

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

13 de Outubro de 2011 \*

No processo C-439/09,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pela cour d'appel de Paris (França), por decisão de 29 de Outubro de 2009, entrado no Tribunal de Justiça em 10 de Novembro de 2009, no processo

**Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS**

contra

**Président de l'Autorité de la concurrence,**

**Ministre de l'Économie, de l'Industrie e de l'Emploi,**

sendo intervenientes:

**Ministère public,**

\* Língua do processo: francês.

**Comissão Europeia,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: K. Lenaerts, presidente de secção, E. Juhász (relator), G. Arestis, T. von Danwitz e D. Šváby, juízes,

advogado-geral: J. Mazák,  
secretário: R. Şereş, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 11 de Novembro de 2010,

vistas as observações apresentadas:

- em representação de Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS, por J. Philippe, avocat,
  
- em representação do président de l'Autorité de la concurrence, por B. Lasserre, F. Zivy, I. Luc e L. Gauthier-Lescop,
  
- em representação do Governo francês, por G. de Bergues e J. Gstalter, na qualidade de agentes,

- em representação do Governo italiano, por M. Massella Ducci Teri, avvocato dello Stato,
  
- em representação do Governo polaco, por M. Szpunar, na qualidade de agente,
  
- em representação da Comissão Europeia, por P.J.O. Van Nuffel e A. Bouquet, na qualidade de agentes,
  
- em representação do Órgão de Fiscalização da AELE, por O. Einarsson e F. Simionetti, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 3 de Março de 2011,

profere o presente

### **Acórdão**

<sup>1</sup> O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do artigo 81.º, n.ºs 1 e 3, CE e do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 336, p. 21).

- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um pedido de anulação e, subsidiariamente, de alteração apresentado por Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS (a seguir «Pierre Fabre Dermo-Cosmétique»), da Decisão n.º 08-D-25, de 29 de Outubro de 2008 (a seguir «decisão controvertida») do Conselho da Concorrência (Autoridade da Concorrência, a partir de 13 de Janeiro de 2009), a propósito da cláusula dos contratos de distribuição selectiva da Pierre Fabre Dermo-Cosmétique que impede os distribuidores por si autorizados de venderem pela Internet os seus produtos cosméticos e de higiene pessoal, o que constitui uma violação das disposições de artigo L. 420-1 do Código Comercial (code de commerce) e do artigo 81.º CE.

## Quadro jurídico

### *Regulamentação da União*

- 3 O décimo considerando do Regulamento n.º 2790/1999 especifica:

«O presente regulamento não deve isentar acordos verticais que contenham restrições que não sejam indispensáveis à obtenção dos efeitos positivos acima referidos; em particular, acordos verticais que contenham determinados tipos de restrições anticoncorrenciais graves, tais como os preços de revenda mínimos e fixos, bem como certos tipos de protecção territorial devem ser excluídos do benefício da presente isenção por categoria independentemente da quota de mercado das empresas em causa.»

4 O artigo 1.º, alínea d), do Regulamento n.º 2790/1999 define «sistema de distribuição selectiva» como «um sistema de distribuição em que o fornecedor se compromete a vender os bens ou serviços contratuais, quer directa quer indirectamente, apenas a distribuidores seleccionados com base em critérios especificados e em que esses distribuidores se comprometem a não vender tais bens ou serviços a negociantes não autorizados».

5 O artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2790/1999 dispõe:

«Nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado [artigo 101.º, n.º 3, TFUE] e no presente regulamento, o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado [artigo 101.º, n.º 1, TFUE] não se aplica aos acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços (denominados “acordos verticais”).»

Esta isenção é aplicável na medida em que estes acordos contenham restrições da concorrência abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º [artigo 101.º, n.º 1, TFUE] (denominadas “restrições verticais”).»

6 Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do mesmo regulamento, «[...] a isenção prevista no artigo 2.º é aplicável desde que a quota de mercado do fornecedor não exceda 30% do mercado relevante no qual venda os bens ou serviços contratuais».

- 7 O artigo 4.º do Regulamento n.º 2790/1999 prevê que a isenção da proibição prevista no artigo 81.º, n.º 1, CE [artigo 101.º, n.º 1, TFUE] não é aplicável a acordos verticais que, directa ou indirectamente, isoladamente ou em combinação com outros factores que sejam controlados pelas partes, tenham por objecto:

«[...]

