



Fonte: <https://marcioantoniassi.wordpress.com/2014/05/13/negocios-cai-concentracao-do-setor-farmaceutico/>

Adriana Sofia Alves Pereira

O Esmagamento Abusivo de Margens no mercado dos dados comerciais farmacêuticos

Relatório de estágio para a conclusão do grau de mestre em Economia Industrial

Orientado pela Professora Doutora Rita Martins

Fevereiro 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FEUC FACULDADE DE ECONOMIA
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Adriana Sofia Alves Pereira

O Esmagamento Abusivo de Margens no mercado dos dados comerciais farmacêuticos

Relatório de estágio de Mestrado em Economia, na especialidade de
Economia Industrial, apresentada à Faculdade de Economia da
Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Mestre

Orientador Académico: Prof. Doutora Maria Rita Martins
Entidade Acolhedora: Autoridade da Concorrência
Supervisora: Doutora Ana Amante

Coimbra, 2017

Agradecimentos

Acabada esta etapa não podia deixar de agradecer a todos os que me acompanharam e ajudaram a concluir este relatório de estágio.

Em primeiro lugar, quero agradecer à Professora Doutora Rita Martins, minha orientadora, pelo tempo que me disponibilizou, pelas recomendações e sugestões para a realização do presente relatório. O meu muito obrigada por tudo.

À Autoridade da Concorrência, que me acolheu durante quatro meses, ajudando-me a crescer a nível profissional e pessoal. Um especial obrigada à Doutora Ana Amante, minha supervisora, e também ao Doutor André Forte que me acompanharam e ajudaram ao longo do estágio permitindo a minha integração na entidade. Obrigada a toda a Autoridade da Concorrência, em especial ao Departamento de Práticas Restritivas, por todos os ensinamentos e contributo para o meu desenvolvimento profissional.

Um especial obrigada aos meus pais, Pedro e Hélia, por todo o apoio, dedicação, motivação e sacrifício ao longo da minha vida académica, mas sobretudo neste últimos meses. À minha irmã, Kika, por me ter apoiado mesmo ainda não percebendo a sua importância para mim na elaboração deste relatório. Muito obrigada por me educarem para que me tenha tornado a pessoa que sou hoje.

Por fim, mas não menos importante, um enorme agradecimento à minha amiga, colega, companheira Rita. Esta aventura não teria sido fácil sem a sua companhia, palavras de conforto e todos os momentos passados. Obrigada pelo apoio incondicional.

Resumo

O presente relatório surge no âmbito do estágio curricular realizado na Autoridade da Concorrência, tendo como objetivo a conclusão do mestrado em Economia, especialização em Economia Industrial da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. O estágio foi realizado no Departamento de Práticas Restritivas, de 1 de Setembro de 2016 a 13 de Dezembro de 2016.

O abuso de posição dominante, o foco do presente trabalho, é uma prática anticoncorrencial usada que pode distorcer completamente a estrutura de mercado e o nível de concorrência onde tal prática acontece. A Autoridade da Concorrência investiga e procura resolver estes casos, de modo a repor o normal funcionamento do mercado. São várias as formas que as empresas têm de abusar da sua posição dominante, nomeadamente os acordos exclusivos, as vendas subordinadas, os comportamentos predatórios, a recusa de fornecimento e a compressão de margens. Depois de provada a prática restritiva esta entidade aplica coimas e punições às empresas culpadas

O caso em estudo neste relatório é relativo aos mercados dos dados comerciais farmacêuticos e dos estudos deles derivados, sendo exposto o processo de averiguação de uma denúncia de abuso de posição dominante por via do esmagamento de margens. Nele encontra-se o desenvolvimento da investigação que levou à prova da prática e acabou com a aplicação de uma coima às arguidas. A análise permite evidenciar a complexidade da investigação e da prova de um caso de abuso de posição dominante por esmagamento de margens e alertar para as consequências deste tipo de prática sobre a concorrência.

Palavras-chave: Abuso de Posição Dominante, Esmagamento de Margens, Autoridade da Concorrência, Direito Concorrencial

Abstract

The present internship report arises within the framework of the curricular traineeship at the Competition Authority with the objective of finishing the master's degree in Economics, specialization in Industrial Economics, from the Faculty of Economics of the University of Coimbra. The internship was held in the Portuguese Competition Authority' Restrictive Practices Department from 1st September, 2016 to 13th December, 2016.

The abuse of dominant position is an anti-competitive practice used that completely distorts the market structure and the level of competition where it occurs. In this way, the Competition Authority focuses on solving these cases in order to restore the normal functioning of the market. There are several ways for companies to abuse their dominant position, including exclusive agreements, subordinated sales, predatory behavior, refusal to supply and margin squeeze. Once the restrictive practice is proved, this entity applies fines and sanctions to the guilty enterprises.

The case under consideration in this report is a case of an abuse of a dominant position through the squeeze of margins. In it is explained the development of the investigation which led to the practical proof and ended up with the imposition of a fine to the accused enterprises. This study highlights the complexity of the investigation process and the difficulties to prove this non-competitive behavior, as well as the potential effects in the pharmaceutical commercial data market structure.

Key words: Abuse of Dominant Position, Margin Squeeze, Competition Authority, Competitive Law

Lista de Acrónimos e Siglas

AdC	Autoridade da Concorrência
ANF	Associação Nacional de Farmácias
BS	British Sugar
CH	Consumer Health
CIMLP	Custo Incremental de Médio e Longo Prazo
CT	Custos Totais
CTM	Custo Médio Total
DCC	Departamento Controlo de Concentrações
DCPRF	Dados Comerciais de um Painel Representativo de Farmácias
DJC	Departamento Jurídico e do Contencioso
DPR	Departamento de Práticas Restritivas
GAB	Gabinete do Presidente
GEA	Gabinete de estudos e Acompanhamento de Mercado
LdC	Lei da Concorrência
MNSRM	Medicamentos Não Sujeitos a Receita Médica
MSRM	Medicamentos Sujeitos a Receitas Médicas
NB	Napier Brown
NTR	Nutrição
OIE	Operador Iguamente Eficiente
ORE	Operador Razoavelmente Eficiente
PAC	Patient Care
PEC	Personal Care
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TL	Tale & Lyle
UAP	Unidade Anti Cartel
EU	União Europeia
UEAP	Unidade Especial de Avaliação de Políticas Públicas
UOAL	Unidades Orgânicas de Apoio Logístico
UOP	Unidade de Outras Práticas
UOPr	Unidades Orgânicas de Processos
UOT	Unidades Orgânicas Técnicas
URF	Unidade de Recursos Financeiros e Patrimónios
URH	Unidade de Recursos Humanos
UTIC	Unidade de Tecnologias de Informação e de Comunicação

Índice Geral

I.	Introdução	1
II.	Autoridade da Concorrência	
	II.1. Autoridade da Concorrência como regulador concorrencial	2
	II.2. Organização Interna	4
	II.3. Atuação da autoridade de 2003-2013	8
III.	Abuso de Posição dominante	
	III.1. Posição Dominante	10
	III.2. Abusos de posição dominante	13
	III.3. Mercado Relevante	14
	III.4. Esmagamento de margens e outras formas específicas de abuso da posição dominante	18
IV.	Estudo de caso – Processo Associação Nacional de Farmácias	
	IV.1. Intervenientes no Processo	23
	IV.2. Produtos e mercados	26
	IV.3. Mercado Relevante no estudo em causa	28
	IV.4. Posição Dominante e Abuso	33
V.	Estágio	
	V.1. Objetivo do estágio	39
	V.2. Atividades desenvolvidas	39
VI.	Conclusão	40
	Bibliografia	42

Índice de Figuras

Figura 1	Organograma da AdC	5
Figura 2	Funções das Unidades do DPR	7
Figura 3	Abertura de inquérito por prática restritiva (2003-2013)	8
Figura 4	Tipos de decisões (2003-2013)	8
Figura 5	Tipos de decisões por prática restritiva (2003-2013)	9
Figura 6	Coimas por prática restritiva (2003-2013)	9
Figura 7	Procedimento para a averiguação de um caso de abuso de posição dominante	22
Figura 8	Detalhe do organograma do universo empresarial ANF	25
Figura 9	Cadeia de produção presente no processo	26
Figura 10	Classificação dos dados comerciais dos produtos farmacêuticos	27
Figura 11	Fatores que levam à distinção dos estudos de mercado	28

Índice de Tabelas

Tabela 1	Quotas de mercado como indicador de posição dominante	11
Tabela 2	Substituibilidades entre diferentes dados comerciais (mercado do produto)	29
Tabela 3	Substituibilidades entre diferentes estudos (mercado do produto)	30

Índice de Equações

Equação 1	Função custo subaditiva	3
Equação 2	Quota de Mercado	11
Equação 3	Indicador HHI	11
Equação 4	Elasticidade cruzada da procura	15
Equação 5	Custo Incremental Médio de Longo Prazo	21
Equação 6	Condições para a verificação do esmagamento de margens	36
Equação 7	Preço Médio Ponderado dos Estudos	37
Equação 8	Rácio que permite calcular o preço médio (cobrado) pela Farminveste IPG	37

I. Introdução

O presente relatório debruça-se sobre a temática de abuso de posição dominante, no âmbito de um estágio curricular realizado no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência (AdC).

A temática em análise incide sobre um processo específico de eventual abuso de posição dominante por compressão de margens. Com este estudo pretende verificar-se o procedimento de investigação de um caso de esmagamento abusivo de margens, compreender a complexidade de prova de um abuso de posição dominante e perceber quais as consequências do processo em causa para os intervenientes. A motivação para este trabalho prende-se com a compreensão das consequências económicas de práticas restritivas da concorrência, cruzando uma realidade concreta com os conhecimentos adquiridos na especialização em Economia Industrial do Mestrado em Economia.

Para conseguir analisar o procedimento de investigação é fundamental começar por compreender as fases inerentes à determinação do mercado relevante. A partir daí, trata-se de averiguar a conduta utilizada, procurando confirmar se estamos perante um caso de abuso de posição dominante, ou não. O caso em estudo tem origem a partir de uma denúncia por parte da IMS Health, Lda contra o Grupo Associação Nacional de Farmácias por este alegadamente abusar da sua posição dominante no mercado dos dados comerciais das farmácias sendo este abuso perpetrado sob a forma de esmagamento de margens.

O presente relatório encontra-se dividido em seis secções. Na presente secção são introduzidas de forma esquemática as principais problemáticas estudadas. Na secção II descreve-se a entidade acolhedora do estágio, Autoridade da Concorrência, abordando a sua missão, organização e atuação, entre 2003 e 2013, no âmbito de processos de práticas restritivas. Na secção III aborda-se a principal temática deste relatório, o abuso de posição dominante, procedendo-se ao enquadramento conceptual, que compreende os conceitos de mercado relevante, posição dominante, abuso de posição dominante e compressão de margens. Para além disto, procura-se descrever os testes que permitam a confirmação da prática em análise. Na secção IV apresenta-se o estudo de caso. Na secção V expõe-se o estágio realizado, apresentando o seu objetivo e as principais atividades desenvolvidas. Finalmente, na Secção VI são apresentadas as principais conclusões do presente trabalho.

II. Autoridade da Concorrência

II.1. Autoridade da Concorrência como regulador setorial

A Autoridade da Concorrência (AdC) é a entidade pública responsável pela regulação da concorrência em Portugal. Criada em 2003, através do artigo n.º 1 do Decreto-Lei 10/2003, de 18 de janeiro, esta entidade procura “assegurar o respeito pelas regras de concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores”.

A AdC tem como missão a aplicação de regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social de modo a assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos, bem como os interesses dos consumidores. Este regulador concorrencial pretende aplicar normas para que seja cumprido o respeito da economia de mercado e da livre concorrência. Para o cumprimento da sua missão, a AdC controla os comportamentos das empresas, combatendo práticas restritivas e abusivas para poder assegurar um nível adequado de concorrência; identifica mercados onde existam restrições à concorrência e promove soluções para melhorar a eficiência de mercado e para beneficiar os consumidores.

Para que possa desempenhar as suas funções a AdC tem três tipos de poderes: o poder sancionatório, o poder de supervisão e o poder de regulamentação.¹

O poder sancionatório permite à Autoridade identificar e investigar eventuais práticas que possam violar a lei da concorrência, quer nacional quer da União Europeia; instruir e decidir sobre os respetivos processos aplicando, caso se verifique oportuno, as sanções e medidas presentes na lei; cobrar coimas estabelecidas na lei; e adotar medidas cautelares.² Este poder permite à AdC a realização de programas que apelem à consciencialização pública para os malefícios das restrições à concorrência. Um exemplo deste tipo de programa presente na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, Lei da Concorrência é de clemência, em que a AdC confere benefícios às empresas que consigo colaborem na investigação de situações de cartel. Este programa prevê que a primeira empresa a denunciar o cartel em que participa beneficie da dispensa de coima. As seguintes podem beneficiar de uma redução da coima progressivamente menor.

