

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
CHRISTINE STIX-HACKL

apresentadas em 11 de Março de 2003¹

Índice

I — Introdução	I-14893
II — Enquadramento jurídico	I-14894
A — Direito comunitário	I-14894
1. Introdução no mercado	I-14894
a) Regime jurídico anterior: Directiva 65/65/CEE, alterada pela Directiva 93/39/CEE	I-14894
b) Novo regime jurídico: Directiva 2001/83/CE	I-14894
2. Publicidade de medicamentos	I-14895
a) Regime jurídico anterior: Directiva 92/28/CEE	I-14895
b) Novo regime jurídico: código comunitário	I-14897
3. Vendas à distância	I-14898
4. Comércio electrónico	I-14898
B — Direito nacional	I-14900
1. Comercialização de medicamentos	I-14900
2. Publicidade de medicamentos	I-14901
III — Factos e processo principal	I-14902
IV — Questões prejudiciais	I-14905
V — Quanto à primeira questão prejudicial	I-14907

1 — Língua original: alemão.

A — Medicamentos não autorizados: questões prejudiciais 1, 1a) e 1b)	I-14908
1. Aplicabilidade da Directiva 97/7 à proibição de comércio por correspondência em causa	I-14908
a) Argumentos das partes	I-14908
b) Apreciação	I-14909
2. Competência dos Estados-Membros: limites decorrentes da livre circulação de mercadorias	I-14909
a) Aplicabilidade da livre circulação de mercadorias: proibição de comércio por correspondência como modalidade de venda?	I-14910
i) Argumentos das partes	I-14910
ii) Apreciação	I-14910
— Exemplos de modalidades de venda na jurisprudência anterior	I-14911
— Aplicação a todos os operadores económicos que exerçam a sua actividade no território nacional	I-14913
— Efeito sobre a comercialização dos produtos	I-14913
— Aspecto decisivo: efeito sobre o acesso ao mercado	I-14914
— Alternativas de acesso ao mercado: existência de outras formas de comercialização	I-14916
— Ónus da prova quanto à existência de uma restrição	I-14918
iii) Conclusão provisória quanto às questões prejudiciais 1 e 1a)	I-14919
b) Possível justificação da proibição de comércio por correspondência [questão prejudicial 1b)	I-14919
i) Argumentos das partes	I-14919
ii) Apreciação	I-14920
— Justificação da medida	I-14921
— Proporcionalidade da medida	I-14921
— Adequação da medida nacional	I-14921

— Necessidade da medida nacional	I- 14922
— Razoabilidade da medida nacional	I- 14922
iii) Conclusão provisória quanto à questão prejudicial 1b)	I- 14923
B — Medicamentos autorizados: questão prejudicial 1c)	I- 14924
1. Argumentos das partes	I- 14924
2. Apreciação	I- 14924
a) Risco de incumprimento de disposições nacionais	I- 14925
b) Proporcionalidade da proibição de comércio por correspondência	I- 14926
i) Apreciação dos objectivos prosseguidos através da proibição de comércio por correspondência	I- 14926
— Falta de um aconselhamento qualificado?	I- 14926
— Necessidade de garantir a protecção dos pacientes quando os medicamentos são enviados	I- 14928
— Necessidade de garantir um abastecimento susceptível de cobrir todo o território e ajustado às necessidades	I- 14929
ii) Ónus da prova que recai sobre o Estado-Membro em questão	I- 14929
iii) Conclusão provisória quanto à questão prejudicial 1c)	I- 14930
VI — Quanto à segunda questão prejudicial	I- 14931
A — Questões prejudiciais 2 e 2a)	I- 14931
1. Questão prejudicial 2: proibição de publicidade ao comércio de medicamentos por correspondência e de publicidade a determinados medicamentos	I- 14931
a) Argumentos das partes	I- 14931
b) Apreciação	I- 14932
i) Proibição de publicidade ao comércio por correspondência de medicamentos	I- 14933
ii) Proibição de publicidade relativa a medicamentos não autorizados no Estado importador	I- 14935
iii) Proibição de publicidade relativa a medicamentos sujeitos a receita médica	I- 14936

2. Questão prejudicial 2a) — Apresentação via Internet como publicidade junto do público em geral?	I-14936
a) Argumentos das partes	I-14937
b) Apreciação	I-14938
3. Conclusão provisória	I-14941
B — Questão prejudicial 2b): qualificação de partes da página da Internet como catálogo de venda e/ou lista de preços?	I-14941
1. Argumentos das partes	I-14942
2. Apreciação	I-14942
3. Conclusão provisória	I-14944
C — Liberdade de prestação de serviços	I-14944
1. Argumentos das partes	I-14944
2. Apreciação	I-14945
VII — Quanto à terceira questão prejudicial	I-14947
1. Argumentos das partes	I-14947
2. Apreciação	I-14947
VIII — Conclusão	I-14948

I — Introdução

1. O presente pedido prejudicial refere-se às denominadas farmácias Internet, e, nomeadamente, à questão de saber se os

Estados-Membros podem impor restrições ao fornecimento de medicamentos por farmácias com sede noutro Estado-Membro no seguimento de encomendas individuais efectuadas por consumidores via Internet. Trata-se, em particular, da interpretação da liberdade de circulação de mercadorias e de uma série de disposições de direito derivado.

II — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

1. Introdução no mercado

a) Regime jurídico anterior: Directiva 65/65/CEE, alterada pela Directiva 93/39/CEE

2. As disposições essenciais sobre a introdução do medicamento no mercado constam da Directiva 65/65/CEE do Conselho, de 26 de Janeiro de 1965, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, respeitantes às especialidades farmacêuticas², na redacção dada pela Directiva 93/39/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, que altera as Directivas 65/65/CEE, 75/318/CEE e 75/319/CEE respeitantes às especialidades farmacêuticas³ (a seguir «Directiva 65/65»). O seu artigo 3.º estabelece:

«Nenhum medicamento pode ser introduzido no mercado num Estado-Membro sem que para tal tenha sido emitida pela autoridade competente desse Estado-Membro uma autorização de introdução no mercado, nos termos da presente directiva,

ou sem que tenha sido concedida uma autorização nos termos do Regulamento (CEE) n.º 2309/93, de 22 de Julho de 1993, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e fiscalização de medicamentos de uso humano e veterinário e institui uma Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos.

O disposto na presente directiva não prejudica as competências das autoridades dos Estados-Membros, nem em matéria de fixação dos preços dos medicamentos, nem no que se refere à sua inclusão no âmbito de aplicação dos sistemas nacionais de saúde, com base em condições sanitárias, económicas e sociais.»

b) Novo regime jurídico: Directiva 2001/83/CE

3. A Directiva 65/65 foi substituída, com efeitos a partir de 18 de Dezembro de 2001, pela Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano⁴ (a seguir «código comunitário»). O artigo 6.º, n.º 1, do código comunitário tem o seguinte teor:

«Nenhum medicamento pode ser introduzido no mercado num Estado-Membro sem

2 — JO 1965, 22, p. 369; EE 13 F1 p. 18.

3 — JO L 214, p. 22.

4 — JO L 311, p. 67.

que para tal tenha sido emitida pela autoridade competente desse Estado-Membro uma autorização de introdução no mercado, nos termos da presente directiva, ou sem que tenha sido concedida uma autorização nos termos do Regulamento (CEE) n.º 2309/93.»

venda ou o consumo de medicamentos; abrange, em especial:

— a publicidade dos medicamentos junto do público em geral,

2. Publicidade de medicamentos

— a publicidade dos medicamentos junto das pessoas habilitadas a receitá-los ou a fornecê-los,

a) Regime jurídico anterior: Directiva 92/28/CEE

— a visita de delegados de propaganda médica a pessoas habilitadas a receitar ou a fornecer medicamentos,

4. A este respeito, é pertinente a Directiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano⁵ (a seguir «Directiva 92/28»).

— o fornecimento de amostras de medicamentos,

5. Os n.ºs 3 e 4 do seu artigo 1.º têm a seguinte redacção:

— o incentivo à prescrição ou ao fornecimento de medicamentos, através da concessão, oferta ou promessa de benefícios pecuniários ou em espécie, excepto quando o seu valor intrínseco seja insignificante,

«3. Para efeitos da presente directiva, entende-se por ‘publicidade dos medicamentos’: qualquer acção de informação, de prospecção ou de incentivo destinada a promover a prescrição, o fornecimento, a

— o patrocínio de reuniões de promoção a que assistam pessoas habilitadas a receitar ou a fornecer medicamentos,

5 — JO L 113, p. 13.

- o patrocínio de congressos científicos em que participem pessoas habilitadas a receitar ou a fornecer medicamentos, e nomeadamente a tomada a cargo das respectivas despesas de deslocação e estadia nessa ocasião.
- as informações relativas à saúde humana ou a doenças humanas, desde que não façam referência, ainda que indirecta, a um medicamento.»

6. O artigo 2.º, n.º 1, tem a seguinte redacção:

4. A presente directiva não abrange:

- a rotulagem e a bula dos medicamentos, que são abrangidas pela Directiva 92/27/CEE,

«Os Estados-Membros devem proibir toda a publicidade de medicamentos para os quais não tenha sido concedida uma autorização de colocação no mercado conforme com o direito comunitário.»

7. O artigo 3.º prevê, designadamente:

- a correspondência, eventualmente acompanhada de qualquer documento não publicitário, necessária para dar resposta a uma pergunta específica sobre determinado medicamento,

«1. Os Estados-Membros devem proibir a publicidade junto do público em geral dos medicamentos que:

- só possam ser fornecidos mediante receita médica, nos termos da Directiva 92/26/CEE,
- contenham psicotrópicos ou estupefacentes, na acepção das convenções internacionais,

— não possam ser objecto de publicidade junto do público em geral, nos termos do n.º 2.

«1. Os Estados-Membros devem proibir toda a publicidade de medicamentos para os quais não tenha sido concedida uma autorização de introdução no mercado conforme com o direito comunitário.

2. Podem ser objecto de publicidade junto do público em geral os medicamentos que, dada a sua composição e finalidade, sejam previstos e concebidos para serem utilizados sem intervenção médica para efeitos de diagnóstico, prescrição ou vigilância do tratamento, e se necessário com o conselho do farmacêutico.»

2. Todos os elementos da publicidade dos medicamentos devem estar de acordo com as informações constantes do resumo das características do produto.

3. A publicidade dos medicamentos:

b) Novo regime jurídico: código comunitário

8. A Directiva 92/28 foi substituída, com efeitos a partir de 18 de Dezembro de 2001, pelo código comunitário.

— deve fomentar a utilização racional dos medicamentos, apresentando-os de modo objectivo e sem exagerar as suas propriedades,

9. O teor do artigo 86.º do código comunitário é, essencialmente, idêntico ao do artigo 1.º, n.os 3 e 4, da Directiva 92/28.

— não pode ser enganosa.»

10. O artigo 87.º do código comunitário, que substitui o artigo 2.º da Directiva 92/28, tem a seguinte redacção:

11. O artigo 88.º contém uma disposição semelhante à do artigo 3.º da Directiva 92/28.

3. Vendas à distância

12. No que respeita a vendas à distância, é aplicável a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância⁶ (a seguir «Directiva 97/7»).

13. O artigo 14.º da Directiva 97/7 tem a seguinte redacção:

«Os Estados-Membros podem adoptar ou manter, no domínio regido pela presente directiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de protecção mais elevado para o consumidor. Essas disposições incluirão eventualmente a proibição, por razões de interesse geral, da comercialização no seu território por meio de contratos à distância, de determinados bens ou serviços, nomeadamente medicamentos, dentro do respeito pelo disposto no Tratado.»

4. Comércio electrónico

14. No âmbito do comércio electrónico, é aplicável a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos

legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno⁷ («directiva sobre o comércio electrónico», a seguir «directiva sobre o comércio electrónico»).

15. O décimo primeiro considerando da directiva sobre o comércio electrónico tem a seguinte redacção:

«A presente directiva não prejudica o nível de protecção, designadamente, da saúde pública e do consumidor, estabelecido por instrumentos comunitários. [...] Fazem igualmente parte desse acervo a Directiva [...], a Directiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano.»

16. O seu artigo 1.º preceitua:

«1. A presente directiva tem por objectivo contribuir para o correcto funcionamento do mercado interno, garantindo a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre Estados-Membros.

6 — JO L 144, p. 19.

7 — JO L 178, p. 1.

2. A presente directiva aproxima, na medida do necessário à realização do objectivo previsto no n.º 1, certas disposições nacionais aplicáveis aos serviços da sociedade da informação que dizem respeito ao mercado interno, ao estabelecimento dos prestadores de serviços, às comunicações comerciais, aos contratos celebrados por via electrónica, à responsabilidade dos intermediários, aos códigos de conduta, à resolução extrajudicial de litígios, às acções judiciais e à cooperação entre Estados-Membros. [...]

4. Os Estados-Membros podem tomar medidas derrogatórias do n.º 2 em relação a determinado serviço da sociedade da informação, caso sejam preenchidas as seguintes condições:

a) As medidas devem ser:

3. A presente directiva é complementar da legislação comunitária aplicável aos serviços da sociedade da informação, sem prejuízo do nível de protecção, designadamente da saúde pública e dos interesses dos consumidores, tal como consta dos actos comunitários e da legislação nacional de aplicação destes, na medida em que não restrinjam a liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação.

i) Necessárias por uma das seguintes razões:

— [...],

[...]»

— protecção da saúde pública,

17. O artigo 3.º preceitua:

— [...],

«2. Os Estados-Membros não podem, por razões que relevem do domínio coordenado, restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro.

— defesa dos consumidores, incluindo os investidores;

ii) Tomadas relativamente a um determinado serviço da sociedade da informação que lese os objectivos referidos na subalínea i), ou que comporte um risco sério e grave de prejudicar esses objectivos;

iii) Proporcionais a esses objectivos.»

18. Os artigos 5.º e 6.º impõem ao prestador de serviços electrónicos uma série de deveres de informação. O artigo 10.º estabelece a obrigação de prestar aos consumidores determinadas informações.

20. O § 43, n.º 1, da AMG proíbe, no essencial, o comércio por correspondência de medicamentos de venda obrigatória em farmácia. Estabelece o seguinte:

«Os medicamentos na acepção do § 2, n.º 1 ou do n.º 2, ponto 1, cuja comercialização fora das farmácias não está autorizada pelas disposições do § 44 ou por regulamento aprovado ao abrigo do § 45, n.º 1, só podem ser profissional ou comercialmente introduzidos no comércio, com destino aos consumidores finais, através das farmácias e não da venda por correspondência, salvo nos casos do § 47. Não podem ser comercializados fora das farmácias os medicamentos cujo fornecimento está reservado às farmácias, nos termos da primeira frase, salvo nos casos previstos no n.º 4 e no § 47, n.º 1.»

B — *Direito nacional*

1. Comercialização de medicamentos

19. As principais disposições sobre a venda de medicamentos constam da *Arzneimittelgesetz*⁸ (lei alemã relativa aos medicamentos, a seguir «AMG»).

21. A AMG prevê uma série de excepções que, no entanto, não eram aplicáveis no processo principal. O § 44 da AMG estabelece, para diversos medicamentos, excepções à venda através das farmácias. O § 45, n.º 1, da AMG habilita o Ministério Federal competente a permitir a comercialização fora das farmácias. O § 47 da AMG prevê que possam ser fornecidos medicamentos fora das farmácias, designadamente, por hospitais e médicos.

8 — Na versão da BGBl. 1998 I, p. 2649.