- c) A restrição de vendas activas ou passivas a utilizadores finais por membros de um sistema de distribuição selectiva que operam ao nível retalhista, sem prejudicar a possibilidade de proibir um membro do sistema de operar a partir de um local de estabelecimento não autorizado;

[...]»

### *Legislação nacional*

- 8 O artigo L. 420-1 do Código Comercial francês dispõe:

«São proibidas, mesmo quando praticadas por um intermediário directo ou indirecto de uma sociedade integrada num grupo e constituída fora de França, as práticas concertadas, as convenções, os acordos expressos ou tácitos ou as colusões, quando tenham por objecto ou possam ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado, designadamente quando visem:

1º Limitar o acesso ao mercado ou o livre exercício da concorrência por outras empresas;

2° Criar obstáculos à fixação de preços de acordo com o livre jogo do mercado, favorecendo artificialmente o seu aumento ou diminuição;

3° Limitar ou controlar a produção, o escoamento dos produtos, os investimentos ou o progresso técnico;

4° Compartimentar os mercados ou as fontes de abastecimento.»

### **Litígio no processo principal e questão prejudicial**

- 9 A Pierre Fabre Dermo-Cosmétique é uma das sociedades do grupo Pierre Fabre. A sua actividade é o fabrico e a comercialização de produtos cosméticos e de higiene pessoal e tem várias filiais, entre as quais os laboratórios Klorane, Ducray, Galénic e Avène, cujos produtos cosméticos e de higiene pessoal são vendidos, sob estas marcas, maioritariamente em farmácias, no mercado francês e europeu.
- 10 Os produtos em causa são produtos cosméticos e de higiene pessoal que não têm a categoria de medicamentos e não pertencem, por conseguinte, ao monopólio das farmácias previsto pelo Código da Saúde Pública.
- 11 Em 2007, o grupo Pierre Fabre detinha 20% do mercado francês destes produtos.

- 12 Os contratos de distribuição dos referidos produtos relativamente às marcas *Klorane*, *Ducray*, *Galénic* e *Avène* especificam que as vendas devem exclusivamente ser realizadas num espaço físico, com a presença obrigatória de um licenciado em Farmácia.
- 13 Os artigos 1.1 e 1.2 das condições gerais de distribuição e venda das marcas especificam:

«O distribuidor autorizado deve assegurar a presença física permanente no seu ponto de venda, durante o respectivo período de funcionamento, de pelo menos uma pessoa especialmente qualificada, com habilitações para:

ter um perfeito conhecimento das características técnicas e científicas dos produtos [...], necessário ao bom desempenho das obrigações profissionais [...]

fornecer, de modo habitual e permanente aos consumidores, todas as informações relativas à boa utilização dos produtos [...]

aconselhar de imediato, no ponto de venda, o produto [...] mais adequado ao problema específico de higiene ou de saúde, nomeadamente da pele e das unhas, que lhe seja apresentado.

Essa pessoa deve ser titular, para o efeito, de uma licenciatura em Farmácia emitida ou reconhecida em França [...].

O distribuidor autorizado compromete-se a vender os produtos [...] apenas num ponto de venda físico e individualizado [...].»



- 14 Estas exigências excluem *de facto* qualquer forma de venda pela Internet.
- 15 Por decisão de 27 de Junho de 2006, a Autoridade da Concorrência analisou officiosamente as práticas utilizadas no sector da distribuição dos produtos cosméticos e de higiene pessoal.
- 16 Pela Decisão n.º 07-D-07, de 8 de Março de 2007, a Autoridade da Concorrência aprovou e tornou vinculativos os compromissos propostos pelas empresas em causa, com excepção da Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, que consistiam em alterar os seus contratos de distribuição selectiva, no sentido de preverem a possibilidade de os membros da sua rede, em determinadas condições, venderem os seus produtos na Internet. No caso da Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, o processo de investigação seguiu o seu curso.
- 17 Durante o procedimento administrativo, a Pierre Fabre Dermo-Cosmétique explicou que os produtos em causa, pela sua natureza, exigem a presença física de um licenciado em Farmácia no local de venda e durante o período de funcionamento, por forma a que o cliente possa, em todas as circunstâncias, obter o conselho personalizado de um especialista, baseado na observação directa da sua pele, cabelos ou couro cabeludo.
- 18 Tendo em conta a potencial afectação das trocas comerciais entre Estados-Membros, a Autoridade da Concorrência examinou a prática em questão à luz das disposições do direito da concorrência francês e do direito da União.
- 19 Na decisão controvertida, a Autoridade da Concorrência salientou, em primeiro lugar, que esta proibição de venda pela Internet equivale a uma limitação da liberdade comercial dos distribuidores da Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ao excluir um meio de comercialização dos seus produtos. Além disso, tal proibição restringe a escolha dos consumidores que pretendem comprar pela Internet e, por fim, impede as vendas aos compradores finais que não estão próximos da zona de venda «física» do

