

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 25 de Maio de 2004¹

1. No presente processo, o Stockholms tingsrätt (tribunal de primeira instância de Estocolmo) (Suécia) coloca várias questões prejudiciais relativas à legalidade do monopólio de venda a retalho de medicamentos na Suécia. Estas questões inserem-se num processo-crime contra K. Hanner, acusado de ter vendido determinados medicamentos, violando a legislação sueca que reserva a venda destes produtos ao Estado ou a um organismo por ele designado.

2. Este processo coloca essencialmente a questão de saber se um direito exclusivo de venda a retalho pode ser considerado compatível com o artigo 31.º CE. Se assim não for, há que perguntar se a manutenção de tal direito pode ser justificada com base nas disposições derrogatórias do Tratado CE e, em particular, do artigo 86.º, n.º 2, CE.

3. Uma das dificuldades do processo resulta de que, sobre os diversos pontos, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem elementos de resposta contraditórios.

I — Enquadramento jurídico nacional

4. Em 1969, as autoridades suecas organizaram a dissolução das farmácias privadas e instituíram um monopólio nacional de venda a retalho dos medicamentos. Este monopólio abrange a totalidade dos medicamentos, ou seja, os medicamentos para uso humano e veterinário, bem como os medicamentos sujeitos a receita médica e aqueles que não o são. É actualmente regulamentado pela lagen (1996:1152) om handel med läkemedel m.m. (Lei n.º 1152 de 1996 relativa ao comércio de medicamentos)².

5. O artigo 2.º desta lei define o conceito de «venda a retalho» como a venda aos consumidores bem como às pessoas autorizadas a receitar medicamentos. De acordo com o artigo 3.º desta mesma lei, qualquer outra forma de venda constitui «venda por grosso» e necessita de uma autorização da Läkemedelsverket (agência sueca dos medicamentos).

1 — Língua original: francês.

2 — Anexo 1 das alegações escritas do Governo sueco (a seguir «lei de 1996»).

6. O artigo 4.º da lei de 1996 é a base do monopólio nacional sueco. Refere que «[s] alvo na medida que a lei o preveja, a venda a retalho dos [medicamentos] é reservada ao Estado ou a uma ou várias pessoas colectivas sob as quais o Estado exerça influência determinante» e que «o governo determina quem, e em que condições, pode proceder à venda».

7. Por derrogação a esta disposição, a venda a retalho dos medicamentos aos estabelecimentos hospitalares pode ser feita pelos titulares de uma autorização de venda por grosso³.

8. Nos termos do artigo 11.º da lei de 1996, as pessoas que violam as disposições que instituem o monopólio nacional incorrem em multa ou pena de prisão até dois anos.

9. Por força de uma convenção assinada em 1970, o Estado sueco encarregou a sociedade Apoteksbolaget AB, especialmente criada para o efeito, de exercer a actividade da venda a retalho dos medicamentos. A Apoteksbolaget AB mudou seguidamente de denominação e, em 1988, passou a denominar-se sociedade Apoteket AB⁴.

10. A Apoteket é uma sociedade cujo capital é detido pelo Estado e cuja direcção é essencialmente constituída por políticos e funcionários. Tem actualmente 11 000 trabalhadores.

11. Para assegurar a venda de medicamentos ao público, a Apoteket recorre às 800 farmácias que detém e que ela própria gere. Estas farmácias estão geralmente implantadas em zonas com uma forte densidade populacional, como os centros urbanos, os centros comerciais e os centros de saúde.

12. Nas zonas rurais, onde a abertura de uma farmácia não é rentável, a Apoteket assegura a venda dos medicamentos recorrendo a uma das 970 «Apoteketsombud» (agentes farmacêuticos). Trata-se de operadores privados, com os quais celebrou um acordo e que aceitaram, mediante remuneração, distribuir aos doentes os medicamentos sujeitos a receita. Estes agentes farmacêuticos estão igualmente habilitados a vender ao público uma variedade limitada de medicamentos não sujeitos a receita médica. Estão sujeitos ao controlo da Apoteket, que determina o preço de venda dos medicamentos bem como a variedade dos produtos. Os agentes farmacêuticos não têm qualquer formação específica e não estão autorizados a aconselhar os clientes no que respeita à utilização dos medicamentos.

13. Resulta dos autos que, desde a Primavera de 2002, a Apoteket vende igualmente

3 — Artigo 5.º da lei de 1996.

4 — A seguir «Apoteket».

medicamentos sem receita através da Internet e por telefone. A prazo, pensa poder vender todos os medicamentos, incluindo os que estão sujeitos a receita médica, através destes meios. Neste caso, enviaria os medicamentos aos clientes, com as informações e conselhos de utilização necessários.

número e o lugar de implantação das farmácias bem como de outros pontos de venda de medicamentos. Deve poder fornecer todos os medicamentos (sujeitos ou não a receita médica) abrangidos pelo seu direito exclusivo.

14. Quanto às condições de abastecimento, a Apoteket recorre exclusivamente a dois grossistas presentes no mercado sueco, ou seja, a Tamro e a Kronans Droghandel. Não está autorizada a importar ela própria medicamentos provenientes dos outros Estados-Membros.

15. Na época dos acontecimentos do processo principal, as relações entre o Estado e a Apoteket eram reguladas pela convenção de 20 de Dezembro de 1996, prorrogada e modificada pela convenção de 21 de Dezembro de 1998⁵.

17. O artigo 8.º da convenção de 1996 impõe à Apoteket a prática de um preço de venda único para cada medicamento. Para os medicamentos reembolsáveis, o preço de venda — e, portanto, a margem de lucro da Apoteket — é fixado pelo Läkemedelsförhållningsnämnden (comité dos preços dos medicamentos). Em contrapartida, para os medicamentos não reembolsáveis, a Apoteket fixa ela própria o preço dos produtos bem como a sua margem de lucro. Os medicamentos reembolsáveis são os sujeitos a receita médica bem como certos medicamentos não sujeitos a receita.

16. Esta convenção prevê que a Apoteket deve assegurar um abastecimento satisfatório de medicamentos à totalidade do território e garantir aos consumidores uma informação independente dos fabricantes de medicamentos. Para o efeito, a Apoteket deve organizar um sistema nacional de distribuição e assegurar *stocks* e capacidades de entrega suficientes para responder às necessidades do sistema de saúde. Neste contexto, é a própria Apoteket que determina o

II — Reenvio prejudicial

18. As autoridades suecas instauraram um processo penal contra K. Hanner por violação do artigo 4.º da lei de 1996. Acusam-no de ter vendido, em Maio e Julho de 2001, doze embalagens de pensos Nicorette e de pastilhas elásticas Nicorette, ou seja, sucedâneos da nicotina destinados a ajudar os fumadores a deixarem de fumar. O Ministério Público sublinhou que estes produtos

5 — Anexo 2 das alegações escritas do Governo sueco (a seguir «Convenção de 1996»).

estavam classificados como medicamentos pelo Läkemedelsverket e, portanto, estavam abrangidos pelo monopólio nacional sueco.

19. K. Hanner confessou os factos perante o órgão jurisdicional de reenvio, mas negou que os mesmos constituíssem uma infracção. Alegou que o monopólio nacional sueco viola os artigos 31.º CE, 28.º CE e 43.º CE.

20. Considerando que a solução do litígio dependia da interpretação destas disposições, o Stockholms tingsrätt decidiu suspender a instância e solicitar ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre as seguintes questões prejudiciais:

«1) Existe a nível nacional um sistema independente de fiscalização e autorização de medicamentos, com o objectivo de manter a sua boa qualidade e de prevenir os danos causados pelos mesmos. Determinados medicamentos são, além disso, abrangidos pela obrigação de prescrição (receita) por médico habilitado. Nestas circunstâncias, o artigo 31.º CE opõe-se a uma legislação nacional que prevê que o venda a retalho de medicamentos só pode ser exercido pelo Estado ou por uma pessoa colectiva sobre a qual o Estado exerça influência determinante e cujo objectivo é responder à necessidade de medicamentos seguros e eficazes?

2) Tendo em conta as circunstâncias indicadas na primeira questão, o artigo 28.º CE opõe-se a uma legislação como a referida na primeira questão?

3) Tendo em conta as circunstâncias indicadas na primeira questão, o artigo 43.º CE opõe-se a uma legislação como a referida na primeira questão?

4) Na apreciação das primeira, segunda e terceira questões, o princípio da proporcionalidade opõe-se a uma legislação nacional tal como a referida na primeira questão?

5) A apreciação das primeira, segunda, terceira e quarta questões é influenciada pelo facto de os medicamentos ditos de venda livre serem total ou parcialmente excluídos da exigência, prevista na legislação nacional, de a venda a retalho de medicamentos só poder ser exercida pelo Estado ou por uma pessoa colectiva sobre a qual o Estado exerça influência determinante?»

III — Objecto das questões prejudiciais

21. O pedido de decisão prejudicial do Stockholms tingsrätt põe duas séries de questões.

22. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se as disposições de base em matéria de livre circulação de mercadorias (artigos 31.º CE e 28.º CE) e de liberdade de estabelecimento (artigo 43.º CE) se opõem a uma legislação nacional que reserva ao Estado, ou a um organismo controlado pelo Estado, o direito exclusivo de venda a retalho de medicamentos⁶.