22. Além disso, a AMG prevê uma proibição de importação, regulada no capítulo intitulado «Importação e exportação», mais concretamente no § 73. O seu n.º 1 preceitua:

«(1) Os medicamentos sujeitos a aprovação ou a registo só podem ser introduzidos no território em que se aplica a presente lei — excepto nas zonas francas que não a ilha de Helgoland — se forem aprovados ou registados para comercialização nesse território ou estiverem dispensados de aprovação ou de registo e

se o produto for importado de um Estado-Membro das Comunidades Europeias ou de um outro Estado que seja parte contratante do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, o destinatário deve ser empresário farmacêutico, grossista, veterinário ou explorar uma farmácia ou

[...]

23. O § 73, n.º 2, ponto 6a, da AMG prevê uma excepção para medicamentos que «podem ser comercializados no Estado de origem e que são adquiridos, sem qualquer intervenção comercial ou profissional num Estado-Membro das Comunidades Euro-

peias ou num Estado que seja parte contratante do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, em quantidade correspondente à necessidade habitual de cada indivíduo».

24. O órgão jurisdicional de reenvio é da opinião de que a disposição excepcional do § 73, n.º 2, ponto 6a, da AMG não intervém a favor dos recorridos no presente caso. Tanto a interpretação sistemática desta disposição excepcional quanto a *ratio legis* resultante dos trabalhos preparatórios são a favor de uma interpretação estrita desta disposição, a qual não deve, precisamente, abranger o comércio transfronteiriço massivo de medicamentos para uso humano encomendados via Internet.

25. Segundo o Governo alemão, o aditamento «sem qualquer intervenção profissional ou comercial» destina-se a evitar que a importação individual de medicamentos não autorizados aumente de tal maneira que seja contornada a obrigação de autorização.

2. Publicidade de medicamentos

26. O § 3a da Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens⁹ (lei alemã

⁹ — BGBl. 1994 I, p. 3068.

relativa à publicidade no domínio dos medicamentos, a seguir «HWG») proíbe a «publicidade de medicamentos sujeitos a autorização e não autorizados ou considerados autorizados nos termos das disposições do direito dos medicamentos».

27. O § 8 da HWG determina:

«(1) É proibida a publicidade que proponha a compra por correspondência de medicamentos cuja venda está reservada às farmácias. Esta proibição não se aplica à publicidade relativa à venda de medicamentos nos casos do § 47 da Arzneimittelgesetz.»

(2) É proibida ainda a publicidade que proponha a compra de certos medicamentos através de *teleshopping* ou de importação individual, nos termos do § 73, n.º 2, ponto 6a ou do § 73, n.º 3, da Arzneimittelgesetz.»

28. Segundo o Governo alemão, esta norma visa evitar que as medidas publicitárias causem um tal aumento da importação individual de medicamentos não autorizados, que acabem por contornar as normas de autorização.

O § 10 da HWG dispõe:

«(1) Os medicamentos sujeitos a receita médica apenas podem ser publicitados por médicos, dentistas, veterinários, farmacêuticos e pessoas que comercializam estes medicamentos com autorização.»

(2) Fora dos meios profissionais não podem ser publicitados medicamentos para uso humano destinados a combater a insónia ou perturbações psíquicas ou a influenciar o estado de espírito.»

III — Factos e processo principal

29. Dos deveres estatutários da Deutscher Apothekerverband e.V. (a seguir «Apothekerverband») consta a observância e a promoção dos interesses económicos e sociais da comunidade farmacêutica. Os seus membros são as Landesapothekerverbände (federações de farmácias de cada *Land*) e as Landesapothekervereine (associações de farmácias de cada *Land*) que, por seu turno, representam mais de 19 000 farmacêuticos.

30. A 0800 DocMorris NV (a seguir «DocMorris») é uma farmácia neerlandesa com sede em Kerkrade, Países Baixos. Jacques Waterval é farmacêutico e um dos representantes legais da DocMorris. É, ainda, um dos criadores da denominada «Farmácia da Internet», um dos seus chefes de redacção e o presidente do grupo de consultores da «Farmácia da Internet».

rum da saúde», «Nós», «Contacto» e «Ajuda». O consumidor final pode trocar impressões com outros utilizadores no denominado «Fórum do paciente». Pode escolher, como língua, o alemão, o inglês ou o neerlandês. O consumidor tem ainda a possibilidade de recorrer a um aconselhamento na área da saúde, feito pelo grupo de consultores da «Farmácia da Internet». Em geral, o consumidor pode, a par de uma comunicação pela Internet, entrar em contacto com os recorridos através de um número de telefone gratuito ou por carta.

31. Desde 8 de Junho de 2000, a DocMorris e J. Waterval têm à venda, no endereço Internet «www.0800DocMorris.com», medicamentos para uso humano sujeitos a receita médica e de venda livre, igualmente disponíveis em língua alemã para os consumidores finais na Alemanha. Trata-se, em parte, de medicamentos autorizados na Alemanha, na maioria dos casos autorizados noutros Estados-Membros. O portal Internet da DocMorris refere, antes do mais, uma providência cautelar decretada pelo Landgericht Frankfurt am Main, em 9 de Novembro de 2000, que proíbe o comércio por correspondência de medicamentos de venda obrigatória em farmácia a consumidores finais na República Federal da Alemanha, bem como a publicidade que se lhes dirige. Esta providência cautelar foi confirmada, no essencial, pelo Oberlandesgericht Frankfurt am Main, em 31 de Maio de 2001, na sequência de um recurso interposto pelos recorridos.

Os medicamentos estão subdivididos em grupos de produtos. Encontramos assim as rubricas «Analgésicos», «Hipotensores», «Terapêutica contra o cancro», «Imunoterapia activa», «Hipolipidemizantes», «Medicamentos urológicos», «Desintoxicantes», assim como outras rubricas. Cada rubrica contém, em primeiro lugar, uma introdução composta por poucas frases. Por fim, os medicamentos são apresentados por ordem alfabética, segundo o seu nome comercial, e o conteúdo da embalagem é descrito, bem como o preço em euros. Junto à indicação de uma eventual obrigatoriedade de receita médica, encontra-se um quadrado. Ao clicar sobre este quadrado, o medicamento respectivo é encomendado. Para obter informações complementares sobre o produto, é possível clicar sobre o nome comercial dele. Ao clicar sobre uma determinada área, o consumidor tem ainda a possibilidade de procurar um determinado produto. Os recorridos prestam, ao mesmo tempo, serviços através da Internet (aconselhamento de médicos, estado de saúde pessoal, sugestões de livros e outros). Um determinado medicamento é

A seguinte página Internet dos recorridos subdivide-se nas rubricas «Farmácia», «Fó-

classificado pelos recorridos como estando sujeito a receita médica quando assim for classificado nos Países Baixos ou no Estado-Membro de residência do consumidor. O fornecimento deste tipo de medicamentos apenas é possível mediante a apresentação da receita médica original.

32. A própria entrega pode ser feita de diversos modos. Assim, o consumidor pode, por um lado, ir ele próprio às instalações da DocMorris levantar a encomenda. Além disso, pode encarregar um dos serviços de correios recomendados pela DocMorris de proceder ao fornecimento da encomenda na morada indicada sem quaisquer custos adicionais. Por fim, pode ainda incumbir outro serviço de correios de tal tarefa, suportando os respectivos custos.

33. Perante o Landgericht Frankfurt am Main, a Apothekerverband opõe-se à oferta de medicamentos através da forma atrás referida e à sua venda internacional por correspondência. A recorrente é da opinião de que as disposições da AMG e da HWG não permitem o exercício da actividade dos recorridos. A esta proibição não se opõem os artigos 28.º CE e 30.º CE.

34. A DocMorris e J. Waterval entendem que, desde logo, o direito nacional permite a sua actuação e que, de todo o modo, não é admissível uma proibição nacional à luz das disposições comunitárias.

35. O Landgericht interrogou-se sobre a aplicabilidade dos princípios do acórdão *Ortscheit*¹⁰ ao presente processo, atendendo ao tempo entretanto transcorrido e à alteração dos requisitos para a autorização de medicamentos para uso humano nos Estados-Membros.

36. Relativamente à HWG, o Landgericht observa que a página Internet da DocMorris, ao fazer referência a cada medicamento com o seu nome comercial, à eventual sujeição a receita médica, às dimensões da embalagem e ao preço, bem como à possibilidade de uma encomenda imediata, deve ser qualificada como publicidade, na acepção das disposições referidas. Da proibição de publicidade resultaria, contudo, que a apresentação de uma farmácia Internet, com a possibilidade simultânea de encomendar qualquer medicamento, seria consideravelmente dificultada, dado então não poderem ser dadas as informações mínimas necessárias para uma encomenda realizada através de um formulário *online*. Coloca-se então aqui a questão de saber se

10 — Acórdão de 10 de Novembro de 1994 (C-320/93, Colect., p. I-5243).

esta proibição de publicidade é compatível com os princípios da livre circulação de mercadorias e da livre circulação dos serviços da sociedade da informação, nos termos da directiva sobre o comércio electrónico.

37. O Landgericht considerou não estar vinculado pelo acórdão Ortscheit, visto, por um lado, este apenas dizer respeito à proibição constante do § 8, n.º 2, da HWG, aqui não aplicável, e, por outro, por o conceito de publicidade na página Internet de uma farmácia dever, atendendo às considerações precedentes, ser objecto de uma apreciação própria. Suscita-se também a questão de saber se a entretanto crescente harmonização dos procedimentos de autorização de medicamentos para uso humano, bem como a desejável autorização comunitária da publicidade aos medicamentos de venda livre, exigem uma outra definição comunitária, mais restritiva, do conceito de publicidade. O princípio da livre circulação de mercadorias entre Estados-Membros pode não ter concretização prática se, com o fundamento de que a DocMorris faz publicidade proibida a medicamentos para uso humano, se impedir, em geral ou em grande parte, a sua página Internet.

IV — Questões prejudiciais

38. Por decisão de 10 de Agosto de 2001, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 21 de Agosto de 2001, o Landgericht Frankfurt am Main solicita ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial sobre as seguintes questões:

- «1) Uma legislação nacional que proíbe a importação comercial transfronteiriça de medicamentos para uso humano de venda obrigatória em farmácia por farmácias autorizadas de outros Estados-Membros, tendo por base encomendas individuais de consumidores finais feitas através da Internet, viola a livre circulação de mercadorias dos artigos 28.º CE e seguintes?
- a) Tal proibição nacional configura uma medida de efeito equivalente segundo o artigo 28.º CE?
- b) Em caso afirmativo, o artigo 30.º CE deve ser interpretado no sentido de que a protecção da saúde e da vida das pessoas justifica uma proibição nacional quando, antes do fornecimento dos medicamentos sujeitos a prescrição médica, der obrigatoriamente entrada na farmácia que vai remeter os medicamentos uma

receita médica original? Que requisitos devem, em tal caso, ser impostos a uma farmácia deste tipo, no que respeita ao controlo da encomenda, da embalagem e da recepção?

através de um formulário *online*, encomendar esse medicamento, deva ser classificada como publicidade proibida, com a consequência de as encomendas transfronteiriças de medicamentos feitas através da Internet, bem como o respectivo fornecimento, serem consideravelmente dificultados?

c) Tratando-se da importação de medicamentos autorizados no Estado importador que anteriormente foram comprados por uma farmácia de um Estado-Membro a grossistas do Estado importador, deve a resposta a dar, à luz dos artigos 28.º CE e 30.º CE, às questões 1 a) e 1 b), ser outra?

a) Os artigos 28.º CE e 30.º CE exigem que a referida apresentação via Internet de uma farmácia de um Estado-Membro, ou parte dessa apresentação, sejam, atendendo ao artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 2000/31/CE [...], excluídas da noção de publicidade junto do público em geral, na acepção do artigo 1.º, n.º 3, e do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/28 [...], para que a prestação de determinados serviços da sociedade da informação seja assegurada também na prática?

2) É compatível com os artigos 28.º CE e 30.º CE que a proibição nacional, tanto relativa a medicamentos para uso humano sujeitos a receita médica como relativa a medicamentos para uso humano de venda obrigatória em farmácia, de publicidade ao comércio por correspondência de medicamentos autorizados no Estado de origem mas não no Estado importador deva ser interpretada num sentido tão amplo que a página Internet de uma farmácia de um Estado-Membro que, a par de uma simples apresentação da empresa, descreve cada medicamento indicando o nome do produto, a eventual obrigatoriedade de receita médica, as dimensões da embalagem e o preço, oferecendo de imediato a possibilidade de,

b) Justifica-se uma restrição imposta, em determinadas circunstâncias, pelos artigos 28.º CE e 30.º CE, à noção de publicidade, pelo facto de

os formulários de encomenda *online*, que apenas contêm as informações mínimas necessárias para efectuar a encomenda, e/ou outras partes da página da Internet de uma farmácia de um Estado-Membro deverem ser equiparados a catálogos de venda e/ou listas de preços, na acepção do artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 92/28/CEE?

gunta expressamente se a proibição nacional da «importação comercial transfronteiriça»¹¹ (a seguir «proibição de comércio por correspondência») viola a livre circulação de mercadorias. A este respeito, há que observar que, no âmbito de um processo apresentado nos termos do artigo 234.º CE, o Tribunal de Justiça não é competente para se pronunciar sobre a compatibilidade de uma medida nacional com o direito comunitário. Todavia, é competente para fornecer ao órgão jurisdicional nacional todos os elementos de interpretação que fazem parte do direito comunitário que lhe podem permitir apreciar essa compatibilidade para a decisão do processo que lhe foi submetido¹².

- 3) No caso de alguns elementos da página Internet de uma farmácia de um Estado-Membro violarem disposições legais relativas à publicidade de medicamentos, decorre dos artigos 28.º CE e 30.º CE que o comércio transfronteiriço de medicamentos efectuado com recurso a esta apresentação Internet deve, não obstante a proibição de publicidade, ser juridicamente admitido para permitir a realização efectiva da livre circulação de mercadorias entre os Estados-Membros?»

40. Tal como decorre da questão prejudicial 1, alínea c), as questões prejudiciais 1, 1a) e 1b) referem-se a medicamentos não autorizados na Alemanha. Em contrapartida, a questão prejudicial 1c) tem por objecto medicamentos autorizados na Alemanha. A articulação seguinte assenta nesta distinção.

V — Quanto à primeira questão prejudicial

39. Através da primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio per-

11 — Expressão utilizada pelo órgão jurisdicional de reenvio, que não se refere expressamente nem ao § 43 da AMG nem ao § 73 da AMG.

12 — Acórdãos de 12 de Julho de 2001, Ordine degli Architetti e o. (C-399/98, Colect., p. I-5409, n.º 48), e de 30 de Abril de 1998, Sodiprem e o. (C-37/96 e C-38/96, Colect., p. I-2039, n.º 22).

A — *Medicamentos não autorizados: questões prejudiciais 1, 1a) e 1b)*

1. Aplicabilidade da Directiva 97/7 à proibição de comércio por correspondência em causa

a) Argumentos das partes

41. A DocMorris considera que o artigo 14.º da Directiva 97/7 não pode justificar uma proibição geral do comércio de medicamentos por correspondência, porque esta disposição prevê expressamente que devem ser respeitadas as normas de direito primário de grau superior.

42. A Apothekerverband alega que, no que se refere à obrigatoriedade de receita médica e ao comércio por correspondência via Internet, as modalidades de venda e de fornecimento de medicamentos através não foram ainda objecto de harmonização.