distribuidor autorizado. No entender da dita autoridade, tal limitação tem necessariamente por objectivo restringir a concorrência, que acresce à limitação inerente à escolha de um sistema de distribuição selectiva pelo fabricante, que limita o número de distribuidores autorizados a distribuir o produto e impede os distribuidores de venderem o produto a distribuidores não autorizados.

20 Sendo a quota de mercado da Pierre Fabre Dermo-Cosmétique inferior a 30 %, a Autoridade da Concorrência examinou se a prática restritiva da concorrência poderia beneficiar da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 2790/1999. Ora, muito embora a prática de proibição de venda pela Internet não esteja expressamente prevista neste regulamento, equivale a uma proibição de vendas activas e passivas. Por conseguinte, tal prática enquadra-se no artigo 4.º, alínea c), do regulamento, que exclui da isenção automática por categoria as restrições de vendas activas ou passivas pelos membros de um sistema de distribuição selectiva.

21 No entender da Autoridade da Concorrência, a proibição de venda pela Internet não preenche os requisitos da excepção prevista no artigo 4.º, alínea c), do Regulamento n.º 2790/1999, segundo a qual essas restrições de vendas não prejudicam a possibilidade de proibir um membro do sistema de operar «a partir de um local de estabelecimento não autorizado». Com efeito, um sítio Internet não é um lugar de comercialização, mas um meio de venda alternativo, como a venda directa numa loja ou a venda por catálogo utilizadas pelos distribuidores de uma rede com postos de venda físicos.

22 Além disso, a Autoridade da Concorrência salientou que a Pierre Fabre Dermo-Cosmétique não provou que podia beneficiar de uma isenção individual a título do artigo 81.º, n.º 3, CE e do artigo L. 420-4, n.º 1, do Código Comercial.

- 23 A este propósito, a referida autoridade rejeitou o argumento da Pierre Fabre Dermo-Cosmétique de acordo com o qual a proibição de venda pela Internet contribuiria para melhorar a distribuição dos produtos dermo-cosméticos, prevenindo os riscos de contrafacção e de parasitismo entre locais autorizados. A opção da Pierre Fabre Dermo-Cosmétique por um sistema de distribuição selectiva, com a presença de um licenciado em Farmácia nos locais de venda, garantiria que o serviço de aconselhamento fosse dispensado em todos os locais autorizados e que cada um suportasse o custo.
- 24 Em resposta ao argumento da Pierre Fabre Dermo-Cosmétique quanto à necessidade da presença física de um licenciado em Farmácia no momento da compra de um dos produtos em causa, no sentido de garantir o bem-estar do consumidor, a Autoridade da Concorrência salientou, antes de mais, que os produtos em causa não eram medicamentos. A este propósito, a regulamentação especial de que são objecto refere-se a disposições que se aplicam ao seu fabrico e não à sua distribuição, que é livre, e, além disso, os licenciados em Farmácia não têm competência para fazer diagnósticos, que só os médicos estão autorizados a fazer. A Autoridade da Concorrência aplicou aos produtos em causa a jurisprudência Deutscher Apothekerverband (acórdão de 11 de Dezembro de 2003, C-322/01, Colect., p. I-14887), relativa às restrições à distribuição pela Internet de medicamentos não sujeitos a prescrição médica.
- 25 De acordo com a Autoridade da Concorrência, a Pierre Fabre Dermo-Cosmétique também não provou por que é que o contacto visual entre o licenciado em Farmácia e os utilizadores do produto permite assegurar a «vigilância cosmética» que exige que os profissionais de saúde constatem e assinalem os efeitos indesejáveis dos produtos cosméticos. Com efeito, a observação dos efeitos negativos dos produtos em causa só surgirá após a utilização do produto, e não no momento da sua compra. Em caso de problemas relacionados com a sua utilização, o paciente terá tendência para consultar um médico.
- 26 Respondendo ao último argumento da Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, a Autoridade da Concorrência não considerou pertinente o facto de a distribuição pela Internet não resultar numa diminuição de preços. O ganho para o consumidor residiria não

