

objecto de queixas à Comissão e quando tanto a prática da Comissão como a jurisprudência dos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros permitiam que a empresa em causa se apercebesse de que o acordo notificado era contrário às regras comunitárias da concorrência.

5. Um sistema de distribuição selectiva ou exclusiva pode constituir um elemento de concorrência conforme com o disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, se se provar que as propriedades dos produtos em causa necessitam, para preservar a sua qualidade e garantir a sua utilização correcta, da criação de um sistema dessa natureza e desde que a escolha dos revendedores se faça com base em critérios objectivos de natureza qualitativa, relativos à qualificação profissional do revendedor, do seu pessoal e das suas instalações, e que esses critérios sejam fixados de modo uniforme para todos os revendedores potenciais e aplicados de modo não discriminatório.

Não é esse o caso de um sistema de distribuição de produtos cosméticos que reserva a distribuição às farmácias que disponham de laboratório. Com efeito, por um lado, o critério de acesso à rede de distribuição aí adoptado é de natureza quantitativa, uma vez que o acesso à profissão de farmacêutico com laboratório está sujeito a *numerus clausus* na maioria dos Estados-membros em causa, pouco importando se a limitação do número de locais de distribuição resulta de uma situação regulamentar anterior ou apenas da vontade do fabricante, desde que, pelo menos, esta última não seja alheia à limitação verificada do número de locais de venda. Além disso, por outro lado, a exigência da qualidade de farmacêutico com laboratório próprio é absolutamente desnecessária para a distribuição de produtos cosméticos e reveste, por essa razão, um carácter desproporcionado, uma vez que tais produtos não podem ser equiparados a medicamentos, podendo ser substituídos por produtos equivalentes, distribuídos através de outros canais de distribuição.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)
27 de Fevereiro de 1992 *

No processo T-19/91,

Société d'hygiène dermatologique de Vichy, sociedade em nome colectivo com sede em Vichy (França), representada por Robert Collin, Marie-Laure Coignard e

* Língua do processo: francês.

Jeanne-Marie Henriot-Bellargent, advogados no foro de Paris, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório dos advogados Decker e Braun, 16, avenue Marie-Thérèse,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada inicialmente por Bernhard Jansen e posteriormente por Bernd Langeheine, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, assistidos por Hervé Lehman, advogado no foro de Paris, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Roberto Hayder, representante do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

que tem por objecto a anulação da Decisão 91/153/CEE da Comissão das Comunidades Europeias (a seguir «Comissão»), de 11 de Janeiro de 1991, relativa a um processo nos termos do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (a seguir «Regulamento n.º 17», JO 1962, L 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22; IV/31.624-Vichy);

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção),

composto por: J. L. Cruz Vilaça, presidente, D. Barrington, A. Saggio, C. P. Briët e J. Biancarelli, juízes,

secretário: H. Jung

vistos os autos e após a audiência de 12 de Dezembro de 1991,

profere o presente

Acórdão

Matéria de facto que está na origem do recurso

- 1 Por carta de 26 de Julho de 1985, os Laboratoires d'application dermatologique de Vichy et compagnie, filial francesa da Societé d'hygiène dermatologique de Vichy (a seguir «Vichy»), por sua vez filial a 100 % do grupo L'Oréal, notificaram à Comissão um sistema de distribuição exclusiva, limitado à França, dos produtos cosméticos Vichy em farmácias que dispõem de laboratório próprio. Esta notificação destinava-se, a título principal, a obter um certificado negativo, nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 17 e, a título subsidiário, a declaração, pela Comissão, da inaplicabilidade do disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia ao contrato-tipo notificado, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento n.º 17.
- 2 No sistema notificado, a autorização de distribuição dos produtos Vichy dependia da qualidade de farmacêutico com laboratório próprio. Na sequência da decisão do Conseil de la concurrence francês (decisão n.º 87-D-15 de 9 de Junho de 1987 sobre a situação da concorrência na distribuição em farmácias de determinados produtos cosméticos e de higiene corporal, primeiro relatório de actividades, 1987, p. 43) e do acórdão da cour d'appel de Paris de 28 de Janeiro de 1988, que declarou contrária ao artigo 85.º do Tratado CEE a distribuição exclusiva dos produtos dermatológicos em farmácias [acórdão da cour d'appel de Paris de 28 de Janeiro de 1988 (secção concorrência), *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, 1988, p. 33], a Vichy alterou o seu sistema de distribuição em França. Esta alteração acarretou a caducidade da notificação feita à Comissão em 1985.
- 3 Por carta datada de 29 de Agosto de 1989, a Vichy notificou à Comissão, por um lado, o novo sistema de distribuição instituído em França e, por outro, o sistema de distribuição relativamente aos restantes Estados-membros, com excepção da Dinamarca onde os produtos Vichy não são comercializados. No que respeita à França, o acordo notificado sujeitava a autorização de distribuição à posse do título de licenciado em farmácia. Nos Estados-membros que não a França e a Dinamarca, a autorização dependia da qualidade de farmacêutico com laboratório próprio.

- 4 O presente processo refere-se apenas à notificação relativa ao sistema de distribuição selectiva instituída pela Vichy para os Estados-membros que não a França.

- 5 Após ter enviado à Vichy, em 22 de Maio de 1990, a comunicação das acusações prevista no artigo 2.º do Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62, a seguir «Regulamento n.º 99/63») e procedido à audição da sociedade em 11 de Setembro de 1990, a Comissão considerou, na Decisão 91/153/CEE, de 11 de Janeiro de 1991 (JO L 75, p. 57), que, «na sequência de um exame provisório nos termos do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17... no que diz respeito às disposições dos acordos celebrados entre a société d'hygiène dermatologique de Vichy e os grossistas-distribuidores e farmacêuticos retalhistas, na medida em que esses acordos prevêem a distribuição exclusiva dos produtos cosméticos Vichy em farmácia com laboratório próprio, isto é, o facto de a aprovação de distribuidor autorizado dos produtos Vichy estar sujeita à qualidade de farmacêutico com laboratório próprio, se encontram preenchidas as condições de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE e que não se justifica uma aplicação do n.º 3 do artigo 85.º».

Tramitação processual

- 6 Desta decisão, que lhe foi notificada em 15 de Março de 1991, a Vichy interpôs recurso, registado na Secretaria do Tribunal em 25 de Março de 1991, sob o número T-19/91. A fase escrita do processo concluiu-se em 21 de Outubro de 1991.

- 7 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal (Segunda Secção) decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução. No entanto, pediu à Comissão que apresentasse dois documentos antes da realização da audiência. Esses documentos foram apresentados em 19 de Novembro de 1991. Trata-se, por um lado, da cópia dos documentos notificados à Comissão pela Vichy em 29 de Agosto de 1989 e, por outro, de um exemplar de um estudo realizado em 1988 para a Comissão, por André-Paul Weber, sobre «Os sistemas de distribuição selectiva na Comunidade do

ponto de vista da política da concorrência: o caso da indústria dos perfumes e dos produtos cosméticos».

- 8 Em 24 de Abril de 1991 deu entrada na Secretaria do Tribunal um pedido apresentado pela Vichy destinado a obter a suspensão da execução da decisão impugnada. Em 13 de Maio de 1991, a Comissão apresentou as suas observações referentes a este último pedido. Foram apresentadas alegações, no âmbito deste pedido, em 30 de Maio de 1991 na audiência do processo de medidas provisórias. O pedido foi indeferido por despacho do presidente do Tribunal de 7 de Junho de 1991.
- 9 Em 31 de Julho de 1991, a sociedade Cosimex apresentou um pedido de intervenção em apoio dos pedidos da Comissão e um pedido de assistência judiciária gratuita. O pedido de assistência judiciária gratuita foi indeferido por despacho do Tribunal de 24 de Setembro de 1991. Por despacho do mesmo dia, o presidente do Tribunal declarou que não havia que decidir sobre o pedido de intervenção.
- 10 As partes foram ouvidas na audiência realizada em 12 de Dezembro de 1991.

Pedidos das partes

- 11 A Vichy conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— condenar a Comissão nas despesas.

12 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digno:

— negar provimento ao recurso de anulação;

— condenar a sociedade Vichy nas despesas.

Quanto ao mérito

13 A Vichy defende que a decisão impugnada viola os princípios da não discriminação e da segurança jurídica e está viciada por violação de formalidades essenciais; que o contrato-tipo notificado é conforme com o disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado; que o disposto no n.º 3 do mesmo preceito é, de qualquer modo, aplicável e, finalmente, que o disposto no n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 foi erradamente aplicado.

14 A título liminar, o Tribunal recorda, em primeiro lugar, que o n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, no qual assenta a decisão impugnada, determina que o disposto no n.º 5 do mesmo preceito «não é aplicável... desde que a Comissão tenha comunicado às empresas em causa que, após exame provisório, considera que estão preenchidas as condições de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado e que não se justifica a aplicação do n.º 3 do artigo 85.º». O n.º 5 determina que «as multas previstas no n.º 2... não podem ser aplicadas em relação a comportamentos: a) Posteriores à notificação à Comissão e anteriores à decisão pela qual ela conceda ou recuse a aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado, desde que se mantenham dentro dos limites da actividade descrita na notificação...».

15 O Tribunal recorda, em segundo lugar, que o Tribunal de Justiça declarou, por um lado, que as medidas tomadas em aplicação do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 «afectam os interesses das empresas ao introduzirem na sua situação jurídica uma alteração clara; que o acto... através do qual a Comissão adopta, de forma inequívoca, uma medida que produz efeitos jurídicos que afectam os

interesses das empresas em questão e a elas se impõe obrigatoriamente constitui, não um simples parecer, mas uma decisão» na acepção do artigo 189.º do Tratado (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 1967, Cimenteries Cementbedrijven e o./Comissão, 8/66 a 11/66, Recueil, p. 93). O Tribunal de Justiça declarou, por outro lado, que as estipulações relativas à autorização de distribuição, no caso de o fabricante distribuir os seus produtos por intermédio de uma rede de distribuição exclusiva ou selectiva, consubstanciam um «acordo entre empresas», na acepção do artigo 85.º do Tratado, susceptível de ser abrangido pela proibição fixada no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão, 56/64 e 58/64, Recueil, p. 429). O mesmo se passa com as condições gerais de venda sistematicamente reproduzidas no verso das facturas, das encomendas e nas listas de preços (acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Janeiro de 1990, Sandoz/Comissão, C-277/87, Colect., p. I-47).

- 16 Dos acórdãos atrás analisados resulta que o contrato notificado pela Vichy é susceptível de cair no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado e que a recorrente tem legitimidade para impugnar, perante o Tribunal, a decisão tomada ao abrigo do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17, de que é destinatária. Devem, pois, analisar-se, tal como foram atrás enumerados, os fundamentos invocados pela Vichy contra esta decisão.

Quanto ao fundamento baseado em violação dos princípios da não discriminação e da segurança jurídica

— *Argumentos das partes*

- 17 A Vichy considera-se vítima de uma atitude discriminatória, uma vez que, em seu entender, foi a única empresa a actuar no mercado dos produtos cosméticos a quem a Comissão dirigiu uma decisão, apesar de ter sido a única a notificar os seus acordos de distribuição, manifestando assim uma vontade de cooperação com a Comissão. A Vichy considera que a decisão impugnada a coloca numa situação de incerteza jurídica susceptível de a prejudicar relativamente aos seus concorrentes, na medida em que a obriga a modificar o seu sistema de distribuição, ou, não o fazendo, a sujeitar-se ao pagamento de uma coima, ao mesmo tempo que desconhece a solução que a Comissão acabará por adoptar. Ora, em seu entender, a Vichy não pode, sem prejudicar a sua posição concorrencial no mercado, reorganizar, por diversas vezes e a curto espaço, o seu sistema de distribuição.

- 18 A Comissão entende que uma decisão tomada ao abrigo do n.º 6 do artigo 15.º só pode, em princípio, dizer respeito a uma empresa que notificou um acordo. Consequentemente, a Vichy não pode defender simultaneamente, por um lado, que foi a única a ter notificado os seus acordos de distribuição e, por outro, que é vítima de uma medida discriminatória. A Comissão invoca, a este propósito, o despacho do presidente do Tribunal de 7 de Junho de 1991.

— *Apreciação do Tribunal*

- 19 O Tribunal verifica que, longe de ser uma medida discriminatória, a medida tomada ao abrigo do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 se destina apenas a recolocar a empresa na situação em que se encontraria caso não tivesse notificado à Comissão o seu sistema de distribuição exclusiva. Constata, além disso, que as medidas tomadas pela Comissão ao abrigo do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 só podem, em princípio, referir-se a um ou a mais acordos que lhe tenham sido previamente notificados. Consequentemente, a sociedade recorrente não pode, ao mesmo tempo, sustentar que foi a única a notificar os seus acordos de distribuição e que foi a única a ser alvo de uma medida provisória nos termos do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17. As dificuldades de ordem administrativa ou comercial invocadas pela recorrente, admitindo que se encontram provadas, em nada influenciam a legalidade da decisão impugnada.
- 20 Além disso, o Tribunal faz questão de recordar que, como foi salientado no despacho de 7 de Junho de 1991, já referido, que indeferiu o pedido de suspensão da execução da decisão impugnada apresentado pela recorrente, «o único efeito que as medidas de aplicação do n.º 6 do artigo 15.º comportam é o de privar os operadores económicos do benefício da imunidade normalmente ligado à notificação dos acordos» e não tem «outro efeito senão o de colocar o operador numa situação idêntica àquela em que se encontraria se não tivesse procedido à notificação dos seus acordos» de distribuição.

O primeiro fundamento invocado pela recorrente deve ser rejeitado.

*Quanto ao argumento baseado em violação de formalidades essenciais**— Argumentos das partes*

21 A Vichy considera que a Comissão não respeitou formalidades essenciais por não ter procedido à consulta do comité consultivo em matéria de acordos e de posições dominantes (a seguir «comité consultivo»). Como o Tribunal de Justiça decidiu, no acórdão de 15 de Março de 1967, já referido, a Comissão, quando se pronuncia ao abrigo do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, toma decisões que, embora sejam susceptíveis, enquanto tais, de serem impugnadas por via contentiosa, devem ser adoptadas no respeito das garantias que decorrem do Tratado e das disposições adoptadas para sua aplicação. Ora, as decisões tomadas em aplicação do n.º 6 do artigo 15.º são posteriores ao processo de notificação previsto no artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17. Consequentemente, deveriam ser precedidas da consulta do comité consultivo, formalidade prevista neste artigo.