43. Nas suas observações sobre o direito derivado, o Governo alemão invoca a Directiva 65/65, o código comunitário e a proibição, aí prevista, de introduzir medicamentos não autorizados no mercado. Entende que a proibição de comércio por correspondência se destina a evitar que esta proibição seja contornada.

44. O Governo helénico defende a admissibilidade da proibição de comércio por correspondência, baseando-se na Directiva 89/552/CEE¹³.

45. O Governo francês assinala que a venda de medicamentos não está harmonizada.

46. O Governo austríaco refere que, nos termos do artigo 14.º da Directiva 97/7, os Estados-Membros têm a possibilidade de proibir a comercialização. Dado que a comercialização de medicamentos ainda não está completamente harmonizada, os Estados-Membros continuam a ser competentes para aprovar normas nacionais neste domínio.

47. A Comissão considera que a proibição de comércio por correspondência está coberta pelo artigo 3.º da Directiva 65/65 e pelo artigo 6.º do código comunitário.

13 — Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (JO L 298, p. 23).

b) Apreciação

48. Antes de mais, há que lembrar o princípio geral de que as disposições de direito derivado se podem sobrepor às disposições de direito primário. Logo, qualquer medida nacional em matéria regulamentada de modo harmonizado a nível comunitário deve ser apreciada à luz das disposições dessa medida de harmonização e não das dos artigos 28.º CE e 30.º CE¹⁴.

49. Por conseguinte, se se considerar que, no presente processo, a Directiva 97/7 fornece uma harmonização completa, são aplicáveis estas disposições de direito derivado e não o direito primário, ou seja, as normas relativas à livre circulação de mercadorias. Contudo, apesar da primazia do direito derivado, o direito primário continua a ser relevante; em primeiro lugar, as disposições de direito derivado devem ser interpretadas à luz do direito primário, em segundo lugar, as próprias disposições de direito derivado podem remeter para o direito primário.

50. É o que se verifica no artigo 14.º da Directiva 97/7, expressamente mencionado por alguns dos intervenientes. Esta disposição prevê expressamente, é certo, que os

Estados-Membros «podem [proibir a] [...] comercialização no seu território por meio de contratos à distância, de determinados bens ou serviços, nomeadamente medicamentos». Contudo, o artigo 14.º prevê, ao mesmo tempo, uma restrição a esta faculdade: só pode ser utilizada «dentro do respeito pelo disposto no Tratado».

51. Entre as disposições do «Tratado», expressamente referido na Directiva 97/7, figuram também as liberdades fundamentais, em especial a livre circulação de mercadorias, pertinente no presente processo. Em consequência, esta é aplicável também no domínio regido pela Directiva 97/7.

52. Quanto à directiva sobre o comércio electrónico, deve notar-se que a sua transposição podia ser efectuada até 17 de Janeiro de 2002 e, por isso, não é aplicável aos factos do processo principal.

2. Competência dos Estados-Membros: limites decorrentes da livre circulação de mercadorias

53. Atendendo à circunstância de que, embora o direito derivado contenha dispo-

14 — V., neste sentido, acórdãos de 23 de Novembro de 1989, Parfümerie-Fabrik (150/88, Colect., p. 3891, n.º 28); de 12 de Outubro de 1993, Vanacker e Lesage (C-37/92, Colect., p. I-4947, n.º 9); de 13 de Dezembro de 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Colect., p. I-9897, n.º 32); e de 24 de Outubro de 2002, Linhart e Biffel (C-99/01, ainda não publicado na Colectânea, n.º 18).

sições pertinentes quanto ao comércio de medicamentos, a livre circulação de mercadorias continua a ser aplicável, importa examinar a seguir a livre circulação de mercadorias. A este respeito, há que perguntar, antes de mais, se as leis alemãs em litígio são abrangidas pelo âmbito de aplicação da livre circulação de mercadorias. A seguir, há que averiguar se existe uma restrição e, sendo este o caso, se pode ser justificada.

considera que a proibição não afecta da mesma forma a venda de medicamentos nacionais e estrangeiros. Devido às disposições rigorosas do direito alemão dos medicamentos, a venda directa tem uma importância fundamental e a proibição de comércio por correspondência é uma medida de efeito equivalente.

a) Aplicabilidade da livre circulação de mercadorias: proibição de comércio por correspondência como modalidade de venda?

56. A Apothekerverband, os Governos francês e austríaco, bem como a Comissão, qualificam a proibição de comércio por correspondência como mera modalidade de venda.

54. Neste contexto, há que responder à questão de saber se a proibição de comércio por correspondência preenche as condições da denominada fórmula Keck e Mithouard, isto é, se deve ser qualificada como modalidade de venda e se, por conseguinte, o artigo 28.º CE não é aplicável.

57. O Governo alemão sustenta que a proibição de comércio por correspondência constitui uma modalidade de venda e que a exigência de autorização imposta pelo direito derivado não se pode opor à livre circulação de mercadorias.

i) Argumentos das partes

ii) Apreciação

55. Segundo a DocMorris, a proibição de comércio por correspondência não deve ser considerada uma modalidade de venda, porque não preenche as condições da fórmula Keck e Mithouard. Neste sentido,

58. Para averiguar se a proibição de comércio por correspondência deve ser considerada uma modalidade de venda, importa examinar individualmente os requisitos

enunciados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça na chamada fórmula Keck e Mithouard¹⁵.

— Exemplos de modalidades de venda na jurisprudência anterior

59. Para serem abrangidas pela excepção da fórmula Keck e Mithouard, as medidas nacionais têm de satisfazer as seguintes condições: em primeiro lugar, devem aplicar-se a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional (universalidade)¹⁶; em segundo lugar, devem afectar da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-Membros (neutralidade)¹⁷.

61. Até agora, o Tribunal de Justiça tem entendido que a fórmula Keck e Mithouard abrange as seguintes medidas nacionais: restrições relativas a horários de abertura, como a proibição de vendas ao domingo¹⁹; restrições relativas a quem pode oferecer produtos ou a quem podem ser comprados, como a proibição da comercialização fora das farmácias de leite transformado para lactentes²⁰; a proibição de venda de tabacos manufacturados por quem não seja retalhista especialmente autorizado²¹; bem como a proibição de adquirir bebidas de quem não seja titular de uma licença de fabrico ou de comércio grossista²². Além disso, o Tribunal de Justiça reconheceu como modalidade de venda, na acepção da fórmula Keck e Mithouard, uma norma que proíbe aos farmacêuticos fazer publicidade a produtos parafarmacêuticos fora das farmácias²³, bem como a proibição de publicidade televisiva no sector da distribuição²⁴. Foram também assim classificadas as disposições sobre a publicidade

60. Embora resulte destes critérios que a fórmula Keck e Mithouard só abrange determinadas modalidades de venda, a jurisprudência não deve ser interpretada, incorrectamente, no sentido de que existe uma denominada terceira categoria¹⁸. Por definição, existem apenas duas categorias de situações: por um lado, os casos abrangidos pela fórmula Keck e Mithouard e, por outro, os casos não abrangidos.

15 — Acórdão de 24 de Novembro de 1993, Keck e Mithouard (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097, n.ºs 16 e 17).

16 — Terminologia de González Vaqué, «La sentencia 'Laura'», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia — Boletín* 1998, n.º 135, p. 15 (especialmente p. 19).

17 — Por vezes incorrectamente designada discriminação. V., por exemplo, Picod, «La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges», *Revue trimestrielle de droit européen* 1998, p. 169 (especialmente p. 178).

18 — V., também, a este respeito, Hénin, «Libre circulation, conditionnement des médicaments et marques», in: *Droit communautaire et médicament*, 1996, p. 65 (especialmente p. 87).

19 — Acórdãos de 20 de Junho de 1996, Semeraro Casa Uno e o. (C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 e C-332/94, Colect., p. I-2975), e de 2 de Junho de 1994, Tankstation 't Heukske e Boermans (C-401/92 e C-402/92, Colect., p. I-2199).

20 — Acórdão de 29 de Junho de 1995, Comissão/Grécia (C-391/92, Colect., p. I-1621).

21 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1995, Banchemo (C-387/93, Colect., p. I-4663).

22 — Acórdão de 23 de Outubro de 1997, Franzén (C-189/95, Colect., p. I-5909).

23 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1993, Hünernund e o. (C-292/92, Colect., p. I-6787).

24 — Acórdão de 9 de Fevereiro de 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, Colect., p. I-179).

fisicamente irreal²⁵ e sobre vendas com uma margem de lucro reduzida²⁶.

62. Não são abrangidas pela fórmula Keck e Mithouard, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, em primeiro lugar, as medidas nacionais que se destinam a regular o comércio de mercadorias entre os Estados-Membros²⁷.

63. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça não subsumiu à fórmula Keck e Mithouard — explícita ou implicitamente — as medidas nacionais que impõem custos adicionais aos produtos importados²⁸. Isto diz respeito, em primeira linha, às medidas que tornam necessária uma adaptação das características intrínsecas, tal como a composição, ou das características extrínsecas, tal como a designação ou o acondicionamento dos produtos importados²⁹. Portanto, a ques-

tão dos custos serve como meio para apreciar o efeito sobre as trocas comerciais³⁰, como a DocMorris correctamente indica.

64. Isto é sobretudo patente no acórdão TK-Heimdienst, no qual é apreciada uma regulamentação que «impõe [a determinação das empresas] [...] que já têm um estabelecimento fixo noutra Estado-Membro e que desejam comercializar as suas mercadorias através da venda ambulante numa dada circunscrição administrativa, [...] que abram ou adquiram outro estabelecimento fixo nessa circunscrição administrativa ou num município limítrofe, enquanto os operadores económicos locais já satisfazem o critério do estabelecimento fixo. Em consequência, para que os produtos provenientes de outros Estados-Membros possam ter o mesmo acesso ao mercado do Estado-Membro de importação igual ao dos produtos nacionais, devem suportar custos suplementares»³¹.

25 — Isto resulta, *a contrario*, dos acórdãos de 6 de Julho de 1995, Mars (C-470/93, Colect., p. I-1923), e de 26 de Junho de 1997, Familiapress (C-368/95, Colect., p. I-3689).

26 — Acórdão de 11 de Agosto de 1995, Belgacom (C-63/94, Colect., p. I-2467).

27 — Acórdãos Keck e Mithouard (já referido na nota 15, n.º 12) e Leclerc-Siplec (já referido na nota 24, n.º 19).

28 — Acórdãos de 5 de Outubro de 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Colect., p. I-5077, n.º 29); de 23 de Outubro de 1997, Franzén (já referido na nota 22, n.º 71); e de 26 de Junho de 1997, Familiapress (já referido na nota 25, n.º 12).

29 — V. conclusões do advogado-geral W. van Gerven no processo Tankstation 't Heuvske e Boermans (acórdão já referido na nota 19); Hénin (já referido na nota 18, pp. 71 e segs.); v., também, Gormley, «Two years after Keck», *Fordham international law journal* 1996, p. 866 (especialmente p. 880); Greaves, «Advertising restrictions and the free movement of goods and services», *European law review* 1998, p. 305 (especialmente pp. 310 e 318); Heermann, «Artikel 30 EGV im Lichte der 'Keck'-Rechtsprechung», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Internationaler Teil* 1999, p. 579 (especialmente p. 585). V., em contrapartida, Mattera, «De l'arrêt 'Dassonville' à l'arrêt 'Keck': l'obscurité clarifiée d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions», *Revue du marché unique européen* 1994, p. 117 (especialmente p. 149), discordando que qualquer adaptação a uma regulamentação do Estado importador deva ser qualificada como obstáculo. Uma crítica à utilização dos custos como critério geral é formulada por Rolf Sack, «Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag», *Wettbewerb in Recht und Praxis* 1998, p. 103 (especialmente p. 107).

65. Logo, há que examinar a seguir se estão preenchidas as condições da fórmula Keck e Mithouard.

30 — Picod (já referido na nota 17, pp. 188 e segs.).

31 — Acórdão de 13 de Janeiro de 2000, TK-Heimdienst (C-254/98, Colect., p. I-151, n.º 26).

— Aplicação a todos os operadores económicos que exerçam a sua actividade no território nacional

66. Depreende-se do próprio teor do direito nacional pertinente, ou seja da AMG alemã, que a proibição de comércio por correspondência é aplicável tanto aos farmacêuticos nacionais como aos estrangeiros. Assim, a proibição controvertida preenche a primeira condição da fórmula Keck e Mithouard, segundo a qual a medida se deve aplicar a todos os operadores económicos em causa que exerçam a sua actividade no território nacional³².

— Efeito sobre a comercialização dos produtos

67. A fórmula Keck e Mithouard só abrange as medidas que afectam da mesma forma, tanto jurídica como factualmente, os produtos nacionais e estrangeiros³³.

68. Neste contexto, há que examinar, antes de mais, a questão de saber se as repercussões de uma medida sobre o volume das

ventas constitui um critério decisivo de apreciação do seu efeito sobre a comercialização. Embora o acórdão Ortscheit também aponte neste sentido, importa não sobrestimar o alcance das afirmações aí feitas pelo Tribunal de Justiça. Com efeito, por um lado, no acórdão Ortscheit está em primeiro plano a restrição potencial da circulação de mercadorias³⁴ e, por outro, o Tribunal de Justiça já antes relativizou, no próprio acórdão Keck e Mithouard³⁵, no acórdão Hünermund³⁶ e, posteriormente, no acórdão Leclerc-Siplec³⁷ a importância deste critério³⁸.

69. Quanto à condição de que os produtos nacionais e estrangeiros sejam afectados da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, verifica-se que a regulamentação controvertida se aplica da mesma forma a medicamentos nacionais e estrangeiros, isto é, sem distinguir consoante a origem dos produtos.

70. Aplicando o acórdão TK-Heimdienst, referido por alguns intervenientes, à regulamentação controvertida, verifica-se que,

32 — Acórdãos Hünermund e o. (já referido na nota 23, n.º 23); Tankstation 't Heukske e Boermans (já referido na nota 19, n.º 14); e Leclerc-Siplec (já referido na nota 24, n.º 23).

33 — Acórdãos Hünermund e o. (já referido na nota 23, n.º 23); Tankstation 't Heukske e Boermans (já referido na nota 19, n.º 14); e Leclerc-Siplec (já referido na nota 24, n.º 23).

34 — Acórdão Ortscheit (já referido na nota 10, n.º 10).

35 — Acórdão Keck e Mithouard (já referido na nota 15, n.º 13).

36 — Acórdão Hünermund e o. (já referido na nota 23, n.º 20).

37 — Acórdão Leclerc-Siplec (já referido na nota 24, n.º 20).

38 — O advogado-geral C. O. Lenz rejeita também este critério nas suas conclusões no processo Comissão/Grécia (acórdão já referido na nota 20, n.º 20).

se a abertura de uma farmácia na Alemanha, isto é, de um estabelecimento no território nacional, constituir a única possibilidade de vender os medicamentos, seriam favorecidas as farmácias nacionais, ou seja, alemãs, que já estão estabelecidas no país³⁹.

71. Por último, um outro indício de que as condições da fórmula Keck e Mithouard estão preenchidas é que o caso em apreço é diferente da situação no acórdão TK-Heimdienst, na medida em que a proibição de comércio por correspondência se aplica a todas as farmácias, sem excepção das farmácias estabelecidas no território nacional. Efectivamente, o direito alemão prevê uma proibição geral de vendas através da Internet.