só numa diminuição do preço mas também na melhoria do serviço proposto pelos distribuidores, designadamente, a possibilidade de encomendar produtos à distância, sem limite de tempo, com acesso fácil à informação sobre os produtos e permitindo a comparação de preços.

- 27 Assim, a Autoridade da Concorrência concluiu que a proibição de vendas pela Internet, imposta pela Pierre Fabre Dermo-Cosmétique aos seus distribuidores autorizados, constitui uma restrição à concorrência, contrária ao artigo 81.º CE e ao artigo L. 420-1 do Código Comercial, e ordenou-lhe que suprimisse, nos seus contratos de distribuição selectiva, todas as menções equivalentes a uma proibição de venda na Internet dos seus produtos cosméticos e de higiene pessoal e que previsse expressamente nesses contratos a possibilidade de os seus distribuidores usarem este modo de distribuição. A Pierre Fabre Dermo-Cosmétique foi condenada numa coima de 17 000 euros.
- 28 Em 24 de Dezembro de 2008, a Pierre Fabre Dermo-Cosmétique interpôs recurso de anulação e, subsidiariamente, pediu a alteração da decisão controvertida na cour d'appel de Paris. Ao mesmo tempo, a Pierre Fabre Dermo-Cosmétique pediu ao primeiro presidente da cour d'appel de Paris a suspensão da execução da decisão controvertida. Em apoio do recurso, a Pierre Fabre Dermo-Cosmétique alegou, principalmente, que a decisão controvertida está ferida de erro de direito, por não ter aplicado à prática controvertida nem a isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 2790/1999 nem a isenção individual prevista no artigo 81.º, n.º 3, CE.
- 29 Em 18 de Fevereiro de 2009, o primeiro presidente da cour d'appel de Paris ordenou a suspensão da execução das decisões tomadas pela Autoridade da Concorrência contra a Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, até que o órgão jurisdicional de reenvio conhecesse do mérito do recurso.

- 30 Na decisão de reenvio, a cour d'appel de Paris, após ter recordado os fundamentos da decisão controvertida, bem como o teor das observações escritas apresentadas pela Comissão Europeia nos termos do artigo 15.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1, p. 1), salientou que nem as orientações da Comissão nem o seu parecer vinculam os órgãos jurisdicionais nacionais.
- 31 Nestas circunstâncias, a cour d'appel de Paris decidiu suspender a instância e apresentar ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«A proibição geral e absoluta de vender pela Internet os produtos contratuais aos utilizadores finais, imposta aos distribuidores autorizados no âmbito de uma rede de distribuição selectiva, constitui efectivamente uma restrição grave da concorrência por objectivo na acepção do artigo 81.º, n.º 1, do Tratado CE [artigo 101.º, n.º 1, TFUE], que não está abrangida pela isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 2790/1999, mas que pode eventualmente beneficiar de uma isenção individual nos termos do artigo 81.º, n.º 3, do Tratado CE [artigo 101.º, n.º 3, TFUE]?»

### **Quanto à questão prejudicial**

- 32 Importa realçar, a título preliminar, que nem o artigo 101.º TFUE nem o Regulamento n.º 2790/1999 se referem ao conceito de restrição grave da concorrência.

- 33 Nestas condições, a questão prejudicial deve ser entendida no sentido de que visa saber, em primeiro lugar, se a cláusula contratual em causa no litígio no processo principal constitui uma restrição da concorrência «por objectivo» na acepção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, em segundo lugar, se um contrato de distribuição selectiva que contém uma tal cláusula – na hipótese de o contrato se situar no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE – pode beneficiar da isenção por categoria instituída pelo Regulamento n.º 2790/1999 e, em terceiro lugar, se, não sendo aplicável a isenção por categoria, o referido contrato poderá beneficiar da isenção legal do artigo 101.º, n.º 3, TFUE.