22 De resto, acrescenta a Vichy, na prática a Comissão consulta este comité antes de serem adoptadas decisões cujo alcance é menos importante do que o que se prende com as decisões tomadas em aplicação do n.º 6 do artigo 15.º Assim, a Comissão teria consultado o comité anteriormente à adopção de medidas provisórias decorrentes do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, relativamente à sociedade Ford [decisão de 18 de Agosto de 1982, Ford Werke AG (IV-30.696), JO L 256, p. 20]. Acrescenta que no despacho de 17 de Janeiro de 1980, Camera Care/Comissão (792/79 R, Recueil, p. 119), o Tribunal decidiu que, ao adoptar medidas provisórias, a Comissão «deve respeitar as garantias essenciais asseguradas às partes interessadas pelo Regulamento n.º 17, designadamente no artigo 19.º». Do mesmo modo, as decisões de aplicação de coimas por prestação de informações inexactas, tomadas em aplicação do n.º 1 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 são, elas também, precedidas da consulta do comité, como resulta das decisões da Comissão de 17 de Novembro de 1981 [Comptoir commercial d'importation (IV-30.211), JO 1982, L 27, p. 31], 27 de Outubro de 1982 [Fédération nationale de l'industrie de la chaussure de France (IV-AF 528), JO L 319, p. 12] e 25 de Setembro de 1986 [Peugeot (IV-31.143), JO L 295, p. 19]. A consulta do comité constitui uma garantia suplementar que, acrescentando ao respeito dos direitos da defesa, previsto no artigo 19.º, deve ser respeitada no quadro das medidas tomadas ao abrigo do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.

- 23 A Vichy acrescenta que a consulta do comité consultivo, no âmbito das decisões tomadas nos termos do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, corresponde à própria finalidade daquele artigo, que leva a considerar que qualquer situação relativa ao domínio das coimas tem, por natureza, sérias implicações, não podendo ser objecto de uma decisão sem que o comité consultivo tenha sido ouvido. A interpretação contrária ofende os direitos fundamentais da defesa ao ignorar a opinião dos peritos dos Estados-membros, aspecto importante para garantir a segurança jurídica dos operadores.
- 24 A Vichy defende ainda que o argumento da Comissão segundo o qual a falta de consulta do comité consultivo antes da adopção de uma medida ao abrigo do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 corresponde à prática da Comissão, não tem qualquer relevância caso não se prove que esta prática é conforme com os princípios gerais do direito comunitário. Além disso, a tese expendida pelo advogado-geral Roemer, nas conclusões que proferiu no referido acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 1967, a que a Comissão fez referência, é da exclusiva responsabilidade do seu autor e assenta num raciocínio que visa demonstrar que as comunicações feitas nos termos do n.º 6 do artigo 15.º não são decisões, solução que o Tribunal não acolheu.
- 25 Por outro lado, segundo a Vichy, atenta a data da primeira notificação, a referência que a Comissão podia fazer à urgência para se furtar à obrigação de consulta é, no caso em análise, desprovida de importância. Aquela empresa defende, a este propósito, que a organização da sua audição exigiu meios mais onerosos do que os que a consulta do comité consultivo teria implicado.
- 26 Finalmente, a Vichy salienta que a comparação que a Comissão faz entre as decisões provisórias proferidas sobre sanções pecuniárias compulsórias e as decisões provisórias previstas no n.º 6 do artigo 15.º não tem qualquer relevância uma vez que, contrariamente ao que sucede com as primeiras, as comunicações feitas com base no artigo 15.º, n.º 6, são, em si, definitivas. Apenas o exame que a Comissão efectuou teria carácter provisório. Consequentemente, quando se trate de uma decisão definitiva, o parecer do comité consultivo deve ser previamente obtido. O acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1989, Hoechst/Comissão, n.º 55 (46/87 e 227/88, Colect., p. 2859), invocado pela Comissão, vem confir-

mar esta análise, dado que especifica no n.º 54 que o parecer do comité consultivo e a audição das empresas são necessários nas mesmas situações.

- 27 A Comissão considera que este argumento deve ser afastado. Resulta claramente da estrutura do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 que o parecer do comité consultivo, previsto no n.º 3 do mesmo artigo, não é exigido em caso de aplicação do n.º 6. Acrescenta que a solução adoptada no caso vertente corresponde à sua prática [decisão da Comissão de 5 de Março de 1975, Sirdar-Phildar (IV-27.897), JO L 125, p. 27, decisão da Comissão de 25 de Julho de 1975, Bronbemaling/Heidemaatschappij (IV-28.967), JO L 249, p. 27; decisão da Comissão de 12 de Junho de 1978, SNPE-LEL (IV-29.453), JO L 191, p. 41]. Assim, a falta de consulta não resulta nem de uma omissão involuntária nem de uma atitude discriminatória relativamente à Vichy.
- 28 A Comissão acrescenta ainda que a solução por si adoptada corresponde igualmente à tese expendida pelo advogado-geral Roemer que, nas conclusões que apresentou no acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 1967, já referido, considerava que, «devido à natureza e à função especial da comunicação prevista no n.º 6 do artigo 15.º, não é necessário exigir a consulta prévia do comité consultivo, pois tal consulta acarretaria um atraso inaceitável do processo devido às formalidades e prazos aplicáveis... Aliás (esta tese) coincide com uma interpretação judiciosa do artigo 10.º do Regulamento n.º 17».
- 29 A Comissão esclarece que a falta de consulta do comité consultivo caracteriza igualmente as decisões tomadas nos termos do n.º 1 do artigo 16.º do Regulamento n.º 17. Trata-se, como a decisão impugnada, de decisões provisórias, uma vez que fixam o montante provisório das sanções pecuniárias compulsórias. Ora, esta interpretação foi expressamente aprovada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Hoechst/Comissão, já referido. As decisões em questão eram, em ambos os casos, decisões provisórias, que precediam uma decisão definitiva, única obrigatoriamente sujeita ao parecer do comité consultivo (acórdão Hoechst/Comissão, já referido, n.º 56). A Comissão considera abusivo equiparar uma decisão que retira o benefício de uma imunidade a uma decisão que aplica uma coima. De resto, o despacho do presidente do Tribunal de 7 de Junho de 1991, já referido, define bem, no n.º 17, os limites dos efeitos das decisões tomadas ao abrigo do n.º 6 do artigo 15.º

- 30 Quanto aos exemplos dados pela Vichy, não têm qualquer relevância: o despacho proferido no processo Camera Care/Comissão, já referido, que se pronuncia sobre a aplicação do artigo 19.º, não permite tirar qualquer conclusão útil quanto à obrigação de consulta do comité consultivo em caso de aplicação do n.º 6 do artigo 15.º Do mesmo modo, a obrigação de consulta do comité antes de serem aplicadas as sanções previstas no n.º 2 do artigo 15.º resulta do n.º 3 do mesmo artigo, que impõe a consulta nos casos previstos nos n.ºs 1 e 2.

— *Apreciação do Tribunal*

- 31 O n.º 3 do artigo 10.º do Regulamento n.º 17 determina que «será consultado um comité consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes antes de tomada qualquer decisão na sequência de um processo nos termos do n.º 1, e de qualquer decisão respeitante à renovação, modificação ou revogação de uma decisão tomada nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado». Os n.ºs 4, 5 e 6 do artigo 10.º referem-se à composição e às modalidades de funcionamento do comité consultivo.
- 32 Dado que a decisão em causa no presente processo não se refere à «renovação, modificação ou revogação» de uma declaração de inaplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º, do Tratado, feita nos termos do n.º 3 do artigo 85.º, deve, portanto, averiguar-se se uma decisão tomada pela Comissão ao abrigo do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 é tomada «na sequência de um processo nos termos do n.º 1» do artigo 10.º do referido regulamento. Este preceito determina que «a Comissão transmitirá imediatamente às autoridades competentes dos Estados-membros cópia dos pedidos e das notificações, bem como dos documentos mais importantes que lhe sejam dirigidos tendo em vista declarar verificadas infracções ao disposto no artigo 85.º ou no artigo 86.º do Tratado, ou obter um certificado negativo ou uma decisão de aplicação do n.º 3 do artigo 85.º».
- 33 A recorrente defende, essencialmente, que as decisões provisórias tomadas pela Comissão em aplicação do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 só podem ser posteriores à notificação de um acordo à Comissão e que, como têm por efeito que o requerente perca o benefício da imunidade que, em princípio, se prende com essa notificação, tais decisões valem como declaração de infracção na acepção do n.º 1 do artigo 10.º do Regulamento n.º 17.

34 Esta interpretação não resiste a uma leitura exegética do artigo 15.º do Regulamento n.º 17. Este preceito, dedicado às coimas, inclui seis números. O n.º 1 refere-se às coimas susceptíveis de serem aplicadas às empresas que tenham fornecido informações inexactas à Comissão ou que se tenham oposto a operações de fiscalização. O n.º 2 diz respeito às coimas por violação do artigo 85.º ou do artigo 86.º O n.º 4 esclarece que as coimas aplicadas ao abrigo do Regulamento n.º 17 não têm natureza penal. Finalmente, o n.º 5 preceitua que as empresas que tenham notificado um acordo à Comissão beneficiam de uma imunidade e que, em princípio, não lhes pode ser aplicada qualquer coima em razão desse acordo.

35 Por seu lado, o n.º 3 determina que «é aplicável o disposto nos n.ºs 3 a 6 do artigo 10.º». Este número é imediatamente posterior aos dois números atrás analisados, que enumeram as duas principais categorias de coimas previstas no Regulamento n.º 17. Assim, da própria estrutura do artigo 15.º, tal como acaba de ser exposta, resulta que, no âmbito da aplicação do artigo 15.º do Regulamento n.º 17, o parecer do comité consultivo só é exigido antes da adopção de uma decisão de aplicação de uma coima. Ora, as decisões provisórias, tomadas nos termos do n.º 6 deste artigo, não figuram entre as decisões enumeradas nos n.ºs 1 e 2 e não têm por objecto ou efeito a aplicação de uma coima à empresa destinatária.

36 O argumento aduzido pela Vichy e baseado na prática seguida pela Comissão em matéria de coimas pela prestação de informações inexactas ou em matéria de medidas provisórias é, em si, irrelevante, uma vez que essa prática não influencia a aplicação da norma jurídica, que resulta unicamente do Tratado e dos diplomas adoptados em sua aplicação. De qualquer modo, mesmo que se admita que é essa a prática da Comissão, a constatação de que esta teria procedido à consulta do comité consultivo em caso de aplicação de coimas por prestação de informações inexactas ou de adopção de medidas provisórias não permite tirar qualquer conclusão válida quanto à questão de saber se essa formalidade é exigida antes da adopção de uma decisão provisória nos termos do n.º 6 do artigo 15.º

37 Além disso, o Tribunal salienta que a obrigação de obter o parecer do comité consultivo, antes da aplicação de coimas por informações inexactas, resulta, como

acaba de ser afirmado (ver n.ºs 34 a 35, *supra*), da própria colocação do n.º 3, aplicável às coimas previstas nos n.ºs 1 e 2, no artigo 15.º do Regulamento n.º 17. Por outro lado, como o Tribunal decidiu no seu despacho de 17 de Janeiro de 1980, já referido, as medidas provisórias decididas pela Comissão em caso de violação das regras da concorrência têm como fundamento o n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, que, tal como o n.º 1 do artigo 10.º do Regulamento n.º 17, diz respeito às declarações de verificação de infracções. Assim, embora a prática da Comissão consista em obter o parecer do comité consultivo antes da aplicação de uma coima pela prestação de informações inexactas ou antes da adopção de uma medida provisória, daí deve unicamente deduzir-se que essa prática está em conformidade com o disposto, por um lado, nos n.º 1 e 3 do artigo 15.º e no artigo 3.º do Regulamento n.º 17, por outro. A recorrente não pode, pois, invocar o respeito destas disposições para defender que a consulta do comité consultivo deveria, por analogia, preceder igualmente uma decisão tomada com base no n.º 6 do artigo 15.º

- 38 O Tribunal considera que o argumento da recorrente assente na finalidade desta consulta também não é pertinente. É certo que as comunicações enviadas pela Comissão nos termos do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17 produzem efeitos jurídicos relativamente aos seus destinatários. Foi por esta razão, como acima se recordou, que o Tribunal admitiu, no acórdão de 15 de Março de 1967, já referido, que os destinatários de tais comunicações podem interpor recurso das mesmas, nas condições previstas no artigo 173.º do Tratado. No entanto, apesar de as comunicações da Comissão efectuadas nos termos do n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 deverem ser adoptadas com respeito pelos direitos fundamentais da empresa interessada e, em especial, com respeito pelos direitos da defesa previstos no n.º 1 do artigo 19.º do referido regulamento, daí não resulta que a Comissão seja obrigada, antes de ter efectuado tal comunicação, a obter o parecer do comité consultivo, cuja finalidade, como esclarecem o próprio título e o conteúdo do artigo 10.º do Regulamento n.º 17, consiste em garantir uma «cooperação com as autoridades dos Estados-membros» no tratamento das questões de concorrência. Consequentemente, a recorrente não pode alegar que foi privada de um direito fundamental só porque não se obteve o parecer dos peritos nacionais.

- 39 Com efeito, da conjugação do disposto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 10.º do Regulamento n.º 17 resulta que esse parecer só é exigido antes da adopção da decisão final da Comissão em que esta declare a existência de uma violação do artigo 85.º

do Tratado ou, ao invés, quando, em conformidade com o pedido que lhe foi apresentado, emita um certificado negativo ou ainda, quando, com base no n.º 3 do artigo 85.º do Tratado, declare o n.º 1 do mesmo preceito inaplicável ao contrato que lhe foi notificado. É, pois, na fase final da instrução do pedido que lhe é apresentado pelo requerente que a Comissão, em todos os casos e independentemente da resposta que entenda dever dar a esse pedido, é obrigada a obter o parecer do comité consultivo. Como o Tribunal de Justiça declarou, «a consulta do comité consultivo representa a última fase do processo antes da adopção da decisão e... o parecer é emitido com base num anteprojecto desta última» (acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Junho de 1983, *Musique Diffusion française/Comissão*, n.º 35, 100/80 a 103/80, *Recueil*, p. 1825).