72. Portanto, atendendo unicamente a que o direito alemão não estabelece qualquer distinção formal consoante a origem dos produtos, poderia dar-se por terminada a análise à luz da fórmula Keck e Mithouard, concluindo que a proibição de comércio por correspondência preenche as condições da fórmula Keck e Mithouard, ou seja, que é uma modalidade de venda.

73. Mas, como se indicará a seguir, a interpretação de uma disposição de direito comunitário tão crucial como a livre circulação de mercadorias, mais concretamente o artigo 28.º CE, não se pode limitar a uma aplicação mecânica das duas condições tradicionais da fórmula Keck e Mithouard.

— Aspecto decisivo: efeito sobre o acesso ao mercado

74. Ambas as condições — tradicionais — da fórmula Keck e Mithouard são, em rigor, apenas a expressão do requisito geral, nos termos do qual é decisivo se a medida, tratando-se de produtos provenientes de outro Estado-Membro «não é susceptível de impedir o seu acesso ao mercado ou de o dificultar mais do que dificulta o dos produtos nacionais»⁴⁰. Assim, não se trata nem da consequência nem da terceira condição, mas sim do critério geral, da máxima importância⁴¹.

75. Que não é satisfatório acolher uma visão limitada unicamente aos dois requisitos da fórmula Keck e Mithouard e a consequente restrição da análise, mostra a circunstância de que a regulamentação da AMG, ou seja, a proibição de comércio por correspondência, afecta formalmente produtos e farmácias nacionais e estrangeiros de modo idêntico, mas desfavorece as

39 — V. Clarke, «E-commerce and pharmacy law», *The Bar review* 2001, p. 357 (especialmente p. 362); Thurnher/Hohensinner, «Fragen Sie Ihren Internetapotheker», *ecolex* 2001, p. 493 (especialmente p. 496).

40 — Acórdão Keck e Mithouard (já referido na nota 15, n.º 17).

41 — V., em sentido contrário, Rolf Sack (já referido na nota 29, p. 103).

farmácias estrangeiras que, ao contrário das farmácias alemãs, estão mais fortemente dependentes da forma de comercialização proibida. Isto é demonstrado, por exemplo, pelo facto de que seria mais difícil para os clientes alemães irem pessoalmente às instalações de farmácias estrangeiras do que às das suas farmácias locais.

77. Note-se que a fórmula Keck e Mithouard só é aplicável quando se trata de modalidades que devem ser observadas após a entrada no mercado — já ocorrida —, mas não de restrições ao próprio acesso ao mercado⁴⁴.

78. Por conseguinte, o critério decisivo deve assentar na questão de saber se uma medida nacional torna o acesso ao mercado significativamente mais difícil ou não. A favor desta interpretação pronunciaram-se quer vozes importantes da doutrina⁴⁵, quer o próprio Tribunal de Justiça, pelo menos como princípio.

76. O caso em apreço torna patente que — entendidos em sentido estrito — os dois requisitos da fórmula Keck e Mithouard, e em particular o critério segundo o qual os produtos nacionais e estrangeiros devem ser afectados da mesma forma, são ineficazes face a medidas nacionais mais rigorosas, ou seja, muito mais restritivas, mesmo que estas medidas nacionais constituam modalidades de venda⁴². Deste modo, a regulamentação relativa a vias de distribuição pode limitar o acesso ao mercado tal como as medidas relativas ao produto⁴³.

79. Deste modo, relativamente à livre circulação de mercadorias, o Tribunal de Justiça observou «que [...] uma proibição de publicidade [...] tornaria a comercialização e, por conseguinte, o acesso ao mercado desses produtos significativamente mais difíceis»⁴⁶. No respeitante à liberdade de prestação de serviços, o Tribunal de Justiça considerou que uma proi-

42 — Problema levantado, por exemplo, por Gornley (já referido na nota 29, pp. 884 e segs.) e Oliver, «Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC», *Common market law review* 1999, p. 783 (especialmente p. 795).

43 — Schwintowski, «Freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt: eine Fundamentalkritik des EuGH zu Art. 28 EGV», in: *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des europäischen Privatrechts*, 2000, p. 457 (especialmente p. 468).

44 — V. conclusões do advogado-geral M. B. Elmer no processo Franzén (acórdão já referido na nota 22).

45 — V., por exemplo, conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Leclere-Siplec (acórdão já referido na nota 24).

V., também, Dauses, «Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1995, p. 425 (especialmente p. 428); Rolf Sack (já referido na nota 29, p. 109); os artigos em Schwarze (editor), *Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999; Weatherill, «After Keck: some thoughts on how to clarify the clarification», *Common market law review* 1996, p. 885 (especialmente p. 897).

46 — Acórdão de 4 de Novembro de 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, Colect., p. I-6013, n.º 51).

bição que condiciona directamente o acesso ao mercado dos serviços é susceptível de entrar o comércio intracomunitário de serviços⁴⁷. Adicionalmente, refira-se que uma medida nacional que entrava — indistintamente — o exercício de uma actividade económica, está abrangida pelo âmbito de aplicação da liberdade de prestação de serviços⁴⁸.

80. *In casu*, sucede ainda que a regulamentação controvertida não afecta a revenda, mas desde logo a passagem dos produtos nas fronteiras numa determinada forma e, deste modo, impede o acesso ao mercado do Estado-Membro em questão. Se uma proibição tem como efeito, por exemplo, que um produto desapareça praticamente do mercado, uma tal regulamentação pode mesmo ser qualificada como uma disposição relativa ao produto⁴⁹.

81. Contudo, a solução aqui acolhida, que se centra no efeito sobre o acesso ao mercado, não deve ser interpretada no sentido de que o aspecto decisivo é o carácter perceptível da medida nacional⁵⁰. De resto, diversamente de uma regra *de minimis*, como, por exemplo, no direito da

concorrência, não é aqui necessária qualquer apreciação de dados económicos⁵¹.

82. Porém, a circunstância de existirem outras formas de distribuição admissíveis e eficazes é um elemento essencial para determinar se o acesso ao mercado se tornou significativamente mais difícil⁵².

— Alternativas de acesso ao mercado: existência de outras formas de comercialização

83. As medidas nacionais que canalizam os produtos para certos estabelecimentos, por exemplo, as que, em princípio, reservam às farmácias a venda de medicamentos — como no presente processo — constituem um caso extremo de regras de comercialização. É irrelevante que as medidas tenham por objecto a canalização⁵³ ou que sejam apenas susceptíveis de a originar⁵⁴.

47 — Acórdão de 10 de Maio de 1995, *Alpine Investments* (C-384/93, Colect., p. I-1141, n.ºs 35 e 38).

48 — Acórdão de 25 de Julho de 1991, *Säger* (C-76/90, Colect., p. I-4221, n.º 12).

49 — Kröck, *Der Einfluß der europäischen Grundfreiheiten am Beispiel der Ärzte und Arzneimittel*, 1998, p. 200.

50 — A favor de uma tal solução alternativa, Rolf Sack, «Staatliche Regelung so genannter 'Verkaufsmodalitäten' und Art. 30 EG-Vertrag», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 1994, p. 37 (especialmente p. 45).

51 — Sobre a diferença, v. Oliver (já referido na nota 42, p. 799).

52 — V. conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo *De Agostini e TV-Shop* (acórdão de 9 de Julho de 1997, C-34/95, C-35/95 e C-36/95, Colect., p. I-3843).

53 — A respeito de uma regulamentação com estas características, v. conclusões do advogado-geral W. van Gerven no processo *Tankstation 't Heukske e Boermans* (acórdão já referido na nota 19, n.º 22); v., também, *Thurnher/Hohensinner* (já referidos na nota 39, p. 496).

54 — Acórdão *Bancho* (já referido na nota 21, n.º 43); conclusões do advogado-geral C. O. Lenz no processo *Comissão/Grecia* (acórdão já referido na nota 20, n.º 19).

84. Contudo, como mostra o acórdão do Tribunal de Justiça no processo relativo às farmácias gregas⁵⁵, mesmo as regulamentações deste tipo referentes à comercialização através de determinados operadores económicos não são abrangidas pelo artigo 28.º CE.

85. No caso vertente, não só é reservada a venda a um determinado grupo de operadores económicos, mas é simultaneamente proibida toda uma forma de venda. Assim, a regulamentação alemã em litígio vai para além das disposições controvertidas no processo relativo às farmácias gregas.

86. Nos termos do acórdão Hünermund⁵⁶, é decisivo saber se os operadores económicos diferentes dos farmacêuticos têm ou não a possibilidade de vender os produtos. Ora, *in casu*, à proibição de uma determinada forma de venda vem ainda juntar-se a restrição por força da qual, em princípio, os medicamentos também não podem ser vendidos por operadores económicos diferentes dos farmacêuticos.

87. Todavia, no que diz respeito à canalização para determinados pontos de venda,

pode deduzir-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, tanto na relação entre o grossista e o retalhista como na relação entre o retalhista e o consumidor, é necessário que haja uma suficiente liberdade de escolha entre as fontes de abastecimento e, portanto, que existam as correspondentes alternativas.

88. É certo que a proibição controvertida afecta apenas uma forma de venda⁵⁷, contudo, isto não exclui que uma tal medida possa também, em princípio, constituir uma restrição, na acepção do artigo 28.º CE. Neste contexto, é decisivo ter em conta se a forma de venda afectada pela proibição é importante para a penetração no mercado⁵⁸. Neste contexto, não é relevante o facto de ser também restringido o acesso das farmácias tradicionais alemãs ao mercado retalhista alemão, na medida em que estas dispõem unicamente de uma área de actividade limitada.

89. Nos termos do acórdão Leclerc-Siplec, é necessário saber se uma medida nacional «não afecta a possibilidade de os distribuidores utilizarem outras formas de publicidade»⁵⁹.

55 — Acórdão Comissão/Grécia (já referido na nota 20).

56 — Acórdão Hünermund e o. (já referido na nota 23, n.º 19).

57 — V., a este respeito, em termos gerais, Ernst, «Arzneimittelverkauf im Internet», *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2001, p. 893 (especialmente p. 896, com outras referências).

58 — Por exemplo, Clarke (já referido na nota 39, p. 362).

59 — Acórdão Leclerc-Siplec (já referido na nota 24, n.º 19).

90. Por conseguinte, é decisivo se existem outras formas — eficazes — de distribuição e de promoção⁶⁰ ou se a medida nacional torna, na prática, impossível o acesso ao mercado.

— Ónus da prova quanto à existência de uma restrição

91. Se a medida nacional controvertida torna na prática impossível o acesso ao mercado, como afirma a DocMorris, sem ter sido substancialmente contestada pelos outros intervenientes, isto constitui uma restrição à circulação de mercadorias, na acepção do artigo 28.º CE. O mesmo é válido se se considerar, tal como o Tribunal de Justiça no acórdão De Agostini e TV-Shop e TV-Shop, que a «proibição não afecta da mesma forma, juridicamente e de facto, a comercialização dos produtos nacionais e a dos provenientes de outros Estados-Membros»⁶¹. Efectivamente, ao excluir de modo obrigatório uma via de distribuição importante — ainda que não a única utilizável — a regulamentação controvertida tem efeitos negativos nas importações de medicamentos de outros Estados⁶².

92. Nos termos do acórdão De Agostini e TV-Shop e TV-Shop⁶³, a apreciação da eficácia dos diferentes modos (de promoção) compete, em princípio, ao órgão jurisdicional de reenvio. Perante este, é necessário demonstrar, em especial, que a «proibição não afecta da mesma forma, juridicamente e de facto, a comercialização dos produtos nacionais e a dos provenientes de outros Estados-Membros»⁶⁴.

93. Se a regulamentação alemã em litígio devesse ser qualificada como modalidade de venda, seria aplicável a presunção estabelecida no acórdão De Agostini e TV-Shop de que a regulamentação não é abrangida pelo artigo 28.º CE. Porém, esta presunção pode ser ilidida perante o órgão jurisdicional nacional.

94. Porém, se, como é proposto, se partir da premissa de que também o facto de o acesso ao mercado se ter tornado significativamente mais difícil exclui a aplicação da excepção Keck e Mithouard, ou seja, que não existe qualquer modalidade de venda,

60 — Neste sentido, a respeito de uma proibição de publicidade, v. conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo De Agostini e TV-Shop (já referidas na nota 52, n.ºs 97 e 99).

61 — Acórdão De Agostini e TV-Shop (conclusões já referidas na nota 52, n.º 44).

62 — Neste sentido, a respeito do monopólio de venda das farmácias, v. conclusões do advogado-geral C. O. Lenz no processo Comissão/Grécia (acórdão já referido na nota 20, n.º 19).

63 — Acórdão De Agostini e TV-Shop (conclusões já referidas na nota 52, n.º 43).

64 — Acórdão De Agostini e TV-Shop (conclusões já referidas na nota 52, n.º 44).

seria necessário provar a existência de um obstáculo significativo⁶⁵.

b) Possível justificação da proibição de comércio por correspondência [questão prejudicial 1b)]

i) Argumentos das partes

iii) Conclusão provisória quanto às questões prejudiciais 1 e 1a)

95. A regulamentação controvertida apresenta, no contexto da situação no mercado do produto considerado, certas particularidades que se revestem de grande importância no quadro desta análise. Entre elas figura a circunstância de que as farmácias nacionais já estabelecidas não dependem da forma de comercialização proibida e são, por isso, favorecidas. Deve ainda notar-se que a medida nacional não regula apenas a venda dos produtos após a sua passagem na fronteira, mas impede mesmo a passagem da fronteira numa determinada forma.

97. A DocMorris é o único dos intervenientes que, na fase escrita do processo, exclui que seja possível justificar a proibição de comércio por correspondência. Assim, em primeiro lugar, a proibição do § 43 da AMG e do § 73 da AMG não é necessária para garantir uma efectiva protecção da saúde e, em segundo lugar, uma autorização regulamentada do comércio por correspondência oferece a possibilidade de melhorar a protecção da saúde.

96. Em consequência, face a estas particularidades, é forçoso concluir a título provisório que a proibição controvertida, referente ao comércio por correspondência, não pode ser abrangida pela excepção Keck e Mithouard e deve ser qualificada como uma medida de efeito equivalente, na acepção do artigo 28.º CE.

98. Para assegurar um elevado nível de protecção da saúde, as farmácias teriam de garantir um controlo efectivo da encomenda, da embalagem e da recepção, designadamente um controlo repetido das receitas médicas por farmacêuticos autorizados pelos Estados-Membros, um acondicionamento dos medicamentos em recipientes especialmente previstos para esse efeito, bem como a documentação da recepção.

99. Segundo a DocMorris, o artigo 30.º CE deve ser interpretado no sentido de que só permite a um Estado-Membro proibir —

65 — V., também, a este respeito, os artigos em Schwarze (já referido na nota 45).

como Estado importador — o comércio transfronteiriço por correspondência de medicamentos, quando este Estado-Membro pode fundadamente demonstrar e provar que o fornecimento pelas farmácias efectuado, autorizado e fiscalizado no Estado-Membro de proveniência comporta riscos reais para a saúde devido a insuficientes medidas de segurança.

102. O Governo alemão, com base na sua tese de que não existe qualquer restrição à livre circulação de mercadorias, alega apenas subsidiariamente que a regulamentação está justificada por razões de protecção da saúde e é também proporcionada, pelo que não viola o artigo 28.º CE. Porém, sendo este o caso, poderia ser justificada por via do artigo 30.º CE.