23. Em caso afirmativo, há seguidamente que perguntar se tal legislação se pode justificar com base em excepções previstas no Tratado. Efectivamente, embora o Stockholms tingsrätt não tenha visado expressamente na sua questão prejudicial as disposições derogatórias previstas no Tratado, apenas uma interpretação destas disposições lhe permitirá dar uma resposta útil, ou seja, todos os elementos necessários para determinar se o monopólio controvertido é

compatível com o direito comunitário⁷. A questão da justificação do monopólio está, aliás, implícita nos dois primeiros períodos da primeira questão prejudicial, bem como na quarta e quinta questões.

24. De facto, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, mais precisamente, saber se a medida controvertida é proporcional ao objectivo que prossegue⁸. Pergunta-se se esta medida é necessária visto que outras disposições legais em matéria de fiscalização, de autorização e de receita de medicamentos já têm por objectivo assegurar a protecção da saúde pública⁹. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a medida controvertida não ultrapassa o que é necessário na medida em que inclui medicamentos não sujeitos a receita médica no monopólio nacional¹⁰.

25. Examinaremos sucessivamente estas várias questões, começando pela análise do artigo 31.º CE, visto que esta disposição

7 — Recorde-se que, nos termos de uma jurisprudência assente, o Tribunal de Justiça considera que, para dar uma resposta útil ao órgão jurisdicional nacional que lhe submeteu uma questão prejudicial, pode ser levado a tomar em consideração normas de direito comunitário às quais este órgão jurisdicional não se referiu na sua questão (v., nomeadamente, acórdãos de 20 de Março de 1986, *Tissier* (35/85, *Colect.*, p. 1207, n.º 9); de 18 de Novembro de 1999, *Teckal* (C-107/98, *Colect.*, p. I-683, n.º 19), e de 22 de Janeiro de 2004, *COPPI* (C-271/01, *Colect.*, p. I-1029, n.º 27).

8 — Quarta questão prejudicial.

9 — Primeira questão prejudicial (primeiro e segundo períodos).

10 — Quinta questão prejudicial.

6 — Primeira questão prejudicial (terceira frase) bem como a segunda e terceira questões prejudiciais.

constitui uma *lex specialis* para os monopólios nacionais de carácter comercial¹¹.

IV — Quanto ao artigo 31.º CE

26. O artigo 31.º, n.º 1, CE tem a seguinte redacção:

«Os Estados-Membros adaptarão os monopólios nacionais de natureza comercial, de modo a que esteja assegurada a exclusão de toda e qualquer discriminação entre nacionais dos Estados-Membros, quanto às condições de abastecimento e de comercialização.

O disposto no presente artigo é aplicável a qualquer organismo através do qual um Estado-Membro, *de jure* ou *de facto*, controle, dirija ou influencie sensivelmente, directa ou indirectamente, as importações ou as exportações entre os Estados-Membros. Estas disposições são igualmente aplicáveis aos monopólios delegados pelo Estado.»

27. O artigo 31.º CE é uma das disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias. Tem por objectivo principal evitar que os Estados-Membros utilizem os seus monopólios comerciais para fins proteccionistas e reponham, assim, os entraves à livre circulação de mercadorias que outras disposições do Tratado têm exactamente por objectivo eliminar¹². O relatório Spaak indica, com efeito, que¹³:

«Coloca-se um problema particular quando a regulação directa das importações tem lugar não através de contingentes, mas da instituição de um monopólio de compra, quer seja o monopólio de um organismo público quer o de um grupo privado com delegação do Estado. Neste caso, a autoridade que determina o limite das importações confunde-se com o próprio comprador. Portanto, não se pode aplicar uma fórmula automática de alargamento, visto que não é de conceber tornar obrigatórias compras que não são necessárias. Um elemento importante para a solução é que, no fim do período de transição, as organizações nacionais de compra ou de importação deverão quer ter desaparecido, quer terem-se adaptado ao mercado comum, quer, em caso de necessidade, terem sido substituídas por uma organização comum.»

11 — Acórdãos de 20 de Fevereiro de 1979, ReweZentral, dito «Cassis de Dijon» (120/78, Colect. 1979-I, p. 327, n.º 7); de 13 de Março de 1979, Peureux II (119/78, Colect. 1979-I, p. 531, n.º 27), e de 14 de Dezembro de 1995, Banchemo (C-387/93, Colect., p. I-4663, n.º 26).

12 — V., neste sentido, artigo 31.º, n.º 2, CE e acórdão de 13 de Março de 1979, Hansen (91/78, Colect. 1979-I, p. 505, n.º 8).

13 — Comité intergovernamental criado pela Conferência de Messine, Relatório dos chefes das delegações dos Ministros dos Negócios Estrangeiros, Bruxelas, 21 de Abril de 1956, p. 37.

28. O artigo 31.º CE constitui, portanto, uma disposição específica que tem em vista eliminar os obstáculos à livre circulação de mercadorias que resultam, não de uma medida estatal, mas sim do comportamento dos monopólios estatais ¹⁴.

29. No caso vertente, o Stockholms tingsrätt pergunta se esta disposição se opõe a uma legislação nacional que reserva às autoridades de um Estado-Membro, ou a um organismo controlado por essas autoridades, o direito exclusivo da venda a retalho dos medicamentos.

30. Com vista a responder a esta questão, começaremos por verificar que a Apoteket está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 31.º CE (ponto A, a seguir). Seguidamente, examinaremos se um direito exclusivo de venda a retalho pode ser considerado compatível com as exigências desta disposição (ponto B, a seguir).

A — Quanto ao âmbito de aplicação do artigo 31.º CE

31. O artigo 31.º CE aplica-se aos monopólios nacionais de natureza comercial e é

aplicável a «qualquer organismo através do qual um Estado-Membro controle, dirija ou influencie sensivelmente, directa ou indirectamente, as importações ou as exportações entre os Estados-Membros» ¹⁵.

32. Conforme foi sublinhado pelo advogado-geral G. Cosmas ¹⁶, esta definição pressupõe a reunião de dois elementos de natureza distinta: um elemento orgânico e um elemento funcional.

33. No que se refere ao elemento orgânico, o artigo 31.º CE pressupõe que o monopólio nacional tem carácter «comercial». Isto significa que o organismo em causa deve exercer uma actividade económica, ou seja, uma actividade que consiste em oferecer bens ou serviços num determinado mercado ¹⁷. O conceito de «monopólio nacional de natureza comercial» aproxima-se, assim, do conceito de «empresa» na acepção do direito de concorrência, visto que é aplicável a «qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente

15 — Acórdãos de 3 de Fevereiro de 1976, Manghera e o. (59/75, Colect., p. 91, n.º 7), e de 4 de Maio de 1988, Bodson (30/87, Colect., p. 2479, n.º 11).

16 — Conclusões nos acórdãos de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos (C-157/94, Colect., p. I-5699); Comissão/Itália (C-158/94, Colect., p. I-5789); Comissão/França (C-159/94, Colect., p. I-5815), e Comissão/Espanha (C-160/94, Colect., p. I-5851, n.º 28).

17 — Recorde-se que, no direito da concorrência, o conceito de «actividade económica» é aplicável a qualquer actividade que consiste em oferecer bens ou serviços num determinado mercado (v., nomeadamente, acórdãos de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália, 118/85, Colect., p. 2599, n.º 7; de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália, C-35/96, Colect., p. I-3851, n.º 36, e de 19 de Fevereiro de 2002, Wouters e o., C-309/99, Colect., p. I-1577, n.º 47).

14 — Berrod, F., «Monopoles publics et droit communautaire», *Juris-classeur Europe* 2004, fascículo 1510 (n.º 24).

do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento»¹⁸.

34. Todavia, o carácter «nacional» do monopólio exige que a entidade em causa apresente uma ligação particular com o Estado¹⁹. Pode tratar-se de uma parte da administração²⁰, de uma empresa pública²¹ ou de uma empresa privada investida de direitos exclusivos ou especiais²². O essencial é que o Estado possa exercer uma influência determinante sobre o comportamento desta entidade²³. Além disso, o carácter «nacional» do monopólio exige que este último tenha a sua origem num acto de poder público e que a sua exclusividade seja legalmente garantida²⁴. Desta forma, exclui os monopólios puramente económicos, que são abrangidos pelas regras do Tratado em matéria de concorrência. Por último, o Tribunal de Justiça precisou que o

artigo 31.º CE visava as trocas de mercadorias²⁵ e, por conseguinte, não se aplicava aos monopólios de serviços²⁶, excepto se estes monopólios forem susceptíveis de ter uma incidência directa sobre as trocas de mercadorias entre os Estados-Membros²⁷.

35. Quanto ao elemento funcional, o artigo 31.º CE diz respeito a uma situação em que as autoridades públicas podem influenciar sensivelmente as trocas entre Estados-Membros através do organismo ou da entidade já referidos²⁸. A este respeito, não se exige que o Estado *controle* ou *dirija* as importações e as exportações. Basta que esteja em condições de influenciar as trocas comerciais, ainda que indirectamente²⁹. Além disso, para que a influência do Estado seja considerada sensível, não é necessário que o Estado controle a totalidade das importações ou das exportações. Um Estado que dispõe do direito exclusivo de importar e de comercializar uma quantidade de produtos correspondente a 65% das necessidades do mercado nacional detém o poder de influenciar sensivelmente as importações destes produtos provenientes dos outros Estados-Membros³⁰.