- 40 Finalmente, no que respeita ao argumento da Vichy segundo o qual a audição da empresa interessada deve ser sempre seguida da consulta do comité consultivo, deve recordar-se que, de acordo com o artigo 1.º do Regulamento n.º 99/63, já referido, «Antes de consultar o comité consultivo... a Comissão procederá a uma audição (da empresa interessada) nos termos do n.º 1 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17.» O alcance deste preceito encontra-se definido nos considerandos do regulamento, segundo os quais «o comité consultivo deve... ser consultado sobre o assunto logo que a instrução do referido processo termine». O disposto neste artigo significa que, quando é exigida, a consulta do comité consultivo, que deve ser colocado em situação de emitir um parecer ponderado, só pode ser posterior à audição da empresa, efectuada nas condições previstas no n.º 1 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17. Porém, a recorrente não pode daí concluir que a audição da empresa em causa deve ser necessariamente seguida da consulta do comité. O acórdão *Hoechst/Comissão*, já referido, em que o Tribunal de Justiça decidiu que «nos termos do artigo 1.º do Regulamento n.º 99/63... antes de consultar o comité consultivo... a Comissão procederá a uma audição nos termos do n.º 1 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17. Esta disposição confirma ser necessária, nas mesmas situações, a audição das empresas interessadas e a consulta ao comité» deve, no entender do Tribunal, ser interpretado, como acaba de ser afirmado, no sentido de que o parecer do comité consultivo só pode ser obtido se a empresa interessada tiver sido previamente convidada a apresentar as suas observações, nas condições previstas no n.º 1 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17. Inversamente, nenhum princípio geral do direito comunitário, tal como nenhuma disposição do Regulamento n.º 17 ou do Regulamento n.º 99/63 impõem que a audição da empresa, quando exigida, deva ser necessariamente seguida de uma consulta do comité consultivo. É o que se verifica especialmente antes de a Comissão efectuar a comunicação prevista no n.º 6 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.

- 41 Do exposto resulta que o segundo fundamento, baseado em violação de formalidades essenciais, deve ser rejeitado.

Quanto ao argumento segundo o qual o sistema de distribuição exclusiva notificado pela Vichy não viola o n.º 1 do artigo 85.º

— *Argumentos das partes*

- 42 A Vichy defende que a Comissão não provou a existência de uma infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, uma vez que os elementos acolhidos para qualificar a infracção não são probatórios, pois não foram considerados determinados elementos pertinentes e, finalmente, porque o critério adoptado pela Vichy para constituir a sua rede de distribuição está em conformidade com o Tratado.
- 43 No que respeita, em primeiro lugar, à natureza não probatória dos elementos considerados pela Comissão para qualificar a infracção, a Vichy sustenta que a Comissão não provou que a concorrência e o comércio entre os Estados-membros tenham sido sensivelmente afectados, pois nenhum dos elementos por ela considerados para concluir que a concorrência no mercado comum foi prejudicada é relevante. Em seu entender, esses elementos são três e dizem respeito ao efeito cumulativo dos sistemas de distribuição observado no mercado em causa, à parte de mercado da dermofarmácia no mercado dos cosméticos e ao carácter sensível da afectação da concorrência no referido mercado.
- 44 Segundo a Vichy, o argumento a que a Comissão atendeu, baseado no efeito cumulativo dos sistemas de distribuição, não é pertinente, na ausência de uma definição clara do mercado de referência. O mercado em causa foi definido de modo formal, sem que se tenha procedido a qualquer outro exame que fosse além de uma análise sumária das condições reais do seu funcionamento, contrariamente, designadamente, aos princípios definidos pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão, designado por «Metro I» (26/76, Recueil, p. 1875). A Vichy sustenta que a transposição dos princípios enunciados neste acórdão não é pertinente quando o mercado se caracterize por vários circuitos de distribuição concorrentes entre si. É certo que da jurisprudência do Tribu-

nal, e nomeadamente dos acórdãos de 30 de Junho de 1966, Société technique minière (56/65, Recueil, p. 337), de 12 de Dezembro de 1967, Brasserie de Haecht (23/67, Recueil, p. 525) e de 11 de Dezembro de 1980, L'Oréal (31/80, Recueil, p. 3775), resulta que a apreciação dos efeitos de um sistema de distribuição na concorrência deve ter em conta o efeito cumulativo que eventualmente resulte dos outros sistemas de distribuição. Porém, como o Tribunal de Justiça recentemente recordou a propósito dos contratos ditos «de fornecimento de cerveja (*contrats de bière*)» (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis, C-234/89, Colect., p. I-935), esse só pode ser um elemento de apreciação, entre outros. Ora, segundo a Vichy, a Comissão não podia ter considerado outros elementos, na falta de um exame dos efeitos dos acordos em litígio no contexto real em que são aplicados. Contrariamente ao que a Comissão apurou no processo Yves Rocher [decisão da Comissão de 17 de Dezembro de 1986, Yves Rocher (IV-31.428 a IV-31.432), JO 1987, L 8, p. 49], não foi sustentado que os acordos de distribuição celebrados pela Vichy impediam os farmacêuticos de distribuir outras marcas. Na realidade, o sistema de distribuição criado pela Vichy está em rigorosa conformidade com as exigências enunciadas no acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, já referido. Além disso, a Vichy, que contesta alguns dos números considerados pela Comissão, especialmente no que respeita aos mercados alemão e britânico, sustenta que, uma vez que a Comissão adoptou uma definição ampla do mercado, se compreende mal a razão que a levou em seguida a interessar-se apenas pelas restrições da concorrência observadas no circuito farmacêutico.

45 No entender da recorrente, foi igualmente sem razão que a Comissão, para justificar a violação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, incluiu a parte de mercado da dermofarmácia no conjunto da distribuição dos cosméticos. A afirmação da Comissão segundo a qual a parte de mercado a ter em conta varia entre 5 % e 40 % não é séria. A Vichy propôs, no processo administrativo, o número aproximado de 10 %, considerado pela Comissão na já referida decisão Yves Rocher. Além disso, a Vichy esclarece que a Comissão ignorou o facto de que a parte de mercado dos produtos distribuídos por farmácias se encontra em diminuição, evolução que se inscreve na história da distribuição dos produtos por farmácias.

46 Finalmente, a Vichy alega que a Comissão não apresentou elementos comprovativos de que o sistema de distribuição notificado afecta de modo sensível o comércio entre Estados-membros e a concorrência no interior do mercado comum.

- 47 Em seu entender, por estas três razões, a Comissão não provou, pelos fundamentos invocados na sua decisão, qualquer violação do disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado.
- 48 No que respeita, em segundo lugar, ao facto de a Comissão não ter tido em conta determinados elementos relevantes para a apreciação do processo, a Vichy defende que a Comissão não teve em conta a concorrência entre as marcas, existente no mercado dos cosméticos. A Vichy salienta que, com efeito, a Comissão deveria ter tido em conta a presença no mercado de vários circuitos de distribuição concorrentes entre si. Os produtos cosméticos vendidos em farmácias não constituem um mercado em si, e os estudos realizados e apresentados pela sociedade no processo administrativo revelam que os produtos vendidos nas grandes superfícies substituem facilmente os produtos vendidos em farmácias que dispõem de laboratório, uma vez que o consumidor facilmente passa de um circuito de distribuição para outro. O circuito farmacêutico não constitui também um segmento isolado do mercado dos produtos cosméticos e o mercado não é compartimentado pela política de marcas dos produtores. Desta análise resulta que a Comissão não teve em conta a concorrência entre as marcas, contrariamente aos princípios enunciados, segundo a Vichy, pelo Tribunal de Justiça no acórdão Metro I. Na realidade, e contrariamente à apreciação erradamente feita pela Comissão, o sistema de distribuição instituído pela Vichy constitui uma «nova proposta no seio da concorrência», na medida em que, por um lado, permite um aumento da oferta e, por outro, oferece aos consumidores possibilidades suplementares de escolha.
- 49 No que respeita, em terceiro lugar, à validade do critério de autorização adoptado pela Vichy, a recorrente defende que o critério do farmacêutico com laboratório próprio, por si imposto para a distribuição dos seus produtos, respeita o disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado. Em conformidade com os princípios enunciados pelo Tribunal, trata-se, efectivamente, de um critério qualitativo: o licenciado em farmácia não pode substituir ou ser equiparado ao farmacêutico com laboratório próprio, que se distingue pela experiência profissional, pelo dever de deontologia, pela personificação das relações com a clientela e pelo fornecimento de informações a que a sociedade atribui a maior importância para o constante aperfeiçoamento dos seus produtos. De resto, o farmacêutico com laboratório não pode ser dissociado do local onde exerce, o qual, enquanto «espaço de saúde», constitui um ponto de venda privilegiado que contrasta com a «banalização» que caracteriza a distribuição nas grandes superfícies.

50 Assim, é sem razão que a Comissão, para atribuir a esse critério qualitativo um carácter pretensamente quantitativo, invoca o *numerus clausus* de que, em seis dos dez dos Estados-membros em causa, o acesso à profissão depende. A este propósito, a Comissão não pode invocar utilmente o acórdão do Tribunal de 3 de Julho de 1985, Binon (243/83, Recueil, p. 2015), ele próprio inscrito numa corrente jurisprudencial que proíbe qualquer critério quantitativo (acórdão Metro I, já referido; acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 1980, Lancôme, 99/79, Recueil, p. 2511; acórdão L'Oréal, já referido; acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 1986, Metro/Comissão, 75/84, Colect., p. 3021). Diversamente da situação de facto verificada no acórdão Binon, em que a limitação do número de locais de venda resultava de uma decisão da própria empresa, a limitação do número de locais de venda resultante do *numerus clausus* não seria imputável à Vichy, resultando de regulamentações nacionais anteriores à escolha do circuito de distribuição.

51 Finalmente, o critério qualitativo e não quantitativo do farmacêutico com laboratório próprio é, no entender da recorrente, um critério necessário que não é desproporcionado relativamente aos objectivos que o produtor se propõe alcançar. Assim, tal critério respeita os princípios enunciados, quer pelos acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 1981, Salonia (126/80, Recueil, p. 1563) e Binon, já referido, quer pela decisão da Comissão de 16 de Dezembro de 1985, proferida a propósito da difusão dos produtos Villeroy et Boch [decisão da Comissão de 16 de Dezembro de 1985, Villeroy et Boch (IV-30.665), JO L 376, p. 15]. A exigência da qualificação profissional de farmacêutico com laboratório próprio está intimamente ligada à imagem de marca do produto Vichy. Enquanto critério de autorização de distribuição, o critério do farmacêutico com laboratório próprio pressupõe apenas que seja deixada ao produtor a possibilidade de estabelecer um «elemento incorpóreo» para definir as condições de comercialização do seu produto, mas esta possibilidade foi admitida pela Comissão na sua comunicação relativa ao processo Yves Saint-Laurent (IV/33.242, JO 1990, C 320, p. 11).

52 Por sua vez, a Comissão sustenta que, depois de ter analisado a política de preços e os sistemas de distribuição dos produtos Vichy, procedeu a uma descrição suficiente do mercado dos cosméticos. A decisão mencionava, em especial, a parte das vendas de cosméticos realizada nas farmácias e a parte de mercado detida pela Vichy nesse tipo de vendas. Assim, a Comissão adoptou uma definição ampla do mercado, da qual a Vichy não pode ter razões de queixa. Uma definição mais restrita do mercado é completamente desnecessária, uma vez que, de qualquer modo, a concorrência foi afectada de forma suficientemente sensível, quer se tome

como mercado relevante apenas o mercado dos produtos cosméticos vendidos nas farmácias quer o mercado dos produtos cosméticos em geral. Efectivamente, dado que a importância da restrição da concorrência é evidente no mercado mais restrito liderado pela Vichy, basta, para efeitos da decisão impugnada, declarar a existência de uma restrição da concorrência relativamente ao mercado global. No n.º 19 da decisão impugnada, a Comissão deixou suficientemente indicado que teve em conta, por um lado, o efeito cumulativo dos sistemas paralelos de distribuição exclusiva em farmácias que dispõem de laboratório, relativamente a todas as marcas de cosméticos vendidas nas farmácias e, por outro, o facto de a parte de mercado da dermofarmácia se situar entre 5 % e 40 %. A Comissão afirma que a sociedade não apresentou nenhum elemento susceptível de provar que a concorrência entre as marcas era suficientemente forte para compensar a inexistência de concorrência no interior da marca.

