tratamento”. (...) é a interpretação adoptada pela AdC (...) a mais ajustada ao padrão adotado no nosso ordenamento jurídico em matéria de sanções, consubstanciando, na verdade, a leitura mais imediata da própria norma.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E tanto é assim que tem sido essa a interpretação acolhida pela AdC e pelos Tribunais. Por tais razões, conclui-se que não há violação de qualquer das normas e princípios constitucionais invocados pelas recorrentes”

Estamos inteiramente de acordo com esta linha de argumentação, já que apenas se está aqui, na esfera da interpretação de uma norma que foi criada pelo legislador, no uso das suas competências próprias, não havendo assim qualquer invasão de poderes constitucionalmente atribuídos a outrem.

2) A interpretação do artº 69º/2, do NRJC, viola o princípio da legalidade das coimas (artº 29º/1 e 3, da CRP), da proibição das sanções ilimitadas ou indefinidas (artº 30º/1, da CRP) e do princípio do Estado de Direito (artº 2º, da CRP)? As recorrentes sustentam esta alegação em duas dimensões de análise distintas:

a) por um lado, defendem as recorrentes que: 10% do volume de negócios das Arguidas - entendidos como limite máximo da coima concretamente aplicável - representariam um limiar indeterminado e indeterminável, no momento da infração – e esse momento é, obviamente, o ponto temporal relevante para a aferição da previsibilidade da sanção. Mais acrescentam, na esteira da decisão proferida pelo Venerando Tribunal da Relação de Lisboa em 07.11.2007, o entendimento acolhido na Decisão proferida implica sujeitar o valor máximo da coima a uma variação no tempo, “ao sabor do mercado e da diligência da autoridade sancionadora, o que permitia a sua manipulação”¹⁷, sendo, por conseguinte, uma interpretação da Lei manifestamente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade (determinabilidade) das sanções. Chamam ainda a atenção para a absoluta improcedência de um qualquer argumento que passe pela invocação de que os visados sempre conseguiriam saber a proporção ou ordem de grandeza máxima que a coima poderia atingir no seu património - bastando, para tanto, que levassem em consideração a sua situação económico-financeira mais atual, atendendo à data em que a decisão condenatória foi proferida. Pois que, com todo e o devido respeito, subscrever este entendimento implicaria não tomar em devida conta o momento relevante para a tutela da

¹⁷ AcTRL, de 07.11.2007, proc. 7251/07.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

confiança e das expectativas jurídicas, por homenagem ao princípio da segurança jurídica, fulcral no campo do direito sancionatório - o momento da prática do facto, o qual, pode ser distante (até muito distante – em rigor, vários anos) do momento de prolação da decisão condenatória.

Remetem ainda para as páginas 103 a 108 do parecer subscrito por Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, que, no essencial e com base nas mesmas asserções, sustentam este entendimento.

b) Por outro lado, sustentam que a amplitude das molduras em apreço nos presentes é, a todos os títulos, inaceitável à luz dos cânones do princípio da legalidade e da proibição de sanções ilimitadas ou indefinidas. Invocam o acórdão do Tribunal Constitucional nº 547/01 e remetem para o parecer de Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, fls. 106 a 111.

No que respeita à primeira dimensão da questão o Tribunal *a quo* adoptou a seguinte linha de pensamento que perfilhamos inteiramente pela sua justeza e equilíbrio.