18 — Acórdão de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 21).

19 — Isto resulta claramente do texto original do artigo 31.º CE, que utilizava os termos «monopólio de Estado». Aliás, outras versões linguísticas do Tratado, como a versão inglesa, mantiveram esta expressão particular («State monopolies»).

20 — V., nomeadamente, acórdão Bodson, já referido (n.º 13).

21 — Acórdãos já referidos de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Itália (n.º 2) e Comissão/França (n.º 3), bem como acórdão de 23 de Outubro de 1997, Franzén (C-189/95, Colect., p. I-5909, n.º 15, a seguir «acórdão Franzén»).

22 — V., nomeadamente, acórdão Comissão/Países Baixos, já referido (n.º 2 a 4), e conclusões do advogado-geral K. Roemer no processo SAIL (acórdão de 21 de Março de 1972, 82/71, Recueil, pp. 119, 145, Colect., p. 59).

23 — V., neste sentido, acórdão de 16 de Dezembro de 1970, Cinzano (13/70, Recueil, p. 1089, n.º 5, Colect. 1969-1970, p. 617), e conclusões do advogado-geral K. Roemer no processo SAIL, já referido (p. 145).

24 — De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prah, H., e Vandersanden, G., *Commentaire J. Megret, Le droit de la CEE, volume I. Préambule, Principes, Libre circulation des marchandises*, Edições da Universidade de Bruxelas, 2.ª ed., Bruxelas, 1992, p. 311, e Berrod, F., já referido (n.º 6).

25 — Acórdão de 15 de Julho de 1964, Costa/Enel (6/64, Colect. 1962-1964, p. 549, 553, e n.º 4 da parte dispositiva).

26 — Acórdãos de 30 de Abril de 1974, Sacchi (155/73, Colect., p. 226, n.º 10), e de 11 de Setembro de 2003, Anomar e o. (C-6/01, Colect., p. I-8621, n.º 59).

27 — Acórdãos de 28 de Junho de 1983, Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn (27/81, Recueil, p. 2057, n.º 8 a 13), e de 7 de Dezembro de 1995, Gervais e o. (C-17/94, Colect., p. I-4353, n.º 35 e 37).

28 — V., nomeadamente, acórdãos Bodson, já referido (n.º 13); de 27 de Abril de 1994, Almelo (C-393/92, Colect., p. I-1477, n.º 29), e Banchemo, já referido (n.º 26).

29 — Acórdão Cinzano, já referido (n.º 5).

30 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1990, Comissão/Grécia (C-347/88, Colect., p. I-4747, n.º 41).

36. É evidente que, no caso vertente, a Apoteket reúne estas duas condições.

B — Quanto às obrigações impostas pelo artigo 31.º CE

37. Por um lado, a Apoteket exerce uma actividade económica na acepção do direito da concorrência pois vende bens num determinado mercado, ou seja, o mercado dos medicamentos. Está igualmente sujeita ao controlo do Estado pois o seu capital é detido pelas autoridades suecas e a sua direcção é composta por políticos e funcionários. Por último, detém um monopólio legal já que a exclusividade da sua actividade é garantida tanto pela lei de 1996³¹ como pela convenção de 1996³².

40. O artigo 31.º CE não exige a abolição dos monopólios nacionais de carácter comercial³⁴. Exige unicamente a adaptação destes monopólios de modo a assegurar que, nas condições de abastecimento e de escoamento das mercadorias, não haja qualquer discriminação entre os nacionais dos Estados-Membros³⁵.

38. Por outro lado, a Apoteket tem um direito exclusivo de venda a retalho. Ora, o Tribunal de Justiça já reconheceu que a existência de tal direito permite ao Estado-Membro em causa exercer uma influência sensível sobre as importações do produto em questão proveniente dos outros Estados-Membros³³.

39. Nestas condições, a Apoteket constitui um monopólio nacional de carácter comercial na acepção do artigo 31.º CE. Portanto, há que verificar se as exigências impostas por esta disposição se opõem à existência ou ao exercício particular do direito exclusivo de venda a retalho que lhe foi concedido.

41. Uma das dificuldades suscitadas pelo artigo 31.º CE resulta do facto de o conceito de «monopólio nacional» ser utilizado para designar simultaneamente o direito exclusivo de exercer uma determinada actividade (produção, importação, comercialização) e o organismo competente para exercer este direito exclusivo³⁶. É evidente que, nos termos do artigo 295.º CE³⁷, o Tratado não pode impor a um Estado-Membro que suprima um organismo titular de direitos exclusivos. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça considerou que a obrigação de adaptação imposta pelo artigo 31.º CE podia obrigar os Estados-Membros a eliminar a existência de certos direitos exclusivos.

31 — Artigo 4.º

32 — Artigo 1.º

33 — Acórdão Franzén (n.ºs 37 e segs.). Esta conclusão decorre igualmente de uma leitura a contrario do acórdão Banchemo, já referido (n.ºs 29 a 31).

34 — Acórdão Manghera e o., já referido (n.º 5).

35 — *Idem*.

36 — De Cockborne, J.-E., Defalque L., Durand, C.-F., Prah, H., e Vandersanden, G., já referidos (p. 332).

37 — Este artigo prevê que «[o] presente Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros».

42. Deste modo, no acórdão Manghera e o., já referido³⁸, o Tribunal de Justiça declarou que um direito exclusivo de importação de produtos constituía, por natureza, uma discriminação proibida pelo artigo 31.º CE e que, portanto, os Estados-Membros eram obrigados a eliminar esse tipo de direitos. Da mesma forma, o Tribunal de Justiça declarou que os direitos exclusivos de exportação de produtos eram, por natureza, contrários ao artigo 31.º CE e que deviam ser eliminados³⁹.

43. A questão que se coloca no caso vertente é a de saber se se pode considerar um direito exclusivo de venda a retalho compatível com o artigo 31.º CE.

44. O Tribunal de Justiça teve já oportunidade de se pronunciar sobre esta questão no acórdão Franzén. Declarou que o monopólio em causa nesse processo estava em conformidade com o artigo 31.º CE, na medida em que as disposições relativas à sua existência e ao seu funcionamento não eram nem discriminatórias nem de natureza a prejudicar os produtos importados dos outros Estados-Membros.

45. No entanto, no caso vertente, proporemos ao Tribunal de Justiça que não aplique o

acórdão Franzén. Com efeito, como a maioria da doutrina⁴⁰, pensamos que a solução adoptada neste acórdão não constitui uma interpretação correcta das disposições do Tratado.

46. Antes de expor as razões pelas quais proporemos ao Tribunal de Justiça que reconsidere a jurisprudência Franzén, há que recordar resumidamente o seu conteúdo.

1. Conteúdo do acórdão Franzén

47. O acórdão Franzén dizia respeito ao monopólio da venda a retalho de bebidas alcoólicas na Suécia.

48. Neste Estado, a lei sujeitava a produção, o comércio por grosso e a importação (de todas ou de parte) das bebidas alcoólicas à posse de licenças especiais concedidas pela Alkoholinspektion (inspecção sobre o álcool). Além disso, a lei concedia a uma

38 — N.ºs 12 e 13.

39 — Acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Itália, já referido (n.º 24).

40 — V., nomeadamente, Berrod, F., nota sobre o acórdão Franzén, em *Europe*, Janeiro de 1998, p. 14 e 15; Blum, F., «De Sacchi à Franzén en passant par la Crespelle: jurisprudence récente de l'article 90» em *Gazette du Palais*, 1999, pp. 1031 a 1043; Buendia Sierra, J. L., *Exclusive rights and state monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 102 a 104 (pontos 3.105 a 3.108) e p. 121 e 122 (pontos 3.169 e 3.170); Slot, P. J., nota sobre os acórdãos de 23 de Outubro de 1997, Franzén, Comissão/Paises Baixos, Comissão/Itália, Comissão/França e Comissão/Espanha [já referidos], em *Common Market Law Review*, 1998, pp. 1183 a 1203, bem como Faull, J., e Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 309 (ponto 5109).

sociedade do Estado, especialmente constituída para o efeito, o direito exclusivo da venda a retalho de vinho, de cerveja forte e de bebidas espirituosas. Esta sociedade, denominada Systembolaget Aktiebolag⁴¹, era inteiramente detida pelo Estado sueco.

funcionamento do monopólio deviam ser analisadas à luz do artigo 37.º do Tratado⁴³, enquanto as outras disposições, que eram independentes do funcionamento do monopólio, embora tendo incidência neste último, deviam ser analisadas à luz do artigo 30.º do Tratado⁴⁴.

49. No âmbito de um processo penal instaurado contra H. Franzén, um órgão jurisdicional sueco submeteu ao Tribunal de Justiça várias questões a fim de determinar se o monopólio da Systembolaget era compatível com os artigos 30.º e 37.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 28.º CE e 31.º CE).