¹ Artigo 6º do Decreto-Lei 125/2014, de 18 de agosto.

² Artigo 6º n.º 2 do Decreto-Lei 125/2014, de 18 de agosto.

No que diz respeito ao poder de supervisão, cabe à AdC realizar estudos, inspeções e auditorias que se revelam necessárias em matéria de concorrência; e instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia.³

Por último, o poder de regulamentação permite à Autoridade da Concorrência conceber e aprovar regulamentos e outras normas de carácter geral, instruções ou outras normas de carácter particular; proferir recomendações e diretivas; expressar-se a pedido da Assembleia da República ou do Governo sobre a temática da concorrência; e emitir sugestões ou propostas com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório.⁴

A economia portuguesa é uma economia mista, isto é, muitas atividades económicas são realizadas por empresas privadas e outras pelo Estado. Além disso, o Estado, na presença de falhas de mercado, tais como externalidades, bens públicos, informações assimétrica, etc. (Chrystal & Lipsey, 2015) tem de intervir regulando o setor privado através da cobrança de impostos e da distribuição de subsídios, (Stiglitz, 1999).

Coexistem neste tipo de economias mercados concorrenciais e mercados não concorrenciais. No caso dos mercados não concorrenciais o exemplo extremo são os monopólios naturais. Há um monopólio natural quando o custo médio de curto prazo é minimizado se só existir uma empresa no mercado. Caso existam mais haverá multiplicação de custos. Ou seja, há monopólio natural se a função custo de uma indústria for subaditiva (Church & Ware, 2000), Equação (1), isto é, quando o custo de toda a produção por uma só empresa é menor do que o somatório dos custos da produção distribuída por várias empresas.

$$C(Q) < \sum_1^N C(q_i) \quad (1)$$

Neste caso, e havendo uma única empresa presente no mercado, não há constrangimentos sérios em relação ao preço praticado nem em relação à qualidade do produto ou serviço oferecido e é por isto que muitas vezes estes mercados têm de ser regulados por entidades públicas.

³ Artigo 6º nº 3 do Decreto-Lei 125/2014, de 18 de agosto.

⁴ Artigo 6º nº 4 do Decreto-Lei 125/2014, de 18 de agosto.

No caso dos mercados concorrenciais, isto é, mercados de concorrência imperfeita, as empresas presentes neles disputam a procura através do preço e da qualidade dos seus produtos. Fala-se nestes casos na existência de três eficiências do processo competitivo. A “eficiência distributiva que diz que a concorrência reduz o risco de que os bens ou serviços produzidos não sejam pretendidos ou não sejam pretendidos ao preço a que são colocados no mercado”, (Junqueiro2012:13). A “eficiência produtiva alude à existência de uma pressão permanente sobre produtores e/ou vendedores para manter custos e, conseqüentemente os preços, a níveis baixos”, (Junqueiro, 2012:14). E, a “eficiência dinâmica traduz a ideia de que a concorrência leva as empresas a ajustarem-se às preferências dos consumidores”, (Junqueiro, 2012:13). Neste tipo de mercados estes “são instrumentos poderosos de transmissão de informação entre agentes económicos e levam a uma afetação de recursos eficientes caso sejam competitivos”, (Pereira, 2012:25).

Isto permite aumentar o bem-estar económico dos agentes económicos, sendo que os consumidores são o agente económico que mais beneficia com a concorrência pois para além da escolha têm acesso a melhores produtos e a preços mais baixos.

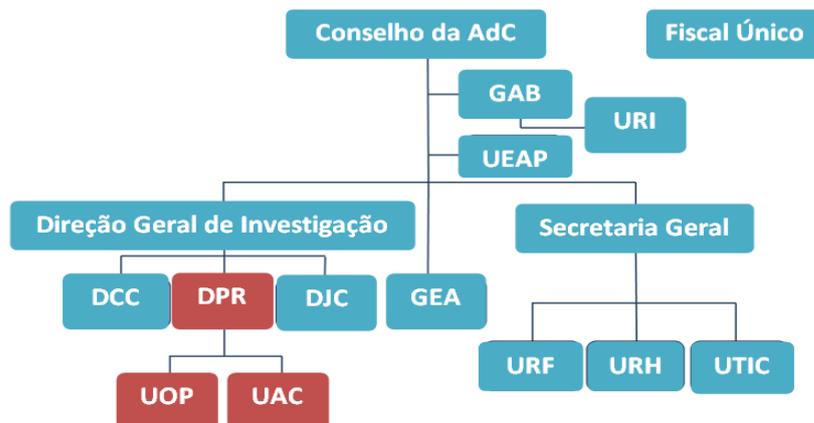
Este aumento de produtividade originado pela Concorrência presente nas economias mistas, permite gerar produto e desta forma aumentar o Produto Interno Bruto (PIB) do país. Por forma a promover a concorrência existe uma política de concorrência, e caso esta não seja cumprida temos a AdC como entidade máxima de condenação face a eventuais práticas restritivas da concorrência.

Em conclusão, a Autoridade da Concorrência é importante como regulador da concorrência em Portugal, uma vez que esta entidade permite a defesa da concorrência em Portugal, através do cumprimento da Lei da Concorrência, estando a contribuir para que as empresas no nosso país se tornem mais produtivas e eficientes beneficiando toda a sociedade com este ganho.

II.2. Organização Interna

No que concerne à sua organização a AdC tem como órgão máximo o Conselho da Autoridade da Concorrência (Figura 1). Segundo os estatutos desta entidade, este é o órgão responsável pela definição da forma de atuação da Autoridade e pela direção dos respetivos serviços que esta tem de desempenhar.

Figura 1 - Organograma



Fonte: Elaboração própria.

O Conselho da AdC tem como principais competências: deliberar sobre a abertura e decidir os processos relativos às práticas restritivas da concorrência, bem como os processos sancionatórios e as diligências, aplicando as coimas e demais medidas previstas na lei; pronunciar-se relativamente a auxílios públicos; adotar e dirigir às empresas e a outros agentes económicos as recomendações para que a concorrência funcione normalmente; pronunciar-se, por sua iniciativa ou a pedido da Assembleia da República ou Governo sobre questões que possam pôr em causa a liberdade concorrencial; e, por fim, propor ao Governo alterações legislativas conducentes ao aperfeiçoamento do regime jurídico de defesa e promoção da concorrência.

No que respeita ao órgão Fiscal Único, este controla a legalidade, a regularidade e a boa gestão financeira e patrimonial da AdC. Tem como principais funções dar parecer prévio sobre o orçamento e suas revisões e alterações, sobre o relatório de gestão e contas e sobre a contração de empréstimos; elaborar relatórios da sua ação fiscalizadora, incluindo um relatório anual global; propor a realização de auditorias externas; e, por último, participar às entidades competentes as irregularidades que detete.

A AdC encontra-se dividida em três tipos de unidades orgânicas de acordo com a sua natureza, sendo elas a unidade orgânica de processos (UOPr), a unidade orgânica técnica (UOT) e a unidade orgânica de Apoio Logístico (UOAL).

As UOT estão indiretamente relacionadas com a missão da AdC. São elas o Gabinete de Estudos e Acompanhamento de Mercados (GEA) e a Unidade Especial de Avaliação de Políticas Públicas (UEAP). O GEA analisa e estuda matérias económicas e jurídicas relevantes e acompanha os mercados e setores relevantes para o domínio da concorrência. Para tal, procede à elaboração de estudos e relatórios sobre determinados setores ou mercados e elabora pareceres técnicos, cooperando assim com entidades reguladoras setoriais. A UEAP avalia o impacto das políticas públicas no que diz respeito à concorrência e dirige ao Governo, autoridades reguladoras setoriais e a outras entidades públicas recomendações com impacto na concorrência.

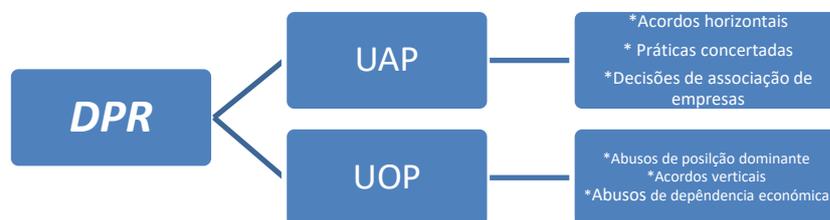
As unidades que organizam e gerem os recursos da entidade são as UOAL, sendo elas a Unidade de Tecnologias da Informação e de Comunicações (UTIC), o Gabinete do Presidente (GAB), a Unidade de Recursos Humanos (URH) e a Unidade de Recursos Financeiros e Patrimónios (URF). A UTIC gere os sistemas de informação e comunicação da Autoridade. Nesse âmbito, planeia, desenvolve e implementa os sistemas de informação e comunicação presentes nela. Trata também da gestão do circuito interno de documentação. O GAB assegura o apoio técnico e administrativo ao Conselho e coordena a atividade internacional da AdC através da sua “Unidade de Relações Internacionais” (URI). A URH assegura a gestão dos recursos humanos, sendo esta unidade a responsável pelo recrutamento e seleção do pessoal, bem como, pelas atividades de formação, do registo e controlo dos colaboradores e a gestão dos contratos de pessoal. A URF gere os recursos financeiros e o património. No que diz respeito à gestão dos recursos financeiros esta assegura a gestão orçamental e patrimonial e controla contabilisticamente os custos e os proveitos. Em relação à gestão dos recursos patrimoniais esta assegura os procedimentos respeitantes à aquisição de todos os bens e serviços, gere os bens móveis e de consumo corrente e gere ainda o parque automóvel.

Por último, as UOPr que estão relacionadas diretamente com a aplicação da Política de Concorrência são o Departamento de Controlo de Concentrações (DCC), o Departamento de Práticas Restritivas (DPR) e o Departamento Jurídico e do Contencioso (DJC). O DCC aprecia as operações de concentração com base na Lei da Concorrência. O DJC assegura o patrocínio forense da AdC, produz pareceres necessários ao exercício das competências legais da AdC e instrui e decide processos no âmbito das práticas proibidas e de

concentração de empresas. Sendo o DPR (assinalado com a cor encarnada – Figura 1) o departamento onde decorreu o estágio ser-lhe-á dado maior destaque de seguida.

As principais funções do DPR são a identificação de eventuais práticas restritivas da concorrência no âmbito da Lei da Concorrência (LdC) e do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), a instrução dos processos de contraordenação; proceder, a pedido da Comissão Europeia ou de uma autoridade nacional da concorrência, a diligências de instrução em território nacional e a colaboração na representação da AdC junto de organizações da UE, internacionais e outras entidades.

Figura 2- Funções das Unidades do Departamento de Práticas



Fonte: Elaboração própria.

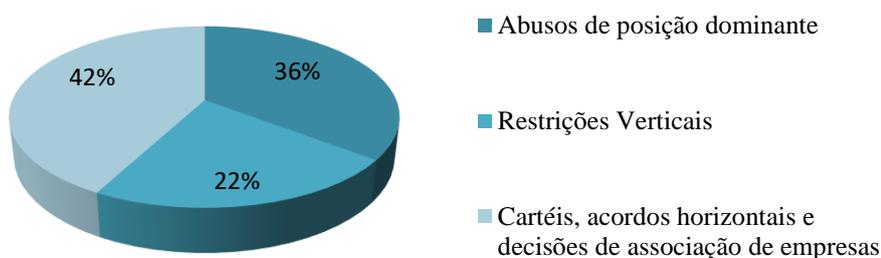
Este Departamento está organizado em duas unidades orgânicas, sendo ela, a Unidade Anti Cartel (UAC) e a Unidade de Outras Práticas (UOP). À primeira compete a verificação e investigação de eventuais acordos ou práticas concertadas entre duas ou mais empresas concorrentes e decisões de associação de empresas proibidos na Lei da Concorrência e no TFUE. Esta unidade desenvolve estas funções nos acordos horizontais, práticas concertadas e decisões de associação de empresas. A UOP investiga as práticas não restritivas que não sejam tratadas pela Unidade Anti Cartel, nomeadamente abusos de posição dominante e acordos de empresas verticalmente integradas.

Em suma, as competências do DPR são a organização e instrução de processos de contraordenação no que diz respeito a cartéis, associações de empresas, abusos de posição dominante e acordos de empresas verticalmente integradas e a posterior apresentação ao Conselho dos relatórios de instrução; a realização de diligências de instrução em território nacional no âmbito de processos de infração ao Direito da Concorrência a nível europeu; e, a prestação de apoio técnico-jurídico aos serviços operativos em matéria de representação da AdC no que diz respeito aos processos instruídos por este departamento.

II.3. Atuação da Autoridade da Concorrência desde 2003 até 2013

Iniciando funções em 2003 pelo Decreto-Lei 10/2003, 18 de janeiro, a AdC conta já com muitos processos em que atuou.