- 53 A Comissão considera igualmente que procedeu à qualificação jurídica dos factos em conformidade com os princípios enunciados pela jurisprudência do Tribunal, ao declarar sucessivamente a existência de acordos entre empresas, as restrições da concorrência resultantes dos acordos e, finalmente, a afectação sensível do comércio entre Estados-membros. A Comissão sustenta que, desta forma, seguiu o raciocínio em que o Tribunal de Justiça se baseou para analisar os sistemas de distribuição selectiva, com base no acórdão Metro I, já referido.
- 54 No entender da Comissão, o critério adoptado pela Vichy, isto é, o critério do «licenciado em farmácia que exerce a sua profissão em laboratório próprio», apresenta, efectivamente, um carácter quantitativo e não qualitativo. A Comissão não põe em causa, no quadro da decisão impugnada, a possibilidade de a Vichy reservar a difusão dos seus produtos aos licenciados em farmácia: para ela, o que está em causa é apenas a distinção entre o licenciado em farmácia e o licenciado em farmácia com laboratório próprio. Ora, da perspectiva da sua qualificação, nada distingue o licenciado em farmácia do licenciado em farmácia que exerça a sua profissão em laboratório próprio. A questão está, portanto, em saber se o laboratório corresponde necessariamente a critérios de qualidade que nenhum outro local de venda pode ter. A afirmação da Vichy segundo a qual o laboratório é o local que mais favorece a seriedade e a qualidade da prestação de conselhos é uma petição de princípio não provada. Em contrapartida, uma posição que se traduz na adopção de critérios objectivos de natureza qualitativa equivaleria a uma definição

desses critérios, verificando em seguida se cada distribuidor potencial corresponde aos mesmos. Tal atitude levaria a eliminar determinados laboratórios que não correspondem aos critérios adoptados e a admitir distribuidores que, fora do circuito dos laboratórios, lhes dão satisfação. Quanto ao carácter quantitativo do critério adoptado, que resultaria da existência de um *numerus clausus*, pouco importa saber se ele se deve à Vichy ou se resulta de uma regulamentação. O que importa é que, ao escolher esta forma de distribuição, a Vichy optou deliberadamente por uma rede constituída por um número limitado de locais de venda. O facto de existir um grande número de laboratórios em nada retira a natureza quantitativa do critério, como o Tribunal declarou no acórdão Binon/Comissão, já referido. A limitação quantitativa do número dos locais de venda resulta do modo de distribuição escolhido. Assim, um fabricante que decidisse distribuir os seus produtos apenas nos aeroportos não poderia afirmar que não controla o número dos locais de venda, por serem as autoridades que limitaram o número de aeroportos. No entender da Comissão, nem ela nem o Tribunal de Justiça consagraram, a favor do fabricante, o princípio da livre escolha do seu distribuidor qualificado, tendo-se cingido à necessidade de o fabricante escolher os seus distribuidores em função de critérios objectivos de natureza qualitativa.

55 A Comissão acrescenta que resulta do n.º 19 da decisão impugnada que a exigência de venda exclusiva dos produtos Vichy em farmácias provoca uma restrição sensível da concorrência, considerando, nomeadamente, as partes de mercado da Vichy e o efeito cumulativo dos sistemas de distribuição selectiva, característicos do mercado em causa. Sobre este aspecto, o Tribunal de Justiça esclareceu que, para determinar se um acordo de distribuição selectiva se deve considerar proibido devido às alterações da concorrência que dele são objecto ou efeito, há que tomar em consideração, nomeadamente, a natureza e a quantidade, limitada ou não, dos produtos objecto do acordo, a posição e a importância das partes no mercado em causa, o carácter isolado do acordo controvertido ou, inversamente, a sua situação dentro de um grupo de acordos (ver acórdão L'Oréal, já referido). O Tribunal decidiu ainda que, para determinar se um acordo é susceptível de afectar de modo sensível o comércio entre Estados-membros, deve demonstrar-se que esse acordo permite prever, com um grau de probabilidade suficiente, que é susceptível de influenciar, directa ou indirecta, actual ou potencialmente, os fluxos de trocas entre Estados-membros (*ibidem*, n.º 18). A Comissão acrescenta ainda que, contrariamente ao método acolhido no processo Delimitis, já referido, que a recorrente invocou sem razão e em que o Tribunal de Justiça distinguiu entre, por um lado, a distribuição da cerveja vendida nos hotéis, cafés e restaurantes e, por outro, a cerveja vendida nos estabelecimentos comerciais de venda a retalho de produtos alimentares, ela adoptou uma definição ampla do mercado que tinha em conta os diferentes circuitos de distribuição.

- 56 Finalmente, a Comissão salienta que, face aos elementos quantitativos de que dispõe, provou, no n.º 19 da decisão impugnada, que a abertura da rede de distribuição da Vichy a locais de venda que não as farmácias com laboratório levaria a um aumento do número dos locais de venda e a uma utilização pelos outros revendedores, que não os farmacêuticos, das diferenças de preços de venda entre os Estados-membros para efectuarem «importações paralelas». A Comissão salientou igualmente que a natureza considerável da restrição da concorrência resulta do efeito cumulativo produzido pela existência de sistemas paralelos de distribuição exclusiva em farmácias.

— *Apreciação do Tribunal*

- 57 O Tribunal recorda, em primeiro lugar que, no acórdão de 15 de Março de 1967, já referido, o Tribunal de Justiça declarou que «para excluir um acordo do benefício da isenção de coima prevista no artigo 15.º, n.º 5, do Regulamento n.º 17, a Comissão deve previamente, por força do artigo 15.º, n.º 6, considerar que estão preenchidas as condições de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado».
- 58 O Tribunal sublinha, em segundo lugar, que o Tribunal de Justiça declarou igualmente, por um lado, que «a estrutura do mercado não se opõe à existência de canais de distribuição diferenciados adaptados às características próprias dos diferentes produtores e às necessidades das diferentes categorias de consumidores» (acórdão Metro I, já referido) e, por outro lado, que «para avaliar... se um acordo (de distribuição) se deve considerar proibido em razão das alterações do jogo da concorrência que constituem seu objecto ou efeito, deve analisar-se o jogo da concorrência no quadro real em que se produziria se o acordo controvertido não tivesse existido. Para este fim, deve ter-se em conta, nomeadamente, a natureza e a quantidade limitada ou não dos produtos que são objecto do acordo, a posição e a importância das partes no mercado dos produtos em causa, a natureza isolada do acordo controvertido ou, inversamente, a sua situação no interior de um conjunto de acordos» (acórdão L'Oréal, já referido, n.º 19).
- 59 O Tribunal observa, em terceiro lugar, que o Tribunal de Justiça declarou, por outro lado, que «quando o acesso a um circuito de distribuição está sujeito a condições que ultrapassem uma simples selecção objectiva de natureza qualitativa, es-

pecialmente quando assenta em critérios quantitativos, o sistema de distribuição cai, em princípio, sob a alçada da proibição contida no n.º 1 do artigo 85.º ... desde que o acordo preencha várias condições dependentes menos da sua natureza jurídica do que das suas relações, por um lado, com o comércio entre Estados-membros e, por outro, com o jogo da concorrência» (acórdão L'Oréal, já referido, n.º 17). Sobre este aspecto, deve recordar-se igualmente que, embora a restrição da concorrência no interior do mercado comum resultante, eventualmente, de tal sistema de distribuição deva ser suficientemente sensível (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 1969, Volk, 5/69, Recueil, p. 295), é absolutamente desnecessário que essa restrição seja efectiva. A restrição da concorrência no mercado comum pode ser meramente potencial (acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1966, já referido; de 11 de Julho de 1985, Remi/Comissão, 42/84, Recueil, p. 2545, e de 17 de Novembro de 1987, BAT/Comissão, 142/84 e 156/84, Colect., p. 4487).

- 60 É à luz destes princípios que deve analisar-se o presente fundamento, segundo o qual a Comissão não provou suficientemente que o acordo notificado entra no âmbito de aplicação da proibição contida no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado. Para esse fim, o Tribunal considera que deve analisar-se sucessivamente a definição do mercado de referência, a licitude do critério de aprovação dos distribuidores e o efeito do contrato-tipo notificado na concorrência no mercado comum.

Quanto à definição do mercado de referência

- 61 Tal como resulta, tanto dos fundamentos da decisão impugnada, como da resposta da Comissão, o mercado de referência para efeitos de apreciação da violação da concorrência no mercado comum resultante, eventualmente, do contrato-tipo notificado pela recorrente é, no entender da Comissão, o mercado dos produtos cosméticos. Para a recorrida, o mercado relevante compreende, do ponto de vista da análise por produtos distribuídos, os produtos de beleza e de higiene, os produtos capilares e a perfumaria alcoólica. A gama dos produtos distribuídos pela Vichy é uma gama completa de produtos para tratamento do rosto e do corpo, com excepção dos perfumes alcoolizados. Do ponto de vista da análise dos circuitos de distribuição, trata-se, segundo a Comissão, de um mercado que tem em conta o conjunto dos circuitos de distribuição existentes para este tipo de produtos. Esses circuitos são quatro, segundo a decisão impugnada. Trata-se do circuito da grande distribuição, composto por supermercados, drogarias e grandes superfícies, do circuito da distribuição selectiva nas perfumarias e nos grandes armazéns de luxo, do circuito da distribuição nas farmácias que dispõem de laboratório — único circuito

em que a recorrente se encontra presente — e da venda directa, especialmente a venda por correspondência. Finalmente, no plano geográfico, é pacífico que o mercado relevante abrange a totalidade do mercado comum, recordando-se, no entanto, que os produtos Vichy não são distribuídos na Dinamarca. O Tribunal verifica que esta definição do mercado é rigorosamente idêntica à que figura na notificação efectuada pela Vichy.

- 62 Os produtos cosméticos são vendidos sob múltiplas marcas. Em geral, cada marca é reservada a um circuito de distribuição determinado. As marcas vendidas em farmácias, como é o caso da marca da recorrente, não se encontram disponíveis no circuito da distribuição de luxo ou da grande distribuição. Alguns produtores oferecem uma grande variedade de produtos. É o caso do grupo L'Oréal, que selecciona os circuitos consoante o prestígio das marcas. A Vichy admite que, geralmente, os produtos novos e inovadores são inicialmente distribuídos nas farmácias para, em seguida, uma vez criados os hábitos de consumo, serem difundidos em maior escala, com outras marcas, na grande distribuição e na perfumaria de luxo. De acordo com o estudo realizado para a Comissão por André-Paul Weber, atrás citado, a segmentação por circuitos de distribuição corresponde a uma preocupação de adaptar os preços dos produtos substituíveis em função das redes através das quais são comercializados.
- 63 Segundo as informações comunicadas à Comissão pela própria recorrente, o volume total de negócios realizado no mercado considerado elevava-se, em 1987, a 7,3 mil milhões de DM na Alemanha, a 30,3 mil milhões de FF em França, a 4 mil milhões de LIT em Itália e a 1,1 mil milhões de UKL no Reino Unido. Em cada um destes Estados-membros, a parte do volume de negócios correspondente a produtos cosméticos distribuídos nas farmácias com laboratório eleva-se, respectivamente, segundo as mesmas fontes, a 4,8 %, 9 %, 16,5 % e 44 %. Em cada um destes Estados-membros, o volume de negócios realizado pela Vichy representa, respectivamente, 1,5 %, 2,2 %, 3,5 % e 1 % do mercado dos produtos cosméticos e 32 %, 25 %, 21,4 % e 2,2 % dos produtos cosméticos distribuídos em farmácias. Ainda segundo a Vichy, a parte de mercado do grupo L'Oréal, considerada agora para toda a Europa Ocidental, era de 14 % em 1986, percentagem que varia entre 25 % para os produtos capilares e 7 % para os produtos de higiene. No mesmo ano, o concorrente mais directo do grupo L'Oréal era o grupo Lever, que representava 6 % do mercado. O grupo L'Oréal, do qual a Vichy é filial a 100 %, ocupa uma posição de liderança em França e em Itália, sendo o quarto operador na Alemanha e no Reino Unido. Realizou, em 1987, um volume de negócios de

3,4 mil milhões de ecus, dos quais 116,5 milhões foram realizados pela recorrente. Ainda segundo esta última, o mercado caracteriza-se, do ponto de vista da sua evolução, por um aumento da grande distribuição, que se efectua em detrimento da distribuição nas farmácias que dispõem de laboratório. A parte de mercado da distribuição farmacêutica, embora estável para vários produtos, é decrescente para outros. Trata-se, sobretudo, dos produtos para criança, dos produtos de desmaquiagem e dos champôs. Porém, a decisão impugnada salienta que, no mercado alemão, a parte de mercado do circuito farmacêutico está a registar maior desenvolvimento do que o mercado total.

- 64 É, pois, no mercado assim definido, e cuja estrutura foi determinada de comum acordo entre as partes, que deve apreciar-se se a Comissão provou suficientemente a existência de uma situação que afecta sensivelmente a concorrência e susceptível, enquanto tal, de ser abrangida pelo âmbito de aplicação da proibição fixada no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado. A este propósito, nesta fase provisória da análise do acordo-tipo notificado pela recorrente, só está em causa, segundo a decisão impugnada, o critério de autorização da sua rede, tal como foi estabelecido pelo fabricante para todos os Estados-membros da Comunidade onde os seus produtos são distribuídos, com excepção da França. Segundo a decisão impugnada, este critério, o da farmácia que dispõe de laboratório, deve, por um lado, ser analisado como um critério quantitativo contrário à jurisprudência do Tribunal (acórdão L'Oréal, já referido) e, por outro, de qualquer modo, não é necessário para uma distribuição adequada dos produtos. Consequentemente, para o Tribunal, devem analisar-se, em primeiro lugar, a licitude do critério de autorização adoptado pela Vichy e, posteriormente, se for caso disso, os efeitos que tal critério pode produzir na concorrência e no comércio intracomunitários.

Quanto à legalidade do critério de autorização

- 65 Tal como o Tribunal de Justiça declarou no seu acórdão de 25 de Outubro de 1983, AEG/Comissão, n.º 33 (107/82, Recueil, p. 3151), os acordos que criam um sistema de distribuição selectiva ou exclusiva influenciam, em princípio, a concorrência. No entanto, determinados produtos possuem propriedades tais que não podem ser utilmente oferecidos ao público sem a intervenção de distribuidores especializados. Assim, um sistema de distribuição selectiva ou exclusiva pode constituir um elemento de concorrência conforme com o n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, se se provar que as propriedades dos produtos em causa necessitam, para se preservar a sua qualidade e garantir a correcta utilização, da criação de tal sistema

(acórdão L'Oréal, já referido, n.º 16), e desde que a escolha dos revendedores se faça em função de critérios objectivos de natureza qualitativa, relativos à qualificação profissional do revendedor e do seu pessoal, bem como às suas instalações, e que esses critérios sejam fixados de modo uniforme para todos os revendedores potenciais e aplicados de modo não discriminatório (acórdão Metro I, já referido, n.º 20). Finalmente, no acórdão Binon de 3 de Julho de 1985, já referido, o Tribunal declarou que «um sistema de distribuição selectiva de produtos de imprensa que afecta o comércio entre Estados-membros é contrário ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, se a escolha dos revendedores se reger por critérios de ordem qualitativa».