100. A Apothekerverband, bem como os Governos alemão, francês, helénico, irlandês e austríaco, entendem que a regulamentação alemã está justificada por razões de protecção da saúde e da vida das pessoas.

ii) Apreciação

101. A Apothekerverband indica, antes de mais, que o comércio por correspondência através de uma farmácia estrangeira é autorizado em casos concretos. A proibição de comércio por correspondência permite melhorar a farmacovigilância, garantindo o aconselhamento por farmacêuticos. A Apothekerverband invoca ainda a jurisprudência nacional relativa ao sistema de abastecimento de medicamentos, que inclui o sistema de preços fixos para medicamentos. Além disso, é ameaçada a existência das farmácias tradicionais. Segundo a Apothekerverband, a proibição de comércio por correspondência é também proporcionada.

103. No respeitante a uma possível justificação da proibição de comércio por correspondência há que referir, em primeiro lugar, que as considerações seguintes são tecidas para o caso de o Tribunal de Justiça concluir que a proibição de comércio por correspondência é abrangida pelo artigo 28.º CE e constitui uma restrição à livre circulação de mercadorias.

104. Dado que as observações das partes são, por vezes, pouco claras, deve realçar-se que, antes de examinar uma justificação por via do artigo 30.º CE, há que analisar se a medida nacional é aplicável indistintamente. Neste caso, a justificação deve ser

procurada no artigo 28.º CE, isto é, na jurisprudência *Cassis de Dijon* a este respeito. Contrariamente à tese por vezes defendida na doutrina alemã⁶⁶, não é necessário recorrer ao artigo 30.º CE.

— Proporcionalidade da medida

107. Porém, para ser compatível com o artigo 28.º CE, a medida nacional deve não só prosseguir um objectivo reconhecido como causa de justificação mas também respeitar o princípio da proporcionalidade.

— Justificação da medida

105. É ponto assente que a jurisprudência do Tribunal de Justiça reconheceu a protecção da saúde como exigência imperativa, não apenas no quadro do artigo 30.º CE, mas também no quadro do artigo 28.º CE⁶⁷.

108. A proporcionalidade deve ser analisada não atendendo a casos concretos, mas em geral. Com efeito, o princípio da proporcionalidade é logo violado quando a violação se verifica apenas de modo típico. Neste contexto, há que examinar a adequação, a necessidade e a razoabilidade da medida nacional:

106. Não se pode negar que a regulamentação da AMG em litígio visa garantir a protecção da saúde.

— Adequação da medida nacional

109. Em primeiro lugar, deve examinar-se se a regulamentação da AMG é realmente adequada para garantir a protecção da saúde.

66 — V., por exemplo, Heermann, «Artikel 30 EGV im Lichte der 'Keck'-Rechtsprechung: Anerkennung sonstiger Verkaufsmodalitäten und Einführung eines einheitlichen Rechtfertigungstatbestands?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1999, p. 579 (especialmente p. 594), o qual conclui que, estando preenchidas as condições do artigo 30.º CE, não é aplicável o artigo 28.º CE. A isto cabe objectar que o artigo 30.º CE só é pertinente quando é aplicável o artigo 28.º CE e é também violada a proibição aí prevista. Em contrapartida, a aplicação da jurisprudência *Cassis de Dijon* implica que não existe sequer uma violação do artigo 28.º CE.

67 — Acórdãos de 20 de Fevereiro de 1979, *Rewe-Zentral*, dito «*Cassis de Dijon*» (120/78, *Colect.*, p. 327), e de 1 de Junho de 1994, *Comissão/Alemanha* (C-317/92, *Colect.*, p. I-2039).

110. Como o Governo alemão correctamente assinala, as medidas aí previstas são,

em princípio, adequadas para prosseguir este objectivo. A tal não obsta a circunstância de que outra regulamentação, que permitisse a comercialização através da Internet, podia assegurar a protecção da saúde.

— Necessidade da medida nacional

111. Em segundo lugar, há que examinar a necessidade da medida nacional no domínio da protecção da saúde⁶⁸.

112. Neste contexto, deve partir-se da premissa de que os Estados-Membros não estão obrigados a escolher o nível de protecção mais baixo⁶⁹.

113. A necessidade da regulamentação em litígio é posta em causa pela circunstância de que uma tal proibição não é considerada necessária por todos os Estados-Membros, não existindo em todos eles.

68 — Acórdãos de 16 de Abril de 1991, Eurim-Pharm (C-347/89, Colect., p. I-1747, n.º 27); de 8 de Abril de 1992, Comissão/Alemanha (C-62/90, Colect., p. I-2575, n.º 12); de 14 de Dezembro de 2000, Comissão/França (C-55/99, Colect., p. I-11499, n.º 42); e de 10 de Setembro de 2002, Ferring (C-172/00, ainda não publicado na Colectânea, n.º 34).

69 — V. acórdão de 25 de Julho de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior e Publvía (C-1/90 e C-176/90, Colect., p. I-4151, n.º 16).

— Razoabilidade da medida nacional

114. Em terceiro lugar, para determinar a conformidade da regulamentação controvertida da AMG com o direito comunitário, é necessário um exame à luz da proporcionalidade em sentido estrito ou da razoabilidade. Neste contexto, importa saber se a saúde e a vida das pessoas podem ser protegidas de forma igualmente eficaz por medidas menos restritivas das trocas comerciais intracomunitárias.

115. No quadro da questão prejudicial 1b), é conveniente circunscrever a análise à causa de justificação relativa à «protecção das normas nacionais de autorização, evitando que sejam contornadas», invocada por vários intervenientes.

116. Na prática, existem medidas úteis, isto é, eficazes, mas menos restritivas da livre circulação de mercadorias, embora isto — pelo menos segundo uma parte da jurisprudência⁷⁰ —, por si só, não constitua um argumento contra a proporcionalidade de uma regulamentação nacional.

70 — Acórdão de 21 de Setembro de 1999, Läära e o. (C-124/97, Colect., p. I-6067, n.º 36).

117. Relativamente ao perigo de as normas nacionais de autorização serem contornadas através das farmácias Internet, na medida em que poderiam ser encomendados medicamentos não autorizados via Internet no Estado-Membro importador e depois introduzidos neste Estado-Membro, vários intervenientes referiram-se ao nível da harmonização da legislação relativa à autorização de introdução no mercado e ao significado do acórdão Ortscheit relativamente à questão da autorização.

118. No entanto, no presente processo não é necessário atender nem ao significado das diferentes possibilidades de autorização nem à possibilidade de reconhecimento, porque as diferenças entre as possibilidades referidas pelos intervenientes não são relevantes para responder à questão prejudicial 1b).

119. Pelo contrário, a solução pode ser encontrada na disposição pertinente do artigo 3.º da Directiva 65/65. Nos termos deste artigo, nenhum medicamento «pode ser introduzido no mercado num Estado-Membro sem que para tal tenha sido emitida pela autoridade competente desse Estado-Membro uma autorização de introdução no mercado, nos termos da presente directiva, ou sem que tenha sido concedida uma autorização nos termos do Regulamento (CEE) n.º 2309/93 [...]»

120. Nestas condições, se se trata de medicamentos não autorizados no Estado

importador nem com autorização aí reconhecida, este Estado-Membro pode proibir a introdução no mercado. Deste modo, é também proporcionada uma proibição de comércio por correspondência, através da qual se visa impedir a introdução no mercado destes medicamentos.

121. As restantes justificações — invocadas — serão analisadas com referência aos medicamentos autorizados, ou seja, no quadro da análise da questão prejudicial 1c).

iii) Conclusão provisória quanto à questão prejudicial 1b)

122. Os artigos 28.º CE e 30.º CE devem ser interpretados no sentido de que a protecção da saúde e da vida das pessoas justifica uma legislação nacional que proíbe a importação comercial transfronteiriça de medicamentos para uso humano de venda obrigatória em farmácia por farmácias autorizadas de outros Estados-Membros, tendo por base encomendas individuais de consumidores finais feitas através da Internet, quando se trata de medicamentos sujeitos a autorização no Estado em que são introduzidos, mas para os quais não existe qualquer autorização nacional ou reconhecimento, nem foi emitida uma autorização comunitária central.

B — *Medicamentos autorizados: questão prejudicial 1c)*

1. Argumentos das partes

123. A DocMorris chama a atenção para o facto de que a reimportação de medicamentos — autorizados —, reconhecida pelo Tribunal de Justiça, contribui para a realização do mercado interno e de que não existe qualquer abuso no presente contexto.

124. A Apothekerverband considera justificada a proibição de comércio por correspondência também para medicamentos autorizados no Estado importador.

125. Também os Governos helénico e austríaco indicam expressamente que a proibição de comércio por correspondência está justificada mesmo para medicamentos autorizados.

126. O Governo alemão parte do princípio de que também a proibição de comércio por correspondência de medicamentos autorizados constitui apenas uma modalidade de venda.

127. A Comissão defende que o direito comunitário derivado permite também uma proibição de vendas à distância de medicamentos autorizados. Neste contexto, invoca o artigo 14.º da Directiva 97/7 e o artigo 1.º, n.º 3, bem como o artigo 3.º, n.º 4, da directiva sobre o comércio electrónico.

128. Por último, a Comissão entende que, também quanto aos medicamentos autorizados, as condições da fórmula Keck e Mithouard são satisfeitas pela proibição de comércio por correspondência.

2. Apreciação

129. A questão prejudicial 1c) diz respeito à introdução no mercado ou à importação de medicamentos autorizados no Estado importador, ou seja, à reimportação. Porém, o presente processo não tem por objecto as questões habituais relativas à propriedade industrial ou à exigência de uma nova autorização. Estão aqui em causa a questão fundamental de saber se a livre circulação de mercadorias é efectivamente aplicável e a justificação por razões de protecção da saúde.

a) Risco de incumprimento de disposições nacionais

Morris correctamente sublinha, a livre circulação de mercadorias protege cada fase de comercialização de modo independente.

130. Contra a aplicabilidade da livre circulação de mercadorias, foi referido no processo que a presente situação, isto é, a reimportação via farmácia Internet, é uma operação comercial virtual que, por isso, não é abrangida por esta liberdade fundamental. A este respeito, deve notar-se que a presente estrutura da comercialização de medicamentos através da Internet é caracterizada pelo facto de que a farmácia da Internet não importa, ela própria, medicamentos da Alemanha para os voltar a exportar para este país⁷¹.

133. A reimportação tem lugar numa fase diferente daquela da exportação, mais concretamente, no contexto da relação entre o retalhista (DocMorris) e o consumidor, que se encontram em Estados-Membros diferentes.

131. Ao invés, é necessário distinguir entre duas operações jurídica e economicamente autónomas: a aquisição do medicamento pela farmácia da Internet a um grossista, podendo a exportação ser efectuada a partir da Alemanha através do grossista, e a venda do medicamento pela farmácia da Internet a consumidores, por exemplo, na Alemanha.

134. Um indício de que a presente estrutura da comercialização de medicamentos não constitui qualquer abuso da livre circulação de mercadorias é o facto de as farmácias Internet também pretenderem exercer a sua actividade comercial nos Estados-Membros, nos quais adquirem medicamentos. Ora, o exercício de actividades noutros Estados-Membros, em especial, o comércio transfronteiriço, faz parte da essência do mercado único, sobretudo das liberdades fundamentais⁷².

132. Em primeiro lugar, são celebrados dois negócios em fases distintas da comercialização (entre o grossista e a farmácia Internet, bem como entre a farmácia Internet e o consumidor) e, em segundo lugar, o comércio transfronteiriço tem lugar em qualquer destas duas fases. Como a Doc-

135. Esta conclusão é confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça,

71 — A respeito de uma tal situação, v. acórdão de 10 de Janeiro de 1985, Leclerc (229/83, Recueil, p. 1).

72 — A respeito da liberdade de estabelecimento, v. acórdão de 9 de Março de 1999, Centros (C-212/97, Colect., p. I-1459, n.ºs 26 e segs.).

segundo a qual também a importação de produtos autorizados no Estado importador, mesmo quando se trata de medicamentos⁷³, ou seja, a reimportação, é abrangida pela livre circulação de mercadorias.

b) Proporcionalidade da proibição de comércio por correspondência

136. A seguir, resta apenas analisar os aspectos que foram indicados pelos intervenientes como razões que justificam a proibição de comércio por correspondência e que são relevantes para apreciar a necessidade e a razoabilidade da regulamentação em litígio.

137. Deve partir-se do princípio de que a «circunstância de o médico que receitou o medicamento ou o farmacêutico que o vendeu estarem estabelecidos num Estado-Membro diferente daquele em que o medicamento é utilizado não obsta [...] a que estes profissionais assegurem, se necessário com a colaboração de um colega estabelecido no Estado-Membro de importação, um controlo da utilização do medicamento importado»⁷⁴.

73 — V. acórdãos de 12 de Novembro de 1996, *Smith & Nephew e Primocrown* (C-201/94, *Colect.*, p. I-5819), a respeito da Directiva 65/65, e de 12 de Outubro de 1999, *Upjohn* (C-379/97, *Colect.*, p. I-6927), relativo a direitos de marca no domínio farmacêutico.

74 — Acórdão Comissão/Alemanha (já referido na nota 68, n.º 19).

138. Deve ainda notar-se que as farmácias Internet estão sujeitas às disposições do Estado em que têm sede, ao qual incumbe também a correspondente fiscalização.

i) Apreciação dos objectivos prosseguidos através da proibição de comércio por correspondência

— Falta de um aconselhamento qualificado?

139. Os intervenientes indicaram algumas das vantagens que entendem ser oferecidas pelo aconselhamento numa farmácia tradicional, e que alegadamente não existem nas farmácias Internet. Nestas últimas, não é, por exemplo, possível que os farmacêuticos tomem a iniciativa de prestar conselhos. A este respeito, é de notar que esta possibilidade também existe, em princípio, nas farmácias Internet. Além disso, no que se refere às farmácias tradicionais, não foi provado ou demonstrado com que frequência e em que casos são efectivamente prestados esclarecimentos pelo farmacêutico, quer por iniciativa deste, quer por iniciativa do paciente.

140. A Apothekerverband indicou ainda que, na falta de aconselhamento, existe o perigo de serem importados medicamentos de contrafacção, não testados, perigosos ou ineficazes. A este respeito, não foram apresentados números concretos para a Alemanha.

143. Importa ainda lembrar a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual o aconselhamento na farmácia de outro Estado-Membro deve ser considerado equivalente⁷⁶.

141. Chamou-se ainda a atenção para o facto de que, quando os medicamentos são comprados numa farmácia Internet, a entrega é efectuada através de um serviço de correios e não pessoalmente. A este respeito, basta referir a prática corrente de também não se ir sempre buscar pessoalmente os medicamentos às farmácias tradicionais.

144. Por último, há que referir as diferenças entre o aconselhamento pessoal e o aconselhamento à distância, mencionadas por vários intervenientes, ou seja, a atenção pessoal do farmacêutico, os conhecimentos locais do farmacêutico e a possibilidade que este tem de cooperar com outros profissionais de saúde. Estas particularidades das farmácias tradicionais podem perfeitamente ser mantidas e não serão alteradas — juridicamente — através da autorização de farmácias Internet.

142. É de sublinhar que o legislador alemão não prevê quaisquer controlos especiais relativamente ao aconselhamento por iniciativa do farmacêutico e à entrega pessoal. No entanto, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁷⁵, a ausência de controlos constitui um aspecto essencial ao apreciar a necessidade de medidas nacionais.

145. Porém, para garantir o nível de aconselhamento necessário, as farmácias Internet têm também de satisfazer determinados requisitos no que respeita ao aconselhamento e às encomendas.

146. Assim, devem controlar as encomendas, e, designadamente, dar resposta a

75 — Acórdão de 7 de Março de 1989, Schumacher (215/87, Colect., p. 617, n.º 21), sobre a ausência de controlos relativos a certos tipos de importações.