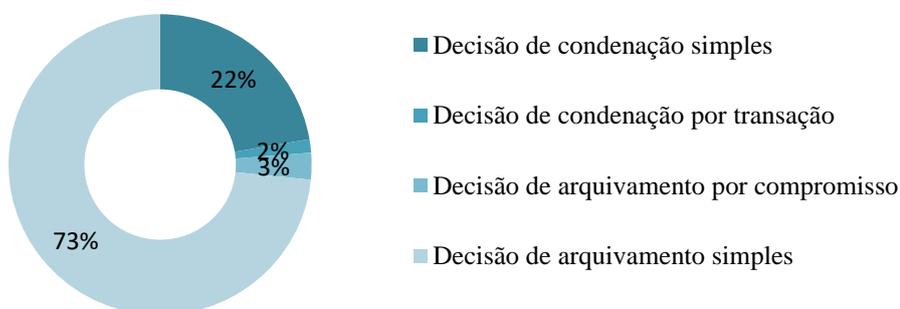
Figura 3- Abertura de inquérito por prática restritiva (2003-2013)



Fonte: Elaboração própria.

De 2003 a 2013 foram no total 161 os inquéritos abertos, sendo que grande parte destes dizem respeito a cartéis, acordos horizontais e decisões de associação de empresas (Figura 3).

Figura 4- Tipos de Decisões (2003-2013)

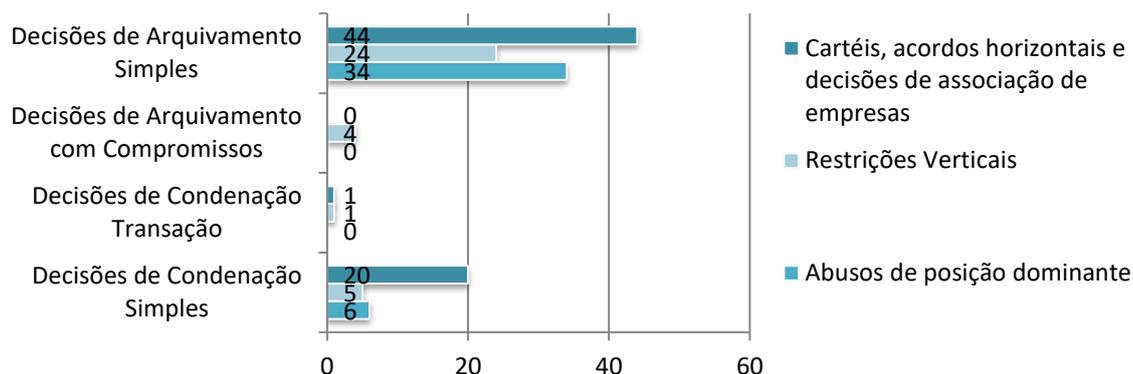


Fonte: Elaboração própria.

No que respeita às decisões⁵ tomadas nos processos dos passados dez anos consegue verificar-se que a maioria, cerca de 73% dos processos abertos entre 2003 e 2013 foram arquivados (Figura 4)

⁵ Entende-se por decisão de condenação por transação a situação onde as arguidas são condenadas com eliminação ou redução da coima, uma vez que durante a investigação do processo foram cooperantes com a AdC. Quanto à decisão de arquivamento com compromisso, esta diz respeito a casos que são arquivados havendo por parte das visadas um compromisso de reposição do nível de concorrência efetivo.

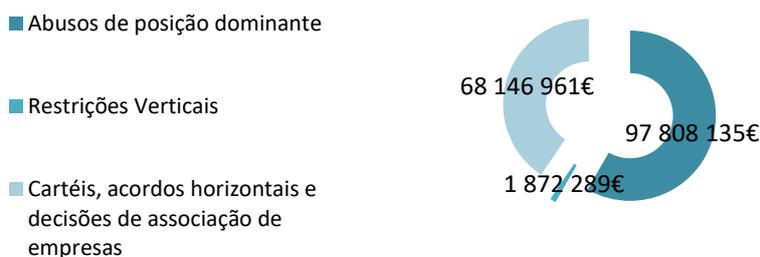
Figura 5- Tipos de decisões por prática restritiva (2003-2013)



Fonte: *Elaboração própria.*

Dos quatro tipos de decisões verifica-se que a decisão de arquivamento simples teve um peso sempre superior a 60% nos três tipos de práticas restritivas, sendo que os cartéis, acordos horizontais e decisões de associação de empresas tiveram 68% deste tipo de decisões, os abusos de posição dominante tiveram 85% e as restrições verticais tiveram 70%. Pelo contrário, a decisão de condenação por transação apresentou peso muito baixo no total das decisões, apresentando valores na ordem dos 2%. Isto deve-se ao facto deste procedimento só ter sido previsto na Lei da Concorrência de 2012, não existindo na Lei de 2003 (Figura 5).

Figura 6 - Coimas por prática restritiva (2003-2013)



Fonte: *Elaboração própria.*

Em termos de coimas, a AdC, de 2003 a 2013, aplicou um total de 167 827 385€. Sendo que as coimas provenientes de processos de restrições verticais tiveram o um peso menor representando apenas 1% do total de coimas e as dos processos de abuso de posição dominante tiveram um peso significativo, 58% no total das coimas aplicadas.

III. Abuso de Posição Dominante

III.1. Posição Dominante

Existem várias práticas anti concorrenciais, nomeadamente, cartéis, abusos de posição dominante, práticas concertadas, abusos de dependência económica e associações de empresas. No entanto, neste relatório só será abordada a prática restritiva de abuso de posição dominante.

Neste sentido, é importante começar por esclarecer o conceito de posição dominante. Segundo o n.º 2 do artigo n.º. 6 da Lei n.º. 18/2003, antiga LdC:

Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço: a) a empresa que atua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes; b) duas ou mais empresas que atuam concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiro.

Com base em Junqueiro, (2012:60), Campos & Campos, (2007:622) e Moura e Silva, (2008:610) a posição dominante é a posição de poder económico⁶ detida por uma empresa que permite afastar a pressão concorrencial. Esta empresa pode, assim comportar-se de modo independente face aos concorrentes e clientes, isto é, consegue aumentar os preços de forma lucrativa e duradoura sem que com isso a faça perder clientes. Esta posição dominante pode resultar de uma garantia dada por lei resultante de um direito de propriedade intelectual (monopólio legal); pelo facto de nenhuma outra empresa reunir o incentivo necessário para entrar no mercado (monopólio de facto); quando a empresa controla o input que é necessário aos concorrentes para desenvolverem a sua atividade; ou pelo facto, da empresa ser eficiente ao ponto de conseguir esta posição no mercado onde atua.

Uma posição dominante tem sempre associado um mercado relevante. A posição dominante pode ser detida por uma única empresa, estando perante uma posição dominante individual, ou pode estar entregue a um conjunto de empresas, verificando-se assim uma posição dominante coletiva.

⁶ Uma empresa detém poder de mercado quando consegue colocar o seu nível de preços acima do custo marginal. Entendendo por custo marginal o acréscimo de custo necessário para que seja possível aumentar o volume de produção numa unidade.

Para a avaliação de uma posição dominante, segundo as linhas de orientação da Comissão Europeia⁷, temos de verificar para além da estrutura concorrencial, os seguintes fatores: a posição da empresa no mercado relevante e dos seus concorrentes, a existência de barreiras à entrada ou à expansão do mercado e o poder negocial dos compradores face às empresas, (Junqueiro, 2012).

No que concerne à posição da empresa no mercado e dos seus concorrentes, a Comissão afirma que o melhor indicador da estrutura de mercado serão as quotas de mercado. Se as quotas de mercado de uma empresa forem elevadas e a dos seus concorrentes relativamente reduzidas há maior probabilidade de existir posição dominante. Pelo contrário, quando as quotas de mercado flutuam ao longo do tempo devido à concorrência presente no mercado, isto será sinónimo de mercado concorrencial. Estas quotas de mercado (s_i) são calculadas como expresso na equação (2):

$$s_i = \frac{\text{Volume total das vendas da empresa}}{\text{Volume total das vendas do mercado}} \quad (2)$$

Através da quota de mercado, pode-se usar o índice de concentração, o Índice de Hirschman Herfindahl (HHI), (Norman & Pepall, 2008). Este é calculado através da soma do quadrado das partes de mercado das n empresas que o compõe, Equação (3). Varia entre 0 e 1, indicando um nível significativo de concentração para valores próximos de 1. Assim, a pressão concorrencial de uma empresa será tanto maior quanto maior for a quota de mercado. Porém, no caso em que o mercado detém produtos diferenciados, isto é, produtos que são diferentes aos olhos dos consumidores devido a fatores como a imagem, marca, características, qualidade entre outros, este indicador não é muito fiável.

$$HHI = \sum_{i=1}^n s_i^2 \quad (3)$$

Tabela 1- Quotas de mercado como indicador de posição dominante

Q >50%	40% < Q <50%	Q <40%
Constituem um indicador de posição dominante	Não constitui um indicador suficientemente forte de posição dominante	Não constitui indicador de posição dominante

Fonte: Elaboração própria

⁷ Comunicação da Comissão – orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

Se as quotas de mercado forem superiores a 50% pode-se estar perante um indicador de posição dominante, especialmente quando as empresas concorrentes têm quotas muito baixas. Já quando a quota de mercado de uma empresa está entre os 40% e os 50%, este indicador não é suficiente para constituir uma forte posição dominante. Finalmente, caso a quota seja inferior em 40% este indicador não constitui um indicador de posição dominante, (Tabela 1). No entanto, mesmo que exista uma quota de mercado elevada, isto não é suficiente para a existência de posição dominante, pelo que temos de verificar as restantes condições.

Outra das condições é a existência de barreiras à expansão ou à entrada. Barreiras à entrada são obstáculos que os concorrentes potenciais encontram para entrar no mercado e barreiras à expansão são obstáculos que enfrentam os concorrentes para expandir a sua produção, (Church & Ware, 2000). Assim pode-se afirmar que quando as empresas conseguem entrar e sair no mercado sem dificuldades, isto é, sem custos avultados, mesmo com quotas de mercado das empresas instaladas elevadas isto pode não traduzir um poder de mercado significativo. Portanto, quanto maior for o custo de entrada ou de expansão e menor for o preço pós entrada maior será o risco de que a entrada ou a expansão sejam não lucrativas. Desta forma a Comissão procura saber se a expansão ou a entrada de uma nova empresa no mercado será provável, atempada e suficiente. Provável procura saber se a expansão ou entrada são suficientemente lucrativas, atendendo às reações da empresa dominante e dos seus concorrentes e os custos. Atempada, se forem suficientemente rápidas para dissuadir ou impedir o exercício do poder de mercado significativo. Suficiente se de uma forma significativa a empresa dominante tem a capacidade de dissuadir qualquer tentativa de aumento de preços, (Junqueiro, 2012). Exemplos de barreiras à expansão e à entrada são as barreiras jurídicas, vantagens específicas da empresa em posição dominante, custos, comportamentos da empresa com posição dominante, entre outras.

Finalmente, tem de ser verificada a condição do poder negocial dos compradores. Uma empresa com uma elevada quota de mercado pode não conseguir ter uma forma independente de atuar no mercado. Isto pode acontecer devido ao elevado poder negocial dos clientes, poder este que pode dissuadir o exercício do poder de mercado.

A posição dominante coletiva, mencionada anteriormente, é a situação em que duas ou mais empresas independentes presentes num mercado específico, unidas por laços

económicos detêm em conjunto uma posição dominante sobre os outros operadores no mesmo mercado. Este conceito é aplicável aos mercados oligopolistas caracterizados por terem elevada concentração do mercado, e heterogeneidade do produto que concedem fortes incentivos às empresas para alinharem o comportamento, (Junqueiro, 2012).

III.2. Abuso de Posição Dominante

Segundo o n.º 1 do artigo n.º 11 da Lei da Concorrência “é proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste”. Ou seja, há a necessidade de primeiro verificar a existência de posição dominante num dado mercado e depois avaliar se a empresa está a fazer uma exploração abusiva desta posição.

Segundo o n.º 2 do artigo n.º 11 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, Pode ser considerado abusivo:

- a) *Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação 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 tenham ligação com o objeto desses contratos;*
- e) *Recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.*

Em termos Europeus, o artigo 102º do TFUE indica,

(...) é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Tal como na legislação nacional, o direito comunitário indica as mesmas práticas abusivas com a exceção da alínea e) supra mencionada.

O artigo 102º do TFUE e o artigo n.º 11 da Lei n.º 19/2012 são idênticos e aplicam-se aos mesmos comportamentos. No entanto, o artigo 102º do TFUE delimita o seu âmbito de aplicação. Este é aplicável a um determinado comportamento se, para além da verificação

dos requisitos, for suscetível de afetar os Estados Membros, uma vez que é dito que o comportamento em questão deve ser suscetível de originar um mínimo de efeitos transfronteiriços; e, a posição dominante for detida pelo menos numa parte substancial do mercado interno

A posição dominante pode ou não ser relevante para a economia de mercado, logo a posição em si não é proibida, mas sim a prática abusiva.