- Com efeito, o Tribunal *a quo* chama à colação a Jurisprudência do Supremo Tribunal Alemão (BGH) já por nós aqui mencionada uma vez que esta instância já decidiu (com sublinhados nossos) que “*desde que os 10% sejam entendidos, não como uma cláusula de bloqueio das sanções aplicadas, mas como limite superior da moldura sancionatória aplicável essa interpretação era constitucional, porque “é imprescindível levar em conta a capacidade de pagar das empresas ..., de maneira a respeitar as exigências constitucionais de repressão adequada e da justiça do caso (§ 69 e ss.). Neste contexto, o volume de negócios do último exercício seria um indicador fiável da dimensão da empresa, fornecendo, do mesmo passo, um limite sancionatório “transparente” e “previsível” para a mesma, pelo que não colidiria com a exigência constitucional de determinação e previsibilidade das coimas (§ 72 e s.). Por fim, o BGH concluiu que a utilização do último volume de negócios conhecido em vez do volume de negócios do(s) ano(s) da prática do facto ilícito não viola o princípio da culpa nem da determinação das coimas, porque está em*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

linha com o princípio geral segundo o qual o cálculo da coima deve partir dos números disponíveis mais próximos da decisão (§ 76) ”¹⁸.

- e no nosso ordenamento interno, o Tribunal *a quo* chama à colação os princípios fundamentais que resultam em síntese do Acórdão nº 201/2014 do T.Constitucional: “(...) o princípio da legalidade, incluindo a determinação das coimas, também vale para o ilícito de mera ordenação social.

As ideias fundamentais em torno da questão são, de acordo com o referido aresto, as seguintes:

“(i) embora tais princípios [princípios da legalidade e da tipicidade] não valham “com o mesmo rigor” ou “com o mesmo grau de exigência” para o ilícito de mera ordenação social, eles valem “na sua ideia essencial”;

(ii) aquilo em que consiste a sua ideia essencial outra coisa não é do que a garantia de proteção da confiança e da segurança jurídica que se extrai, desde logo, do princípio do Estado de direito;

(iii) assim, a Constituição impõe “exigências mínimas de determinabilidade no ilícito contraordenacional” que só se cumprem se do regime legal for possível aos destinatários saber quais são as condutas proibidas como ainda antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito”.

Para depois, continuar a defender a sua posição, de não verificação de qualquer violação da C.R.P, com os seguintes fundamentos (com sublinhados nossos):

“Antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito não significa, evidentemente, determinar com precisão a medida da sanção que vai ser aplicada, uma vez que esta depende, num sistema de sanções graduáveis, de uma graduação em função de determinados critérios. Isto significa que o princípio da legalidade, na vertente da determinação das sanções, é compatível com um certo nível de indeterminação. Nesta medida, quando se trata de aferir se é possível “antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito” o que está em causa é apurar um determinado nível de

¹⁸ Parecer, fls. 21671-21672.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

determinação ou de determinabilidade da sanção aplicável. Nível esse que deverá ser mais ou menos exigente em função das consequências decorrentes da condenação e, nesta medida, o ilícito de mera ordenação social, enquanto “ordem sancionatória não privativa de liberdade”¹⁹, consente um nível de indeterminação superior do que o direito penal ou uma aplicação do princípio, em termos gradativos, menos exigente. À semelhança, aliás, do que se verifica a propósito da aplicação ao ilícito de mera ordenação social de outras garantias constitucionais penais.

Consideram-se elucidativas desta linha de pensamento as seguintes asserções do Tribunal Constitucional no acórdão nº 466/12: *“E se a menor danosidade da sanção das contraordenações (as coimas), que nunca afetam o direito à liberdade, conjuntamente com a necessidade de prosseguir finalidades próprias da ordenação da vida social e económica, as quais são menos estáveis e dependem, muitas vezes, de políticas sectoriais concretas, permitem uma aplicação mais aberta e maleável do princípio da tipicidade, comparativamente ao universo penal, o carácter sancionatório e a especial natureza do ilícito contraordenacional não deixam de exigir um mínimo de determinabilidade do conteúdo dos seus ilícitos”.*

Dito isto, considera-se que “antecipar com segurança a sanção aplicável ao correspondente comportamento ilícito” significa, no âmbito do ilícito de mera ordenação social, dispor dos elementos mínimos necessários para o agente se autodeterminar.

Ora, esse agente, no domínio das práticas restritivas da concorrência, traduz-se em empresas. E para as empresas o que importa, quando se trata de serem sujeitas a uma coima, é o efeito que essa sanção pecuniária terá na sua esfera económico-financeira à data ou o mais próxima possível da condenação.