66 O Tribunal salienta, por um lado, que, com excepção da França e da Dinamarca, a autorização para fazer parte da rede de distribuição da Vichy depende, nos restantes Estados-membros, da qualidade de farmacêutico com laboratório próprio e, por outro, que resulta dos autos que, em seis dos restantes Estados-membros, o acesso à profissão de farmacêutico com laboratório próprio é caracterizado por um regime de *numerus clausus*.

67 O Tribunal considera que, tal como a Comissão sustenta, importa pouco que a limitação do número de locais de venda resulte directamente ou não da organização da rede de distribuição criada pelo fabricante. É certo que é da própria essência de qualquer sistema de distribuição exclusiva ou selectiva afectar, em princípio, o livre jogo da concorrência (acórdão do Tribunal de Justiça AEG/Comissão, já referido). No entanto, deve considerar-se que um critério de autorização para entrar numa rede de distribuição exclusiva ou selectiva reveste natureza quantitativa, na acepção do já referido acórdão Binon, quando tenha por objecto ou por efeito provocar, fora do jogo normal da oferta e da procura, uma limitação quantitativa do número dos locais de venda. Com efeito, quando a limitação do número de locais de venda não resulte do jogo normal do mercado, o critério de autorização para entrar na rede de distribuição estabelecido pelo fabricante deve ser considerado como tendo carácter quantitativo. Assim, sobre este aspecto, pouco importa que a limitação do número de pontos de distribuição resulte de uma situação regulamentar anterior ou unicamente da vontade do fabricante quando, pelo menos, esta última não seja alheia à limitação verificada do número de locais de venda.

68 No caso em análise, basta notar que, por efeito de regulamentações nacionais que o fabricante não podia ignorar e que, aliás, pretende utilizar plenamente, o critério

de autorização dos distribuidores adquire necessariamente um carácter quantitativo. É certo que, tratando-se das farmácias que dispõem de laboratório, o número de potenciais locais de venda é relativamente elevado, embora esta constatação em nada altere o carácter quantitativo do critério de autorização fixado pela Vichy. Como a Comissão sublinhou, com razão, na tréplica, um produtor que optasse por distribuir os seus produtos apenas em aeroportos não poderia alegar que a limitação do número de locais de venda não é da sua responsabilidade.

69 Por outro lado, e mesmo que se admita que o critério de autorização estabelecido pela Vichy se possa considerar um critério qualitativo — o que, no entender do Tribunal, não é o caso, como acaba de ser dito —, deve salientar-se que, de qualquer modo, a exigência da qualidade de farmacêutico com laboratório próprio, a que está sujeito o acesso à rede de distribuição dos produtos Vichy, não é de modo algum necessária para uma distribuição adequada destes produtos. Com efeito, uma vez que a Vichy, por um lado, admite que tais produtos não podem ser equiparados a medicamentos e, por outro, afirma que são substituíveis por produtos equivalentes distribuídos por um ou mais dos restantes três canais de distribuição existentes no mercado dos cosméticos e anteriormente citados, tal critério não é de modo algum necessário para uma distribuição adequada dos produtos em causa, adquirindo, por essa razão, um carácter desproporcionado. Embora a presença, no local de venda, de um profissional especializado constitua uma exigência legítima, na medida em que são necessários determinados conhecimentos para ajudar o consumidor a procurar o produto mais adaptado ao seu gosto e às suas necessidades e a fim de o informar o melhor possível sobre as condições da sua utilização ou da sua conservação, esta função de aconselhar seria, como defende a Comissão, garantida em condições que oferecem todas as garantias ao consumidor através da presença, no local de venda, de um licenciado em farmácia. Assim, fica assente que, como defende a Comissão, as propriedades dos produtos em causa não necessitam de modo algum, para efeitos de protecção do consumidor, de um critério de autorização tão desproporcionado como o do farmacêutico que dispõe de laboratório.

70 A este propósito, deve salientar-se, a exemplo da Comissão, que existe uma diferença essencial entre os produtos cosméticos e os medicamentos. Com efeito, diversamente do que se verifica com a comercialização dos medicamentos, a distribuição dos produtos cosméticos não exige precauções suplementares relativamente às previstas nas legislações nacionais e comunitária em matéria de controlo da inocuidade dos produtos cosméticos e, em especial, das resultantes da Directiva

76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos produtos cosméticos (JO L 262, p. 169; EE 15 F1 p. 206), na sua actual redacção. Esta regulamentação garante que os produtos cosméticos comercializados não apresentam qualquer perigo para a saúde dos consumidores e que a sua comercialização não exige precauções suplementares, como as que existem para os medicamentos.

- 71 Finalmente, como a Comissão sublinhou com razão, no n.º 18 da decisão impugnada, a licenciatura em farmácia certifica que o licenciado possui todos os conhecimentos profissionais necessários em farmacologia, biologia, toxicologia e dermatologia para gerir uma farmácia que dispõe de laboratório. A recorrente, ao não se contentar com esta qualificação profissional para efeitos de prestação de conselhos aos seus clientes, acrescenta, assim, ao critério qualitativo do diplomado em farmácia uma exigência suplementar susceptível de, sem justificação objectiva, restringir o número de locais de venda e de lhe alterar a natureza. Consequentemente, a preocupação da Vichy em oferecer aos seus clientes um aconselhamento idêntico ao previsto para a utilização dos medicamentos não pode considerar-se uma necessidade decorrente das propriedades dos produtos em causa, e sim uma estratégia de comercialização destinada a criar e a manter uma imagem de marca que tira partido da reputação da farmácia. De resto, a recorrente não contestou a afirmação da Comissão segundo a qual os produtos de topo de gama do grupo L'Oréal, que incluem gamas ainda mais completas e elaboradas do que a gama da Vichy, são distribuídos em perfumarias de luxo, não por vendedores que possuem títulos científicos, mas por vendedores que possuem a qualificação profissional de esteticistas.
- 72 Do exposto resulta que foi com razão que, no quadro do exame provisório a que procedeu, a Comissão considerou que o critério de autorização adoptado pela Vichy é de natureza quantitativa e apresenta um carácter desproporcionado.
- 73 Consequentemente, e em conformidade com o que o Tribunal declarou no acórdão L'Oréal, tal critério de autorização cai, em princípio, sob a alçada do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, quando o contrato-tipo «preencha várias condições dependentes menos da sua natureza jurídica do que das suas relações, por um lado, com o comércio entre Estados-membros e, por outro, com o jogo da concorrência».

Quanto ao efeito na concorrência e no comércio intracomunitários

- 74 A fim de apreciar, à luz da proibição fixada no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, o efeito restritivo da concorrência resultante, eventualmente, do critério de autorização adoptado pelo fabricante, deve analisar-se se tal critério provoca uma alteração suficientemente sensível da concorrência intracomunitária, isto é, deve verificar-se, nomeadamente, se o acordo em questão, «com base num conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto (permite) prever com um grau de probabilidade suficiente que ele possa exercer uma influência, directa ou indirecta, actual ou potencial, nos fluxos de trocas entre Estados-membros, susceptível de prejudicar a realização de um mercado único entre Estados» (ver acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1966, já referido).
- 75 Da análise do contrato-tipo notificado à Comissão resulta que, com excepção da Grécia, a rede de distribuição da Vichy está organizada a partir de nove agentes gerais que detêm a exclusividade da venda dos produtos Vichy no território do Estado-membro em que se encontram instalados. Sete desses agentes são filiais a 100 % do grupo L'Oréal. Em Espanha e na Irlanda, os agentes gerais são filiais do grupo na proporção, respectivamente, de 70 % e 50 %. Os agentes gerais estabelecem relações comerciais quer com grossistas distribuidores quer com retalhistas que, para serem autorizados, devem ser farmácias com laboratório próprio. Essas farmácias revendem elas próprias os produtos objecto do contrato ao consumidor. Ao todo, a rede de distribuição da Vichy, no território de cada um dos Estados-membros em causa, compõe-se, por um lado, de grossistas distribuidores, vinculados por contratos ditos «cartas-convenções» ou pelas condições gerais de venda e, por outro, de farmácias com laboratório, vinculadas a um grossista distribuidor ou a um agente geral através de contratos individuais ou das condições gerais de venda.
- 76 Por força da estipulação designada «cláusula CEE» inserida, consoante os casos, nos contratos individuais de distribuição, nas «cartas-convenções» ou nas condições gerais de venda, são admitidas as vendas no interior da rede de distribuição, quer o comprador se encontre estabelecido no território do Estado-membro de instalação do vendedor quer se encontre estabelecido no território de qualquer um dos restantes Estados-membros. No entanto, as vendas intermédias, isto é, as que não dizem respeito ao consumidor final, são proibidas quando o comprador seja um terceiro relativamente à rede de distribuição. Desta proibição resulta nomeadamente que, com excepção do caso da França, uma farmácia com laboratório estabelecida no território de qualquer um dos Estados-membros em causa só pode

ceder os produtos objecto do contrato a outra farmácia com laboratório ou a um consumidor. A quem efectuar vendas desrespeitando esta proibição será retirada a autorização. A Vichy certifica-se do respeito desta estipulação impondo aos revendedores a obrigação de conservarem durante um período mínimo de um ano as facturas correspondentes a vendas intermédias.

- 77 O Tribunal considera que se, em princípio, é legítimo que o fabricante se certifique de que não é efectuada qualquer venda intermédia a favor de um revendedor que seja um terceiro relativamente à rede de distribuição, o critério de autorização adoptado pelo fabricante é susceptível, não obstante a existência da «cláusula CEE» que acaba de ser analisada, de afectar o comércio intracomunitário. Com efeito, a estipulação relativa à exigência da qualidade de farmacêutico com laboratório próprio tem por objecto e por efeito impedir que uma farmácia com laboratório próprio estabelecida no território de qualquer dos Estados-membros em causa ceda os produtos que são objecto do contrato a outro revendedor que não seja uma farmácia com laboratório próprio ou um consumidor. Consequentemente, esta proibição é susceptível de reduzir as trocas entre os Estados-membros em causa ao eliminar as «importações paralelas» que poderiam ser efectuadas por outros operadores a fim de utilizar as diferenças existentes a nível dos preços. Além disso, embora, para ser autorizado, o revendedor estabelecido em França só tenha que provar possuir conhecimentos de «cosmetologia, biologia, dermatologia, farmácia, comprovados por um diploma universitário com carácter científico», o critério de autorização adoptado nos restantes Estados-membros tem por efeito limitar apenas às importações provenientes da rede de laboratórios destes Estados-membros as importações efectuadas, no mesmo estágio de distribuição, pelos retalhistas estabelecidos no território francês. Do mesmo modo, tal critério limita unicamente às importações provenientes do território francês a possibilidade de um revendedor autorizado, estabelecido no território dos restantes Estados-membros em causa, adquirir os produtos que são objecto do contrato a outro revendedor que não um grossista ou uma farmácia com laboratório. Nestas circunstâncias, o critério de autorização estabelecido pela Vichy para os Estados-membros que não a França afecta as trocas interestatais.

- 78 O critério de autorização em litígio não só afecta as trocas entre Estados-membros como também é, em si, restritivo da concorrência. Com efeito, tendo em conta as obrigações deontológicas que existem para os farmacêuticos com laboratório, a concorrência, e especialmente a concorrência ao nível dos preços, é, para determinado produto, fortemente reduzida no interior da rede de distribuição das farmácias com laboratório. Consequentemente, a concorrência ao nível dos preços para determinado produto processa-se sobretudo entre o circuito de distribuição das

farmácias com laboratório e os restantes circuitos de distribuição. Em princípio, a concorrência pode ser estimulada através das diferenças de preços médios, ao nível do retalhista, praticados nos vários Estados-membros para o mesmo produto. Porém, quando, por um lado, o critério de autorização impeça a concorrência com os outros circuitos de distribuição e, por outro, limite, no seio do circuito farmacêutico, apenas ao território francês a origem dos produtos objecto do contrato susceptíveis de fazer concorrência aos produtos distribuídos neste circuito, o critério de farmácia com laboratório imposto pela Vichy restringe a concorrência intra-comunitária.

79 Mais do que isso, tal como a Comissão defende, a restrição da concorrência intra-comunitária resultante do critério de autorização estabelecido pelo fabricante é tanto mais sensível quanto, devido ao *numerus clausus*, por um lado, e às obrigações deontológicas, por outro — que, na maioria dos Estados-membros em causa, impendem sobre o farmacêutico —, a concorrência entre as farmácias é manifestamente reduzida. Sobre este aspecto, o Tribunal nota que, segundo os termos da decisão impugnada, não contestada neste ponto, as diferenças de preços médios praticados aos retalhistas pelos agentes gerais ou grossistas apresentam variações que, de um Estado-membro para outro, podem ir até 30 %. Daqui resulta, tal como a decisão impugnada salienta com razão no n.º 19, que a concorrência efectiva entre a rede de distribuição farmacêutica e os restantes modos de distribuição, que seria, no caso *sub judice*, especialmente apta a promover o desenvolvimento das trocas interestatais, ao estimular, para o mesmo produto, a concorrência entre os circuitos de distribuição — e especialmente a concorrência através dos preços —, encontra-se restringida de forma suficientemente sensível, na acepção do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado.

80 Além disso, deve apreciar-se o efeito do contrato em questão tendo em conta o seu «contexto económico e jurídico» (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, já referido). Segundo este ponto de vista, «a existência de contratos similares é uma circunstância que, juntamente com outras, pode formar um todo constitutivo do contexto económico e jurídico em que o contrato deve ser apreciado» (acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 1967, já referido). Ainda que «o facto de o contrato em litígio se inserir, nesse mercado, num conjunto de contratos similares que produzem um efeito cumulativo sobre o jogo da concorrência apenas (constitua) um factor (de apreciação), entre outros», do funcionamento do mercado (acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, já referido), a Comissão salientou justificadamente, no n.º 19 da decisão impugnada, que, no caso vertente, «na apreciação da natureza considerável da restrição da concorrência,

bem como da afectação do comércio entre Estados-membros, é necessário tomar em consideração o efeito cumulativo que resulta da existência de sistemas paralelos de distribuição exclusiva em farmácia com laboratório próprio para todas as marcas de cosméticos vendidas no circuito farmacêutico. A parte do mercado da dermofarmácia situa-se entre cerca de 5 % e 40 % do mercado total dos cosméticos. Pode verificar-se, portanto, que a restrição da concorrência e a afectação do comércio entre os Estados-membros têm uma natureza considerável, qualquer que seja a delimitação do mercado relevante».