Em suma, existe exploração abusiva da posição dominante sempre que a empresa utilize o poder de que dispõe no mercado para obter vantagens, tais como, preços ou condições de transação não equitativos, os quais não poderia praticar em situações de concorrência “normais”.

Existem dois tipos de abusos de posição dominante, o abuso de exploração e o abuso de exclusão. No caso do abuso de exploração, uma empresa em posição dominante utiliza essa posição para ter vantagens comerciais que não teria em concorrência normal e suficientemente eficaz. A prática de preços excessivos, que cria prejuízo aos consumidores, é tida como o principal tipo de abuso de posição dominante de natureza exploratória. Outro exemplo é a imposição de termos contratuais. Os abusos de exclusão são os abusos suscetíveis de prejudicar o normal funcionamento da concorrência no mercado. Os comportamentos da empresa em posição dominante influenciam a estrutura de mercado tendo como consequência impedir a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência.

III.3. Mercado Relevante

Para identificar a existência de posição dominante e, conseqüentemente, abuso tem de ser inicialmente analisado o mercado relevante em que esta prática ocorre. “A noção de posição dominante ganha sentido, após a delimitação do mercado em que determinada empresa opera”, (Santos, Gonçalves, & Marques, 2008).

Podemos então afirmar que o mercado relevante define o mercado no qual um ou mais bens competem definindo se dois ou mais produtos podem ser considerados bens substitutos e se constituem, ou não, um mercado específico e separado em relação à análise da concorrência.

A definição do mercado relevante num caso de abuso de posição dominante contribui para a definição de posição dominante, permitindo o cálculo de quotas de mercado das empresas num mercado específico.

Para a definição do mercado temos dois critérios, o critério económico ou do produto e o critério geográfico.

Segundo Silva (2008:585-586), o mercado relevante do produto,

(...) compreende todos os produtos e/ou serviços, considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor, devido às suas características, preços e utilização pretendida.

Para a definição do mercado do produto é importante o conceito de substituíbilidade. O mercado é delimitado, incluindo no mesmo mercado relevante os produtos e/ou serviços considerados pelo consumidor como substituíveis, estando a falar de substituíbilidade do lado da procura, o indicador mais importante para a definição do mercado. Porém tem-se de ter, em consideração a substituíbilidade do lado da oferta e a concorrência potencial.

No que respeita a substituíbilidade do lado da procura, esta implica a determinação da gama de produtos consideráveis substituíveis pelo consumidor. Considera-se que dois produtos são substituíveis se estes tiverem características semelhantes que consigam satisfazer as mesmas necessidades.

Uma das ferramentas que ajudam a definir o mercado relevante é o teste do monopolista hipotético, (Junqueiro,2012). Este avalia a pressão que o preço de um produto exerce sobre o preço do outro, procurando encontrar todos os produtos cujo preço condiciona suficientemente o preço do produto analisado. Havendo um aumento do preço é necessário verificar se o consumidor transfere a sua procura para outros produtos, gerando assim uma perda de vendas do produto cujo preço aumentou. Caso isto se verifique estamos perante produtos substitutos e desta forma haverá substituíbilidade da procura. Para esta análise, é importante o conceito de elasticidade da procura, mais propriamente a elasticidade cruzada da procura, como expresso na equação (4).

$$\varepsilon_{ij} = \frac{\Delta\% \text{ Procura de } j}{\Delta\% \text{ Preço de } i} \quad (4)$$

Esta refere-se à percentagem da procura do bem i que se transfere para o bem j em resposta a um aumento do preço do bem i , (Varian, 2010). Segundo a Comissão⁸, os fatores que são tidos em conta para demonstrar a substituíbilidade são: elementos referentes a acontecimentos recentes no mercado que ilustram a ocorrência de uma substituição de dois produtos, isto é, informação sobre as reações dos consumidores a alterações de preços representam um fator de muito relevo para estabelecer a substituíbilidade; teste quantitativos concebidos para definição de mercado, como por exemplo, teste com abordagens econométricas e estatísticas para o cálculo de elasticidades e oscilações de preços; documentos internos das empresas que indicam que dois produtos são tidos como substitutos próximos; opiniões de clientes e concorrentes; preferências dos consumidores; custos de mudanças, isto é, se os consumidores tiverem de suportar custos de mudança elevados a substituíbilidade dos produtos vê-se enfraquecida; características dos produtos; e, finalmente, a existência de discriminação de preços em relação a um grupo particular de clientes.

A substituição do lado da oferta acontece quando os fornecedores conseguem transferir a sua produção para os produtos relevantes e comercializá-los a curto prazo sem incorrer em custos ou riscos suplementares significativos em resposta a pequenas alterações duradouras nos preços relativo. Verificando, assim, que os clientes não são os únicos a reagir a um aumento de preço para um nível supra competitivo. Dois produtos podem ser vistos como substituíveis pelo lado da oferta quando o fornecedor de um deles dispõe já de todo o equipamento necessário para produzir o outro e tem incentivos comerciais e a capacidade para iniciar tal produção no curto prazo, sem ter que realizar investimentos significativos. Conclui-se que o mercado do produto relevante englobará todos os produtos que sejam substituíveis do ponto de vista da procura e da oferta, sendo

⁸ A Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C372/03) apresenta um exemplo prático para esta verificação o caso uma operação de concentração relativa às empresas de engarrafamento de refrigerantes. Para tal, torna-se importante analisar se os refrigerantes com diferentes sabores pertencem ao mesmo mercado relevante. É necessário saber se os consumidores do sabor A passariam a adquirir outros sabores se houvesse um aumento de preço duradouro de 5% a 10% para o sabor A. Se um número suficiente de consumidores mudasse para o sabor B que levasse a comprometer a rentabilidade do aumento do preço relativo de A devido à perda de vendas daí resultante, nesse caso, o mercado compreenderia pelo menos os sabores A e B, uma vez que estes são bens substitutos.

adicionadas as vendas desses produtos para calcular a totalidade do valor ou volume do mercado.⁹

Quanto à concorrência potencial esta é a capacidade das empresas que estão fora do mercado relevante entrarem nele no médio ou longo prazo, isto é, mais de um ano. No entanto, esta fonte de condicionalismo concorrencial não é tomada em consideração na definição dos mercados, só se procedendo a esta análise numa fase em que já se determinou a posição das empresas em causa no mercado relevante e sempre que essa posição suscitar preocupações do ponto de vista da concorrência.

Segundo Junqueiro (2012:41):

O mercado geográfico compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições de concorrência são homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.

A substituíbilidade do lado da procura delimita a região do mercado geográfico em que o consumidor pode encontrar os produtos que considera substitutos próximos para os produtos da empresa investigada.

No que diz respeito à substituíbilidade do lado da oferta trata-se de delimitar a região onde os fornecedores podem prontamente ajustar as suas linhas de produção para entrarem no mercado de produto onde opera a empresa sob investigação.

Os fatores que são tidos em consideração para demonstrar a substituíbilidade geográfica são: elementos históricos que mostram a deslocação de encomendas para outras áreas; preferências dos consumidores; opiniões dos clientes e concorrentes; e, a atual estrutura geográfica das compras.

⁹ Na Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C372/03), é dado um exemplo prático deste tipo de substituíbilidade, o mercado do papel, onde há uma gama variada de qualidades de papel. Aqui as instalações de produção estão em condições de fabricar os diferentes qualidades de papel e a produção pode ser ajustada a custos negligenciáveis e num curto espaço de tempo. Não havendo dificuldades específicas a nível de distribuição, os fornecedores de papel podem, por conseguinte, concorrer entre si para as encomendas de diversas qualidades de papel. Desta forma, a Comissão não definiria um mercado em separado para cada qualidade de papel e respetiva utilização, isto é, as diversas qualidades de papel serão incluídas no mesmo mercado relevante.

III.4. Esmagamento de margens e outras formas específicas de abuso da posição dominante

Existem várias formas específicas de abuso de posição dominante, nomeadamente, os acordos exclusivos, as vendas subordinadas, os comportamentos predatórios, a recusa de fornecimento e a compressão de margens.

Um acordo exclusivo acontece quando uma empresa dominante pode tentar excluir empresas concorrentes impedindo-as de vender a clientes através da utilização de acordos exclusivos de descontos ou de obrigação de compra, práticas denominadas em conjunto como acordos exclusivos. Um acordo de compra exclusiva exige que um cliente num determinado mercado compre produtos, exclusivamente, a uma empresa dominante. Já os descontos adicionais constituem descontos concedidos a clientes para os recompensar por um comportamento de compra específica. As empresas podem oferecer este tipo de descontos para atraírem os clientes e assim beneficiam os consumidores e estimulam a procura.

Uma empresa dominante pode excluir os seus concorrentes do mercado através de práticas de subordinação e agrupamento de vendas. A subordinação de vendas diz respeito a situações em que os clientes que compram um produto são obrigados a comprar igualmente outro produto da empresa dominante. O agrupamento das vendas é a forma como os produtos são oferecidos e tarifados pela empresa dominante, isto é, os produtos podem ser apenas vendidos em conjunto e a preços fixos, ou, então, os produtos podem ser igualmente disponibilizados em separado, mas a soma total dos preços dos produtos vendidos em separado é superior ao preço em grupo.

Uma empresa dominante adota um comportamento predatório, suportando deliberadamente perdas ou prescindindo deliberadamente de ganhos a curto prazo, por forma a excluir ou poder vir a excluir um ou mais dos seus concorrentes, existentes ou potenciais, com o objetivo de reforçar ou manter o seu poder de mercado e prejudicando desta forma o consumidor.

A recusa de fornecimento diz respeito a uma situação que constitui um problema concorrencial em que as empresas dominantes concorrem com o comprador a quem se recusam a vender num mercado “a jusante”. Sendo que, um mercado a jusante diz respeito

ao mercado no qual a componente cuja venda é recusada é essencial para a produção de um produto ou para o fornecimento de um serviço, (Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte das empresas em posição dominante (2009/CE 45/02)), a interrupção de um fornecimento efetuada a fim de punir os seus concorrentes ou a recusa de aprovisionar clientes que não aceitam vendas subordinadas. As práticas de recusa de fornecimento podem ser de recusa de fornecimento de produtos a novos clientes ou já existentes, de recusa de licenciamento de direitos de propriedade intelectual e de recusa de concessão de acesso a uma instalação ou a uma rede essencial.

A compressão de margens é a prática por parte de uma empresa verticalmente integrada, de um preço no fornecimento de um fator produtivo indispensável que não permite a um concorrente com o mesmo grau de eficiência exercer de uma forma rentável e duradoura atividades no mercado a jusante. Isto acontece porque a diferença entre o preço grossista e o preço retalhista não é suficiente para cobrir os custos da empresa a jusante.¹⁰

Para existir compressão de margens têm de ser verificadas cumulativamente quatro condições. A empresa que incorre neste tipo de prática tem de ser integrada verticalmente, isto é, tem de estar presente no mercado a montante e no mercado do produto derivado, em concorrência com estes. Para além disso, a empresa verticalmente integrada tem de deter posição dominante no mercado grossista, onde fornece o *input*, tendo poder para determinar o preço a que vende o *input* indispensável para o mercado a jusante onde também atua. Apesar da existência de posição dominante não constituir uma prática anticoncorrencial, este configura um elemento importante para a análise desta prática, uma vez que, esta é importante para verificar se a empresa em questão implementa uma estratégia de exclusão. Para que haja compressão de margens tem de ser verificado um

¹⁰ Um exemplo simples pode ser ilustrado a partir da seguinte situação. Considere-se que o bem X necessita do input Y para a sua produção. A empresa A que é fabricante do produto Y, no mercado a montante, e concorre no mercado a jusante vendendo o produto X. Sendo que a empresa A vende Y a 11€ e X a 10€, será impossível que a empresa B, concorrente de A no mercado a jusante, não obter perdas com a venda de X. Isto acontece porque B não consegue obter Y por uma via alternativa, e portanto a sua única hipótese é aumentar o preço do bem X para, por exemplo, 12€. No entanto, comercializar o produto X a um preço superior ao da empresa A, levará à transferência de consumidores de B para A. Tendo assim, o efeito anticoncorrencial gerado pelo esmagamento de margens que levará à saída da empresa B do mercado.

efeito de encerramento anti concorrencial de mercado, isto é, a capacidade da empresa dominante de eliminar do mercado concorrentes igualmente eficientes. Este efeito consegue-se provar quando o input em causa é indispensável para um mercado a jusante. Nos casos de compressão de margem, a Comissão Europeia utiliza o CMMLP (custo marginal médio de longo prazo) do departamento a jusante da empresa verticalmente integrada como indicador comparativo para determinar os custos de um concorrente com o mesmo grau de eficiência. Ainda que se verifiquem os elementos até agora enunciados, esta prática restritiva poderá não se verificar se for objetivamente necessária ou se der origem a ganhos de eficiência que tornem pouco prováveis efeitos negativos sobre o consumidor, (Junqueiro, 2012).