Nesta medida, o facto da lei lhes assegurar que a coima terá como limite 10% do seu volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à condenação pela AdC – que reflete, com o mínimo de segurança, a sua situação económica mais atual – é, salvo melhor entendimento, suficiente para as empresas se autodeterminarem no momento da prática do facto.

¹⁹ Nuno Brandão, Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão à Convergência Material”, Coimbra Editora, 2016, pág. 872.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Quanto à possibilidade desse limite estar sujeito à variação no tempo ao sabor da evolução do mercado, da diligência da autoridade sancionadora e da própria complexidade do processo, note-se que há critérios de determinação da medida das sanções que também estão sujeitos a variações temporais. E, no entanto, são necessários para que a sanção seja apta a cumprir as finalidades punitivas que lhes estão subjacentes no momento em que é aplicada. Tal como sucede, no caso, com a fixação do limite de 10% em função da situação económica mais atual do visado no momento da condenação pela AdC.

E, por fim, quanto à possibilidade de manipulação intencional do limite máximo da coima pela AdC é uma hipótese que não pode ser equacionada ou aceite em termos gerais. Com efeito, pese embora se admita que um sistema, de acordo com a moderna conceção de garantismo, não pode depender das supostas “boas qualidades” das pessoas que o integram, sendo necessário introduzir garantias adicionais, sobretudo quando estão em causa matérias em que as “fragilidades humanas” mais se podem manifestar, o certo é que o volume de negócios do visado é algo que a AdC não pode controlar”.

Não podíamos estar mais de acordo com esta argumentação.

Recorde-se que também Teresa Quintela no seu parecer junto aos autos defendeu igualmente a pág 139 in fine, o seguinte: *a definição da conduta proibida pelo art. 11º LdC e da norma de sanção correspondente, por via da conjugação dos arts. 68º/1 a) e 69º/1 e 2 do NRJC, permite ao agente prever, logo no momento da prática da infracção, que a coima aplicável tenderá sempre a privá-lo, integralmente, dos proveitos obtidos com a respectiva prática. Assim se assegura a compatibilidade dos arts. 11º, 68º/1 a) e 69º/1 e 2 LdC com os imperativos constitucionais de legalidade (determinabilidade dos tipos contraordenacionais e respectivas sanções), segurança jurídica, protecção da confiança e da separação de poderes, insitos ao Estado de Direito democrático (...)*

Termos em que aderindo inteiramente à fundamentação supra referida da sentença recorrida, concluímos pois ser acertada a conclusão a que chegou o Tribunal a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

quo de que o artº 69º/2 do NRJC não viola o princípio da legalidade (determinação) das coimas – artº 29º/1 e 3, da CRP – nem, na vertente analisada, o princípio do Estado de direito – artº 2º da CRP.

No que respeita à segunda dimensão desta questão ora em análise, também perfilhamos o entendimento seguido pelo Tribunal *a quo*, na senda da recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional, que se tem pronunciado pela não inconstitucionalidade, quando levado a apreciar a questão da eventual violação do princípio da legalidade, pela excessiva amplitude existente entre a medida mínima e a medida máxima da coima, citando-se nomeadamente para este efeito, a decisão sumária nº 216/2016 e o Acórdão nº 85/2012 e reproduzindo-se aqui a parte da argumentação que vem mencionada na decisão recorrida, referente à decisão sumária nº 216/2016:

Afigura-se ser de reiterar esta jurisprudência, no sentido da não inconstitucionalidade.

Também no presente caso a lei especificou os critérios que deverão nortear a determinação da medida da coima dentro da moldura sancionatória.