52. No que respeita às regras relativas à existência e ao funcionamento do monopólio, o Tribunal de Justiça considerou que:

50. O Tribunal de Justiça começou por sublinhar que as questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio diziam respeito não só às disposições nacionais relativas à existência e ao funcionamento do monopólio controvertido, mas também, de uma maneira mais geral, às disposições que, apesar de não regularem o funcionamento do monopólio, tinham uma incidência directa sobre este, isto é, as regras relativas às licenças de produção e comercialização por grosso⁴².

«39 [...] o artigo 37.º do Tratado tem como objectivo conciliar a possibilidade de os Estados-Membros manterem determinados monopólios de natureza comercial, enquanto instrumentos para a prossecução de objectivos de interesse público, com as exigências do estabelecimento e do funcionamento do mercado comum. Tem em vista a eliminação dos entraves à livre circulação de mercadorias, com excepção dos efeitos restritivos nas trocas que são inerentes à existência dos monopólios em causa.

51. Seguidamente, o Tribunal de Justiça referiu que, de acordo com a sua jurisprudência, as regras relativas à existência e ao

40 Assim, o artigo 37.º exige que a organização e o funcionamento do monopólio sejam adaptados por forma a excluir qualquer discriminação entre os nacionais dos Estados-Membros nas condições de abastecimento e de escoamento.

41 — A seguir «Systembolaget».

42 — Acórdão Franzén (n.º 34).

43 — *Ibidem* (n.º 35).

44 — *Ibidem* (n.º 36).

mento, de modo que o comércio de mercadorias provenientes dos outros Estados-Membros não seja prejudicado, juridicamente ou de facto, relativamente ao das mercadorias nacionais, e que a concorrência entre as economias dos Estados-Membros não seja falseada [...].

Justiça considerou que, supondo que era esse o caso, as referidas disposições estavam justificadas à luz das exigências inerentes à existência ou à gestão do monopólio controvertido⁴⁸.

41 No caso vertente, é pacífico que, tendo em vista a protecção da saúde pública contra os malefícios do álcool, um monopólio nacional de venda a retalho de bebidas alcoólicas, como o atribuído à Systembolaget, prossegue um objectivo de interesse público.

42 Deve então verificar-se se um monopólio deste tipo está adaptado de modo a preencher as condições recordadas nos n.ºs 39 e 40 *supra*.»

53. Assim, o Tribunal de Justiça analisou as disposições relativas ao sistema de selecção dos produtos⁴⁵, à rede de vendas do monopólio⁴⁶ e ao sistema de promoção das bebidas alcoólicas⁴⁷. Em cada caso, declarou que as disposições em causa não eram discriminatórias ou de natureza a prejudicar os produtos importados dos outros Estados-Membros. Seja como for, o Tribunal de

54. O Tribunal de Justiça concluiu «que um monopólio de venda a retalho, como o que está em causa no processo principal, corresponde às condições de conformidade com o artigo 37.º do Tratado, recordadas nos n.ºs 39 e 40 do presente acórdão»⁴⁹.

55. No que respeita às outras disposições nacionais com incidência sobre o funcionamento do monopólio, o Tribunal de Justiça declarou que as disposições que reservam as importações de bebidas alcoólicas apenas aos titulares de uma autorização constituem um entrave na acepção da jurisprudência *Dassonville*⁵⁰. Além disso, declarou que o Governo sueco não justificou como é que estas disposições eram proporcionadas ao objectivo de saúde pública prosseguido⁵¹. O Tribunal de Justiça concluiu daí que as disposições suecas relativas ao regime de importações de bebidas alcoólicas eram contrárias aos artigos 30.º e 36.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 28.º CE e 30.º CE)⁵².

48 — *Ibidem* (n.º 49 e 59).

49 — *Ibidem* (n.º 66).

50 — Acórdão de 11 de Julho de 1974, *Dassonville* (8/74, Recueil, p. 837, n.º 5, Colect., p. 423).

51 — Acórdão *Franzen* (n.º 76).

52 — *Ibidem* (n.º 77).

45 — *Ibidem* (n.º 43 a 52).

46 — *Ibidem* (n.º 53 a 57).

47 — *Ibidem* (n.º 58 a 65).

2. Análise da jurisprudência Franzén

tuía o objecto do litígio que lhe tinha sido submetido.

56. Como a maioria da doutrina⁵³, pensamos que o raciocínio desenvolvido pelo acórdão Franzén assenta numa interpretação incorrecta do artigo 31.º CE. Entendemos que este acórdão coloca essencialmente três séries de dificuldades.

57. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça adoptou uma apreciação «fraccionada» do monopólio controvertido.

58. Na sua jurisprudência anterior, o Tribunal de Justiça foi chamado com frequência a pronunciar-se unicamente sobre um aspecto determinado de um monopólio nacional de carácter comercial. Este aspecto podia respeitar à cobrança de um direito ou de um imposto sobre os produtos importados⁵⁴, à comercialização dos produtos a um preço de venda anormalmente baixo⁵⁵, a uma proibição de destilar as matérias primas importadas⁵⁶, à fixação de margens de comercialização uniformes⁵⁷ ou à fixação de um preço de venda diferente do preço fixado pelos fabricantes e pelos importadores⁵⁸. É evidente que, nestes diferentes casos, o Tribunal de Justiça tinha de limitar a sua análise apenas ao aspecto do monopólio que consti-

59. Contudo, em todos os outros casos, o Tribunal de Justiça procedeu a um exame global do monopólio em questão. Assim, no acórdão Manghera e o., já referido⁵⁹, examinou, no seu todo, o monopólio de importação de tabacos manufacturados à luz do artigo 31.º CE, e não apenas as várias regras de funcionamento desse monopólio. Da mesma forma, no acórdão Comissão/Grecia, já referido⁶⁰, o Tribunal de Justiça declarou, globalmente, que os direitos exclusivos do Estado helénico em matéria de importação e de comercialização de produtos petrolíferos conduziam a uma discriminação proibida pelo artigo 31.º CE. Daqui decorre que, quando lhe é submetida uma questão relativa à compatibilidade de um monopólio nacional de carácter comercial, no seu todo, o Tribunal de Justiça procede a um exame global do (ou dos) direito(s) exclusivo(s) que está (estão) em causa.

60. Ora, no processo Franzén, o Tribunal de Justiça afastou-se desta interpretação, se bem que lhe tivesse sido explicitamente submetida a questão⁶¹. Já vimos que o Tribunal de Justiça isolou as diferentes regras de funcionamento do monopólio (o sistema de selecção dos produtos, a rede de vendas, a

53 — Referida na nota 40 das presentes conclusões.

54 — Acórdãos Cinzano, já referido (n.ºs 1 e 2), e de 17 de Fevereiro de 1976, Miritz (91/75, Recueil, p. 217, n.ºs 1 e 2, Colect., p. 119).

55 — Acórdão Hansen, já referido (n.ºs 12 e 13).

56 — Acórdão Peureux II, já referido (n.ºs 3 e 4).

57 — Acórdão de 7 de Junho de 1983, Comissão/Itália (78/82, Recueil, p. 1955, n.º 5).

58 — Acórdão de 21 de Junho de 1983, Comissão/França (90/82, Recueil, p. 2011, n.º 1).

59 — N.ºs 9 a 13.

60 — N.ºs 41 a 44.

61 — Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio perguntava, nomeadamente, se «[u]m monopólio criado por lei, como a Systembolaget, [era] compatível com o artigo 30.º do Tratado de Roma» e se «[u]m monopólio criado por lei, como a Systembolaget, [era contrário] ao artigo 37.º do Tratado de Roma» (acórdão Franzén, n.º 29).

promoção dos produtos) e analisou, em cada caso, se estas regras eram discriminatórias ou de natureza a prejudicar os produtos importados.

61. Pode perguntar-se se esta apreciação não levou o Tribunal de Justiça a subestimar o impacto do monopólio controvertido sobre as trocas comerciais entre Estados-Membros. Com efeito, afigura-se que a apreciação dos efeitos de um monopólio sobre as trocas comerciais entre Estados-Membros será diferente conforme se proceda a uma análise global ou fraccionada. Diferentemente desta última apreciação, uma análise global tem em conta as restrições à livre circulação de mercadorias que resultam do efeito cumulativo das diversas regras de funcionamento do monopólio. Aliás, foi com base numa análise global do monopólio da Systembolaget que o advogado-geral M. B. Elmer tinha concluído que este monopólio era de natureza a constituir um sério entrave ao comércio intracomunitário⁶².

62. Em segundo lugar, consideramos que o Tribunal de Justiça adoptou uma concepção restritiva do conceito de «discriminação» previsto no artigo 31.º CE.

63. Como veremos⁶³, o artigo 31.º CE não proíbe apenas as discriminações face aos

produtos dos outros Estados-Membros. Esta disposição proíbe sobretudo as discriminações entre os *nacionais* dos Estados-Membros nas condições de abastecimento e de escoamento das mercadorias. Assim, o artigo 31.º CE tem por objectivo garantir aos operadores estabelecidos nos outros Estados-Membros a possibilidade de proporem os seus produtos aos clientes da sua escolha no Estado-Membro onde se encontre o monopólio. Inversamente, visa permitir aos consumidores do Estado-Membro onde se encontra o monopólio que se abasteçam junto dos operadores da sua escolha nos outros Estados-Membros. Portanto, o artigo 31.º CE não tem apenas por objectivo proteger a livre circulação de mercadorias como tal: visa sobretudo proteger os operadores que participam nessa livre circulação⁶⁴.