A compressão de margens pode ser implementada pela empresa dominante com o aumento do preço grossista, com a redução do preço retalhista ou por ambos. Torna-se importante para as Autoridades da Concorrência perceber se as perdas que a empresa dominante no mercado a montante pode incorrer numa fase inicial serão posteriormente recuperadas após a exclusão das concorrentes do mercado a jusante.

Junqueiro (2012:185-186) afirma que:

A existência de uma compressão de margens pode ser demonstrada, reunidos os restantes requisitos, se ficar demonstrado que: as operações a jusante da empresa em posição dominante não seriam rentáveis com base no preço que é cobrada por esta no mercado a montante (operador igualmente eficiente); e a margem entre o preço cobrado aos concorrentes presentes no mercado a jusante em matéria de acesso e o preço imputado pelo operador da rede no mercado a jusante é insuficiente para permitir a um prestador de serviços razoavelmente eficiente no mercado a jusante registar um nível de lucros normal (operador razoavelmente eficiente).

Os testes de compressão de margens são o “teste do operador igualmente eficiente” (OIE) e o “teste do operador razoavelmente eficiente” (ORE), provando a existência de compressão de margens se falharem, isto é, se derem resposta negativa.

O teste OIE avalia a existência de uma compressão de margens em que as operações a jusante, por parte de uma empresa com posição dominante a montante, não seriam rentáveis com base no preço cobrado a montante aos seus concorrentes. Este teste tem como referência o preço cobrado pela empresa dominante aos seus concorrentes e avalia se, tendo esta que suportar tal preço, a sua atividade no mercado retalhista é rentável.

Assume *a priori* a exclusão de operadores menos eficientes, uma vez que, estes operadores não irão prejudicar a concorrência.

Para a realização do teste OIE, a Comissão utiliza o custo incremental médio de longo prazo (CIMLP) do departamento a jusante da empresa dominante integrada como indicador comparativo para determinar os custos de um concorrente com o mesmo grau de eficiência. O CIMLP de um determinado produto inclui todos os custos específicos do produto associados ao volume total de produção desse produto, representando, assim, a média dos custos totais que a empresa tem para produzir determinado produto. É calculado segundo a equação (5):

$$CIMLP = \frac{CT \text{ incorridos em todos os produtos} - CT \text{ quando não existe o produto em análise}}{\text{Nível de produção do produto em análise}} \quad (5)$$

O CIMLP tem em consideração os custos totais (CT) de longo prazo (os custos operacionais e os custos de capital) que são incrementais à produção do bem ou prestação do serviço. Não inclui os custos que apenas possam ser imputados em bases arbitrárias.

No caso de indústrias que produzem um único produto o CIMLP e o custo médio total (CTM) são iguais e bons indicadores de abuso de posição dominante. No caso das empresas com vários produtos, mas que realizam economias de gama, $CIMLP < CTM$ para cada um dos produtos, isto porque os custos comuns são elevados dados que quaisquer custos que poderiam ser evitados com a não produção de um determinado produto não são considerados custos comuns.

A incapacidade de cobrir o CIMLP indica que a empresa em posição dominante não está a cobrir todos os custos imputáveis à produção do bem ou do serviço em análise e que um operador igualmente eficiente poderia, por essa via, ser excluído do mercado.

Com o teste ORE verificamos a existência de compressão de margens se a margem entre o preço cobrado aos concorrentes no mercado a montante e o preço cobrado no mercado a jusante pela empresa dominante for insuficiente para permitir a um prestador de serviço razoavelmente eficiente, no mercado a jusante, registar um lucro económico normal. Este teste permite averiguar se as empresas concorrentes com um nível de eficiência razoável, ainda que este nível não seja tão elevado como o da empresa

dominante, conseguem entrar e permanecer no mercado. É um teste adequado em indústrias com um nível muito elevado de economias de escala e de gama.

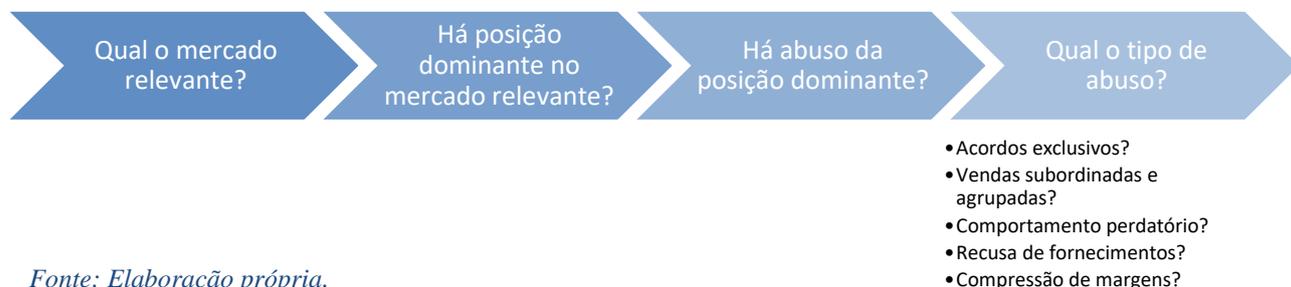
A União Europeia dá clara prevalência ao teste OIE como critério de avaliação de comportamentos de preços em geral, e de compressão de margens em particular, alegando que somente se deverá utilizar o outro método se este não for possível.

Pode igualmente indiciar um efeito anti concorrencial provável o nível de compressão de margem. Isto é, em situações em que a margem é negativa, ou seja, em situações em que o preço no mercado grossista é superior ao preço do mercado retalhista estamos perante um efeito anti concorrencial provável, pois o operador igualmente eficiente não irá conseguir cobrir os seus custos e, assim, irá incorrer em prejuízo. Caso a margem seja positiva, importa perceber se esta é suficiente para cobrir os custos em que irá incorrer no mercado retalhista. O tribunal sugere que “poderá ter lugar um efeito concorrencial caso os OIE tenham que operar com taxas de rentabilidade artificialmente reduzidas comprometendo assim a sua atividade no mercado”, (Junqueiro, 2012:209).

No entanto, não se pode afirmar só por si que esta condição é suficiente para a verificação de uma compressão de margem, uma vez que mesmo sendo a margem negativa ou insuficiente, se os operadores tiverem outras alternativas, dificilmente estaríamos perante um abuso de posição dominante.

A Figura 7 ilustra a sequência de procedimentos necessária para a investigação de situações de abuso de posição dominante.

Figura 7 - Procedimento para a averiguação de um caso de abuso de posição dominante



Fonte: Elaboração própria.

Em suma, para a verificação de um caso de abuso de posição dominante por via do esmagamento de margens ou por outro tipo de práticas abusivas, é necessário

primeiramente analisar o mercado relevante em que a restrição está a acontecer, seguidamente é fundamental perceber se existe ou não posição dominante. Na medida em que a posição dominante não constitui uma prática restritiva da concorrência, em si mesma, tem de ser verificada a existência de abuso. E, finalmente, perceber qual o tipo de abuso em causa.

IV. Estudo de Caso: Processo Associação Nacional de Farmácias

Nesta secção apresenta-se um caso concreto de averiguação de uma prática anti concorrencial de abuso de posição dominante por esmagamento de margens. Este processo foi iniciado por uma denúncia por parte da IMS Health, Lda., alegando que o Grupo ANF abusa da sua posição dominante no mercado dos dados comerciais dos produtos farmacêuticos, impossibilitando a existência de concorrência no mercado a jusante, isto é, o mercado dos estudos.

A metodologia que preside à organização desta secção incorpora a exposição do processo desenvolvida pela AdC, analisando-o e averiguando a existência ou não da prática, podendo, a partir daí proceder-se a uma análise aos efeitos da prática.

IV.1. Interveniente no processo

A IMS é a subsidiária de um Grupo Multinacional, sediado nos EUA, que está presente em Portugal desde 1974. A IMS tem por objeto a consultoria e elaboração de estudos de mercado na área da saúde, a prestação de serviços e ações de formação no âmbito desses estudos, bem como a comercialização de programas informáticos com as inerentes atividades de formação e assistência técnica aos seus clientes. Até 2008 a IMS realizava os estudos de mercado baseados em dados das farmácias com recurso a dados dessa fonte disponibilizados pelo Grupo ANF, liderado pela Associação Nacional de Farmácias.

Num segundo momento, a Associação Portuguesa da Indústria Farmacêutica (APIFARMA) deu também entrada na AdC de uma denúncia relativa à eliminação da IMS do mercado nacional de Market Intelligence – Pharma por parte do Grupo ANF.

A APIFARMA, com sede em Lisboa, é uma associação patronal que representa mais de 120 empresas responsáveis pela produção e importação de medicamentos. Esta

associação tem como objeto a representação das empresas nela inscritas, ajudando na resolução de problemas, a promover o entendimento, a solidariedade e o apoio recíproco entre as empresas associadas, e, assumindo funções de representação das empresas suas associadas junto da administração pública.

A denúncia apresentada pela IMS indica que a ANF se recusou a cumprir um acordo de fornecimento de dados comerciais das farmácias realizado em 2006 justificando este facto com a existência de um acordo posterior assinado em 2008. Este último acordo não foi aceite pela IMS, e, conseqüentemente a ANF cessou o fornecimento dos ditos, em 2009. A IMS argumenta ainda na sua denúncia que este comportamento deriva do facto de, em 2009, ter sido criada pela ANF a empresa HMR que seria sua concorrente direta na elaboração de estudos baseados nos dados das farmácias

Segundo a denunciante, os dados comerciais das farmácias são indispensáveis para a realização de um conjunto de estudos que as farmacêuticas adquirem. Na medida em que, a única empresa a comercializar estes dados de forma agregada e representativa do universo de farmácias nacionais é a ANF, esta tornou-se um fornecedor incontornável da IMS.

A empresa IMS acusa a ANF de uma prática abusiva de posição dominante por deter uma quota esmagadora dos dados relativos às vendas das farmácias em Portugal.

A comunicação feita pela APIFARMA vem acrescentar que cerca de 98% das farmácias são associadas da ANF e que a ANF através do seu sistema de gestão de farmácias, atualmente a versão Sifarma 2000, consegue ter acesso à gestão de *stocks* e vendas.

No entanto, e dada a justificação da ANF para a cessação do fornecimento, isto é, a IMS não ter aceitado o contrato de 2008, a IMS alega que o preço praticado pela ANF para o fornecimento de dados comerciais das farmácias era uma clara recusa de fornecimento. Isto porque, no contrato de 2003 o Grupo ANF cobrava 100€ mensais por farmácia e no contrato de 2008 passaria a cobrar 255€ mensais por farmácia., o que levantou algumas suspeitas no que diz respeito à prática de preços por parte do Grupo.

Desta forma, a AdC abriu inquérito contra a ANF, a Farminveste SGPS, a Farminveste IPG e a HMR, quatro entidades do Grupo ANF. Para melhor compreensão do caso torna-se necessário analisar cada uma das arguidas.

A ANF para além de ser uma associação patronal representativa dos proprietários de farmácias cuja missão é a defesa dos interesses morais, profissionais e económica dos proprietários de farmácias, possui também um extenso universo empresarial.

Figura 8 – Detalhe do organograma do universo empresarial



Fonte: AdC(2015:52).

Tal como mostra a figura 8, a ANF detém cerca de 90% da Farminveste SGPS, a qual por sua vez detém na sua totalidade a empresa Farminveste IPG, detendo esta última 100% da HMR. Estamos assim perante um grupo verticalmente integrado, o universo ANF, com presença nos mercados relevantes, adiante abordados.

Em relação à Farminveste SGPS, que como já foi dito está sob o domínio da ANF em cerca de 90%, os restantes 10% do capital encontram-se dispersos por empresas associadas da ANF, isto é, farmácias. Os 90% detidos pela ANF conferem a maioria dos direitos de voto em Assembleia Geral o que assegura à ANF o poder de determinar as políticas operacionais e financeiras da Farminveste SGPS.

A Farminveste SGPS, uma Holding do universo Empresarial ANF, detém a 100%, a Farminveste IPG podendo por isso determinar as políticas operacionais e financeiras da Farminveste IPG e, de forma indireta, também a HMR.