76 — Acórdão Schumacher (já referido na nota 75, n.º 20).

eventuais questões, e elaborar um protocolo das recomendações. Em certos casos, devem tomar a iniciativa de fornecer informações, em especial, se têm dúvidas quanto ao conteúdo do medicamento. Para impedir um eventual uso abusivo, poderia também fixar-se a quantidade máxima dos medicamentos a fornecer. Os rótulos e a informação devem ser redigidos ou fornecidos adicionalmente na língua do paciente. Por último, deve ser possível contactar as farmácias Internet a qualquer altura.

147. Quanto aos medicamentos sujeitos a receita médica, as farmácias Internet têm de tomar medidas adicionais. Em qualquer caso, estão sujeitas às regras do Estado importador em matéria de receitas médicas. Além disso, o envio apenas deve ser possível mediante a apresentação da receita médica original, que poderá ser necessário arquivar.

148. Finalmente, também não deve ignorar-se que a encomenda via Internet pode, em parte, oferecer melhores possibilidades técnicas a nível do aconselhamento. Por exemplo, as farmácias Internet, que dispõem de um historial de medicação automatizado, podem mais facilmente tomar a iniciativa de contactar os pacientes.

— Necessidade de garantir a protecção dos pacientes quando os medicamentos são enviados

149. As partes indicaram a necessidade de garantir a protecção dos pacientes quando os medicamentos são enviados. Ao serem enviados os medicamentos, é possível assegurar a protecção dos pacientes através das correspondentes medidas de controlo da embalagem e da recepção. Assim, seria necessário controlar se o conteúdo e a quantidade dos medicamentos enviados correspondem aos dos encomendados. É também necessário garantir um transporte adequado, designadamente no caso de medicamentos sensíveis ao calor e à luz. Por último, deve ser garantido um controlo suficiente da recepção. Isto inclui, sobretudo, uma documentação das operações de fornecimento, eventualmente através do serviço de correios, ou mesmo a entrega apenas a pessoas autorizadas, se necessário a confirmar através de assinatura.

150. No presente caso, a DocMorris referiu ainda, correctamente, que, para evitar o aparecimento de fornecedores menos honestos, estão previstos vários requisitos de informação na directiva sobre o comércio electrónico, em especial, nos seus artigos 5.º, 6.º e 10.º

— Necessidade de garantir um abastecimento susceptível de cobrir todo o território e ajustado às necessidades

151. Vários intervenientes alegaram que a autorização de farmácias Internet teria consequências económicas negativas para as farmácias tradicionais, podendo mesmo pôr em perigo a sua existência. Neste contexto, vários intervenientes chamaram a atenção para o perigo que daí decorre para a segurança do abastecimento.

152. Note-se que a segurança do abastecimento constitui uma razão que a jurisprudência do Tribunal de Justiça reconheceu ser susceptível de justificar determinadas medidas nacionais. Porém, exige-se também como condição que a medida seja indispensável à manutenção de um determinado nível de abastecimento⁷⁷.

153. Assim, também neste contexto é necessário que o Estado-Membro em questão prove que o correspondente abastecimento só pode ser garantido através da medida tomada. Porém, o Governo alemão — abstraindo de previsões e receios — não apresentou qualquer prova de que a regulamentação controvertida é absolutamente necessária para garantir o abastecimento.

154. Além disso, a autorização do comércio por correspondência de modo algum significa automaticamente o fim das farmácias tradicionais. No plano jurídico, é perfeitamente possível a coexistência de diferentes formas de comercialização. Assim, não está excluído que as farmácias tradicionais possam continuar a tirar proveito económico das suas vantagens, como um rápido abastecimento, dado não serem necessários prazos de entrega, e o fornecimento de urgência, à noite e aos fins-de-semana.

ii) Ónus da prova que recai sobre o Estado-Membro em questão

155. Por último, é de referir que, conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça declarou, também em reenvio prejudicial o Estado-Membro tem o dever de demonstrar que uma medida restritiva da circulação de mercadorias é justificada e proporcionada⁷⁸. Assim, tinha de demonstrar «que a medida em causa fosse o meio mais adequado [...] e simultaneamente o menos restritivo para as trocas intracomunitárias»⁷⁹.

77 — V. acórdãos de 28 de Abril de 1998, Kohll (C-158/96, Colect., p. I-1931, n.º 48 e segs.); de 12 de Julho de 2001, Vanbraekel e o. (C-368/98, Colect., p. I-5363, n.º 48); e Smits e Peerbooms (C-157/99, Colect., p. I-5473, n.º 73).

78 — Acórdãos de 12 de Março de 1987, Comissão/Alemanha (178/84, Colect., p. 1227, n.º 46), e Kohll (já referido na nota 77, n.º 52).

79 — Acórdão Comissão/Alemanha (já referido na nota 67, n.º 20).

156. O ónus da prova diz respeito, em especial, à questão de saber se a fiabilidade da farmácia Internet está assegurada no Estado de origem⁸⁰, neste caso, no Estado a partir do qual a farmácia Internet exerce a sua actividade. Além disso, o Tribunal de Justiça exigiu expressamente a demonstração de «que a legislação controvertida no processo principal era necessária para garantir um serviço [...] equilibrado e acessível a todos»⁸¹.

157. A República Federal da Alemanha não demonstrou que a proibição de comércio por correspondência é necessária e razoável, isto é, que os objectivos prosseguidos não poderiam ser realizados de modo igualmente eficaz através de uma regulamentação menos rigorosa, que impusesse uma série de condições ao funcionamento das farmácias Internet.

158. A prossecução dos objectivos aconselhamento qualificado, protecção dos pacientes e segurança do abastecimento podia também ser assegurada através de medidas menos gravosas que a regulamentação em litígio, que prevê uma simples proibição.

80 — Acórdão Comissão/Alemanha (já referido na nota 67, n.º 18).

81 — Acórdão Kohl (já referido na nota 77, n.º 52).

159. Entre as medidas adequadas contam-se, em primeira linha, os requisitos mencionados a propósito destes objectivos, respeitantes ao controlo das encomendas, do envio e do transporte das embalagens, bem como da recepção.

160. É uma questão do litígio concreto saber se a DocMorris preenche estes requisitos. Porém, a resolução deste litígio compete ao juiz nacional.

iii) Conclusão provisória quanto à questão prejudicial 1c)

161. Nestas condições, deve responder-se à questão prejudicial 1c) que os artigos 28.º CE e 30.º CE devem ser interpretados no sentido de que a protecção da saúde e da vida das pessoas não justifica uma proibição nacional da importação de medicamentos autorizados no Estado importador que anteriormente foram comprados por uma farmácia de outro Estado-Membro da União Europeia a grossistas do Estado importador, se esta medida não for proporcionada.

VI — Quanto à segunda questão prejudicial

A — *Questões prejudiciais 2 e 2a)*

162. Também a segunda questão prejudicial deve ser reformulada no sentido de não incidir expressamente sobre a compatibilidade de uma determinada medida nacional:

1. Questão prejudicial 2: proibição de publicidade ao comércio de medicamentos por correspondência e de publicidade a determinados medicamentos

a) Argumentos das partes

Os artigos 28.º CE e 30.º CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem à proibição nacional da publicidade ao comércio por correspondência de medicamentos, da publicidade a medicamentos sujeitos a receita médica e da publicidade a medicamentos de venda obrigatória em farmácia, autorizados no Estado de origem, mas não no Estado importador, nos termos da qual a página Internet de uma farmácia de um Estado-Membro que, a par de uma simples apresentação da empresa, descreve cada medicamento indicando o nome do produto, a eventual obrigatoriedade de receita médica, as dimensões da embalagem e o preço, oferecendo de imediato a possibilidade de, através de um formulário *online*, encomendar esse medicamento, é classificada como publicidade proibida, com a consequência de as encomendas transfronteiriças de medicamentos feitas através da Internet, bem como o respectivo fornecimento, serem consideravelmente dificultados?

163. Na opinião da DocMorris, a possibilidade de fazer encomendas através da Internet é indispensável para o comércio por correspondência transfronteiriço de medicamentos a nível do mercado retalhista. Uma interpretação extensiva do conceito de publicidade junto do público em geral implica que as proibições nacionais, baseadas na proibição da Directiva 92/28, restrinjam a livre circulação de mercadorias. Tais medidas também não se justificam para evitar a automedicação ou para proteger sistemas de autorização nacional.

164. Pelo contrário, segundo a Apothekerverband, também as proibições de publicidade, incluindo a relativa a medicamentos autorizados, não violam os artigos 28.º CE e 30.º CE. Isto resulta da compatibilidade da proibição de comércio por correspondência com o direito comunitário.

165. Nas suas observações, o Governo alemão concentra-se sobre a proibição do § 8, n.º 2, da HWG e qualifica-a como modalidade de venda. Na hipótese de o Tribunal de Justiça não concordar com este entendimento, a proibição pode, pelo menos, justificar-se à luz do artigo 30.º CE.

166. O Governo francês, partindo da admissibilidade da proibição de comércio por correspondência, conclui que também é permitida a proibição de publicidade. Entende que a proibição de as farmácias publicitarem a sua própria actividade também não viola o artigo 28.º CE.

167. Os Governos helénico e irlandês consideram que a proibição de publicidade ao comércio por correspondência de medicamentos e relativa a medicamentos sujeitos a receita médica, mas não autorizados no Estado importador, é compatível com os artigos 28.º CE e 30.º CE. O Governo austríaco, invocando o código comunitário, considera justificada a proibição de publicidade também relativa a medicamentos não sujeitos a receita médica, mas de venda obrigatória em farmácia.

168. A Comissão entende que também as proibições de publicidade relativas a medicamentos sujeitos a receita médica e a medicamentos não autorizados constituem,

em princípio, modalidades de venda, na acepção da jurisprudência Keck e Mithouard. Pelo contrário, a proibição nos termos do § 8, n.º 2, da HWG deve ser qualificada como uma medida de efeito equivalente, na acepção do artigo 28.º CE.

b) Apreciação

169. Antes de mais, note-se que o direito alemão da publicidade de medicamentos distingue, no essencial, entre quatro proibições de publicidade: quanto a medicamentos não autorizados (§ 3a da HWG), quanto a medicamentos sujeitos a receita médica (§ 10 da HWG) e quanto a duas proibições relativas à venda de medicamentos por correspondência. Entre estas últimas figuram o § 8, n.º 1, primeira frase, da HWG, que proíbe, em geral, a publicidade à compra de medicamentos de venda obrigatória em farmácia, e o § 8, n.º 2, da HWG, que proíbe a publicidade à importação individual.

170. Na questão prejudicial 2, o órgão jurisdicional de reenvio não indica expressamente qualquer destas disposições do direito alemão, mas refere três tipos de proibições de publicidade: ao «comércio

por correspondência de medicamentos», «relativa a medicamentos sujeitos a receita médica» e a medicamentos «não autorizados [...] no Estado importador». A seguir, examinarei cada uma destas três proibições:

i) Proibição de publicidade ao comércio por correspondência de medicamentos

171. A questão prejudicial 2 refere-se, em primeiro lugar, à proibição de publicidade ao comércio por correspondência de medicamentos. Resulta dos autos submetidos pelo órgão jurisdicional de reenvio ao Tribunal de Justiça, que o primeiro só considera aplicável, relativamente ao comércio de medicamentos por correspondência, a proibição do § 8, n.º 1, da HWG e não também a constante do § 8, n.º 2, da HWG. Em consequência, esta última disposição não faz parte do enquadramento jurídico e de facto do processo principal.

172. A proibição de publicidade à venda de medicamentos por correspondência, constante do § 8, n.º 1, primeira frase, da HWG só tem por objecto medicamentos de venda obrigatória em farmácia, mas não se refere à obrigatoriedade de autorização ou de receita médica.

173. Para examinar esta disposição à luz do direito comunitário deve, antes de mais, averiguar-se se o domínio da publicidade de medicamentos em causa no presente processo está completamente harmonizado. Nesta hipótese, são aplicáveis, em primeira linha, as correspondentes disposições de direito derivado. Caso contrário, são aplicáveis as disposições de direito primário, ou seja, a livre circulação de mercadorias.

174. Entre as disposições de direito derivado, há que atender sobretudo à Directiva 92/28. Com efeito, o seu artigo 2.º, n.º 1, prevê uma proibição de publicidade. Porém, dado que esta se refere ao tipo de medicamentos, mas não à forma de venda, o seu âmbito de aplicação não coincide com o da proibição alemã de publicidade. Ao passo que a proibição da directiva só se aplica a medicamentos cuja introdução no mercado não foi autorizada nos termos do direito comunitário, o § 8, n.º 1, primeira frase, da HWG proíbe a publicidade relativa à compra por correspondência de medicamentos cujo fornecimento está reservado às farmácias.

175. Por conseguinte, a regra de direito comunitário necessária para apreciar uma proibição de publicidade como a constante do § 8, n.º 1, da HWG continua a ser a livre circulação de mercadorias. A este respeito, é decisivo ter em conta que o § 8, n.º 1, em primeiro lugar, não distingue consoante a origem dos produtos e, em segundo lugar, se aplica a todos os operadores, satisfazendo, à primeira vista, ambos os critérios tradicionais da jurisprudência

Keck e Mithouard. Portanto, com base na fórmula Keck e Mithouard, parece evidente que a proibição de publicidade, constante do § 8, n.º 1, da HWG, deve ser qualificada como modalidade de venda.

176. Porém, como já assinei a propósito da proibição de comércio por correspondência, não é relevante apenas se a comercialização de produtos estrangeiros é afectada da mesma forma, mas também se a proibição de publicidade restringe o acesso ao mercado de tal modo que já não se pode falar de uma mera modalidade de venda. Com efeito, neste caso trata-se de uma medida de efeito equivalente, na acepção do artigo 28.º CE⁸².

177. A DocMorris chama a atenção para o facto de as proibições de publicidade tornarem impossível a encomenda de medicamentos via Internet. A DocMorris sublinha, com razão, que as farmácias Internet, diversamente das farmácias tradicionais, só dispõem desta forma de chamar a atenção.

178. Por conseguinte, a proibição de publicidade na acepção do § 8, n.º 1, da HWG restringe de tal modo o acesso aos consumidores finais por parte das farmácias Internet, que dependem desta forma de publicidade, que não pode ser qualificada como modalidade de venda. Na verdade, esta qualificação aplica-se precisamente a medidas nacionais que proíbem qualquer forma de publicidade.

179. No entanto, a proibição de publicidade não viola o artigo 28.º CE quando satisfaz uma exigência imperativa e é proporcionada.

180. Neste contexto, há que remeter para um acórdão do Tribunal de Justiça, relativo a uma proibição de publicidade da HWG. No processo Ortscheit, o Tribunal de Justiça teve ensejo de se debruçar sobre a proibição de publicidade prevista no § 8, n.º 2, da HWG. É certo que nesse processo estavam em causa apenas medicamentos sujeitos a autorização, mas não autorizados na Alemanha, contudo, as considerações do Tribunal de Justiça são tão gerais que podem ser aplicadas à proibição de publicidade controvertida. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça reconheceu que a proibição do § 8, n.º 2, da HWG é necessária para evitar que os sistemas de autorização nacional sejam iludidos⁸³. Este princípio aplica-se também a outras proibições de publicidade a medicamentos.

82 — A respeito de uma proibição de publicidade, v., também, acórdão de 8 de Março de 2001, *Gourmet International Products* (C-405/98, *Colect.*, p. I-1795, n.º 19).