*Quanto à qualificação da restrição da cláusula contratual controvertida como uma restrição da concorrência por objectivo*

- 34 A título preliminar, há que recordar que, para ser abrangido pela proibição enunciada no artigo 101.º, n.º 1, CE, um acordo deve ter «por objectivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum». Segundo jurisprudência constante desde o acórdão de 30 de Junho de 1966, LTM (56/65, Colect. 1965-1968, p. 381), o carácter alternativo desta condição, resultante do uso da conjunção «ou», leva, em primeiro lugar, à necessidade de considerar o próprio objectivo do acordo, tendo em conta o contexto económico em que o mesmo deve ser aplicado. Quando o objectivo anticoncorrencial de um acordo está provado, não é necessário examinar os seus efeitos na concorrência (v. acórdão de 6 de Outubro de 2009, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Colect., p. I-9291, n.º 55 e jurisprudência referida).
- 35 Para apreciar se a cláusula contratual em causa implica uma restrição da concorrência «por objectivo», deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objectivos que visa atingir bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere (v. acórdão GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., já referido, n.º 58 e jurisprudência referida).

- 36 Os contratos de distribuição selectiva em causa, relativamente às vendas de produtos cosméticos e de higiene pessoal das marcas *Avène*, *Klorane*, *Galénic* e *Ducray*, estipulam que essas vendas devem ser realizadas num espaço físico, cujas características são definidas em pormenor, na presença de um licenciado em Farmácia.
- 37 De acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, a exigência da presença obrigatória de um licenciado em Farmácia num espaço de venda física proíbe *de facto* aos distribuidores autorizados qualquer forma de venda pela Internet.
- 38 Como salienta a Comissão, a cláusula contratual em causa, ao excluir *de facto* uma modalidade de comercialização de produtos que não requer a deslocação física do cliente, reduz consideravelmente a possibilidade de venda dos produtos contratuais a clientes situados fora do território contratual ou da zona de actividade do distribuidor autorizado. É, assim, susceptível de restringir a concorrência nesse sector.
- 39 Relativamente a acordos que constituem um sistema de distribuição selectiva, o Tribunal de Justiça salientou que esses acordos influenciam necessariamente a concorrência no mercado comum (acórdão de 25 de Outubro de 1983, AEG-Telefunken/Comissão, 107/82, Recueil, p. 3151, n.º 33). Na falta duma justificação objectiva, tais acordos são de considerar «restrições por objectivo».
- 40 Como reconheceu o Tribunal de Justiça na sua jurisprudência, há, todavia, exigências legítimas, como a protecção do comércio especializado, susceptível de fornecer prestações específicas para produtos de elevado nível qualitativo e tecnológico, que justificam a limitação da concorrência pelos preços em benefício de uma concorrência que atende a outros factores que não os preços. Os sistemas de distribuição selectiva constituem, portanto, dado que visam atingir um resultado legítimo, que

pode contribuir para melhorar a concorrência na parte em que esta não se exerce unicamente sobre os preços, um factor de concorrência em conformidade com o artigo 101.º, n.º 1, TFUE (acórdão AEG-Telefunken/Comissão, já referido, n.º 33).

- 41 A este respeito, o Tribunal de Justiça salientou que a organização de uma tal rede não se inclui na proibição do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, desde que a escolha dos revendedores seja feita em função de critérios objectivos de carácter qualitativo, fixados uniformemente para todos os potenciais revendedores e aplicados de modo não discriminatório, que as propriedades do produto em causa exijam, para preservar a qualidade e assegurar a sua correcta utilização, que exista uma rede de distribuição e, por fim, que os critérios definidos não ultrapassem a medida do necessário (acórdãos de 25 de Outubro de 1977, Metro SB-Großmärkte/Comissão, 26/76, Colect., p. 659, n.º 20, e de 11 de Dezembro de 1980, L'Oréal, 31/80, Recueil, p. 3775, n.ºs 15 e 16).
- 42 Embora caiba ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se a cláusula contratual em causa, que proíbe *de facto* todas as formas de venda pela Internet, pode ser justificada por um objectivo legítimo, cabe ao Tribunal de Justiça fornecer-lhe, para o efeito, os elementos de interpretação do direito da União que lhe permitam pronunciar-se (v. acórdão L'Oréal, já referido, n.º 14).
- 43 É certo que, no âmbito da rede de distribuição selectiva da Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, os revendedores são escolhidos com base em critérios objectivos de carácter qualitativo, que são fixados de modo uniforme para todos os potenciais revendedores. Todavia, importa ainda verificar se as restrições da concorrência prosseguem proporcionalmente os objectivos legítimos em conformidade com as considerações expostas no n.º 41 do presente acórdão.
- 44 A este respeito, há que notar que o Tribunal de Justiça não acolheu, à luz das liberdades de circulação, os argumentos relativos à necessidade de dar um conselho