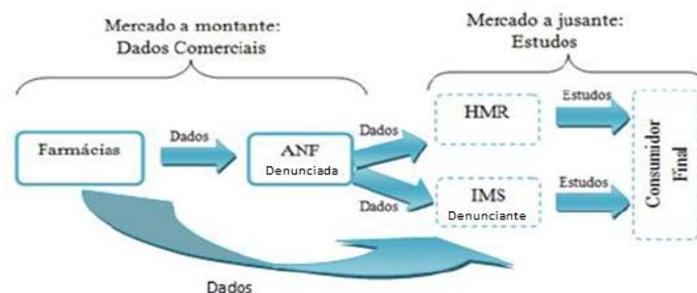
A Farminveste IPG, através das suas subsidiárias, tem a sua atividade assente em cinco pilares: distribuição farmacêutica, sistemas de informação, elaboração de estudos de mercado no setor farmacêutico, prestação de serviços de saúde e setor imobiliário

Uma dessas subsidiárias é a HMR, que iniciou a sua atividade em 2009 e tem como atividades a consultoria e a elaboração de estudos de mercado na área da saúde.

IV.2. Produtos e Mercados

Os factos em análise dizem respeito, desde logo, ao fornecimento por parte do Grupo ANF, dos dados comerciais das farmácias à IMS. Sendo que a IMS utiliza esses dados para a elaboração de estudos de mercado. Assim, temos de analisar, a montante, se os dados das farmácias constituem um mercado autónomo, e, a jusante, se os estudos baseados nesses dados constituem um mercado autónomo.

Figura 9- Cadeia de produção presente no processo

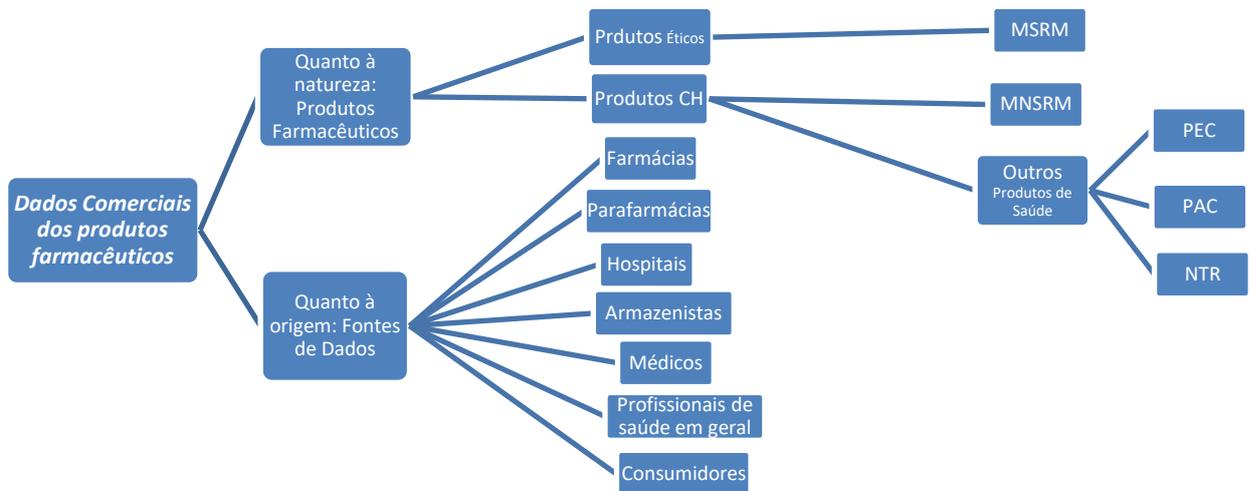


Fonte: Elaboração própria.

Analisando a Figura 9 conclui-se que prática visa o fornecimento por parte do Grupo ANF dos dados comerciais de uma amostra representativa de farmácias que este adquire das farmácias relativos aos produtos farmacêuticos com vista à realização de estudos de mercado, sobre estes mesmos produtos pelas empresas HMR e IMS. Também as farmácias podem vender individualmente esses dados à HMR e à IMS, no entanto estas não fazem parte de um painel representativo de farmácias e assim tornam os estudos menos viáveis.

Em relação à Figura 10, esta mostra como são classificados os dados comerciais dos produtos farmacêuticos. Esta análise é importante para a compreensão do produto e consequentemente do mercado relevante.

Figura 10 - Classificação dos dados comerciais de produtos farmacêuticos



Fonte: Elaboração própria com base na decisão do processo AdC

Os dados comerciais de produtos farmacêuticos, no que respeita aos produtos farmacêuticos dividem-se em Produtos éticos e Produtos *Consumer Health* (CH). Os produtos éticos abrangem apenas os medicamentos sujeitos a receita médica (MSRM), isto é, medicamentos que só podem ser prescritos por um médico, pois estes podem ser prejudiciais se forem utilizados sem prescrição justificada. Dentro dos produtos CH temos os medicamentos não sujeitos a receita médica (MNSRM), isto é, medicamentos que podem ser vendidos nas farmácias ou para-farmácias sem prescrição; e temos ainda outros produtos de saúde. Estes outros produtos de saúde agregam os produtos *personal care* (PEC) que dizem respeito aos produtos e acessórios de beleza e higiene; os produtos *patient care* (PAC) que são materiais, ferramentas e produtos relativos à saúde; e, finalmente os produtos nutrição (NTR) que são todos os suplementos alimentares. (Figura 10)

Os dados comerciais dos produtos farmacêuticos diferem também face à sua origem. Os dados comerciais são diferentes consoante a sua fonte sejam as farmácias, as para farmácias, os armazenistas/grossistas, os hospitais, os médicos, os profissionais de saúde em geral ou os consumidores. Esta diferença será abordada adiante, a propósito das substituíbilidades.

Figura 11 - Fatores que levam à distinção dos estudos de



Fonte: Elaboração própria com base na decisão do processo

Tal como se verifica na Figura 11, os estudos de mercado dos produtos farmacêuticos distinguem-se quanto à fonte dos dados utilizada. Para além, disso, distinguem-se também pela representatividade da respetiva amostra.

Se estiver presente o tipo de informação disponibilizada os estudos poderão ser divididos em vários grupos, sendo alguns deles: estudos sobre MSRM, estudos sobre MNSRM, estudos sobre produtos PAC, estudos sobre produtos PEC, estudos sobre produtos NTR, estudos sobre médicos/utentes/prescrições médicas, estudos sobre atividades das farmácias, estudos sobre compras e consumos hospitalares e outros estudos não padronizados.

Em relação à desagregação temporal, podem existir os seguintes estudos: os estudos diários, semanais, mensais/bimensais, trimestrais, semestrais e, por último, os anuais.

Relativamente à desagregação geográfica podem distinguir-se os estudos de âmbito nacional e os estudos de âmbito regional, podendo estes últimos ter um maior ou menor detalhe intrarregional. No entanto, os estudos para serem representativos devem apresentar um número mínimo de regiões. Segundo a AdC este número deve ter por base o número máximo de agrupamentos de centros de saúde do Serviço Nacional de Saúde, de acordo com o Decreto-Lei n.º 28/2008, que fixa 74 agrupamentos de centros de saúde.

Por último, os estudos podem ainda ser classificados em função do momento de disponibilização dos dados.

IV.3. Mercado relevante no estudo em causa

Para conseguir provar a existência de violação do artigo 11º da Lei n.º19/2012, 8 de maio, que indica que “é proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste”, e a violação do

artigo 102º do TFUE, a AdC começa por definir o mercado relevante em que alegadamente acontece a prática restritiva.

Para a definição do mercado relevante, conforme apresentado na secção anterior terá de ser estudado o mercado do produto e o mercado geográfico.

Na medida em que os dados comerciais das farmácias funcionam como *input* para a produção de estudos, torna-se importante começar por aferir a substituíbilidade entre os diferentes dados, para posteriormente e em função das conclusões, ser analisada a substituíbilidade dos estudos.

Para determinar o mercado a montante importa analisar a substituíbilidade entre os dados comerciais de um painel representativo de farmácias(DCPRF) e os dados de outras fontes de informação.

Tabela 2- Substituíbilidade entre os diferentes dados comerciais (mercado do produto)

Substituíbilidades	Procura	Oferta	Conclusão
DCPRF e dados de outras fontes de informação	<i>Dados das farmácias</i> – informações sobre vendas	Não existindo qualquer entidade fora do universo ANF que recolha e comercialize DCPRF, a curto prazo e sem incorrer em custos significativos	<u>DCPRF constituem um mercado do produto autónomo</u>
	<i>Dados dos hospitais</i> – informações sobre o mercado hospitalar		
	<i>Dados dos médicos</i> – informações sobre intenções de prescrição		
	<i>Dados grossistas</i> – informações relativas a vendas grossistas a farmácias		
	Dados das parafarmácias – informações semelhantes a dados das farmácias exceto sobre MSR;		
	Não existe substituíbilidade	Não existe substituíbilidade	

Fonte: Elaboração própria.

Do lado da procura a substituíbilidade entre os dados provenientes das farmácias e os dados provenientes de outras fontes, tal como se mostra na Tabela 2, procura perceber se os primeiros constituem uma mais-valia face aos segundos.

O mercado a montante é apenas abrangido pelo território nacional pois integra a totalidade dos dados comerciais das farmácias nacionais. Conclui-se, por isso, que o mercado relevante a montante é o mercado dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias a nível nacional.

A Tabela 3 mostra as seis potenciais substituíbilidades cuja análise é necessária para a conclusão acerca do mercado relevante do produto dos estudos de mercado.

Tabela 3- Substituíbilidades entre diferentes estudos (mercado do produto)

Substituíbilidades	Procura	Oferta	Conclusão
Estudos baseados DCPRF vs. Estudos baseados em dados de outras fontes	Os estudos baseados nos DCPRF apresentam características que os distinguem dos demais, pelo facto de serem produzidos com base em dados que não se consideram substituíveis. <hr/> Não existe substituíbilidade	Não há qualquer alternativa viável que permita a uma empresa fora do universo do Grupo ANF entrar no mercado dos estudos sem incorrer em custos significativos. <hr/> Não existe substituíbilidade	<u>Os estudos de mercado baseados nos DCPRF constituem um mercado do produto autónomo</u>
Estudos baseados em DCPRF com diferente dimensão	Quanto maior o painel das farmácias, melhor será a qualidade dos dados. Uma amostra representativa ¹¹ , é uma amostra mínima de 1531 farmácias. <hr/> Não existe substituíbilidade	A única entidade capaz de fornecer dados de uma amostra representativa de farmácias (iguais ou superiores a 1531) é o grupo ANF. <hr/> Não existe substituíbilidade	<u>Os estudos baseados em dados comerciais de amostras de farmácias iguais ou superiores a 1531 farmácias constituem um mercado autónomo.</u>
Estudos baseados em DCPRF com diferentes informações	Cada tipo de informação serve diferentes fins, pois diz respeito a produtos e/ou realidades distintas <hr/> Não existe substituíbilidade	A capacidade de transferência da produção para o mercado fica condicionada pela dimensão da amostra. <hr/> Não existe substituíbilidade	<u>Estudos relativos a MSRM, MNSRM, produtos PAC, produtos PEC, produtos NTR, médicos/utentes/prescrições médicas, atividade das farmácias e estudos sobre outra informação não padronizada devem ser considerados um mercado autónomo.</u>
Estudos baseados com diferente dimensão temporal	Os estudos diários podem substituir teoricamente, os restantes. Em termos práticos esta substituição conduz a custos acrescidos e aumenta o tempo de análise e tratamento. <hr/> Não existe substituíbilidade	Apenas o universo ANF recolhe de forma automática e desagregada em termos temporais os dados. <hr/> Não existe substituíbilidade	<u>Os estudos diários, semanais, mensais/bimensais, trimestrais, semestrais e anuais constituem mercados do produto autónomos.</u>
Estudos baseados com diferente dimensão geográfica	Os relatórios com maior desagregação geográfica podem substituir teoricamente relatórios com menor desagregação geográfica. Em termos práticos a diferente desagregação conduz a diferenças de preços e de tempo de	Apenas o universo ANF detém dados com desagregação geográfica superior a 74 regiões.	<u>Os estudos baseados nos dados das farmácias a nível nacional, regionais até 74 regiões e com desagregação geográfica superior a 74 regiões constituem mercados autónomos.</u>

¹¹ “Painel representativo de farmácias” refere-se não só à representatividade estatística de um determinado número de farmácias, mas também à desagregação temporal da informação e ao momento de disponibilização do estudo. Para 74 regiões, assumindo um intervalo de confiança de 95%, um erro de amostragem de 15% e uma variabilidade média traduzida num coeficiente de variação de 50%, o valor mínimo da amostra é de 1531 farmácias.

análise e tratamento.			
		Não existe substituíbilidade	Não existe substituíbilidade
Estudos com diferentes data de disponibilização baseados em dados das farmácias	A procura privilegia os estudos que primeiro surjam no mercado, em regra durante a primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados.	Empresas fora do universo ANF não conseguem elaborar estudos em data anterior por não obterem dados atempadamente.	<u>Os estudos disponibilizados durante a primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados constituem um mercado do produto autónomos.</u>
	Não existe substituíbilidade		Não existe substituíbilidade

Fonte: *Elaboração própria.*

No que concerne à análise da substituíbilidade da oferta relativa ao 1º teste presente na tabela 3, foram apresentadas várias alternativas potenciais para a obtenção dos dados de um painel representativo de farmácias, estudadas pela AdC, que serão exploradas seguidamente.