64. Conforme foi sublinhado por um autor da doutrina⁶⁵, esta acepção particular do conceito de «discriminação» vai mais longe que o conceito de discriminação entre os produtos. Com efeito, a eliminação das discriminações entre os *produtos* não exige necessariamente a abolição de direitos exclusivos. Para que o monopólio seja compatível com esta exigência basta que aplique um tratamento idêntico (não discriminatório) aos produtos nacionais e aos produtos estrangeiros. Em contrapartida, a eliminação das discriminações entre os *nacionais* dos Estados-Membros pode implicar a abolição de direitos exclusivos, uma vez que o facto de

62 — Conclusões no processo Franzén (n.ºs 74 a 103).

63 — N.ºs 84 a 95 das presentes conclusões.

64 — Conclusões do advogado-geral M. B. Elmer no processo Franzén (n.º 68).

65 — Buendia Sierra, J. L., já referido, pp. 102 e 103 (pontos 3.103 a 3.108).

reservar o exercício de uma actividade económica a um operador nacional pode ser de natureza a afectar directamente os operadores estabelecidos nos outros Estados-Membros nas suas condições de abastecimento e de escoamento. Veremos⁶⁶ que o Tribunal de Justiça adoptou esta acepção particular do conceito de «discriminação» na sua jurisprudência. Assim, exigiu a abolição de direitos exclusivos sem mesmo se interrogar se o monopólio em causa assegurava um tratamento idêntico aos produtos nacionais e aos produtos importados⁶⁷.

65. Ora, no acórdão Franzén, o Tribunal de Justiça afastou-se desta jurisprudência.

66. Limitou essencialmente a sua análise à questão da discriminação entre os *produtos* dos Estados-Membros. Com efeito, vimos que o Tribunal de Justiça verificou, para cada regra de funcionamento do monopólio (o sistema de selecção de produtos, a rede de vendas e a promoção dos produtos), que as disposições em causa eram aplicadas independentemente da origem dos produtos e que não eram de natureza a prejudicar os produtos importados dos outros Estados-Membros. Portanto, o Tribunal de Justiça baseou a sua análise numa concepção restritiva do conceito de «discriminação» na acepção do artigo 31.º CE.

67. A este respeito, poderia pensar-se que o acórdão Franzén constitui uma inversão em relação à jurisprudência anterior e inaugura, assim, uma mudança na interpretação do artigo 31.º CE. Contudo, esta hipótese é desmentida pelo facto de que, no próprio dia da prolação do acórdão Franzén, o Tribunal de Justiça proferiu três outros acórdãos que adoptaram a interpretação clássica do conceito de «discriminação».

68. Assim, nos acórdãos já referidos Comissão/Países Baixos⁶⁸, Comissão/Itália⁶⁹ e Comissão/França⁷⁰, igualmente proferidos em 23 de Outubro de 1997, o Tribunal de Justiça referiu que a existência, num Estado-Membro, de direitos exclusivos de importação e de exportação de gás e electricidade provocava, em relação aos *operadores* estabelecidos nos outros Estados-Membros, uma discriminação proibida pelo artigo 31.º CE. Acrescentou que era esse o caso mesmo que o monopólio em causa assegurasse um tratamento idêntico (não discriminatório) aos produtos nacionais e aos produtos importados⁷¹. Portanto, de acordo com a sua jurisprudência clássica, o Tribunal de Justiça exigiu a abolição dos direitos exclusivos controvertidos.

69. Conforme sublinhou a doutrina⁷², é difícil compreender por que razão o Tribu-

68 — N.ºs 21 a 23.

69 — N.ºs 22 a 24.

70 — N.ºs 32 a 34.

71 — Acórdão Comissão/Países Baixos, já referido (n.ºs 21 a 23).

72 — V., nomeadamente, Berrod, F., nota sobre o acórdão Franzén, já referido (p. 14), Blum, F., já referido (pp. 1036 e 1037), e Buendia Sierra, J. L., já referido, pp. 103 e 104 (ponto 3.108), e pp. 121 e 122 (pontos 3.170 e 3.171).

66 — N.ºs 89 a 94 das presentes conclusões.

67 — V., em particular, acórdão Manghera e o., já referido (n.º 13).

nal de Justiça adoptou duas apreciações diferentes em duas séries de acórdãos que foram proferidos no mesmo dia, pela mesma formação de julgamento (Tribunal Pleno).

70. A terceira dificuldade suscitada pelo acórdão Franzén diz respeito à justificação das medidas contrárias ao artigo 31.º CE.

71. A questão da justificação das medidas contrárias ao artigo 31.º CE é uma questão controversa, sobre a qual nos voltaremos a debruçar⁷³. De momento, observamos que, no acórdão de 10 de Julho de 1984, *Campus Oil* e o.⁷⁴, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 90.º, n.º 2, do Tratado CE (que passou a artigo 86.º, n.º 2, CE) não isentava um Estado-Membro, que incumbiu uma empresa da gestão de um serviço de interesse económico geral, da proibição de tomar medidas que entrem as importações, violando o disposto no artigo 30.º do Tratado. Além disso, no acórdão *Comissão/Grécia*, já referido⁷⁵, o Tribunal de Justiça declarou, contrariamente ao sustentado pelo Governo helénico, que a manutenção dos direitos exclusivos de importação e de comercialização de produtos petrolíferos não se justificava por razões de segurança pública na acepção do artigo 36.º do Tratado.

72. Com base nestes acórdãos, a Comissão concluiu que o artigo 86.º, n.º 2, CE não podia ser invocado para justificar uma medida contrária ao artigo 31.º CE e que apenas o artigo 30.º CE podia servir de base a tal justificação⁷⁶.

73. No acórdão Franzén, o Tribunal de Justiça afastou-se desta interpretação. Abriu uma outra possibilidade de justificação criando uma espécie de «regra de razoabilidade» no artigo 31.º, n.º 1, CE.

74. Efectivamente, no n.º 39 do acórdão Franzén, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 31.º CE permite «conciliar a possibilidade de os Estados-Membros manterem determinados monopólios de natureza comercial, enquanto instrumentos para a *prossecução de objectivos de interesse público*, com as exigências do estabelecimento e do funcionamento do mercado comum. Tem em vista a eliminação dos entraves à livre circulação de mercadorias, *com excepção dos efeitos restritivos nas trocas comerciais que são inerentes à existência dos monopólios em causa*»⁷⁷.

75. Na sequência do seu raciocínio, o Tribunal de Justiça concluiu que o monopólio concedido à *Systembolaget* prosseguia

73 — V. n.ºs 125 a 134 das presentes conclusões.

74 — 72/83, *Recueil*, p. 2727 (n.º 19).

75 — N.ºs 47 a 49.

76 — V. acórdãos já referidos de 23 de Outubro de 1997, *Comissão/Paises Baixos* (n.º 26); *Comissão/Itália* (n.º 35), e *Comissão/França* (n.º 43), bem como as conclusões do advogado-geral G. Cosmas nestes processos (n.º 87).

77 — O sublinhado é nosso.

efectivamente um objectivo de interesse público visto que tinha por objectivo proteger a saúde pública contra os malefícios do álcool⁷⁸. Seguidamente, o Tribunal de Justiça reconheceu que as disposições relativas à organização e funcionamento do monopólio não implicavam efeitos restritivos sobre a livre circulação das mercadorias ou que, de qualquer forma, esses efeitos não iam para além do que é inerente à «existência»⁷⁹ ou à «gestão»⁸⁰ de um monopólio nacional de carácter comercial.

76. Ao desenvolver este raciocínio, o Tribunal de Justiça enunciou dois princípios:

- em primeiro lugar, o artigo 31.º CE autoriza os Estados-Membros a manter um monopólio nacional de carácter comercial com a condição de que este monopólio prossiga um objectivo de interesse público, e
- em segundo lugar, se o monopólio prossegue tal objectivo, o artigo 31.º CE não proíbe as restrições à livre circulação de mercadorias que são «inerentes à existência» deste monopólio, ou seja, as restrições que não vão para além do que é necessário para alcançar o objectivo prosseguido.

77. Ora, estes dois princípios não têm qualquer fundamento no artigo 31.º CE.

78. Em primeiro lugar, o artigo 31.º CE não exige que um Estado-Membro que pretende manter um monopólio nacional demonstre que este monopólio prossegue um objectivo de interesse público⁸¹. De acordo com a sua redacção, esta disposição exige unicamente que os Estados-Membros adaptem os seus monopólios nacionais de modo a excluir as discriminações entre os nacionais dos Estados-Membros nas condições de abastecimento e de escoamento das mercadorias. Assim, uma vez que os Estados-Membros tenham feito tal adaptação, o artigo 31.º CE autoriza-os a manter os seus monopólios sem outras condições suplementares.