personalizado ao cliente e de assegurar a sua protecção contra uma utilização incorrecta de produtos, no âmbito da venda de medicamentos que não estão sujeitos a prescrição médica e de lentes de contacto, para justificar uma proibição de venda pela Internet (v., neste sentido, acórdãos Deutscher Apothekerverband, já referido, n.ºs 106, 107 e 112, e de 2 de Dezembro de 2010, Ker-Optika, C-108/09, Colect., p. I-12213, n.º 76).

<sup>45</sup> A Pierre Fabre Dermo-Cosmétique refere-se, também, à necessidade de preservar a imagem de prestígio dos produtos em causa.

<sup>46</sup> O objectivo de preservar a imagem de prestígio não pode constituir um objectivo legítimo para restringir a concorrência e não pode, assim, justificar que uma cláusula contratual que prossiga tal objectivo não seja abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

<sup>47</sup> Com base nas considerações que precedem, há que responder à primeira parte da questão que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula contratual, no âmbito de um sistema de distribuição selectiva, que exige que as vendas de produtos cosméticos e de higiene pessoal sejam feitas num espaço físico, na presença obrigatória de um licenciado em Farmácia, tendo como consequência a proibição da utilização da Internet para estas vendas, constitui uma restrição por objectivo, na aceção desta disposição, se, na sequência de uma análise individual e concreta do teor e do objectivo da cláusula contratual e do contexto jurídico e económico em que a mesma se inscreve, se concluir que, face às propriedades dos produtos em causa, tal cláusula não é objectivamente justificada.

*Quanto à possibilidade de isenção por categoria ou de isenção individual*

- 48 Caso se demonstrasse que um acordo ou uma cláusula contratual restringe a concorrência na acepção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, caberá ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se estão preenchidos os requisitos do n.º 3 desse artigo.
- 49 A possibilidade de uma empresa beneficiar, a título individual, da excepção legal prevista no artigo 101.º, n.º 3, TFUE decorre directamente do Tratado e não é contestada em nenhuma das observações apresentadas ao Tribunal de Justiça. Essa possibilidade é igualmente oferecida ao requerente no processo principal.
- 50 Ao invés, a este respeito, uma vez que o Tribunal de Justiça não dispõe de elementos suficientes para apreciar se o contrato de distribuição selectiva preenche os requisitos do artigo 101.º, n.º 3, TFUE, não pode fornecer indicações suplementares ao órgão jurisdicional de reenvio.
- 51 No que respeita à possibilidade de o contrato de distribuição selectiva beneficiar da isenção por categoria do Regulamento n.º 2790/1999, importa realçar que as categorias de acordos verticais que dele podem beneficiar foram definidas pela Comissão no referido regulamento, com base na autorização do Conselho que consta do Regulamento n.º 19/65/CEE do Conselho, de 2 de Março de 1965, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo [81.º] do Tratado a certas categorias de acordos e práticas concertadas (JO 1965, 36, p. 533; EE 08 F1 p. 85).
- 52 Por força dos artigos 2.º e 3.º do Regulamento n.º 2790/1999, um fornecedor, no âmbito de um sistema de distribuição selectiva, pode, em princípio, beneficiar de uma isenção, quando a sua quota de mercado não ultrapasse 30%. Resulta dos autos remetidos ao Tribunal de Justiça que a quota de mercado da Pierre Fabre Dermo-Cosmétique não ultrapassa esse limiar. Ao invés, este regulamento, nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 19/65, excluiu determinados tipos de restrições que tenham efeitos

anticorrecionais graves, independentemente da quota de mercado das empresas em causa.