- 81 Consequentemente, a Vichy não poderá invocar o acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, em que o Tribunal de Justiça declarou, nomeadamente, a propósito da cláusula de «abertura» contida num contrato de fornecimento de cerveja, que «um contrato de fornecimento de cerveja que autoriza o revendedor a comprar cerveja proveniente de outros Estados-membros não é susceptível de afectar o comércio interestadual quando a essa autorização corresponda uma possibilidade real para o fornecedor nacional ou estrangeiro de fornecer a esse revendedor cervejas originárias de outros Estados-membros». Com efeito, no caso em análise, as restrições do comércio interestatal resultam do próprio critério de autorização, que limita as trocas ao excluir, sem justificação legítima, tal como acabou de ser demonstrado, determinadas formas de trocas.
- 82 Nestas circunstâncias, e considerando, por um lado, a gama muito completa dos produtos distribuídos e a posição da recorrente no mercado, tal como foi anteriormente recordada, e, por outro lado, que o contrato-tipo notificado diz respeito a dez dos doze Estados-membros, a recorrente não tem legitimidade para sustentar nem que a Comissão não provou a existência de uma alteração suficientemente sensível da concorrência no interior do mercado comum; nem que as restrições da concorrência resultantes da sua rede de distribuição seriam compensadas pela concorrência feita pelas marcas difundidas por outras redes de distribuição, uma vez que, efectivamente, essa concorrência continua a ser muito limitada.
- 83 Do exposto resulta que foi com razão que a Comissão, no âmbito do exame provisório a que procedeu, considerou que o critério de autorização adoptado pela Vichy no contrato-tipo notificado, ilegal por natureza e susceptível de afectar de modo suficientemente sensível a concorrência e o comércio intracomunitários, viola o n.º 1 do artigo 85.º Consequentemente, o terceiro fundamento não deve ser acolhido.

Quanto ao argumento baseado na inaplicabilidade do n.º 3 do artigo 85.º

— *Argumentos das partes*

84 A Vichy defende que, de qualquer modo, a Comissão não teve razão em lhe recusar o benefício da isenção prevista no n.º 3 do artigo 85.º Com efeito, em seu entender, o critério da farmácia com laboratório corresponde plenamente às exigências contidas nesse preceito, enquanto a posição da Comissão assenta em fundamentos errados e a restrição da concorrência resultante, por natureza, do critério adoptado é indispensável. Com efeito, contrariamente ao que a Comissão defende, o sistema de distribuição adoptado pela Vichy contribui para a melhoria da produção e da distribuição bem como para a promoção do progresso técnico e económico, deixando aos utilizadores uma parte equitativa do lucro daí resultante. Entretanto, se os órgãos jurisdicionais franceses puderam efectuar a análise da conformidade do sistema de distribuição da Vichy com o disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, em contrapartida, a aplicabilidade do n.º 3 do artigo 85.º seria da exclusiva competência da Comissão. Consequentemente, no entender da Vichy, a decisão impugnada é anulável, uma vez que a Comissão não procedeu ao exame do sistema de distribuição à luz do n.º 3 do artigo 85.º, quando é certo que lhe tinha sido apresentado um pedido de certificado negativo bem como um pedido de declaração de inaplicabilidade. Finalmente, o argumento da Comissão segundo o qual os farmacêuticos com laboratório não oferecem nenhuma vantagem especial relativamente aos licenciados em farmácia que exercem a sua profissão fora dos laboratórios desloca a discussão, reduzindo-a às características de um ponto de venda, o laboratório.

85 A Vichy considera que a contribuição para o progresso económico resultante do sistema de distribuição exclusiva nas farmácias decorre de três vantagens ligadas a este sistema:

— a garantia de abastecimento

A Vichy, que encontra uma contradição no raciocínio da Comissão que imputa ao fabricante os inconvenientes da distribuição pelas farmácias com laboratório ao mesmo tempo que se recusa a reconhecer-lhe as vantagens, considera que a questão não está em saber se as vantagens resultantes da escolha do circuito de distribuição se devem ao produtor. Basta, segundo a sociedade, verificar que a distribuição por farmácias com laboratório apresenta para o consumidor vanta-

gens que deixariam de existir no caso de abertura da rede a outros circuitos. Além disso, a recorrente alega, sobretudo, que o sistema de distribuição que adoptou para os seus produtos permite que o consumidor beneficie de uma garantia de reabastecimento rápido que caracteriza, por razões ligadas a um imperativo de protecção da saúde pública, o sistema de distribuição farmacêutica.

— a recuperação dos investimentos

Segundo a Vichy, cabe à Comissão, em conformidade com os princípios enunciados pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 13 de Julho de 1966, já referido, apreciar a «eficácia à luz de uma melhoria objectivamente detectável da produção e da distribuição dos produtos», condição preenchida no caso vertente, uma vez que o interesse do produtor em minimizar os riscos coincide com o interesse do consumidor.

— a colaboração do farmacêutico

A análise da Comissão, segundo a qual a distribuição dos produtos se efectua em primeiro lugar em farmácias e posteriormente fora do circuito farmacêutico, sob marcas diferentes, é errada na medida em que é a «banalização do conceito inovador» que permite a difusão posterior fora do circuito das farmácias; porém, esta banalização em nada afecta a própria marca.

⁸⁶ Segundo a recorrente, o mesmo produto não pode ser distribuído simultaneamente dentro e fora do circuito farmacêutico. A Vichy acrescenta que a análise da Comissão, nos termos da qual a concorrência no interior do circuito das farmácias é necessariamente limitada devido a obrigações deontológicas impostas aos farmacêuticos, é simplista e obsoleta. Defende, finalmente, que o consumidor beneficia do serviço prestado pelo farmacêutico a quem incumbe uma missão de prestar conselhos e de fazer demonstrações. Esse serviço transcende a simples concorrência ao nível de preços, à qual não pode reduzir-se o conceito de concorrência, e não é alterado por considerações relacionadas com os preços.

- 87 No entender da Comissão, não é necessário, no quadro da decisão impugnada, averiguar se os benefícios decorrentes da qualificação profissional do farmacêutico preenchem as condições de isenção, uma vez que a decisão se refere apenas à exclusão da rede de distribuição dos locais de venda onde se encontrem licenciados em farmácia. Uma vez que os locais de venda onde se encontram licenciados em farmácia apresentam as mesmas vantagens, no que respeita à qualificação profissional do revendedor, é lógico considerar que os farmacêuticos com laboratório não oferecem qualquer vantagem suplementar especial. A afirmação da Vichy segundo a qual o farmacêutico com laboratório oferece qualidades relacionadas com a sua experiência, com as suas obrigações em matéria de deontologia, com a sua capacidade de personalizar as relações com a clientela e de garantir uma circulação da informação, que o licenciado em farmácia que não exerça em laboratório não oferece, é uma afirmação de princípio que carece de demonstração.
- 88 Quanto às restantes vantagens da distribuição por farmácias com laboratório, tal como foram invocadas pela Vichy, a Comissão considera que, nesta fase do processo, a sociedade não apresenta qualquer elemento novo relativamente aos argumentos expostos ao longo do processo administrativo. A garantia de abastecimento não resulta do sistema de distribuição. A sociedade não pode, em nome do progresso económico, invocar o interesse individual da empresa em recuperar as despesas de investimento efectuadas. A abertura da rede de distribuição da Vichy a pontos de venda que não as farmácias que dispõem de laboratório próprio não priva o fabricante da colaboração dos farmacêuticos no lançamento de novos produtos. O argumento segundo o qual os produtos inovadores são vendidos em primeiro lugar nas farmácias que dispõem de laboratório é desmentido pelo facto de as vendas se efectuarem posteriormente fora da rede das farmácias sob marcas diferentes. A argumentação da Vichy, que defende, simultaneamente, por um lado, que os seus produtos são produtos cosméticos inovadores cuja venda deveria ser necessariamente acompanhada de conselhos especiais destinados a educar o consumidor e, por outro, que este pode exercer livremente a sua escolha ao comprar, se o desejar, um produto equivalente nas grandes superfícies, está ferida de contradição.
- 89 Finalmente, a Comissão observa que o consumidor teria mais alternativas de escolha se dispusesse da possibilidade de obter o mesmo produto noutros circuitos de distribuição. Acrescenta que a escolha do consumidor só pode exercer-se com total conhecimento de causa se o mesmo produto lhe for apresentado sob marcas diferentes, consoante a rede de distribuição a que se dirija. Por fim, a Comissão subli-

nha, referindo-se ao acórdão da cour d'appel de Paris de 28 de Janeiro de 1988, já referido, que a concorrência ao nível dos preços está necessariamente limitada pelas obrigações deontológicas que recaem sobre os farmacêuticos que exercem em laboratório. Por estas razões, não se pode sustentar, considera a Comissão, que o consumidor beneficia de uma parte equitativa de um qualquer progresso técnico ou económico. Na realidade, com a criação do sistema de distribuição em causa, a principal preocupação da Vichy consiste, não no interesse do consumidor, mas em atribuir uma determinada imagem de marca aos seus produtos.

— *Apreciação do Tribunal*

Quanto ao contributo para o progresso económico

- 90 O Tribunal recorda, a título liminar, que no seu acórdão de 15 de Março de 1967, já referido, o Tribunal de Justiça declarou que «nos termos do artigo 15.º, n.º 6, a Comissão deve... informar as partes de que não considera justificada a aplicação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado... que embora a Comissão disponha a este respeito de uma certa faculdade de apreciação, não deixa de estar obrigada, no quadro particular do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento (n.º 17), a pronunciar-se para declarar que a aplicação do artigo 85.º, n.º 3, não se justifica».
- 91 O Tribunal entende que se devem analisar sucessivamente os três argumentos aduzidos pela Vichy para sustentar que a distribuição exclusiva por farmácias contribui para o progresso económico. Com efeito, segundo a sociedade recorrente, o modo de distribuição adoptado garantiria o abastecimento, a rentabilidade do investimento e permitiria obter a participação do farmacêutico.
- 92 Importa salientar que o primeiro argumento relativo à garantia de abastecimento é, efectivamente, um elemento que, consoante as características do produto distribuído, pode ser tomado em consideração para efeitos de apreciação de um sistema de distribuição. Assim, no caso que está na origem do acórdão Metro I, o contrato de cooperação celebrado entre o produtor e os grossistas distribuidores implicava, para estes últimos, a obrigação de subscreverem, com pelo menos seis meses de

antecedência, contratos de abastecimento tendo em conta a evolução provável do mercado. O acórdão do Tribunal, já referido, observa que a «celebração de contratos de fornecimento por uma duração de seis meses e tendo em conta o crescimento provável do mercado deve permitir simultaneamente garantir uma certa estabilidade no abastecimento dos produtos em questão, donde deve resultar uma cobertura mais adequada das necessidades daqueles que se abastecem no grossista... assegurando-se desta forma uma distribuição mais regular que aproveita simultaneamente ao produtor... ao grossista... e, por fim, às empresas...» (n.º 43).

93 Porém, no caso vertente, e mesmo admitindo que em cada um dos Estados-membros em causa as garantias de abastecimento que se aplicam à distribuição dos produtos farmacêuticos sejam transponíveis para a distribuição pelas farmácias de produtos que não são produtos farmacêuticos, a recorrente, no que alega, não provou de modo algum que uma política de gestão adequada das existências não podia, em qualquer circuito de distribuição que não o das farmácias, garantir ao consumidor um abastecimento equivalente ao que este circuito lhe proporciona. Sobre este aspecto, o Tribunal salienta, tal como a decisão impugnada observa correctamente no n.º 25, que a obrigação de oferecer uma gama completa não é uma condição de autorização do distribuidor e nem sequer figura nas condições de venda. Nestas circunstâncias, a recorrente não pode afirmar que existe um nexo de causalidade entre o critério de autorização adoptado e o alegado contributo para o progresso económico. Além disso, a decisão impugnada sublinha, com razão, a este propósito, que nos circuitos de distribuição que não o das farmácias vantagens equivalentes podem resultar de obrigações contratuais.

94 No que respeita ao segundo argumento da recorrente, deve salientar-se igualmente que a rentabilidade do investimento efectuado pelo fabricante aquando do lançamento de um produto ou de uma gama de produtos novos pode igualmente, consoante as circunstâncias específicas do caso considerado, figurar entre as vantagens que, em nome do progresso económico, podem ser tomadas em consideração. Ainda que a Comissão tenha sustentado não ser esse o caso, esta solução corresponde, de resto, à sua prática (ver, por exemplo, a decisão da Comissão de 12 de Janeiro de 1990, IV-32.006-Alcatel Espace/Nachrichtentechnik, JO L 32, p. 19), em que a Comissão atende expressamente à optimização das despesas de investimento para isentar um acordo de investigação-desenvolvimento no domínio das técnicas de comunicação espacial). No entanto, de qualquer modo, no caso em análise a recorrente não forneceu nenhum elemento susceptível de provar que a

rentabilidade do investimento exigido pelo lançamento de um produto ou de uma gama de produtos seria superior, no circuito das farmácias com laboratório, à que podia ser proporcionada por outro circuito de distribuição. Além disso, a decisão impugnada sublinha, com razão, no n.º 26, que ao alargar a sua rede de distribuição a licenciados em farmácia a Vichy não ficaria privada da colaboração de um farmacêutico para garantir o lançamento de produtos inovadores.