79. Na realidade, a questão de saber se o monopólio prossegue um objectivo de interesse geral é uma questão que diz respeito à *justificação* do direito exclusivo quando este se revela contrário ao artigo 31.º CE. Efectivamente, esta exigência é formulada pelas duas disposições que poderiam ser invocadas para justificar a manutenção de direitos exclusivos contrários ao artigo 31.º CE, ou seja, o artigo 30.º CE (por razões de moral pública, de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública) e o artigo 86.º, n.º 2, CE (através do conceito de «serviço de interesse económico geral»). A questão do

78 — Acórdão Franzén (n.º 41).

79 — *Ibidem* (n.º 49).

80 — *Ibidem* (n.º 59).

81 — Esta é também a posição que a Comissão das Comunidades Europeias adoptou na resposta à pergunta escrita sobre este ponto que o Tribunal de Justiça lhe colocou no presente processo (v. resposta escrita de 10 de Dezembro de 2003, n.ºs 1 a 4).

objectivo prosseguido pelo monopólio não é, por conseguinte, abrangida pelo artigo 31.º CE, mas por disposições derogatórias previstas no Tratado.

que a sua jurisprudência tradicional, tal como foi confirmada, em último lugar, pelos acórdãos já referidos de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos, Comissão/Itália e Comissão/França.

80. Seguidamente, recorde-se que o Tribunal de Justiça já declarou que o artigo 31.º, n.º 1, CE impõe uma «obrigação de resultado rigoroso e desprovido de reservas»⁸². Esta disposição prevê a adaptação dos monopólios nacionais, de maneira a assegurar «a total eliminação»⁸³ de «qualquer discriminação»⁸⁴ entre os nacionais dos Estados-Membros. Contrariamente ao princípio enunciado no acórdão Franzén, o artigo 31.º CE não contém, portanto, qualquer reserva nem qualquer excepção para as restrições à livre circulação de mercadorias que seriam inerentes à existência de um monopólio nacional ou proporcionadas ao objectivo prosseguido pelo referido monopólio. Também neste caso, as excepções ao princípio enunciado no artigo 31.º CE devem ser baseadas nas disposições derogatórias previstas no Tratado, nomeadamente o artigo 30.º CE e/ou o artigo 86.º, n.º 2, CE.

3. Circunstâncias do litígio no processo principal

82. Na medida em que propomos que seja afastada a interpretação acolhida no acórdão Franzén, falta analisar se o direito exclusivo de venda a retalho da Apoteket conduz a uma «discriminação» proibida pelo artigo 31.º CE.

83. No estado actual da jurisprudência, afigura-se-nos que o conceito de «discriminação» previsto no artigo 31.º CE abrange várias categorias de medidas.

81. Tendo em conta todos os elementos expostos, propomos ao Tribunal de Justiça que não aplique o acórdão Franzén no presente processo. Propomos-lhe que apli-

84. Em primeiro lugar, é certo que este conceito visa qualquer diferença de tratamento entre os produtos nacionais e os produtos dos outros Estados-Membros. Nos seus primeiros acórdãos, o Tribunal de Justiça referiu que não havia discriminação na aceção do artigo 31.º CE «sempre que o produto importado está nas mesmas condi-

82 — Acórdão Miritz, já referido (n.º 11).

83 — V., nomeadamente, acórdãos já referidos Manghera e o., (n.º 5); Miritz (n.º 7); de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos (n.º 14); Comissão/Itália (n.º 22), e Comissão/França (n.º 32).

84 — V., nomeadamente, acórdãos já referidos Hansen (n.º 16); Peureux II (n.º 27); de 7 de Junho de 1983, Comissão/Itália (n.º 11), e Banchemo (n.º 27).

ções que o produto nacional afectado pelo monopólio»⁸⁵. Assim, a discriminação pode resultar de um direito de importação, que tem por efeito submeter os produtos importados a encargos mais pesados do que os produtos nacionais similares⁸⁶; do facto de aplicar apenas aos produtos importados, mesmo que sob a forma de imposto, uma contribuição para as despesas do monopólio⁸⁷; de uma proibição de destilar que incide apenas sobre as matérias-primas importadas⁸⁸, ou de um imposto que incide unicamente sobre os produtos importados a fim de compensar a diferença entre o preço de venda do produto no Estado-Membro de origem e o preço de venda pago pelo monopólio aos produtores nacionais para o produto correspondente⁸⁹.

85. O conceito de «discriminação» abrange igualmente as medidas indistintamente aplicáveis que são de natureza a colocar entraves ao comércio entre Estados-Membros. Assim, no acórdão de 21 de Junho de 1983, Comissão/França, já referido⁹⁰, o Tribunal de Justiça declarou que o facto de um monopólio de Estado fixar o preço de venda a retalho do tabaco a um nível diferente do determinado pelos fabricantes ou pelos importadores constituía não só um entrave contrário ao artigo 28.º CE, mas também uma discriminação proibida pelo artigo 31.º CE. Da mesma forma, no acórdão

de 7 de Junho de 1983, Comissão/Itália, já referido⁹¹, o Tribunal de Justiça, depois de ter reconhecido que a medida controvertida era aplicada indistintamente aos produtos importados e aos produtos nacionais, analisou se esta medida não tinha, contudo, um efeito discriminatório na aceção do artigo 31.º CE.

86. Daqui decorre que o conceito de «discriminação» previsto no artigo 31.º CE tem em vista todos os entraves à livre circulação de mercadorias⁹². Estes entraves podem assumir formas diversas, como direitos aduaneiros ou taxas de efeito equivalente na aceção do artigo 25.º CE⁹³, restrições quantitativas ou medidas de efeito equivalente na aceção do artigo 28.º CE⁹⁴ ou ainda imposições internas discriminatórias na aceção do artigo 90.º CE⁹⁵.

87. Contudo, afigura-se que o artigo 31.º CE tem um âmbito de aplicação mais amplo do que as disposições do Tratado em matéria de

85 — Acórdãos Cinzano, já referido (n.º 9), e de 17 de Fevereiro de 1976, ReweZentral (45/75, Colect., p. 89, n.º 27).

86 — Acórdão Cinzano, já referido (n.º 9).

87 — Acórdão ReweZentral, já referido (n.º 26).

88 — Acórdão Peureux II, já referido (n.º 32).

89 — Acórdão Miritz, já referido (n.º 12).

90 — N.º 27.

91 — N.ºs 12 a 18.

92 — V. igualmente, neste sentido, conclusões da advogada-geral S. Rozès no processo Comissão/Itália, já referido (acórdão de 7 de Junho de 1983, n.º III.B), e do advogado-geral G. Cosmas nos processos já referidos Comissão/Países Baixos, Comissão/Itália e Comissão/França (acórdãos de 23 de Outubro de 1997, n.º 25). Na doutrina, v., nomeadamente, Kovar, R., nota sobre os acórdãos de 13 de Março de 1979, Peureux I (86/78, Colect., p. 476), Hansen e Peureux II, já referidos, em *Journal du droit international*, 1981, pp. 125 a 132 (p. 127), e Pappalardo, A., «La position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés», em *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Colégio da Europa, Bruges, 1977, pp. 538 a 558 (pp. 554 e 555).

93 — Acórdão Miritz, já referido (n.º 8).

94 — Acórdãos já referidos Manghera e o. (n.º 9) e Peureux II (n.º 32).

95 — Acórdãos já referidos ReweZentrale (n.º 26), e Peureux I (n.ºs 30 e 31).

livre circulação de mercadorias. Já se disse que esta disposição não proíbe apenas as discriminações e os entraves em relação aos *produtos* dos outros Estados-Membros. Proíbe sobretudo as discriminações entre os *nacionais* dos Estados-Membros quanto às condições de abastecimento e de escoamento das mercadorias. Assim, o artigo 31.º CE tem por objectivo garantir aos operadores estabelecidos nos outros Estados-Membros a possibilidade de oferecerem os seus produtos aos clientes da sua escolha no Estado-Membro em questão. Inversamente, visa permitir aos consumidores do Estado-Membro em causa abastecerem-se junto dos operadores escolhidos nos outros Estados-Membros⁹⁶.

88. Já vimos que esta acepção particular do conceito de «discriminação» vai mais longe do que a discriminação entre os produtos, proibida pelos artigos 25.º CE, 28.º CE e 90.º CE. Com efeito, a eliminação das discriminações entre os produtos não exige, em princípio, a abolição de direitos exclusivos, uma vez que, para estar em conformidade com esta exigência, basta que o monopólio aplique um tratamento não discriminatório aos produtos nacionais e aos produtos dos outros Estados-Membros. Em contrapartida, o conceito de «discriminação entre os nacionais dos Estados-Membros» pode exigir a abolição de certos direitos exclusivos porque o simples facto de reservar o exercício de uma actividade económica a um operador nacional pode ser de natureza a afectar directamente os

operadores estabelecidos nos outros Estados-Membros nas suas condições de abastecimento e de escoamento.

89. O Tribunal de Justiça aplicou este conceito particular de «discriminação» por diversas vezes na sua jurisprudência.

90. Assim, no acórdão Manghera e o., já referido⁹⁷, declarou que um direito exclusivo de importação de produtos implicava, por natureza, uma discriminação face aos exportadores comunitários e que os monopólios nacionais deviam ser, por isso, adaptados por forma a excluir este tipo de direitos. O Tribunal de Justiça chegou a esta conclusão sem se interrogar se o monopólio em causa aplicava um tratamento idêntico aos produtos nacionais e aos produtos importados.