Com efeito, à luz do estabelecido no nº 1 do artigo 69º da Lei nº 19/2012, “*a determinação da coima faz-se em função da gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional, da natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração e do grau de participação do visado pelo processo da infração, sendo atendíveis ainda a conduta anterior e posterior do agente e as exigências da prevenção, bem como a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.*”

Da aplicação destes critérios resultará seguramente uma maior previsibilidade do valor da coima aplicável, assim como uma significativa diminuição da liberdade do julgador na fixação do valor da coima a aplicar no caso concreto. Além disso, tal como se refere no Acórdão nº 78/2013, há que ter presente que a proibição de práticas restritivas da concorrência é essencial à defesa desta, constituindo um bem público que cabe à Autoridade da Concorrência preservar,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

numa perspetiva instrumental, nos termos consagrados no artigo 81º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa.

É também sabido que estas coimas se aplicam apenas a empresas, tal como definidas no artigo 3º da referida lei, (...). Ora, sendo necessário assegurar o cumprimento efetivo desta obrigação típica de uma Administração conformadora, o sancionamento da sua inobservância como contraordenação revela-se, como alternativa à criminalização, o meio coativo adequado e proporcional de satisfazer tal necessidade.

A previsão da contraordenação sob fiscalização tem, pois, plena justificação, enquanto meio dissuasor de práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência, sendo evidente que a sanção patrimonial é a mais adequada ao sector de atividade em causa, não violando a ideia de proporcionalidade em sentido amplo, enquanto referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos num Estado de direito.

Por estas razões não é possível afirmar que a norma sob fiscalização viole os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da separação de poderes e da proporcionalidade, imanescentes a um Estado de direito democrático, pelo que o recurso deve ser julgado improcedente”.

Concluimos assim ser acertada a conclusão extraída pelo Tribunal *a quo* de que o artº 69º/2 do NRJC nas duas dimensões de análise acima referidas, não viola nenhum dos princípios e normas constitucionais, invocados pelas recorrentes.

3) A interpretação do artº 69º/2, do NRJC, viola o princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (artº 18º da C.R.P) e do princípio da culpa (artº 1º da C.R.P)?

Segundo alegam as recorrentes “*para que a proporcionalidade lato sensu se alcance, é necessário que o direito sancionatório preveja uma escala e que empregue medidas de valor invariável e universal. Pretende-se, dessa forma, estabelecer um nexo de correspondência entre o facto praticado (o grau de*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

reprovação que ao mesmo é reconhecido pelo ordenamento jurídico) e a sanção aplicável. Tal propósito não é atingido com uma moldura que assuma como limite máximo o volume de negócios dos arguidos, pois que, conforme decorre à evidência, esta ordem de grandeza variará indelevelmente de sujeito para sujeito - pelo que a disparidade que a aplicação desse critério obsta a que se qualifiquem as sanções aplicadas como proporcionais”.

Mais acrescentam que “as sanções aplicadas às Arguidas são manifestamente “desligadas” do concreto facto censurável: em si mesmo – a gravidade da punição não reflete a censurabilidade do facto; por relação com outras infrações – pode ser mais gravosamente punido um facto menos censurável, apenas porque o sujeito que pratica o facto menos grave é mais rico que o que pratica o facto mais grave; em relação a si mesmo e em confronto com outros sujeitos / com o próprio - pode ser punido de forma diametralmente diferente o mesmo facto, apenas porque o sujeito é mais ou menos rico na altura em que a condenação é proferida.”

Referem ainda “que se conclui também pela completa e total ausência de correlação entre o exercício relevante para o cálculo do volume de negócios e o facto praticado, pelo que, com base nos 10% do volume de negócios no exercício imediatamente anterior à Decisão, entendidos como o limite máximo da coima aplicável, não se verifica qualquer (mas exigível!) proporcionalidade em relação aos factos, nem tão pouco qualquer relação, ligação ou referencial com os mesmos – razão pela qual de forma alguma se logrará sustentar uma sua qualquer adequabilidade aos factos que, a final e para todos os efeitos, visa punir. A coima assim determinada reveste-se de um carácter totalmente aleatório, absolutamente arbitrário, pelo que ilegal e, seguramente, inconstitucional”.