- 53 Assim, resulta do artigo 4.º, alínea c), do Regulamento n.º 2790/1999 que a isenção não se aplica aos acordos verticais, directa ou indirectamente, isolada ou cumulativamente com outros factores, sob o controlo das partes, que tenham por objecto a restrição de vendas activas ou passivas a utilizadores finais por membros de um sistema de distribuição selectiva que operam ao nível retalhista, sem prejudicar a possibilidade de proibir um membro do sistema de operar a partir de um local de estabelecimento não autorizado.
- 54 Uma cláusula contratual como a que está em causa no processo principal, que proíbe *de facto* a comercialização pela Internet, tem por objectivo, no mínimo, restringir as vendas passivas aos utilizadores finais que pretendem comprar pela Internet e que ficam fora da zona de localização física do membro respectivo do sistema de distribuição selectiva.
- 55 De acordo com a Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, a proibição de vender os produtos contratuais pela Internet equivale a uma proibição de operar a partir de um local de estabelecimento não autorizado. Uma vez que, assim, estão preenchidos os requisitos de isenção previstos no final da disposição citada no n.º 53, o referido artigo 4.º não lhe é aplicável.
- 56 Importa referir que o artigo 4.º, alínea c), do Regulamento n.º 2790/1999, ao mencionar «um local de estabelecimento», tem em vista pontos de venda onde se pratiquem vendas directas. A questão que se coloca é saber se essa expressão pode ser alargada, mediante interpretação extensiva, ao local a partir do qual são fornecidos os serviços de venda pela Internet.

- 57 Quanto a esta questão, importa salientar que, visto as empresas terem a faculdade de, em todas as circunstâncias, invocar, a título individual, a aplicação da excepção legal do artigo 101.º, n.º 3, TFUE, podendo os seus direitos ficar assim protegidos, não se pode dar uma interpretação extensiva às disposições que qualificam os acordos ou as práticas na isenção por categoria.
- 58 Assim, uma cláusula contratual como a que está em causa no processo principal, que proíbe *de facto* a comercialização pela Internet, não pode ser considerada como uma cláusula que proíbe os membros do sistema de distribuição selectiva respectivo de operarem a partir de um local de estabelecimento não autorizado, na acepção do artigo 4.º, alínea c), do Regulamento n.º 2790/1999.
- 59 Com base nas considerações que precedem, há que responder à segunda e à terceira parte da questão prejudicial que o artigo 4.º, alínea c), do Regulamento n.º 2790/1999 deve ser interpretado no sentido de que a isenção por categoria prevista no artigo 2.º do referido regulamento não se aplica a um contrato de distribuição selectiva que inclui uma cláusula que proíbe *de facto* a comercialização dos produtos contratuais pela Internet. Ao invés, tal contrato pode beneficiar, a título individual, da aplicação da excepção legal do artigo 101.º, n.º 3, TFUE, se estiverem reunidos os requisitos dessa disposição.

### **Quanto às despesas**

- 60 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

**O artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula contratual, no âmbito de um sistema de distribuição selectiva, que exige que as vendas de produtos cosméticos e de higiene pessoal sejam feitas num espaço físico, na presença obrigatória de um licenciado em Farmácia, tendo como consequência a proibição da utilização da Internet para estas vendas, constitui uma restrição por objectivo, na acepção desta disposição, se, na sequência de uma análise individual e concreta do teor e do objectivo da cláusula contratual e do contexto jurídico e económico em que a mesma se inscreve, se concluir que, face às propriedades dos produtos em causa, tal cláusula não é objectivamente justificada.**

**O artigo 4.º, alínea c), do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, deve ser interpretado no sentido de que a isenção por categoria prevista no artigo 2.º do referido regulamento não se aplica a um contrato de distribuição selectiva que inclui uma cláusula que proíbe *de facto* a comercialização dos produtos contratuais pela Internet. Ao invés, tal contrato pode beneficiar, a título individual, da aplicação da excepção legal do artigo 101.º, n.º 3, TFUE, se estiverem reunidos os requisitos dessa disposição.**

Assinaturas