91. De igual forma, no acórdão Comissão/Grécia, já referido⁹⁸, o Tribunal de Justiça afirmou que os direitos exclusivos em matéria de importação e de comercialização de produtos petrolíferos implicavam uma discriminação dos exportadores estabelecidos nos outros Estados-Membros. Verificou-se que estes direitos tinham em vista assegurar o escoamento à produção das

96 — V. igualmente, neste sentido. De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prah, H., e Vandersanden, G., já referidos (p. 312).

97 — N.ºs 12 e 13.

98 — N.º 44.

refinarias gregas do sector público⁹⁹ e, portanto, privavam as sociedades de distribuição estabelecidas na Grécia da possibilidade de se abastecerem nas empresas estabelecidas nos outros Estados-Membros¹⁰⁰.

92. Nos processos já referidos *Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn*¹⁰¹ e *Gervais e o.*¹⁰², o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre um monopólio de prestação de serviços de inseminação artificial de animais. Declarou que um monopólio de serviços não se inseria no âmbito de aplicação do artigo 31.º CE, excepto se este monopólio violasse o princípio da livre circulação de mercadorias discriminando os produtos importados em benefício dos produtos de origem nacional. O Tribunal de Justiça declarou que não era esse o caso porque os criadores de gado tinham liberdade para pedir, ao centro aplicação de que dependiam, que lhes fornecesse o sêmen proveniente do centro de produção da sua escolha, no Estado-Membro em questão ou no estrangeiro.

93. Por último, o Tribunal de Justiça fez uma aplicação evidente deste conceito particular de «discriminação» nos acórdãos já referidos de 23 de Outubro de 1997, *Comissão/Países Baixos*, *Comissão/Itália* e *Comissão/França*. Nestes acórdãos, confirmou que direitos exclusivos de importação implica-

vam, por natureza, uma discriminação dos exportadores estabelecidos nos outros Estados-Membros pelo facto de que estes direitos eram «susceptíveis de afectar directamente as condições de comercialização dos operadores ou vendedores dos outros Estados-Membros»¹⁰³. De igual forma, o Tribunal de Justiça considerou que a «existência de direitos exclusivos de exportação leva, por natureza, a uma discriminação contra os importadores estabelecidos noutros Estados-Membros, uma vez que esta exclusividade não afecta apenas as condições de abastecimento dos operadores ou consumidores dos outros Estados-Membros»¹⁰⁴.

94. No que respeita aos direitos exclusivos de importação, o Governo neerlandês sustentou, num desses processos, que o artigo 31.º proibia unicamente o exercício discriminatório desses direitos, e não a sua simples detenção¹⁰⁵. O Tribunal de Justiça rejeitou claramente este argumento referindo que «[a] livre circulação [de mercadorias] é entravada pela própria existência de direitos exclusivos de importação num Estado-Membro, quando esta priva os agentes económicos dos outros Estados-Membros da possibilidade de proporem os seus produtos aos clientes da sua escolha no Estado-Membro em causa»¹⁰⁶.

99 — *Ibidem* (n.º 43).

100 — *Ibidem* (n.º 38).

101 — N.ºs 12 e 13.

102 — N.ºs 36 e 37.

103 — Acórdãos já referidos de 23 de Outubro de 1997, *Comissão/Países Baixos* (n.º 15); *Comissão/Itália* (n.º 23), e *Comissão/França* (n.º 33).

104 — Acórdãos já referidos de 23 de Outubro de 1997, *Comissão/Itália* (n.º 24), e *Comissão/França* (n.º 34).

105 — Acórdão *Comissão/Países Baixos*, já referido (n.º 21).

106 — *Ibidem* (n.º 23).

95. Daqui decorre que o conceito de «discriminação» previsto no artigo 31.º CE tem um conteúdo mais amplo do que o de «discriminação» previsto nas outras disposições do Tratado em matéria de livre circulação de mercadorias. Este conceito não tem unicamente por objectivo garantir que os produtos dos outros Estados-Membros possam ter acesso ao mercado do Estado-Membro em causa. Tem sobretudo por objectivo garantir este acesso aos operadores estabelecidos nos outros Estados-Membros. A este respeito, o critério essencial é que os operadores estabelecidos nos outros Estados-Membros tenham a possibilidade de propor os seus produtos aos clientes da sua escolha no Estado-Membro em causa e, inversamente, que os consumidores do Estado-Membro em questão tenham a possibilidade de se abastecerem nos operadores por eles escolhidos nos outros Estados-Membros¹⁰⁷.

96. Face a este conceito particular de «discriminação», impõe-se agora analisar se um direito exclusivo de venda a retalho — como o direito concedido à Apoteket — é igualmente, por natureza, contrário ao artigo 31.º CE.

97. A título liminar, há que fazer uma distinção entre um direito exclusivo de venda

a retalho e um «regime de licenças», ou seja, um regime que reserva a venda a retalho de certos produtos a distribuidores titulares de uma autorização administrativa.

98. Como foi sublinhado pelo advogado-geral M. B. Elmer¹⁰⁸, um regime de licenças não constitui um monopólio no sentido económico do termo. Trata-se de um sistema «aberto», no qual qualquer operador que preencha as condições fixadas pela lei é autorizado a comercializar um determinado produto. Um regime de licenças pressupõe, portanto, geralmente a existência de um número importante de distribuidores (cerca de 76 000 retalhistas no processo Banchemo, já referido), que se abastecem livremente nos operadores por eles escolhidos. É por força destas características que o Tribunal de Justiça decidiu¹⁰⁹ que um regime de licenças, que não afecta a comercialização dos produtos provenientes dos outros Estados-Membros de uma maneira diferente da dos produtos nacionais, constitui uma «modalidade de venda» na acepção do acórdão Keck e Mithouard¹¹⁰ e, portanto, escapa ao âmbito de aplicação do artigo 28.º CE¹¹¹.

99. Em contrapartida, um direito exclusivo de venda a retalho é um verdadeiro monopólio no sentido económico do termo. Trata-

107 — Contudo, é de notar que, no acórdão de 19 de Março de 1991, França/Comissão (C-202/88, Colect., p. I-1223, n.º 33 a 36), o Tribunal de Justiça aplicou um critério similar no âmbito do artigo 28.º CE. Declarou que «a existência dos direitos exclusivos de importação e de comercialização priva os operadores económicos da possibilidade de os seus produtos serem comprados pelos consumidores» e que estes direitos «são, portanto, susceptíveis de restringir o comércio intracomunitário» na acepção da jurisprudência Dassonville, já referida. Contudo, até esta data, o Tribunal de Justiça não confirmou esta interpretação do artigo 28.º CE.

108 — Conclusões no processo Franzén (n.º 84 e 87).

109 — V. acórdãos de 19 de Junho de 1995, Comissão/Grécia (C-391/92, Colect., p. I-1621), e Banchemo, já referido.

110 — Acórdão de 24 de Novembro de 1993 (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097).

111 — V., quanto a processos relativos ao monopólio dos farmacêuticos anteriores ao acórdão Keck e Mithouard, já referido, acórdãos de 21 de Março de 1991, Delattre (C-369/88, Colect., p. I-1487), bem como Montell e Samanni (C-60/89, Colect., p. I-1547).

se de um sistema «fechado» no qual um só operador — no caso, o Estado ou uma entidade controlada pelo Estado — está autorizado a comercializar o produto em causa.

100. Ora, sob o ponto de vista dos seus efeitos sobre as trocas comerciais entre Estados-Membros, um direito exclusivo de venda a retalho apresenta as mesmas características que um direito exclusivo de importação¹¹².

101. Com efeito, um direito exclusivo de venda a retalho implica necessariamente uma centralização de todas as compras do produto com vista à venda a retalho. Uma entidade, como a Apoteket, que detém o monopólio da venda a retalho de um produto constitui não só o único vendedor deste produto no Estado-Membro em causa, mas também o único *comprador* do referido produto neste Estado. No fim de contas, os produtores e os grossistas só podem dirigir-se a um único operador (Apoteket) para assegurarem a venda dos seus produtos aos consumidores.

102. Nestas condições, é evidente que um monopólio nacional de venda a retalho tem, como um monopólio estatal em matéria de importação, a possibilidade de determinar os produtos que serão comercializados no mercado do Estado-Membro em causa. A este respeito, ou o produto beneficia do

acesso à rede de vendas do monopólio e, neste caso, será vendido no Estado-Membro em questão, ou o produto não beneficia do acesso à rede de vendas do monopólio e, neste caso, será *totalmente* excluído do mercado em causa. Portanto, o titular de um direito exclusivo de venda a retalho tem o poder de determinar os produtos que terão acesso ao mercado do Estado-Membro em questão. Pode, pois, determinar o nível das importações provenientes dos outros Estados-Membros de maneira tão eficaz como o titular de um direito exclusivo de importação¹¹³.