Os DCPRF podem ser obtidos através da sua compra à Farminveste IPG, esta alternativa implica a aceitação por parte das empresas produtoras de estudos do pagamento de 255€ mensais por farmácia que disponibilize estes dados. No entanto, este preço não é economicamente viável (como será explicado mais à frente) não sendo esta uma alternativa.

Relativamente à alternativa de recorrer ao Farmalink, propriedade do Grupo ANF, com recurso a um módulo de extração, a IMS tentou fazê-lo com o prévio conhecimento das farmácias, porém o Grupo ANF ordenou a remoção dos aplicativos sem comunicação prévia à IMS e às farmácias. Desta forma, esta também não é uma alternativa viável.

Como terceira alternativa, a AdC avalia o acesso através de sistemas de gestão e de redes de comunicação paralelos ao Sifarma e ao Farmalink, respetivamente. Uma vez que o Grupo ANF tem os seus próprios programas instalados nos computadores das farmácia, este poderá ter acesso a todos os outros programas colocados nestes Para contornar esta situação, poder-se-ia instalar os outros programas em outros computadores, no entanto, esta situação não se afigura viável, pois requer custos bastante elevados e obriga à replicação de todos os registos de operações que ocorrem nas farmácias.

Outra alternativa seria o acesso aos dados através das próprias farmácias com recurso à transmissão de relatórios de gestão por e-mail. Para além da dificuldade em conseguir os dados desta maneira, uma vez que se tinha de recorrer à Farmalink, sistema detido pelo Grupo ANF, os dados teriam de ser tratados de forma manual e individualizada, o que iria

interferir na periodicidade da recolha dos dados. Assim sendo, também esta alternativa não se afigura viável.

Por último, ponderou-se o acesso aos dados através das próprias farmácias com recurso a *pen drive* e recolha presencial dos relatórios de gestão. Esta alternativa exige custos avultados, uma vez que a recolha manual de dados, de farmácia em farmácia implica a deslocação de técnico(s) da IMS (ou outra empresa) a cada um dos estabelecimentos para gravar os relatórios de gestão extraídos do Sifarma na referida *pen drive*. Deste modo, não se mostra uma alternativa viável.

Conclui-se assim que as soluções apresentadas não garantem um acesso direto, automático, contínuo, autónomo, completo e seguro a um painel representativo de farmácias, que permita a qualquer empresa concorrer nos vários mercados dos estudos.

Analisadas todas as hipotéticas alternativas de acesso aos dados comerciais das farmácias a AdC conclui, no que diz respeito à oferta, que não há substituibilidade, ou seja, só o universo ANF tem acesso aos dados de um painel representativo de farmácias. Outras vias para obtenção dos dados necessários afiguram-se financeiramente inviáveis na prática.

Analisando o acesso aos dados das farmácias por parte da IMS, verifica-se que em Outubro de 2014, a IMS ainda não conseguia aceder a um painel representativo de farmácias.

No que se refere à substituibilidade entre os estudos de diferente desagregação temporal, é de notar que os estudos de mercado com dados diários ou semanais permitem acompanhar pequenas variações do mercado, já os estudos com dados mensais são usados para avaliar o desempenho da força de vendas e esquemas de incentivos. Quanto à oferta, a desagregação temporal dos estudos depende da forma como os dados são extraídos, pois as listagens que são retiradas manualmente nas farmácias não possuem informação suficientemente desagregada em termos temporais.

A verificação da existência de substituibilidade entre estudos baseados nos dados comerciais das farmácias com diferente data de disponibilização procura atender ao facto que um dos objetivos da aquisição de estudos de mercado por parte da indústria

farmacêutica é a possibilidade de monitorizar “em tempo real”, a atividade da sua força de vendas no terreno e desenvolver sistemas de incentivos por desempenho.

Quanto ao mercado geográfico, uma vez que os estudos baseados nos dados comerciais das farmácias circunscrevem ao território nacional, conclui-se que a dimensão geográfica relevante dos diversos mercados de estudos é a nacional.

Desta forma a AdC definiu a jusante cerca de 400 mercados agrupados da seguinte forma: mercados dos estudos sobre MSRM baseados nos dados das farmácias; estudos sobre MNSRM baseados nos dados das farmácias; estudos sobre produtos PAC baseados nos dados das farmácias; estudos sobre produtos PEC baseados nos dados das farmácias; estudos sobre os produtos NTR baseados nos dados das farmácias; estudos sobre médicos, utentes, prescrições médicas baseados nos dados das farmácias; estudos sobre a atividade das farmácias baseados nos dados das farmácias; e outros estudos não padronizados baseados nos dados das farmácias. Sendo que cada um destes mercados subdivide-se em mercados autónomos em função da dimensão da amostra, da desagregação geográfica (nacional, 74 regiões e mais de 74 regiões), da desagregação temporal dos dados (diários, semanais, mensais/bimensais, trimestrais, semestrais e anuais) e da respetiva data de disponibilização (durante a primeira semana do mês seguinte a que respeitam os dados e os estudos disponibilizados em período posterior).

IV.4 Posição Dominante e Abuso

Dado que a acusação em análise é de um abuso de posição dominante e uma vez já delimitados os mercados relevantes a jusante e a montante, torna-se essencial perceber se o Grupo ANF detém posição dominante em tais mercados.

Começando pelo mercado a montante, isto é, o mercado dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias. Tal como já foi provado anteriormente, no momento da investigação, só o Grupo ANF conseguia recolher, distribuir e comercializar dados comerciais de um painel representativo de farmácias. Consegue-se justificar este facto porque, em 2009, o Grupo ANF através da Farminveste IPG aumentou o preço dos dados comerciais de um painel representativo de farmácias impedindo que outras empresas entrassem neste mercado a montante, conseguindo assim este Grupo comportar-se de forma independente face aos seus clientes. Pode assim concluir-se que o Grupo ANF,

através da Farminveste IPG, não encontra qualquer pressão concorrencial neste mercado e, como tal, detém uma posição dominante no mercado a montante.

No que implica a posição do Grupo ANF no mercado dos estudos baseados nos dados comerciais das farmácias, em 2015, ano de investigação do processo, a HMR, empresa verticalmente integrada no universo ANF, produzia os seguintes estudos. *Detailed Market Watch, Global Market Watch, Consumer Watch, RX Watch, Consultoria e Pharmacy Watch*. Já a IMS, até 2009 produziu o *OTC offtake, PAC offtake, PEC offtake, NTR offtake, Pharmatrend e o Xponent*.

Após o corte dos dados à IMS por parte do Grupo ANF, não tendo possibilidade de aceder a amostras iguais ou superiores a 1531 farmácias a IMS viu-se excluída da produção da quase totalidade de estudos que produzia anteriormente e de disponibilizar alguns dos que continuou a produzir em tempo útil.

No que diz respeito à quota de mercado, desde 2010, ano seguinte à constituição da HMR, esta empresa passou a deter poder no mercado dos estudos baseados nos dados comerciais das farmácias. Este poder de mercado detido pela HMR, levou à deterioração do poder de mercado da IMS. Desta forma, conclui-se que o Grupo ANF, através da empresa HMR, detém uma quota esmagadora¹² nos vários mercados de estudos baseados nos dados comerciais das farmácias.

Pelo anteriormente exposto parece poder afirmar-se que o Grupo ANF tem posição dominante quer no mercado a montante, quer no mercado a jusante. Dada esta posição dominante, decorrente de o Grupo ANF ser a única entidade no mercado com capacidade de fornecer, através da ANF e da Farminveste IPG, dados comerciais de um painel representativo de farmácias a empresas de estudos de mercado, a Farminveste IPG a partir de 2009 começou a cobrar 255€ mensais, por cada farmácia cujos dados sejam cedidos, quando se sabe que anteriormente o Grupo ANF cobrava 100€ mensais por farmácia à IMS.

Tornou-se, assim necessário averiguar se o novo preço é equitativo, ou estamos perante uma situação de esmagamento da margem das empresas concorrentes. Para tal, tem

¹² Os valores comprovativos desta afirmação não poderão ser mostrados, uma vez que se trata de um processo confidencial.

de se proceder à verificação das quatro condições, enunciadas na secção III.4., para a existência de compressão de margens.

Dessas quatro condições, duas já foram verificadas pela averiguação prévia. Verificou-se a existência de uma empresa, a Farminveste IPG, com posição dominante no mercado de um determinado *input*, isto é, no mercado a montante, mercado dos dados comerciais de uma amostra representativa de farmácias. Verificou-se, também que o grupo a que pertence a empresa dominante no mercado a montante, o Grupo ANF, também concorre no mercado do produto que incorpora o *input* (mercado a jusante), através da HMR.

Resta portanto verificar se o fator produtivo é objetivamente necessário para a produção de um produto derivado e verificar se o preço que o Grupo ANF cobra pelos dados aos seus clientes-concorrentes, quando confrontado com o preço que cobra no mercado a jusante, não permite uma margem suficiente para cobrir os seus próprios custos.

Para analisar a necessidade objetiva do *input* tem de se compreender o conceito de fator produtivo indispensável. Conforme a “Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante” indica, um fator produtivo é considerado indispensável quando:

No mercado a jusante não existe nenhum substituto real ou potencial que possa ser usado pelos concorrentes para contrabalançar – pelo menos a longo prazo – as consequências negativas de recusa ou falta de acesso ao mesmo.

Deve analisar-se se os concorrentes poderiam reproduzir, isto é, criar uma fonte alternativa de fornecimento eficiente e com eficácia o *input* produzido pela empresa dominante. Para tal, no caso em apreço tem de se proceder a duas análises: analisar a possibilidade de existência de dados comerciais de outras fontes, que não as farmácias, que possam substituir os dados comerciais destas últimas; e analisar a possibilidade de existir um processo alternativo de obtenção de dados comerciais independentes do Grupo ANF. Mas, tal como visado anteriormente, nenhuma destas situações é possível. Como tal, conclui-se que os dados comerciais de um painel representativo de farmácias são indispensáveis para que os operadores possam concorrer de maneira efetiva nos mercados a jusante, verificando, assim, mais uma condição para a existência de compressão de margens.

Para se averiguar a última condição tem de se avançar para a análise da margem. A AdC recorreu ao teste do operador igualmente eficiente (OIE), baseado no Custo Incremental Médio de Longo Prazo e no método histórico período-a-período. O método período-a-período consiste em comparar, anualmente, as receitas e custos observados, extraídos das contas da empresa verticalmente integrada, nas quais as despesas em investimentos foram corretamente amortizadas.

Para se concluir pela existência de um esmagamento de margens tem de se verificar se as operações retalhistas da empresa dominante seriam rentáveis se esta suportasse o preço cobrado a montante, pela empresa dominante aos seus concorrentes.

Para esta análise não se considerou o ano de 2009, por ter sido neste ano que a HMR iniciou a sua atividade.

A AdC avaliou se a diferença entre o preço médio ponderado cobrado pelos produtos nos mercados a jusante e o preço cobrado pelo fator de produção no mercado a montante pelo Grupo ANF, permite que um concorrente com o mesmo grau de eficiência exerça, de forma rentável e duradoura, atividades no mercado a jusante.

Para o efeito, procurou verificar a seguinte desigualdade (6):

$$PMP \text{ dos estudos fixado pela HMR} - P \text{ dados fixado pela Farminveste IPG} \geq CPOIE. \quad (6)$$

onde CPOIE: custos de produção dos estudos de mercado de um concorrente com o mesmo grau de eficiência da HMR

Esta inequação exige o cálculo de 4 indicadores, sendo eles, o preço médio ponderado dos estudos da HMR baseados nos dados das farmácias (PMP dos estudos fixado pela HMR), o preço médio cobrado pela Farminveste IPG à IMS pelos dados das farmácias (P dados fixado pela Farminveste IPG), a margem entre estes dois preços e caso esta seja positiva deve-se proceder à realização do teste OIE calculando os custos unitários específicos suportados pela HMR para a produção dos estudos baseados nos dados das farmácias.

A comparabilidade entre o produto a montante e a jusante é necessária para comprovar a existência de uma compressão de margens. Tem-se então de comparar um produto

individual a montante, os dados das farmácias, com um conjunto de produtos distintos a jusantes, os vários estudos a que eles dão origem.

Dado que a Farminveste IPG vende os dados comerciais das farmácias como um pacote de dados, isto é, não vende dados das farmácias separadamente consoante as necessidades das empresas que elaboram estudos, é necessário comparar o preço cobrado pela Farminveste IPG pelos dados das farmácias com os preços de toda a gama de estudos baseados nos referidos dados, pois com base nos dados fornecidos pelas farmácias é possível produzir todos os tipos de estudos. Por forma a proceder a esta comparação foi adotado o método de ponderação dos preços e custos, procedendo-se à comparação entre o preço cobrado pela Farminveste IPG pelos dados das farmácias e o preço médio ponderado de todas as variantes dos estudos baseados naqueles dados.