83 — Acórdão Ortscheit (já referido na nota 10, n.ºs 19 e segs.).

181. Assim, ao passo que os Estados-Membros podem proibir a publicidade a medicamentos sujeitos a autorização, mas não autorizados ou considerados não autorizados, relativamente a medicamentos não sujeitos a autorização ou autorizados e, também, no caso do comércio por correspondência, a proibição nacional não é proporcionada.

ii) Proibição de publicidade relativa a medicamentos não autorizados no Estado importador

182. A questão prejudicial 2 refere-se, em segundo lugar, à proibição de publicidade relativa a medicamentos sujeitos a autorização no Estado importador, ou seja, na Alemanha, mas não autorizados. Neste contexto, a norma pertinente do direito alemão é o § 3a da HWG. É certo que, em princípio, o § 8, n.º 2, da HWG prima sobre esta disposição⁸⁴, contudo, como decorre do despacho de reenvio, o § 8, n.º 2, da HWG é irrelevante no processo principal.

84 — V., por exemplo, Ernst (já referido na nota 57, p. 897); Koenig/Müller, «Der werbliche Auftritt von Online-Apotheken im Europäischen Binnenmarkt», *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2000, p. 1366 (especialmente pp. 1367 e segs.), os quais entendem que o § 3a é aplicável quando a oferta através da Internet abrange medicamentos não autorizados na Alemanha e contém informações que devem ser qualificadas como publicidade aos medicamentos não autorizados (p. 1372).

183. Também no respeitante à proibição de publicidade relativa a medicamentos não autorizados está em causa a interpretação dos artigos 28.º CE e 30.º CE. Porém, estas disposições só constituem o quadro normativo comunitário relevante para a solução do processo principal, na medida em que não existam quaisquer disposições de direito derivado prioritariamente aplicáveis.

184. No que se refere a medicamentos não autorizados, a Directiva 92/28 contém, no seu artigo 2.º, n.º 1, uma proibição expressa de publicidade.

185. A proibição de publicidade do § 3a, da HWG diz respeito a medicamentos não autorizados ou considerados autorizados nem nos termos de um procedimento comunitário nem nos termos do direito alemão. Assim, esta norma do direito alemão constitui apenas a disposição nacional que transpõe a proibição prevista no artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 92/28.

186. Deste modo, sendo prioritariamente aplicável a Directiva 92/28, está excluída no caso vertente uma apreciação do § 3a da HWG à luz do direito primário. Por conseguinte, não é necessário verificar se a medida nacional é uma modalidade de venda na acepção da fórmula Keck e Mithouard.

iii) Proibição de publicidade relativa a medicamentos sujeitos a receita médica

187. Em terceiro lugar, com a segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio coloca também a questão da compatibilidade de uma proibição nacional de publicidade relativa a medicamentos sujeitos a receita médica. Portanto, esta parte da questão prejudicial incide sobre a proibição de publicidade prevista no § 10 da HWG.

188. Também no respeitante a esta disposição do direito nacional, deve primeiro examinar-se se este aspecto está completamente harmonizado através de disposições de direito derivado.

189. Como a Comissão correctamente salienta, a Directiva 92/28 contém, também, uma regulamentação publicitária relativa a medicamentos sujeitos a receita médica. Assim, o artigo 3.º, n.º 1, primeiro travessão, da Directiva 92/28 obriga expressamente os Estados-Membros a proibir a publicidade junto do público em geral dos medicamentos que só possam ser fornecidos mediante receita médica.

190. Deste modo, o § 10 da HWG pode ser entendido como uma disposição que transpõe esta proibição. Dado que, porém, o artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/28 apenas se refere à publicidade junto do público em geral, coloca-se a seguir a questão de saber se a proibição nacional de publicidade do § 10 da HWG se situa dentro dos limites da directiva ou vai para além da imposição da Directiva 92/28. À parte da regulamentação nacional que eventualmente as ultrapasse, seria aplicável, na falta de harmonização a nível do direito derivado, o direito primário, ou seja, as disposições dos artigos 28.º CE e 30.º CE. Contudo, este problema jurídico relativo à conformidade desta proibição alemã de publicidade com o direito primário não é objecto do presente processo.

2. Questão prejudicial 2a) — Apresentação via Internet como publicidade junto do público em geral?

191. A questão prejudicial 2a) tem por objecto o significado da livre circulação de mercadorias para o conceito de publicidade junto do público em geral, na acepção do artigo 1.º, n.º 3, e do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/28.

a) Argumentos das partes

192. Segundo a DocMorris, o conceito de publicidade junto do público em geral, na acepção do artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 92/28 não deve ser interpretado de modo extensivo, porque isso tornaria o acesso ao mercado retalhista significativamente mais difícil. Pelo contrário, o conceito deve ser interpretado em conformidade com o direito primário, no sentido de que os formulários de encomenda *online*, que contêm as informações indispensáveis para o comércio efectuado pelas farmácias Internet, não são abrangidos pelo conceito de publicidade junto do público em geral.

193. Por conseguinte, a DocMorris considera que as proibições de publicidade previstas nos § 3a, § 8, n.º 1 e n.º 2, e no § 10 da HWG violam o artigo 28.º CE.

194. A DocMorris entende que é possível deduzir do artigo 1.º, n.º 3, da directiva sobre o comércio electrónico que a prestação de serviços da sociedade da informação não deve ser excessivamente restringida através de proibições de publicidade previstas pelo direito comunitário, pelo que as informações mínimas indispensáveis para as encomendas de medicamentos via Internet, constantes de formulários digitais de encomenda, não devem ser classificadas como publicidade proibida.

195. A Apothekerverband entende que deve ser dada resposta negativa à questão prejudicial 2a), porque, caso contrário, não se respeitaria o sistema e a coerência das regras de direito comunitário. A directiva sobre o comércio electrónico não harmoniza completamente os serviços da sociedade da informação e, sobretudo, não abrange as condições do fornecimento de bens. A directiva nem sequer é aplicável ao comércio por correspondência de medicamentos de venda obrigatória em farmácia.

196. O Governo alemão parte do princípio de que a publicidade de medicamentos não é abrangida pela directiva sobre o comércio electrónico. Antes de expirar o prazo de transposição, está também excluída uma interpretação do direito nacional conforme à directiva.

197. O artigo 1.º, n.º 3 e o décimo primeiro considerando da directiva sobre o comércio electrónico não prejudicam o nível de protecção da saúde pública.

198. Considera que a proibição de publicidade constante do § 8, n.º 2, da HWG está coberta pela Directiva 92/28 e se aplica independentemente da directiva sobre o comércio electrónico. Por último, o Governo alemão chama a atenção para o

facto de que, nos termos do artigo 3.º, n.º 4, da directiva sobre o comércio electrónico, os tribunais cíveis podem proibir certas medidas publicitárias que prejudiquem a protecção da saúde pública.

199. Segundo o Governo helénico, a directiva sobre o comércio electrónico não prejudica as disposições da Directiva 92/28.

200. O Governo irlandês interpreta os artigos 28.º CE e 30.º CE no sentido de que não excluem a apresentação via Internet aqui em causa do conceito de publicidade junto do público em geral.

201. O Governo austríaco baseia os seus argumentos no código comunitário. Nos termos do seu artigo 86.º, as listas de encomenda de medicamentos devem ser qualificadas como publicidade. Do artigo 88.º, n.º 1, do código comunitário decorre que os Estados-Membros têm o dever de proibir a publicidade relativa a medicamentos sujeitos a receita médica. O artigo 88.º, n.º 2, prevê uma excepção para determinados medicamentos. Também a directiva sobre o comércio electrónico não se opõe à proibição de publicidade. Portanto, os Estados-Membros poderiam proibir não só a própria venda de medicamentos por correspondência, mas também a publicidade a ela relativa.

202. A Comissão defende igualmente uma interpretação extensiva do conceito de publicidade, que inclui também a publicidade junto do público em geral. Contudo, o conceito de publicidade refere-se não a empresas, ou seja, a farmácias, mas a produtos. A Comissão entende que nem os artigos 28.º CE e 30.º CE nem a directiva sobre o comércio electrónico exigem uma outra interpretação do conceito de publicidade. Tudo ponderado, deve responder-se negativamente à questão prejudicial 2a).

b) Apreciação

203. Diversamente da questão prejudicial 2, a questão prejudicial 2a) incide sobre a proibição da publicidade junto do público em geral de determinados medicamentos, por força do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/28. Esta proibição refere-se ao conceito de publicidade junto do público em geral que, nos termos do artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 92/28, está abrangida pelo conceito de publicidade.

204. O artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 92/28 define o conceito de «publicidade dos medicamentos» como «[...] qualquer acção de informação, de prospecção ou de incentivo destinada a promover a prescrição, o fornecimento, a venda ou o consumo de medicamentos».

205. Em contrapartida, a Directiva 92/28 não contém qualquer definição legal do conceito de «publicidade dos medicamentos junto do público em geral». Logo, o ponto de partida para a sua interpretação continua a ser o conceito de publicidade como conceito genérico que, nos termos do artigo 1.º, n.º 3, primeiro travessão, abrange também a «publicidade dos medicamentos junto do público em geral».

206. Coloca-se a questão de saber se a página Internet de uma farmácia de um Estado-Membro que, a par de uma simples apresentação da empresa, descreve cada medicamento indicando o nome do produto, a eventual obrigatoriedade de receita médica, as dimensões da embalagem e o preço, oferecendo de imediato a possibilidade de, através de um formulário *online*, encomendar esse medicamento, é abrangida ou não pelo conceito de publicidade junto do público em geral.

207. Partindo da definição propositadamente ampla do conceito de publicidade⁸⁵, constante da Directiva 92/28, será também necessário efectuar uma interpretação extensiva do conceito de publicidade junto do público em geral. Neste sentido milita o facto de que, a nível da publicidade de medicamentos, é efectuada nos Estados-Membros, em princípio, uma distinção prática entre a publicidade junto do público e a publicidade junto de meios profissionais. Só por si, esta diferença do círculo de

destinatários não justifica, porém, qualquer limitação do conceito. No entanto, sendo da maior importância assegurar a protecção do público em geral, isto é, dos leigos, a proibição de publicidade torna-se especialmente relevante.

208. A favor de uma interpretação extensiva do conceito de publicidade junto do público em geral militam também os quarto e sexto considerandos da Directiva 92/28, nos quais se expressa uma relação regra-excepção: em princípio, a publicidade é proibida, excepcionalmente pode ser autorizada.

209. Em todo o caso, o conceito lato de «publicidade junto do público em geral» deve ser limitado, tendo em conta que não abrange informações gerais sobre uma farmácia Internet, ou seja, a publicidade à imagem ou à empresa. A essência da publicidade junto do público em geral é a publicidade de produtos.

210. As informações que a DocMorris considera indispensáveis, como o nome do produto, as substâncias componentes, a eventual obrigatoriedade de receita médica, as dimensões da embalagem e o preço, indicam que *in casu* se trata da publicidade de produtos.

85 — A respeito da interpretação extensiva do conceito de publicidade, v. acórdão de 25 de Outubro de 2001, Toshiba Europe (C-112/99, Colect., p. I-7945, n.º 28), relativo à publicidade enganosa.

211. Ao apreciar este aspecto, deve atender-se sobretudo à impressão objectiva dada ao consumidor pela imagem geral do sítio Internet⁸⁶. Um indício decisivo é a circunstância de que a DocMorris divide o seu sortido em diferentes rubricas, nas quais os medicamentos são individualmente apresentados. Podem ser encomendados ao clicar sobre um quadrado. Assim, é possível concretizar os produtos incluídos no sortido através de operações do utilizador da Internet. Segundo um outro entendimento, basta a referência aos medicamentos, para que uma apresentação via Internet tenha um efeito publicitário⁸⁷.

212. Ao passo que a simples apresentação da empresa DocMorris não deve ser qualificada como publicidade na acepção da Directiva 92/28, este é claramente o caso da descrição dos medicamentos indicando o nome do produto, a eventual obrigatoriedade de receita médica, as dimensões da embalagem e o preço, oferecendo a possibilidade de, através de um formulário *online*, encomendar esse medicamento.

213. Nesta medida, está em causa no processo principal uma promoção comercial relativa ao produto, que é abrangida pelo conceito de «publicidade junto do público em geral», na acepção da Directiva 92/28.

214. Uma interpretação à luz do direito primário de grau superior não conduz a um resultado diferente. O conteúdo da livre circulação de mercadorias não é suficientemente concreto para que dele se possa deduzir uma limitação do conceito lato de «publicidade junto do público em geral».

215. Embora seja exacto que, em termos económicos, a apresentação de formulários de encomenda via Internet é indispensável para a venda de medicamentos por correspondência por uma farmácia Internet, isto não altera o resultado final. Com efeito, como a Comissão correctamente observa, a importação de um produto e a publicidade a um produto devem ser apreciadas separadamente.

216. Quanto à directiva sobre o comércio electrónico, expressamente referida na questão prejudicial 2a) e aos seus efeitos sobre o conceito de publicidade junto do público em geral, deve salientar-se que esta directiva devia ser transposta até 17 de Janeiro de 2002. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça⁸⁸, não são, porém, aplicáveis as directivas cujo prazo de transposição ainda não expirou no momento em que os factos que estão na origem da causa principal tiveram lugar.

86 — Koenig/Müller (já citados na nota 84, p. 1368).

87 — Ernst (já citado na nota 57, p. 897).

88 — V., a este respeito, no domínio do direito dos medicamentos, acórdão *Ortscheit* (já referido na nota 10, n.º 15).

217. Portanto, não é necessário analisar, no caso vertente, a questão fundamental das relações entre a directiva sobre o comércio electrónico e a Directiva 92/28. Devido à inaplicabilidade da directiva sobre o comércio electrónico, também não é preciso examinar o significado do princípio do Estado de origem, aí consagrado, a possibilidade, prevista no artigo 3.º, n.º 4, da directiva sobre o comércio electrónico, de uma derrogação por razões de saúde pública e o alcance da excepção ditada por fins de protecção da saúde pública, nos termos do artigo 1.º, n.º 3, da directiva sobre o comércio electrónico.

3. Conclusão provisória

218. Os artigos 28.º CE e 30.º CE devem ser interpretados no sentido de que — independentemente da publicidade relativa a medicamentos para uso humano — se opõem a uma proibição nacional de publicidade ao comércio por correspondência de medicamentos, a menos que a proibição se destine a proteger disposições nacionais de autorização e seja proporcionada.

219. O artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/28 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma proibição nacional de publicidade relativa a medicamentos para uso humano sujeitos a receita médica.

220. O artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 92/28 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma proibição nacional de publicidade relativa a medicamentos para uso humano de venda obrigatória em farmácia, autorizados no Estado de origem, mas não no Estado importador.

221. O conceito de «publicidade junto do público em geral», constante do artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 92/28 deve ser interpretado no sentido de que também abrange a página Internet de uma farmácia de um Estado-Membro, que descreve cada medicamento indicando o nome do produto, a eventual obrigatoriedade de receita médica, as dimensões da embalagem e o preço, oferecendo de imediato a possibilidade de, através de um formulário *online*, encomendar esse medicamento.

B — Questão prejudicial 2b): qualificação de partes da página da Internet como catálogo de venda elou lista de preços?

222. A questão prejudicial 2b) diz respeito à possível qualificação de formulários de encomenda *online*, que apenas contêm as informações mínimas necessárias para efectuar a encomenda, e/ou outras partes da página Internet como catálogos de venda e/ou listas de preços, na acepção do

artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 92/28. Com efeito, esta disposição exclui os catálogos de venda e as listas de preços do âmbito de aplicação da Directiva 92/28 e, portanto, da proibição de publicidade.