Chamam por último a atenção para “o facto das asserções precedentes serem evidentes pela mera análise das coimas aplicadas, cujos montantes divergem apenas e exclusivamente porque os volumes de negócios das Arguidas são muito díspares entre si”.

Para além disso, acrescentam que “de modo algum poderá afirmar-se ser esta coima necessária – i.e., necessária para lidar com a específica natureza dos ilícitos concorrenciais. É que, em bom rigor, se o que determina o valor máximo da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

coima aplicável é única e exclusivamente o volume de negócios dos Arguidos, sendo este diminuto, dificilmente poderá a coima a aplicar ser, como não tem pejo de propalar a AdC, “dissuasora” 10% do volume de negócios pode, em concreto e perante a situação particular, ser tudo menos dissuasor. Aliás, pode até compensar, num mau ano de atividade, incorrer em práticas ilícitas. E ainda por outro lado: este argumento, levado às últimas consequências, facilmente justificaria a previsão de sanções claramente excessivas e desproporcionais – e aí, certamente que o efeito dissuasor seria muito elevado. Mais certo andaria o legislador, se assim o tivesse querido e como sustentam MARIA FERNANDA PALMA e PAULO OTERO – e melhor desenvolvem Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos (pp. 111 a 117 do Parecer) ao estabelecer a possibilidade da coima ultrapassar o limite máximo normal, incidindo sobre a totalidade do benefício ilicitamente auferido. Sem dúvida que, dessa forma, se respeitaria e estabeleceria o nexo entre a sanção aplicada e o facto praticado sem que houvessem de ser violados os mais basilares princípios constitucionais.

Remetem para o parecer de Pedro Caeiro e Filipe Cassiano dos Santos, em especial pp. 113 a 117.

Entendeu o Tribunal *a quo* e bem, ser de refutar estes fundamentos invocados pelas recorrentes com base em duas principais razões:

1º “o limite previsto no artº 69º/2, do NRJC, pese embora seja variável, não impede que se determine o “grau de reprovação comunitária do facto” (p. 112, fls. 21684 do parecer de Pedro Caeiro e Filipe Cassiano) e, nessa medida, não impede que se avalie a proporcionalidade da sanção, pois os agentes potenciais deste tipo de infrações são empresas e para as empresas 10% do seu volume de negócios durante um ano é muito; (...) o referido limite exprime uma ordem de grandeza que, não sendo a mais universal e intuitiva para a generalidade das pessoas, como o número de anos de prisão, é perfeitamente válida, conhecida e mensurável na atividade económica.”

2º “(...) nas coimas, ao contrário do que sucede na pena de multa, a determinação concreta da medida da sanção é levada a cabo “em um único ato”²⁰ (fls.

²⁰ Figueiredo Dias, Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, Coimbra Editora, 2005, p. 126.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

126), por via do qual o juiz tem de considerar simultaneamente o fator da culpa, conjuntamente com os demais critérios de determinação da medida da coima, designadamente relativos ao facto e aos seus efeitos, e a situação económico-financeira do agente. Isto significa, por um lado, que os limites máximos objetivos e fixos não são determinados apenas em função da gravidade máxima que o facto e os seus efeitos podem assumir, mas também em função da situação económico-financeira dos possíveis agentes da infração.

Significa ainda, por outro lado, que na concreta tarefa de determinação da medida da coima e ponderação do facto, dos seus efeitos e demais critérios é sempre combinada e subjetivizada à luz da situação económico-financeira atual do infrator.

Ora, aquilo que o artº 69º/2, do NRJC, faz é nada mais do que introduzir essa subjetivação no limite máximo, sem prejuízo de um ulterior afinamento por via da ponderação do critério previsto no artº 69º/1, al g), do NRJC.”