Primeiramente terá de ser calculado o preço médio ponderado dos estudos da HMR baseados nos dados das farmácias. Este cálculo resulta da aplicação da equação (7):

$$\text{Preço médio ponderado dos estudos} = \frac{\text{volume de vendas total}}{\text{quantidade total de estudos}} \quad (7)$$

Desta análise é possível concluir que entre os anos de 2010 a 2013 houve uma redução significativa do preço médio dos estudos da HMR, devido ao aumento substancial da quantidade de estudos vendidos pela HMR.

No que diz respeito ao segundo indicador, isto é, o preço cobrado pelo Grupo ANF à IMS pelos dados das farmácias, sabemos que, desde 2009, a Farminveste IPG cobra pelos dados das farmácias 255€ mensais por cada farmácia que transmita dados ao universo ANF. Tal preço aplica-se à IMS, à HMR ou a qualquer outra empresa. O preço médio (cobrado) pela Farminveste IPG pelos dados das farmácias (PMD) corresponde ao rácio obtido segundo a equação (8):

$$PMD = \frac{\text{Valor cobrado anualmente por conta dos dados das farmácias}}{\text{Quantidade anual de estudos baseados nos dados das farmácias vendidos por uma empresa tão eficiente com a HMR}} \quad (8)$$

Os valores obtidos permitem concluir que o preço médio dos dados diminuiu de 2010 para 2013, devido a um aumento significativo da quantidade de referência (denominador do rácio que consta da equação nº 8).

Depois de calculados estes dois indicadores obtém-se a margem subtraindo o primeiro pelo segundo. Depois de efetuados estes cálculos, verifica-se que a margem é positiva e, assim sendo, tem de se recorrer ao teste OIE para concluir sobre a existência ou não de compressão de margens.

A realização deste teste implica o cálculo dos custos médios específicos suportados pela HMR para a produção dos estudos baseados nos dados das farmácias. Dado ter sido adotado o método de ponderação de preços são aplicados os pressupostos aplicáveis a uma empresa monoproduto, isto é, considera-se que o $CIMLP = CTM$. Assim sendo, considera-se que o total dos custos operacionais corresponde ao total dos custos específicos da HMR com a produção de estudos baseados nos dados das farmácias. Como suprarreferido houve um aumento das quantidades de estudos vendidos pela HMR, em 2012, que resultou numa quebra do valor médio dos restantes custos dos estudos, mas o total dos custos operacionais manteve-se a um nível semelhante ao longo dos anos.

Com estes dados pode-se calcular a margem de lucro 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 mesmo custos com os dados das farmácias que os concorrentes da HMR suportariam. Deste cálculo resulta que a margem de 2010 a 2013 é sempre negativa. Pode-se, assim, afirmar que o preço que o Grupo ANF praticava relativamente ao fator produtivo, dados das farmácias, quando comparado com os preços praticados nos estudos de mercado baseados nos dados das farmácias não permite obter uma margem de lucro que cubra os próprios custos de produção.

Com isto, comprova-se que o Grupo ANF, no período entre 01/01/2010 a 31/12/2013, abusou da posição dominante que detinha no mercado de dados de um painel representativo de farmácias, através da prática de esmagamento de margens tendo sido aplicada uma coima de 10 mil milhões ao Grupo ANF. No entanto, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em Outubro de 2016, reduziu a coima para 6.89 milhões de euros.

A HMR utilizou uma estratégia que fez com que ao longo deste período esta tivesse sempre margem de lucro negativa sendo esta compensada pelos lucros da Farminveste

IPG, através do preço de venda dos dados, pelo que não se verificava prejuízos no Grupo ANF.

A prática presente neste caso consiste na prática de preços não equitativos para os dados das farmácias aos concorrentes e/ou a prática de preços não equitativos para os estudos baseados nos dados das farmácias.

Sendo a Farminveste SGPS detida pela ANF, e a Farminveste IPG e a HMR, indiretamente detidas, na sua totalidade, pela Associação Nacional de Farmácias concluiu-se que a prática de esmagamento de margens era uma estratégia conjunta das arguidas.

V. Estágio

V.1. Objetivos do estágio

Tendo o estágio sido realizado no Departamento de Práticas Restritivas da AdC, os objetivos delineados foram: o acompanhamento e a participação em trabalhos do DPR, em particular a análise de exposições, solicitações e denúncias, bem como a instrução de processos de contraordenação por eventuais práticas restritivas; o desenvolvimento de pesquisas de jurisprudência e doutrina jurídica e económica, que sustentasse as análises desenvolvidas no âmbito da instrução dos processos; e o conhecimento de uma realidade concreta de regulação multissetorial.

Este estágio permitiu-me ainda perceber que os conceitos e teorias estudados, quer na licenciatura, quer no mestrado, permitem proceder à interpretação económica de realidades práticas e, por essa via, compreender fenómenos complexos.

Com o presente estudo de caso pretendeu-se alcançar a verificação dos procedimentos para a determinação do mercado relevante; a averiguação da conduta utilizada para a análise de um caso de abuso de posição dominante por via do esmagamento de margens; e entender qual a importância da Autoridade da Concorrência como regulador concorrencial para os agentes económicos afetados por casos desta natureza.

V.2. Atividades desenvolvidas

Durante o estágio na Autoridade da Concorrência foram várias as atividades realizadas.

Uma delas foi a elaboração de bases de dados. Numa das bases de dados pretendia-se a compilação de toda a informação relevante à investigação, instrução e decisão de processos de práticas restritivas da concorrência, percebendo como é que os mesmos se desenvolveram nos primeiros 10 anos de atividade da Autoridade da Concorrência, de 2003 a 2013. Seguidamente, partindo desta base de dados, foi produzida uma segunda base de dados onde constam informações por ano, sobre todos os processos abertos, como a data da sua decisão, se o processo transitou para outros anos, o número de “notas de ilicitude” (acusações), de “apreciações preliminares” (decisões de compromisso) e de “sentidos prováveis de arquivamento”.

Outra base de dados desenvolvida teve como objetivo compilar toda a informação relevante acerca das denúncias recebidas pela AdC. Esta continha informação relativa à exposição de origem, a data de abertura da DA, qual a(s) empresa(s) denunciada(s) e a(s) denunciante(s), a legislação aplicável, descrição da prática adequada ao tipo, setor(es), CAE, mercado, quais as diligências de investigação e qual a decisão da DA.

A análise de processos de práticas restritivas da concorrência foi outra das atividades desenvolvidas no estágio. Esses processos formam maioritariamente casos de abusos de posição dominante, um por esmagamento de margens, outro por discriminação de acessos e outro por recusa de fornecimento. O caso de esmagamento de margens foi o escolhido para a exposição, uma vez que tinha uma elevada componente económica.

Também desenvolvi uma investigação sobre uma denúncia de abuso de posição dominante através de uma eventual discriminação de acesso ao mercado. Neste âmbito, trabalhei com uma colega jurista no sentido de apurar os factos da denúncia, para averiguar se existia, ou não, uma situação de abuso, permitindo perceber e participar um caso ainda por fechar.

Averigui, ainda, eventuais práticas restritivas num conjunto de mais de 50 associações portuguesas, no âmbito de uma solicitação da Comissão Europeia à AdC.

VI. Conclusão

O estágio curricular realizado na AdC foi importante para a conclusão do Mestrado em Economia Industrial, tanto ao nível pessoal como profissional. Importante no plano pessoal

pelo desenvolvimento de capacidades, tais como trabalho em equipa, resolução de problemas, contacto com um ambiente profissional específico que poderá revelar-se importante para o percurso profissional futuro. No plano profissional e académico, a AdC proporcionou-me a oportunidade de aprofundar temas relacionados com o direito económico, economia industrial, microeconomia e também o desenvolvimento destes temas em termos práticos, através da inserção na equipa de trabalho do DPR. As temáticas com as quais mais tive contacto foram, para além do abuso de posição dominante, a contratação pública e conluio.

A ênfase atribuída ao tema tratado neste relatório, o estudo de um caso concreto de abuso de posição dominante por via do esmagamento de margens, deve-se à sua forte componente económica e à sua complexidade. Depois de uma recolha de bibliografia sobre esta temática, para procurar enquadrar conceptualmente o tema, analisei de forma exhaustiva o Processo da Associação Nacional de Farmácias. Esta análise permitiu perceber todo o procedimento para a investigação e prova de um caso de abuso de posição dominante, a complexidade de prova de posição dominante e também a complexidade do processo de verificação do esmagamento de margens.

Em termos de efeitos sobre a concorrência, considero poder concluir-se que o comportamento do Grupo ANF teve um impacto ao nível do acesso a um painel representativo de farmácias e na comercialização de estudos baseados nos dados das farmácias, prejudicando a concorrência na generalidade dos mercados dos estudos farmacêuticos pois restringiu e/ou impediu o acesso dos concorrentes atuais e potenciais a uma fonte de dados primordial.

Por fim, este trabalho permite entender que as restrições à concorrência são uma forte ameaça ao desempenho eficiente dos mercados, causando prejuízos quer ao próprio mercado quer a vários agentes económicos que com ele se realcionam. Neste sentido importa sublinhar a importância da AdC na investigação e prova das falhas denunciadas permitindo que estas se reduzam.

Bibliografia

- Batista, Elisabete Fernandes (2016) *A Responsabilidade Especial da Empresa em Abuso de Posição Dominante por exclusão*. Tese de mestrado em Ciências Jurídicas Forenses. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Burnside, Sebastian; Colley, Liam (2006) “Margin Squeeze Abuse”. *European Competition Journal*
- Cabral, Luis (2001) *Economia Industrial*. Nova Iorque: Mc Graw-Hill
- Chrystal, Alec; Lipsey, Richard (2015) *Economics*. Oxford: Oxford University Press
- Church, Jeffrey; Ware, Roger (2000) *Industrial Organization: a strategic approach*. Nova Iorque: Irwin Mc Graw-Hill
- DL n.º 10/2003, Diário da República, de 18 de janeiro, que cria a Autoridade da Concorrência.
- Decreto-Lei n.º 125/2014, Diário da República, 1.ª série – N.º 157, 18 de agosto de 2014, que estabelece os estatutos da Autoridade da Concorrência
- Fernando, José P.; Pego, Mariana (2001) *A posição dominante relativa do Direito da Concorrência*. Coimbra: Almedina
- Ferro, Miguel Sousa (2015) *A definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência*. Coimbra: Almedina
- Gata, João E; Rodrigues, Jorge (2010) “Uma perspectiva económica sobre o abuso de posição dominante – a distribuição de gelados de impulso a nível europeu” *Revista da Concorrência e Regulação*. Ano I – Número 1, 297 – 317
- Gonçalves, Maria Eduarda; Marques, Maria M.L.; Santos; António Carlos dos (2011) *Direito Económico*. Coimbra: Almedina.
- Junqueiro, Ricardo B. (2012) *Abusos de Posição Dominante*. Coimbra: Almedina.
- Laranjeira, Amanda L. A.; Veiga, Fábio da Silva (2013) “Aspetos de Posição Dominante Correlatos ao Abuso de Atos Anticoncorrenciais no Mercado Europeu” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 2 – Número 2, 8859 -8889
- Lei n.º 19/2012, Diário da República, 1.ª série – N.º 89, 8 de maio de 2012, que estabelece a Lei da Concorrência
- Marques, Maria M. L.; Soares, António G. (2006) *Concorrência – Estudos*. Coimbra: Almedina
- Mota de Campos, João; Mota de Campos, João Luiz (2007) *Manual do Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Motta, Massimo (2004) *Competition Policy*. Cambridge University Press
- Moura e Silva, Miguel (2008) *Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina.
- Norman; Pepall, Richards (2008) *Industrial Organization: Contemporary Theory and Empirical Applications*. Nova Iorque: Wiley

- Pego, José Paulo F.M. (2001) *A posição dominante relativa do direito da concorrência*. Coimbra: Almedina
- Pereira, Paulo Trigo (2013) *Economia e Finanças Públicas – da Teoria à Prática*. Coimbra: Almedina
- Santana, Carlos A. C. (1993) *O Abuso de Posição Dominante no Direito da Concorrência*. Edições Cosmos
- Stetsenko, Olena (2014) *Política de Concorrência na UE/Portugal: O caso Nestlé*. Tese de Mestrado em Economia Internacional e Estudos Europeus. ISEG – Lisboa School Of Economics & Management
- Stiglitz, Joseph E. (1999) *Economics of the public sector*. Nova Iorque: WW Norton & CO.
- Yin, Robert K. (2001) *Estudo de caso – planeamento e métodos*. Bookman
- Varian, Hal R. (2010) *Microeconomia Intermédia: uma abordagem moderna*. Lisboa: Verlag-Dashofer
- Vaz, Manuel Afonso (1998) *Direito Económico*. Coimbra: Coimbra Editora