- 95 Finalmente, o terceiro e último argumento da recorrente, segundo o qual esta beneficia da colaboração dos farmacêuticos com laboratório próprio — e a que a recorrente atribui grande importância para aperfeiçoamento dos seus produtos —, não tem qualquer relevância, uma vez que não ficou provado que esta colaboração é substancialmente diferente daquela que poderia dar o licenciado em farmácia que não possui laboratório. Por outro lado, é com razão que a decisão impugnada sublinha, no n.º 27, que este argumento é contrariado pelo facto de a comercialização posterior dos produtos, fora do circuito farmacêutico, se efectuar sob outras marcas. Como já foi explicado, esta situação reflecte mais o desejo do fabricante de criar uma imagem de marca duradoura para os seus produtos a nível das farmácias do que em preparar a sua comercialização posterior fora do circuito farmacêutico. Aliás, o Tribunal nota que, no caso da França, o abandono do referido critério de autorização se traduziu pela inclusão, nos contratos de distribuição, de uma cláusula dita de enquadramento de marca que impõe ao distribuidor, sob pena de lhe ser retirada a autorização, a obrigação de apresentar os seus produtos num enquadramento de, pelo menos, cinco marcas com imagem comparável.

- 96 De um modo mais geral, o Tribunal salienta, como de resto a Comissão, que a análise dos dois últimos argumentos da recorrente obriga a recordar que a tese da Vichy deve ser relativizada. Com efeito, deve observar-se que a Comissão não nega à sociedade recorrente o direito de distribuir os seus produtos em pontos de venda onde se encontrem licenciados em farmácia. Consequentemente, a discussão deve ser limitada à análise das vantagens que resultam da distribuição no circuito farmacêutico relativamente a uma distribuição por uma rede comercial que proporcionasse à clientela a possibilidade de receber os conselhos de um licenciado em farmácia. Ora, deste ponto de vista, verifica-se que apenas o primeiro dos três argumentos apresentados pela recorrente se refere propriamente ao circuito de distribuição farmacêutico.

Quanto à parte equitativa do lucro proporcionado ao consumidor

- 97 Segundo a sociedade recorrente, a experiência profissional, as obrigações deontológicas e a personalização das relações com a clientela distinguiriam o licenciado em farmácia que dispõe de laboratório próprio do licenciado que não exerce em laboratório, e contribuiriam assim para melhorar a qualidade do serviço prestado ao consumidor.
- 98 O Tribunal observa que, tal como foi anteriormente afirmado, a discussão deve ser restringida à apreciação da parte dos benefícios proporcionados ao consumidor que é directa e unicamente imputável à rede de distribuição farmacêutica. Ora, a recorrente não provou que a função de aconselhamento e demonstração é específica da distribuição farmacêutica e que um serviço equivalente não pode ser prestado à clientela por um licenciado que exerça a sua profissão fora deste circuito de distribuição. Assim, a recorrente não demonstrou que a abertura da sua rede de distribuição a revendedores que, não sendo farmacêuticos com laboratório próprio, fossem licenciados em farmácia, não permitiria a introdução de produtos inovadores no mercado ou o desenvolvimento da sua imagem de marca. A Vichy também não provou que os licenciados em farmácia que exercem a sua profissão numa rede comercial e não numa farmácia com laboratório não estão em condições de possuir uma experiência profissional equivalente ou de conseguir uma personalização das relações com a clientela. Além disso, e de qualquer modo, o argumento baseado nas obrigações deontológicas que impendem sobre os farmacêuticos com laboratório próprio tem de ser rejeitado, tendo em conta as propriedades dos produtos em causa que não exigem uma comercialização sujeita ao respeito de uma deontologia especial, mesmo que, de resto, se admita que as obrigações deontológicas que impendem sobre os farmacêuticos com laboratório próprio são mais rigorosas do que as obrigações a que estão sujeitos os licenciados em farmácia. O Tribunal salienta, além disso, que, tal como a decisão impugnada refere com razão, a recorrente não pode utilmente afirmar que um sistema de distribuição, que tem por efeito permitir a distribuição, fora do circuito farmacêutico, de produtos comparáveis e que podem substituir os produtos distribuídos, sob outras marcas, em farmácias que dispõem de laboratório, e que, desta forma, priva o consumidor da possibilidade de efectuar uma escolha esclarecida, reserva a este último uma parte equitativa do lucro. Consequentemente, como a decisão impugnada salientou correctamente no n.º 29, a recorrente não ficaria privada das alegadas vantagens ao abrir a sua rede de distribuição a licenciados em farmácia que não dispunham de laboratório próprio.

- 99 Do exposto resulta que, ao considerar que não se justificava uma aplicação do n.º 3 do artigo 85.º ao caso vertente, a Comissão, no âmbito do exame provisório a que procedeu, não partiu de factos materialmente inexactos e não cometeu qualquer erro de direito nem qualquer erro manifesto de apreciação. Consequentemente, deve rejeitar-se o quarto fundamento do pedido.

Quanto ao fundamento relativo à inaplicabilidade do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17

— *Argumentos das partes*

- 100 A Vichy defende que a Comissão violou o disposto no artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17, uma vez que, no caso *sub judice*, não se encontram preenchidas as condições excepcionais a que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a sua execução está sujeita. Para aquela sociedade, as referidas condições são três: uma infracção grave e manifesta, a má-fé da empresa acusada e a urgência.
- 101 A Vichy admitiu, na réplica, que, na realidade, as duas últimas condições não são inerentes ao artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17. Ao invocar as condições relativas à urgência e à má-fé, a recorrente mais não terá pretendido do que chamar a atenção para circunstâncias de facto que deviam ser tidas em conta, ou seja, a atitude da Comissão, que, por um lado, se inclina para considerar que a empresa não está de boa-fé e, por outro, tomou uma decisão provisória quando dispunha, desde o mês de Agosto de 1989, de todos os elementos para proceder a uma análise completa e profunda do sistema de distribuição notificado pela Vichy.
- 102 No que respeita à exigência de uma infracção grave e manifesta, segundo a Vichy, o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão de 15 de Outubro de 1967, já referido, que as decisões contempladas no n.º 6 do artigo 15.º violam o Tratado «no caso de as condições de aplicação desta disposição não se encontrarem manifestamente

preenchidas». Ora, a decisão impugnada em nada satisfaz estas exigências jurisprudenciais: as considerações avançadas pela Comissão para justificar a aplicação do artigo 15.º, n.º 6, são estranhas à discussão, uma vez que não foram verificados efeitos na concorrência num mercado relevante previamente definido. Ao limitar a sua análise à exigência da qualidade de farmacêutico com laboratório próprio, à qual está sujeita a concessão da autorização de distribuição, e ao deixar de lado as restantes modalidades de execução do contrato de distribuição da Vichy, a Comissão, sem justificar a sua decisão, violou os princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade.

103 Com efeito, segundo a Vichy, nenhuma das justificações apresentadas pela Comissão para fundamentar a sua decisão é procedente. Nem as referências que a Comissão fez à jurisprudência nacional, à queixa apresentada pela Cosimex e à sua decisão de 14 de Dezembro de 1989 (Association pharmaceutique belge, dita «APB», IV-32.202, JO 1990, L 18, p. 35), nem a existência de dois sistemas diferentes de distribuição no mercado comum podem justificar a decisão impugnada. Segundo a Vichy, o acórdão da cour d'appel de Paris, já referido, não lhe impõe a obrigação de modificar o seu sistema de distribuição nos restantes Estados-membros, com excepção da França, pelo que não pode servir de precedente. Do mesmo modo, a existência de uma queixa apresentada pela sociedade Cosimex é, em seu entender, insuficiente para se concluir pelo carácter grave e manifesto da infracção. Em especial, esta queixa não emana de um operador que tenha sido excluído da rede de distribuição. Finalmente, a Comissão não tem razão ao invocar a decisão APB de 14 de Dezembro de 1989, já referida, que, no entender da Vichy, não tem o alcance que a Comissão lhe pretende atribuir. Nesta decisão, onde estavam em causa contratos de distribuição em farmácias de produtos parafarmacêuticos na Bélgica, a Comissão admitiu a possibilidade de os fabricantes organizarem livremente o modo de comercialização dos seus produtos. Esta decisão não prejudica, prossegue a Vichy, a liberdade de o produtor distribuir os seus produtos de modo selectivo nas farmácias. Tal decisão não contém qualquer apreciação sobre um sistema de distribuição criado pelo produtor. Limita-se, por outro lado, a apreciar a concorrência entre as marcas no interior de um mesmo sistema de distribuição, quando, no que respeita aos produtos cosméticos, seria necessário ter em conta a forte concorrência que existe entre as diferentes formas de distribuição.

104 A Vichy sublinha que a coexistência de dois sistemas de distribuição no mercado comum não é da sua responsabilidade, resultando das soluções adoptadas pelo direito francês, isto é, das intimações que o Conseil de la concurrence lhe dirigiu no sentido de modificar o sistema de distribuição no mercado francês. A Vichy, por

seu lado, adoptou todas as disposições para garantir a livre circulação dos produtos no interior do mercado comum. A recorrente salienta que a Comissão não justificou, através de qualquer dado factual, a afirmação segundo a qual revendedores externos à rede de farmácias com laboratório estariam melhor colocados do que os farmacêuticos para fazerem a concorrência através dos preços. A sociedade salienta, por outro lado, que esta acusação não foi articulada, enquanto tal, na comunicação de acusações. Consequentemente, só por este motivo, a decisão impugnada deveria ser anulada.

105 Por sua vez, a Comissão entende que a Vichy não tem razão em considerar que as condições necessárias à aplicação do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17 são quatro: o carácter manifesto da infracção, a sua gravidade, a má-fé da empresa e a urgência ligada à medida perspectivada. Com efeito, a Comissão defende que nunca as duas últimas condições foram previamente exigidas para efeitos de aplicação do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17. As duas únicas condições necessárias para este efeito, tal como foram definidas no acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 1967, já referido, são a natureza manifesta e a gravidade da infracção.

106 A Comissão baseia a decisão impugnada, por um lado, nos precedentes que invoca e, por outro, no facto de a sociedade recorrente não ter justificado a coexistência de dois sistemas distribuição diferentes no interior do mercado comum. A Comissão considera que fundamentou suficientemente a sua decisão no que respeita a estas duas condições: considera que, tendo em conta os elementos invocados, a manutenção de um sistema de distribuição exclusiva em farmácias, em dez Estados-membros, constitui uma infracção grave e manifesta. Não considerou estes elementos separadamente mas, ao invés, tendo em conta o todo que formam, do qual resulta o carácter grave e manifesto da infracção.

107 Para a Comissão, o facto de o Conseil de la concurrence francês, seguidamente a cour d'appel de Paris e finalmente a Cour de cassation francesa terem declarado que o sistema de distribuição exclusiva dos produtos cosméticos nas farmácias era

contrário não só às disposições do direito nacional em matéria de concorrência, mas também ao artigo 85.º do Tratado, permite-lhe considerar que a manutenção de tal sistema no resto da Comunidade confere à infracção um carácter manifesto.

- 108 A Comissão entende, além disso, que a queixa apresentada pela Cosimex foi justificadamente tida em consideração, uma vez que demonstra que a infracção não é meramente teórica. Esta queixa, conjugada com os restantes elementos considerados, contribui para demonstrar a natureza grave e manifesta da infracção.
- 109 A Comissão sustenta que, na sua decisão APB, deixou claramente indicado que considerava que a obrigação imposta ao produtor de não vender o produto em causa através de outras redes de distribuição que não a das farmácias com laboratório restringia a concorrência e eliminava a possibilidade de o consumidor escolher entre as várias redes de distribuição, impedindo que este último pudesse beneficiar da melhoria da distribuição. O facto de, na decisão APB, o contrato notificado impor ao produtor a obrigação de não distribuir os produtos fora da rede farmacêutica, enquanto, no caso da Vichy, é o próprio produtor que opta por não distribuir os seus produtos fora desta rede, não modifica sensivelmente a apreciação à luz do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, dado que o efeito na concorrência é idêntico em ambos os casos.
- 110 Finalmente, foi com razão que, em seu entender, a Comissão invocou o argumento relativo à coexistência, em todo o mercado comum, de dois sistemas de distribuição diferentes, pois tal justaposição conduz a uma compartimentação e a uma fragmentação do mercado, contrárias aos objectivos do Tratado. Quanto ao argumento segundo o qual esta acusação não foi notificada à sociedade, ele é incorrecto, como demonstra o ponto 85 da comunicação das acusações. A Comissão também não pode ser acusada de ter introduzido na contestação uma nova teoria relativa à compartimentação e à fragmentação do mercado, tal como resulta do ponto 32 da decisão impugnada, segundo o qual a «Vichy não apresentou argumentos susceptíveis de justificar, nos termos do artigo 85.º, a coexistência de dois sistemas de distribuição diferentes no interior do mercado comum».

— *Apreciação do Tribunal*

- 111 O Tribunal recórda, a título liminar, que no seu acórdão de 15 de Março de 1967, já referido, o Tribunal de Justiça declarou que o mecanismo criado pelo artigo 15.º, n.º 6, já referido, do Regulamento n.º 17 «conduz, na prática, à questão de saber se existe manifestamente uma infracção tão grave à proibição contida no artigo 85.º, n.º 1, que exclua uma excepção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3.». Deve, portanto, averiguar-se se, no caso vertente, a violação do n.º 1 do artigo 85.º, apurada no quadro do exame provisório que a Comissão efectuou ao adoptar a decisão impugnada ao abrigo do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17, apresenta um carácter manifestamente grave, na acepção desta jurisprudência.
- 112 Para concluir pela existência de tal infracção, a Comissão invoca, nomeadamente, por um lado, três precedentes e, por outro, a compartimentação do mercado comum resultante da existência de dois sistemas de distribuição diferentes.

Quanto aos dois precedentes invocados

- 113 Na decisão impugnada, a Comissão faz apelo a três argumentos: a queixa apresentada pela Cosimex; a sua própria decisão relativa à association pharmaceutique belge (APB), já referida, e as soluções adoptadas em direito nacional francês. A Comissão esclareceu, na fase escrita, que pretendia invocar estes três argumentos em conjunto e não separadamente.
- 114 No que respeita, em primeiro lugar, à queixa apresentada à Comissão pela sociedade Cosimex em 1988 por recusa de acesso à rede de distribuição da Vichy, queixa essa de que a Vichy teve conhecimento no final de 1988, deve observar-se que é verdade que a sociedade recorrente defende com razão que essa queixa não constitui uma circunstância que permita considerar, com suficiente certeza, que o seu sistema de distribuição violava o Tratado. No entanto, o Tribunal considera que esta queixa prova que pelo menos um operador económico foi afastado do sistema de distribuição da Vichy, por não satisfazer o critério de autorização que assenta na qualidade de farmacêutico com laboratório próprio. Embora a Comis-

são, antes de ter adoptado a decisão impugnada, tenha decidido arquivar a queixa, a verdade é que esta demonstra que a restrição da concorrência que resulta do sistema de distribuição criado pela Vichy não é meramente teórica e que a Comissão podia legitimamente tomar em conta este elemento no contexto da apreciação provisória a que procedeu na decisão impugnada.