1. Argumentos das partes

223. A DocMorris interpreta o artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 92/28 tomando por base o seu objectivo e chega, assim, à conclusão de que também os formulários digitais de encomenda, que em função do seu conteúdo informativo e do modo como facilitam a compra se situam entre os catálogos de venda e as listas de preços, estão excluídos da proibição de publicidade. As informações necessárias para a venda de medicamentos não devem ser classificadas como publicidade.

224. A Apothekerverband propõe que se responda negativamente à questão prejudicial 2b), pelas razões indicadas quanto à questão prejudicial 2a). Também neste contexto, a directiva sobre o comércio electrónico não reveste particular importância para a interpretação da Directiva 92/28.

225. O Governo alemão opõe-se a uma limitação do conceito de publicidade e assinala que o artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 92/28 só exceptua catálogos de venda e listas de preços que não contenham qualquer informação sobre o medicamento.

226. Do mesmo modo, os Governos helénico, irlandês e austríaco qualificam como publicidade, na acepção da Directiva 92/28, as informações referidas na questão prejudicial sobre a farmácia da Internet.

Alguns governos indicam também que os catálogos de venda e as listas de preços que contenham informações sobre medicamentos são expressamente excluídos do âmbito da derrogação.

227. A Comissão interpreta o artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 92/28 no sentido de que os formulários de encomenda *online* e/ou outras partes da página da Internet de uma farmácia não são abrangidos pelos conceitos de «catálogos de venda» e/ou «listas de preços».

2. Apreciação

228. Antes de mais, deve partir-se do princípio de que a disposição do artigo 1.º,

n.º 4, da Directiva 92/28 regula uma derrogação ao âmbito de aplicação da directiva, e, deste modo, à proibição de publicidade, devendo, em consequência, ser interpretada de forma estrita.

229. Deve ainda notar-se que a derrogação pertinente do terceiro travessão do artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 92/28 não contém qualquer enumeração exemplificativa, mas menciona apenas catálogos de venda e listas de preços. Esta disposição não menciona qualquer tipo de formulários de encomenda, muito menos formulários *online*.

230. Há que concordar com a qualificação dos formulários de encomenda *online* efectuada pela DocMorris, na medida em que estes formulários contêm, efectivamente, mais informações que uma lista de preços. Pelo contrário, não é necessariamente exacto que os formulários de encomenda *online* contenham, em geral, menos informações que os catálogos de venda. Mas, mesmo se for este o caso, é decisivo ter em conta que os formulários de encomenda *online* contêm, de qualquer forma, mais informações que um simples catálogo de venda, pois os catálogos de venda não contêm necessariamente um formulário de encomenda.

231. Deve ainda notar-se que, como a Comissão indica, a página Internet de uma farmácia visa o estabelecimento de uma relação negocial.

232. Ao argumento aduzido pela DocMorris, segundo o qual um formulário de encomenda *online* é necessário para a venda de medicamentos por correspondência, cabe objectar que o artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 92/28 não se refere a uma qualquer necessidade.

233. Porém, no presente processo não é necessário qualificar os formulários de encomenda *online* como catálogos de venda ou listas de preços atendendo a uma outra razão. É que, mesmo que os formulários de encomenda *online* devam ser qualificados como catálogo de venda ou lista de preços, tal não implica, por si só, que a directiva seja inaplicável.

234. Com efeito, o artigo 1.º, n.º 4, terceiro travessão, da Directiva 92/28 só exclui os catálogos de venda ou listas de preços que satisfaçam uma outra condição, designadamente «desde que não contenham qualquer informação sobre o medicamento».

235. Embora se possa discutir acerca da interpretação do conceito de «informação», a página Internet da DocMorris

contém, em todo o caso, informações que, atendendo ao objectivo da Directiva 92/28, não deviam constar de catálogos de venda ou de listas de preços. Com efeito, nas suas observações escritas, a DocMorris indica expressamente que o formulário de encomenda inclui também informações sobre as «substâncias activas e componentes dos medicamentos». Em contrapartida, a questão prejudicial 2b) refere apenas uma série de outras informações.

236. A tarefa de determinar quais as informações que constam efectivamente da página Internet da DocMorris, em especial, se contém também informações sobre medicamentos, compete ao juiz nacional e não ao Tribunal de Justiça.

3. Conclusão provisória

237. Por conseguinte, deve responder-se à questão prejudicial 2b) que os formulários de encomenda *online*, que contêm informações sobre medicamentos, não devem ser equiparados a catálogos de venda e/ou listas de preços, na acepção do artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 92/28.

C — Liberdade de prestação de serviços

238. Relativamente às proibições de publicidade em vigor na Alemanha, pode também colocar-se a questão da sua compatibilidade com a liberdade de prestação de serviços ou — como é indicado num processo de reenvio prejudicial — se a liberdade de prestação de serviços deve ser interpretada no sentido de que se opõe às proibições de publicidade controvertidas.

1. Argumentos das partes

239. Quanto à liberdade de prestação de serviços, a Apothekerverband e o Governo alemão observaram, na audiência, que esta liberdade fundamental não é pertinente no presente processo.

240. O Governo helénico equipara a venda de medicamentos através da Internet a televendas, proibidas nos termos do artigo 14.º da directiva televisão⁸⁹.

⁸⁹ — Directiva 89/552/CEE do Conselho (já referida na nota 13).

241. Logo nas suas observações escritas, a Comissão indicou que, com a apresentação via Internet, a DocMorris pretende atingir também consumidores em Estados-Membros de expressão alemã. As proibições de publicidade alemãs devem ser qualificadas como restrições à prestação de serviços. Contudo, estas restrições poderiam estar justificadas por razões de protecção da saúde.

2. Apreciação

242. Para analisar o problema jurídico de uma eventual restrição à liberdade de prestação de serviços, deve primeiro examinar-se se é efectivamente aplicável a liberdade de prestação de serviços, e não, por exemplo, a livre circulação de mercadorias.

243. Antes de mais, há que perguntar se se trata de um serviço publicitário como tal, isto é, da prestação de serviços de publicidade, ou se se trata de publicidade relativa a qualquer coisa. Dentro da primeira categoria, ou seja, da publicidade como prestação de serviços, deve distinguir-se entre a actividade de empresas de publicidade e a actividade de empresas que exploram um suporte publicitário, por exemplo, uma empresa de radiodifusão televisiva. Dentro da segunda categoria pode distinguir-se consoante seja feita publicidade a um produto, por exemplo, a medicamentos, ou a uma prestação de serviços.

244. É possível distinguir entre as proibições de publicidade controvertidas, constantes da HWG, na medida em que o § 8 se refere à venda de medicamentos por correspondência, ao passo que as proibições de publicidade do § 3a e do § 10 se aplicam a certos tipos de medicamentos.

245. O que caracteriza a estrutura económica da venda de medicamentos por correspondência no processo principal é que não está em causa a actividade económica de uma empresa de publicidade ou de uma empresa de comunicação social, mas sim o facto de um comerciante, designadamente uma farmácia Internet, fazer, ele próprio, publicidade a determinados produtos e a uma determinada forma de compra.

246. Uma situação diferente seria o caso de uma farmácia encarregar uma publicação escrita ou uma empresa de radiodifusão televisiva de fazer publicidade à sua actividade económica, nomeadamente, à venda de medicamentos por correspondência. Nestas condições, deve ser relativizada a comparação, efectuada pela Comissão, entre a apresentação via Internet da DocMorris e uma publicidade televisiva para telespectadores residentes noutros Estados-Membros.

247. Uma outra situação seria ainda o caso de o próprio produtor de medicamentos

mandar fazer publicidade aos seus produtos — dentro dos limites do direito comunitário.

248. A venda por correspondência de medicamentos não pode aqui ser qualificada como actividade económica a apreciar separadamente. Ao invés, trata-se apenas de uma determinada forma de compra, ou seja, do fornecimento de bens. Ora, tal não constitui qualquer prestação de serviços autónoma. Ao passo que é possível distinguir, económica e juridicamente, o mercado da publicidade do mercado dos produtos, uma apreciação separada das operações económicas do processo principal seria extremamente artificial⁹⁰.

249. Assim, o processo principal distingue-se substancialmente dos processos nos quais o Tribunal de Justiça foi chamado a decidir sobre casos de publicidade televisiva ou através de cabo⁹¹. Em especial, o acórdão De Agostini e TV-Shop, invocado pela Comissão, não é pertinente quanto a restrições à actividade económica de quem

comercializa o produto publicitado⁹², por exemplo, de um farmacêutico. Com efeito, no acórdão De Agostini e TV-Shop, o Tribunal de Justiça concentrou-se sobre a análise, à luz da liberdade de prestação de serviços, dos serviços da empresa que pretendia exercer actividades publicitárias, e da restrição nacional neste domínio, e não da empresa cujos produtos ou serviços deviam ser objecto de publicidade.

250. Dado que o órgão jurisdicional de reenvio não se referiu à liberdade de prestação de serviços em nenhuma das suas questões prejudiciais, não é de estranhar que também não tenha enviado ao Tribunal de Justiça quaisquer informações a esse respeito. A partir dos restantes autos, também não é possível retirar dados suficientes para apreciar as proibições de publicidade controvertidas à luz da liberdade de prestação de serviços.

251. Deste modo, o Tribunal de Justiça não pode, no meu entender, pronunciar-se sobre a interpretação da liberdade de prestação de serviços no caso vertente.

252. Em consequência, se o órgão jurisdicional de reenvio aplicar também a liberdade de prestação de serviços ao litígio que

90 — A respeito das dificuldades da separação, v., por exemplo, Todino/Lüder, «La jurisprudence 'Keck' en matière de publicité: vers un marché unique», *Revue du marché unique européen*, pp. 181 e segs.

91 — Acórdãos de 26 de Abril de 1988, Bond van Adverteerders e o. (352/85, Colect., p. 2085), De Agostini e TV-Shop (já referido na nota 52), e de 28 de Outubro de 1999, ARD (C-6/98, Colect., p. I-7599).

92 — Neste sentido, Stuyck, *Common Market Law Review* 1997, p. 1445 (especialmente p. 1467).

lhe incumbe decidir, caber-lhe-á efectuar o correspondente exame face às circunstâncias concretas. Neste contexto, terá de se examinar se as proibições de publicidade prosseguem um objectivo de interesse geral, como a protecção da saúde pública. Adicionalmente, haverá que verificar se as proibições de publicidade são também proporcionadas, isto é, se são adequadas, necessárias e razoáveis para garantir a realização do objectivo.

255. Também o Governo alemão responde pela negativa à terceira questão prejudicial. Pelo contrário, a aplicação efectiva da proibição de introduzir no mercado medicamentos não autorizados, exige também uma restrição de qualquer forma de publicidade que vise contornar esta proibição.

256. Os Governos francêss, helénico e irlandês, bem como a Comissão, consideram não ser necessário responder à terceira questão prejudicial.

VII — Quanto à terceira questão prejudicial

1. Argumentos das partes

253. A DocMorris parte do princípio de que é necessário assegurar a venda por correspondência de medicamentos a nível transfronteiriço. Isto vale, também, no caso de alguns elementos da página Internet violarem disposições legais relativas à publicidade de medicamentos.

254. Segundo a Apothekerverband, não é aceitável «impor a qualquer preço» a circulação transfronteiriça de mercadorias, ou seja, a venda de medicamentos por correspondência. Quando muito, seria possível efectuar alterações através de uma nova regulamentação comunitária.

2. Apreciação

257. A terceira questão prejudicial também se refere à interpretação dos artigos 28.º CE e 30.º CE, nomeadamente — como já a primeira questão prejudicial — no que respeita à venda de medicamentos. Essencialmente, visa saber se uma proibição de publicidade tem efeitos sobre a apreciação da admissibilidade da venda de medicamentos.

258. Neste contexto, é de realçar que, embora o comércio e a publicidade estejam economicamente relacionados, devem ser tratados em separado no plano jurídico.

259. No presente processo, isto desenha-se, desde logo, através das questões prejudiciais, referindo-se a primeira ao comércio de medicamentos, e a segunda à publicidade à venda por correspondência, ou seja, ao comércio, e à publicidade a determinados medicamentos.

260. Em consequência, quanto à interpretação dos artigos 28.º CE e 30.º CE no que se refere à venda de medicamentos, basta remeter para a resposta à primeira questão prejudicial.

VIII — Conclusão

261. Com base nas considerações que precedem, proponho que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma às questões prejudiciais:

«1) O artigo 28.º CE deve ser interpretado no sentido de que uma legislação nacional que proíbe a importação comercial transfronteiriça de medicamentos para uso humano de venda obrigatória em farmácia por farmácias autorizadas de outros Estados-Membros, tendo por base encomendas individuais de consumidores finais feitas através da Internet, configura uma medida de efeito equivalente.

Os artigos 28.º CE e 30.º CE devem ser interpretados no sentido de que a protecção da saúde e da vida das pessoas justifica uma legislação nacional que proíbe a importação comercial transfronteiriça de medicamentos para uso humano de venda obrigatória em farmácia por farmácias autorizadas de

outros Estados-Membros, tendo por base encomendas individuais de consumidores finais feitas através da Internet, mesmo quando, antes do fornecimento dos medicamentos sujeitos a prescrição médica, der obrigatoriamente entrada na farmácia que vai remeter os medicamentos uma receita médica original, quando se trata de medicamentos sujeitos a autorização no Estado em que são introduzidos, para os quais, porém, não existe qualquer autorização nacional ou reconhecimento, nem foi emitida uma autorização comunitária central.

Os artigos 28.º CE e 30.º CE devem ser interpretados no sentido de que a protecção da saúde e da vida das pessoas não justifica uma proibição nacional da importação de medicamentos autorizados no Estado importador que anteriormente foram comprados por uma farmácia de outro Estado-Membro a grossistas do Estado importador, na medida em que a realização dos objectivos prosseguidos pelo Estado importador está garantida de outro modo.

- 2) Os artigos 28.º CE e 30.º CE devem ser interpretados no sentido de que — independentemente da publicidade relativa a medicamentos para uso humano — se opõem a uma proibição nacional de publicidade ao comércio por correspondência de medicamentos, a menos que a proibição se destine a proteger disposições nacionais de autorização e seja proporcionada.

O artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/28 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma proibição nacional de publicidade relativa a medicamentos para uso humano sujeitos a receita médica.

O artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 92/28 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma proibição nacional de publicidade relativa a medicamentos para uso humano de venda obrigatória em farmácia, autorizados no Estado de origem, mas não no Estado importador.

O conceito de ‘publicidade junto do público em geral’, constante do artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 92/28 deve ser interpretado no sentido de que abrange também a página Internet de uma farmácia de outro Estado-Membro que descreve cada medicamento indicando o nome do produto, a eventual obrigatoriedade de receita médica, as dimensões da embalagem e o preço, oferecendo de imediato a possibilidade de, através de um formulário *online*, encomendar esse medicamento.

Os formulários de encomenda *online*, que contêm informações sobre medicamentos, não devem ser equiparados a catálogos de venda e/ou listas de preços, na acepção do artigo 1.º, n.º 4, da Directiva 92/28.

- 3) Os artigos 28.º CE e 30.º CE devem ser interpretados no sentido de que o comércio transfronteiriço de medicamentos efectuado com recurso a uma apresentação Internet deve ser apreciado independentemente da admissibilidade de uma proibição de publicidade.»