Fazemos nosso este raciocínio e linha de argumentação, que supra se transcreveu e por isso também se acompanha o Tribunal recorrido, no entendimento de que o artº 69º/2 do NRJC, não viola os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade da restrição de direitos fundamentais (artº 18º da CRP) e do princípio da culpa (artº 1º da CRP).

4) A interpretação do artº 69º/2, do NRJC, viola o princípio da igualdade (artº 13º da C.R.P)?

Alegam as recorrentes que se verifica essa violação do princípio da igualdade consagrado na C.R.P porquanto “(...) a moldura abstrata da coima, no sentido que lhe é dado pela interpretação acolhida na Decisão sob recurso, já não se encontra “diretamente relacionada com o benefício económico efetivamente auferido”, pelo que, em bom rigor, a entender-se nos termos professados pela AdC na Decisão, admitir-se-ia que, perante uma identidade objetiva do ilícito, concretizada em duas condutas em tudo idênticas, praticadas por duas empresas diferentes, sejam sancionadas com duas coimas de montantes muito díspares, em virtude da diferença de volumes de negócios



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

entre ambas. Essa diferença de volumes é uma circunstância fortuita e totalmente desconexa do facto objetivo e materialmente praticado. A capacidade de pagar deve ser tida em conta só no momento de determinação da coima e não no prévio momento de construção da moldura da mesma – o que vai por afetar indelevelmente a própria operação de determinação da coima concreta. No fundo, a interpretação acolhida pela decisão sob recurso determina uma incoerência entre a identidade dos elementos objetivos justificadores da restrição dos direitos, liberdades e garantias e uma (expectável, mas não realizada) identidade de sanções aplicáveis, pelo que é manifestamente inconstitucional. (...).

Esta fundamentação das recorrentes foi correctamente refutada na sentença recorrida fazendo apelo ao conteúdo da decisão sumária nº 216/2016 proferida pelo T.Constitucional (com sublinhados nossos): “(...) *Esta questão foi apreciada pelo Tribunal Constitucional na decisão sumária nº 216/2016 e também aí a recorrente alegava que e «a determinação da medida concreta da coima surge completamente desligada ou desassociada do tipo de ilícito praticado, já que pode levar a que a empresas que tenham cometido o mesmo tipo de ilícito, durante o mesmo período de tempo e obtendo benefícios económicos idênticos, sejam aplicadas coimas completamente diferentes, em termos de valores absolutos, de tal como que num caso pode levar à total falência da empresa e noutro caso não».*

Perante estes argumentos, o Tribunal Constitucional entendeu que “*a norma em causa, ao mandar atender ao volume de negócios do agente para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstrata da coima, assegura que é tida em conta a situação particular de cada empresa, o que faz com que nenhuma empresa seja penalizada em termos relativamente mais gravosos do que outra empresa. Não se vislumbra, de facto, como se pode colocar qualquer problema de tratamento desigual. O parâmetro invocado pela recorrente - o princípio da igualdade - é inidóneo para apreciar, à luz da Constituição, a norma sub judicio*”.

Como bem foi sublinhado pelo Tribunal a quo “*é certo que o Tribunal Constitucional na supra referida Decisão sumária, analisou a questão apenas a propósito do segmento relativo ao “volume de negócios” e não também quanto ao*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

momento de determinação do volume de negócios e inclusive acrescentou à sua fundamentação referências extraídas do acórdão n° 353/2011.

Contudo, os fundamentos supra exarados são igualmente aplicáveis à consideração do volume de negócios no ano anterior à decisão de condenação pela AdC, fundamentos esses que se partilham.”

Por fim, poderá ainda partilhar-se o entendimento de Teresa Quintela (fls 118/119 do seu citado parecer) de que o n° 2 do art° 69° do NRJC cumpre uma dupla função:

1ª) *A de estabelecer um limite em princípio inultrapassável' da moldura sancionatória, assinalando assim a restrição máxima possível. dos direitos fundamentais inerente à aplicação de uma coima por infracção jusconcorrencial.*

Portanto, o art° 69°/2 define o limite superior máximo possível da coima pelas contraordenações previstas nos art. 68°/1 a) a g), cuja medida concreta se determina respeitando os critérios legais definidos no art 69°/1.