- 115 No que respeita, em segundo lugar, à decisão APB de 14 de Dezembro de 1989, já referida, o Tribunal considera que a Comissão podia legitimamente considerar esta decisão, adoptada ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º, para apreciar o carácter grave e manifesto da infracção, ainda que as circunstâncias de facto não sejam rigorosamente idênticas às do presente processo, uma vez que ela diz respeito à difusão, através da rede de farmácias com laboratório, de produtos parafarmacêuticos. Com efeito, nos pontos 28 e 29 dessa decisão, a Comissão considerou que, no caso do mercado belga, a exclusividade de venda em farmácias de produtos parafarmacêuticos restringia a concorrência entre farmacêuticos com laboratório próprio, por um lado, e os restantes circuitos de distribuição, por outro, e impedia que o acordo, na sua versão notificada, pudesse beneficiar de uma declaração de inaplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º, concedida com base no n.º 3 do mesmo preceito. Com efeito, a decisão salientava que o sistema de distribuição notificado tinha como efeito eliminar a possibilidade de o consumidor escolher entre os diferentes circuitos de comercialização. Por outro lado, o Tribunal considera que a Comissão, que deve atender a todos os elementos conhecidos na data em que toma uma decisão ao abrigo do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17, podia, com razão, fazer referência a esta decisão APB, não obstante o facto de ela ter sido adoptada posteriormente à notificação do contrato-tipo feita pela Vichy. Assim, a Comissão podia legitimamente basear-se nesta decisão para se pronunciar sobre o carácter grave e manifesto da infracção verificada, no quadro da apreciação provisória a que procedeu.

- 116 No que respeita, em terceiro lugar, ao fundamento baseado nas soluções adoptadas em direito nacional francês, o Tribunal verifica que a notificação efectuada pela Vichy e que assenta na distinção entre, por um lado, um sistema de distribuição aplicável em França e, por outro, um sistema de distribuição aplicável nos restantes Estados-membros é, efectivamente, posterior ao acórdão da Cour de cassation francesa de 25 de Abril de 1989 que negou provimento ao recurso interposto do acórdão da cour d'appel de Paris de 28 de Janeiro de 1988, já referido, em que este último órgão jurisdicional tinha negado provimento ao recurso inter-

posto da decisão do Conseil de la concurrence de 9 de Junho de 1987, já referido. Estas três decisões, adoptadas entre Junho de 1987 e Abril de 1989, declararam sucessivamente uma violação, quer do artigo 7.º do decreto francês de 1 de Dezembro de 1986 relativo à liberdade dos preços e da concorrência, quer do artigo 85.º do Tratado, resultante da distribuição exclusiva de produtos cosméticos, entre os quais os produtos da recorrente, em farmácias que dispõem de laboratório. Sobre este aspecto, o Tribunal salienta que, no que respeita aos contratos de distribuição da recorrente, o Conseil de la concurrence, por decisão de 9 de Junho de 1987, intimou-a, por um lado, a que modificasse os seus contratos suprimindo a cláusula que proíbe os revendedores de retrocederem produtos a outro revendedor e, por outro, a que deixasse de sujeitar a autorização dos seus distribuidores à qualidade de farmacêutico com laboratório próprio.

117 É certo que, como sublinha a Vichy, a decisão do Conseil de la concurrence e os acórdãos da cour d'appel de Paris e da Cour de cassation francesa não impunham à recorrente nenhuma outra obrigação para além da de modificar o seu contrato de distribuição em França, o que ela fez. No entanto, a recorrente não ignorava que, ao notificar o contrato-tipo aplicável nos Estados-membros com excepção da França, tendo em conta a semelhança das normas relativas à legalidade dos sistemas de distribuição exclusiva ou selectiva, tal como são aplicadas pelas instâncias comunitárias e pelas autoridades francesas competentes, podia razoavelmente prever que o sistema notificado fosse, na medida em que dizia respeito aos Estados-membros que não a França, declarado contrário ao artigo 85.º

118 O Tribunal salienta, além disso, que resulta dos documentos constantes dos autos que a recorrente não podia ignorar que os contratos-tipo notificados à Comissão e relativos aos Estados-membros que não a França podiam, com toda a probabilidade, ser declarados contrários ao artigo 85.º do Tratado porque, ao contrário do que acontece com a intimação relativa ao critério de autorização dos distribuidores, a intimação relativa à supressão da proibição de retrocessão, feita pelo Conseil de la concurrence, foi executada em relação a todos os contratos notificados, quer fossem aplicáveis em França quer nos restantes Estados-membros. Daí conclui o Tribunal que foi deliberadamente e com pleno conhecimento de causa que a segunda das duas intimações feitas pelo Conseil de la concurrence só foi executada no que respeita aos contratos de distribuição aplicáveis em França. Consequentemente, a Comissão não cometeu qualquer erro de direito nem qualquer erro de apreciação ao ter em conta as soluções acolhidas pelo direito nacional francês para apreciar o carácter grave e manifesto da infracção verificada, no quadro do exame provisório que efectuou.

Quanto à compartimentação do mercado

- 119 A Comissão acusa a Vichy essencialmente de, ao proceder à notificação de dois sistemas de distribuição diferentes no interior do mercado comum, ter contribuído para a sua compartimentação. A decisão impugnada salienta, no ponto 32, que a Vichy, após ter dado cumprimento, no que respeita à França, ao direito comunitário, notificou um sistema de distribuição exclusiva em farmácias, aplicável nos restantes Estados-membros, sem justificar, nos termos do artigo 85.º, a coexistência de dois sistemas de distribuição diferentes. A decisão impugnada deduz desse facto que «a manutenção da distribuição exclusiva em farmácia em relação a dez Estados-membros constitui uma violação grave e manifesta ao artigo 85.º». A sociedade contesta esta acusação invocando simultaneamente argumentos de ordem processual e argumentos relativos ao mérito.
- 120 Do ponto de vista processual, a sociedade sustenta que a decisão deve ser anulada, uma vez que esta acusação, que figura entre os fundamentos da decisão, não lhe foi notificada, o que a Comissão contesta invocando o ponto 85 da comunicação das acusações segundo o qual: «A violação do disposto no n.º 1 do artigo 85.º começou há trinta anos com a instituição, em França, do sistema de distribuição exclusiva em farmácias que dispõem de laboratório. Nos anos 70, o sistema foi alargado aos restantes Estados-membros (com excepção da Dinamarca). O sistema foi notificado em 1985 (para a França), e, em 1989, a modificação efectuada em França em 1988 não foi alargada aos restantes Estados-membros. Nestas circunstâncias, impõe-se uma comunicação da Comissão na acepção do n.º 6 do artigo 15.º».
- 121 O Tribunal recorda que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça (ver acórdão de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck/Comissão, 209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125; acórdão de 7 de Junho de 1983, já referido), para que seja correcta a comunicação à empresa das acusações contra ela formuladas, basta que ela exponha, ainda que sumariamente mas de forma clara, o essencial dos dados factuais em que se baseia, na condição de, no entanto, fornecer à empresa, durante o processo administrativo, os elementos necessários à sua defesa. Consequentemente, não pode ser legalmente aplicada nenhuma sanção que assente numa acusação que não tenha sido comunicada à empresa punida e relativamente à qual esta não tenha sido colocada em posição de fazer valer utilmente o seu ponto de vista quanto ao alcance dos factos ou dos documentos considerados pela Comissão ou quanto às conclusões que ela daí retira (ver acórdão do Tribunal de

Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Recueil, p. 461). O Tribunal considera que, tendo em conta os efeitos ligados às comunicações previstas no artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17, essas comunicações só podem ser válidas se, em conformidade com o disposto no artigo 19.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 e com a prática da Comissão observada no caso em análise, a empresa em causa tenha sido colocada em posição de fazer valer utilmente o seu ponto de vista quanto às acusações que a Comissão contra ela formulou. Com efeito, embora os factos e os documentos em que a Comissão se apoia sejam do conhecimento da empresa, que os notificou previamente à Comissão, o respeito dos direitos da defesa exige que, antes de efectuar a comunicação prevista no artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17, a Comissão informe a empresa sobre as conclusões que se propõe tirar da notificação efectuada pela empresa bem como do raciocínio em que tais conclusões assentam.

122 Para responder à parte do fundamento invocada pela recorrente e relativa à inaplicabilidade, por violação de formalidades essenciais e do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17, deve indagar-se se os princípios que acabam de ser expostos foram estritamente respeitados pela Comissão no caso especial da acusação relativa à compartimentação do mercado. Pela leitura do ponto 85 da comunicação das acusações, o Tribunal verifica que a formulação do ponto 32 da decisão impugnada não é substancialmente diferente da acusação, tal como foi formulada na comunicação das acusações. Consequentemente, a recorrente não tem bases para sustentar que não foi colocada em posição de defender o seu ponto de vista sobre o raciocínio que está na base da decisão da Comissão. Consequentemente, este fundamento deve ser afastado.

123 No que respeita à procedência do fundamento invocado pela Comissão, o Tribunal salienta que, no caso da França, a Cour de cassation francesa, ao negar provimento ao recurso interposto contra o acórdão da cour d'appel de Paris de 28 de Janeiro de 1988, já referido, declarou claramente, como, de resto, o Conseil de la concurrence tinha anteriormente feito, que o contrato de distribuição exclusiva em farmácias era contrário, nomeadamente, ao artigo 85.º do Tratado; no entanto, a recorrente notificou à Comissão um contrato-tipo aplicável em dez Estados-membros e cujas estipulações relativas ao critério de autorização dos distribuidores eram idênticas às que haviam sido objecto das decisões e dos acórdãos supracitados das autoridades francesas. Consequentemente, a recorrente devia razoavelmente esperar que a Comissão adoptasse, relativamente ao contrato-tipo notifi-

cado, uma atitude idêntica à que foi adoptada pelas autoridades e pelos órgãos jurisdicionais franceses. Com efeito, a recorrente não podia ignorar que a solução acolhida pelas autoridades e pelos órgãos jurisdicionais franceses, que fizeram referência expressa ao direito comunitário da concorrência e consideraram que a questão colocada era suficientemente clara para não justificar um reenvio prejudicial nos termos do artigo 177.º do Tratado, o qual, no entanto, impõe esse reenvio, pelo menos à cour de cassation, nas condições definidas no acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Outubro de 1982, CILFIT e Lanificio di Gavardo (283/81, Recueil, p. 3415), estava em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de distribuição exclusiva ou selectiva. Com efeito, essa jurisprudência, recordada no ponto 18 da decisão impugnada e especificada no presente acórdão, particularmente abundante no sector da distribuição dos produtos cosméticos, é parte integrante do direito comunitário, pressupondo-se, portanto, que é do conhecimento, especialmente de um operador que, neste sector, se encontra presente em onze dos doze Estados-membros e pertence a um grupo que ocupa uma forte posição no mercado em causa. Assim, a Vichy não ignorava que o sistema de distribuição notificado à Comissão, e que previa um critério de autorização quantitativo e desproporcionado, era manifestamente contrário ao artigo 85.º

124 Finalmente, e em qualquer caso, a Vichy não pode, no quadro do presente litígio, que se prende com a apreciação provisória do contrato-tipo aplicável aos Estados-membros que não a França e notificado à Comissão em 29 de Agosto de 1989, invocar uma qualquer violação da confiança legítima resultante do silêncio da Comissão após a notificação, efectuada em 1985, do contrato-tipo de distribuição que se refere exclusivamente à França, sobretudo quando, por um lado, a Comissão não deu qualquer seguimento a esse pedido inicial de certificado negativo ou de declaração de inaplicabilidade e, por outro, entre 1985 e 1989 foram proferidas as três decisões referidas do Conseil de la concurrence, da cour d'appel de Paris e da Cour de cassation francesa, que puseram em causa a validade do sistema de distribuição para a França, inicialmente notificado à Comissão pela Vichy.

125 Consequentemente, ficou suficientemente provado que foi com pleno conhecimento de causa que a recorrente notificou o contrato-tipo que está na origem da

decisão impugnada. Com efeito, apesar de cada um dos fundamentos da decisão impugnada, considerado isoladamente, ser insuficiente para provar o carácter grave e manifesto da violação do artigo 85.º e determinar o recurso ao artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17, esse carácter resulta suficientemente da conjugação desses fundamentos.

126 Do exposto resulta que, ao considerar, no quadro do exame provisório a que procedeu com base nos argumentos apresentados bem como nos elementos de que dispunha, e tendo em conta, por um lado, o conjunto dos fundamentos da decisão impugnada que declara uma infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º e exclui o benefício da isenção prevista no n.º 3 do artigo 85.º e, por outro, os fundamentos próprios da mesma decisão relativos ao recurso ao processo previsto no artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17, a Comissão não se baseou em factos materialmente inexactos, nem cometeu qualquer erro de direito, nem qualquer erro de apreciação, ao considerar que, nas circunstâncias do caso em análise, a violação declarada do artigo 85.º, n.º 1, revestia um carácter suficientemente grave e manifesto para que fosse excluída uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, e que, portanto, se justificava uma decisão nos termos do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17.

127 Consequentemente, o quinto fundamento, baseado na inexistência de carácter grave e manifesto da violação do artigo 85.º, deve ser afastado.

128 Das considerações que antecedem resulta que deve ser negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

129 Por força do disposto no n.º 2 do artigo 87.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se tal tiver sido requerido; tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)

decide:

- 1) **É negado provimento ao recurso.**
- 2) **A recorrente é condenada no pagamento das despesas.**

Cruz Vilaça

Barrington

Saggio

Briët

Biancarelli

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 27 de Fevereiro de 1992.

O secretário

H. Jung

O presidente

J. L. Cruz Vilaça