Por outras palavras: o art° 69°/2 não é alheio *aos* critérios *legais* definidos no n°1, *sendo ainda concretização dos mesmos*, funcionando assim verdadeiramente como o limite máximo possível das coimas aplicáveis às infracções previstas nas als. a) a g) do n° 1 do art° 68°

2.ª) *A de assinalar* (de forma ainda mais clara que o art° 18°/2 RGIMOS) que "uma *das principais funções* do DMOS" e da coima é a de "permitir a *ablação integral* do proveito retirado pelo *agente da* infracção" mesmo quando não sejam identificadas as vantagens obtidas com a prática desta nos termos do art° 69°/1 e) LdC.

(...) Todavia, a primeira função assinalada ao art° 69°/2 sujeita-o às exigências de determinabilidade da sanção geralmente válidas para o DMOS. Exigências que este preceito cumpre por via da sua ligação umbilical aos critérios definidos no n.º 1 e à previsibilidade destes pelo infractor no momento da conduta. Neste sentido se pronunciou o fundamental Acórdão do Tribunal Constitucional n° 41/2004.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

E como já foi decidido no Ac. do Tribunal Constitucional nº 41/2004 citado por esta autora: “*os critérios de determinação da medida da coima exigem (...) uma fundamentação da coima aplicada pela Administração que não se compadece com meras razões de oportunidade, mas que tem de ponderar a dimensão da gravidade do facto, da culpa do agente e da sua situação económica*”.

Por outro lado, lê-se ainda no mesmo Acórdão, “*a elevação dos limites máximos das coimas é, nestes domínios de actividade económica, uma alternativa à legislação de sanções penais, justificada pelo princípio da necessidade da pena*”.

Acertadamente pois chegou o Tribunal *a quo* à conclusão de que o artº 69º/2 do NRJC na aceção ou interpretação que foi seguida pela AdC e por ele adoptada, também não viola o princípio da igualdade, entendimento esse que aqui se partilha.

No sentido de que o artº 69º/2 do NRJC não viola a C.R.P veja-se ainda Figueiredo Dias, in “Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense” – Almedina, 2013 p. 699 e ss.

Por tudo o acima exposto, impondo-se a conclusão de que o artº 69º/2 do NRJC não viola a C.R.P, nos termos invocados pelas arguidas recorrentes, será o seu recurso julgado improcedente na íntegra.

IV – DISPOSITIVO

Face ao exposto, acordam ~~os~~ juízes deste Tribunal da Relação de Lisboa em:

A) Julgar provido o recurso interposto pela arguida Farminveste SGPS S.A e consequentemente absolver a mesma da prática da contraordenação prevista e punida pelos artigos 102º § 1º e 2º al) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e artº 68º/1 al b) do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC na medida



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

em que não se verificam no caso presente, todos os pressupostos legais para se lhe poder imputar este ilícito contraordenacional a título de autoria por omissão.

B) Julgar não provido o recurso interposto pelas arguidas Associação Nacional de Farmácia, Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão S.A (IPG) e HMR – Health Market Research Lda, mantendo assim a condenação na coima que lhes foi aplicada pela 1ª instância, pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos artigos 102º § 1º e 2º al) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e artº 68º/1 al b) do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), embora com fundamentação distinta, nos termos supra expostos;

C) Condenar as recorrentes Associação Nacional de Farmácia, Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão S.A (IPG) e HMR – Health Market Research Lda, nas custas do recurso, com taxa de justiça que se fixa em 6 (seis) UC.

D) Manter no mais inalterada a decisão proferida pelo Tribunal da Concorrência na 1ª instância.



Lisboa, 14 de Junho de 2017

(Ana Paula Grandvaux Barbosa)

(Maria da Conceição Simão Gomes)

(Teresa Féria)