103. No caso vertente, esta conclusão é confirmada pelos elementos constantes do processo.

104. Com efeito, o Stockholms tingsrätt salientou que, nos termos da convenção de 1996, a Apoteket tinha poder para decidir ela própria quais os medicamentos não sujeitos a receita médica que pretendia comercializar¹¹⁴. Preciso, assim, que «[o]s fabricantes de medicamentos não sujeitos a receita [e de medicamentos] autorizados noutros países não têm *qualquer direito a que os seus produtos sejam postos à venda na Suécia* pela Apoteket»¹¹⁵. Da mesma forma, tratando-se de agentes farmacêuticos, o órgão jurisdicional de reenvio indicou que a Apoteket era proprietária de *stocks* de medicamentos destes agentes e que «[o] abastecimento [...] era] determinado pelo director-geral dos

112 — V. igualmente, neste sentido, conclusões do advogado-geral M. B. Elmer no processo Franzén (n.º 80 a 97).

113 — V. igualmente, neste sentido, Buendia Sierra, J. L., já referido, pp. 119 e 121 (pontos 3.162 e 3.168).

114 — Despacho de reenvio (p. 9).

115 — *Idem* (sublinhado nosso).

assuntos farmacêuticos em cooperação com os serviços de saúde locais»¹¹⁶. Daqui decorre que a Apoteket tem poder para determinar os produtos que serão vendidos pela sua rede de distribuição e que, portanto, terão acesso ao mercado sueco¹¹⁷.

105. Nestas condições, consideramos que um direito exclusivo de venda a retalho apresenta, do ponto de vista dos seus efeitos sobre o comércio intracomunitário, as mesmas características que um direito exclusivo de importação. Um direito exclusivo de venda a retalho é, portanto, por natureza, igualmente contrário ao artigo 31.º CE.

116 — *Ibid.*

117 — Na audiência, o Governo sueco contestou esta conclusão. Defendeu que, nos termos da convenção de 1996, a Apoteket tem obrigação de fornecer todos os medicamentos que têm uma autorização de colocação no mercado. A este respeito, baseou-se no artigo 5.º da referida convenção, que prevê que «[c]ompete à [Apoteket] adquirir e fornecer nos melhores prazos os medicamentos abrangidos pelo regime dos medicamentos reembolsáveis, assim como os produtos sujeitos a receita de consumo corrente. A [Apoteket] deve poder igualmente fornecer, por um lado, os outros medicamentos abrangidos pelo seu direito exclusivo de venda a retalho [e], por outro, produtos de medicina natural». Em nossa opinião, a tese do Governo sueco não pode ser acolhida. Em primeiro lugar, esta tese é claramente contrária aos elementos fornecidos ao Tribunal de Justiça pelo órgão jurisdicional de reenvio que, como se sabe, é o único com competência para dar por assentes os elementos de facto e de direito nacional no âmbito de um processo prejudicial (v., como exemplo recente de jurisprudência assente, acórdão de 30 de Março de 2004, Alabaster, C-147/02, *Collect.*, p. I-3101, n.º 52). Seguidamente, como foi sublinhado pela Comissão nas suas observações escritas (n.ºs 89 a 100), as regras de funcionamento e de organização da Apoteket, incluindo o artigo 5.º da convenção de 1996, não enunciam qualquer critério preciso, objectivo e transparente no que respeita à selecção e comercialização dos produtos. A Apoteket dispõe, portanto, de uma ampla margem de apreciação para decidir dos produtos que serão comercializados pela sua rede de vendas e que, portanto, terão acesso ao mercado sueco.

106. A jurisprudência do Tribunal de Justiça contém, aliás, vários elementos que confirmam esta análise¹¹⁸.

107. Assim, no acórdão França/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça afirmou, embora baseando-se numa disposição diferente do artigo 31.º CE, que um direito exclusivo de comercialização era incompatível com as disposições do Tratado em matéria de livre circulação de mercadorias. Afirmou, a propósito de direitos exclusivos de importação e de comercialização no sector dos terminais de telecomunicações, que:

«34 [...] [A] existência dos direitos exclusivos de importação e de comercialização priva os operadores económicos da possibilidade de os seus produtos serem comprados pelos consumidores.

35 Sublinhe-se, [além disso], que o sector dos terminais se caracteriza pela diversidade e pela complexidade técnica dos produtos e pelas dificuldades que daí resultam. Assim, não é seguro que o detentor do monopólio esteja em condições de oferecer toda a gama de modelos existente no mercado, de

118 — Para além dos elementos referidos nos n.ºs 107 a 109 das presentes conclusões, v. acórdão de 13 de Dezembro de 1990, Comissão/Grecia, já referido (n.ºs 41 e 44), e a sua análise por De Cockhorne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prah, H., e Vandersanden, G., já referidos (pp. 328 e 329), bem como acórdão Bauchero, já referido, e a sua análise pelo advogado-geral M. B. Elmer nas suas conclusões no processo Franzén (n.º 82).

informar os clientes sobre o estado e o funcionamento de todos os terminais de e garantir a respectiva qualidade.

- 36 Os direitos exclusivos de importação e de comercialização no sector dos terminais de telecomunicações são, portanto, susceptíveis de restringir o comércio intracomunitário»¹¹⁹.

108. Além disso, o raciocínio desenvolvido nos acórdãos já referidos de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos, Comissão/Itália e Comissão/França a propósito dos direitos exclusivos de importação é perfeitamente transponível para o caso de um monopólio de Estado de venda a retalho.

109. Assim, pode ver-se que, como para os direitos exclusivos de importação, os direitos exclusivos de venda a retalho são «susceptíveis de afectar directamente as condições de comercialização dos operadores ou vendedores dos outros Estados-Membros»¹²⁰. De igual forma, não se pode sustentar que apenas o exercício discriminatório de direitos exclusivos de venda a retalho é contrário ao artigo 31.º CE visto que «a existência [destes] direitos exclusivos [...] priva os operadores económicos dos outros Estados-

-Membros da possibilidade de proporem os seus produtos aos consumidores da sua escolha no Estado-Membro em causa»¹²¹. Por último, é ponto assente que um direito exclusivo de venda a retalho, como um direito exclusivo de importação, impede «os clientes potenciais em território [do Estado em causa] de escolherem livremente as suas fontes de abastecimento [para o produto em causa] provenientes de outros Estados-Membros»¹²².

110. Nestas condições, pensamos que um direito exclusivo de venda a retalho conduz, também ele, a uma discriminação dos operadores estabelecidos nos outros Estados-Membros, bem como dos consumidores que se encontram no Estado-Membro em causa.

111. Esta conclusão não é posta em causa pelo facto de, no presente processo, o direito exclusivo da Apoteket não ser extensivo às importações e ao comércio grossista dos medicamentos. Com efeito, sabe-se que uma das características do processo França/Comissão, já referido, era o facto de a entidade em causa acumular ao mesmo tempo um direito exclusivo de importação e um direito exclusivo de comercialização. Pode, portanto, colocar-se a questão de saber se esta circunstância não é de natureza a modificar a apreciação da compatibilidade de um direito exclusivo de venda a retalho com o artigo 31.º CE.

119 — V. igualmente, neste sentido, acórdão *Banchero*, já referido, e conclusões do advogado-geral M. B. Elmer no processo *Franzén* (n.º 82).

120 — Acórdãos já referidos de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos (n.º 15); Comissão/Itália (n.º 23), e Comissão/França (n.º 33).

121 — Acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/França, já referido (n.º 40). V. igualmente, neste sentido, acórdão *Comissão/Países Baixos*, já referido (n.º 23).

122 — Acórdão *Comissão/Países Baixos* (n.º 10); v. igualmente n.ºs 16 e 17).

112. Conforme foi sublinhado pelo advogado-geral M. B. Elmer¹²³, tal distinção (entre uma situação de acumulação de direitos exclusivos e a existência de um único direito exclusivo de venda a retalho) resulta de um raciocínio puramente teórico.

113. Efectivamente, a realidade económica é que os operadores económicos estabelecidos nos outros Estados-Membros só aceitarão exportar os seus produtos para a Suécia se tiverem a *certeza* de que estes produtos serão comercializados pela Apoteket. Da mesma forma, os operadores estabelecidos na Suécia não aceitarão importar produtos provenientes dos outros Estados-Membros se tiverem a *certeza* de que estes produtos serão comprados pela Apoteket. Dum ponto de vista económico, a liberalização das importações e do comércio grossista só apresenta, pois, interesse para os operadores se for acompanhada de uma liberalização da venda a retalho¹²⁴.

114. Nestas condições, o facto de o titular de um direito exclusivo de venda a retalho não ser igualmente titular de um direito exclusivo de importação não se reveste de qualquer importância. Ao deter o poder de decidir quais os produtos que serão vendidos pela sua rede, o titular de um direito exclusivo de venda a retalho detém, na realidade, o poder de decidir quais os produtos que poderão ser importados no Estado-Membro em causa e quais os operadores que poderão proceder a

importações para esse Estado. Do ponto de vista da livre circulação de mercadorias, um monopólio de Estado em matéria de venda a retalho produz, portanto, os mesmos efeitos que um monopólio de Estado em matéria de importação.

115. Tendo em conta estes elementos, consideramos, portanto, que um direito exclusivo de venda a retalho é, por natureza, contrário ao artigo 31.º CE¹²⁵. Assim, propomos ao Tribunal de Justiça que responda à primeira questão prejudicial no sentido de que o artigo 31.º CE se opõe à manutenção de um direito exclusivo de venda a retalho, como o concedido à Apoteket pelas autoridades suecas.

V — Quanto aos artigos 28.º CE e 43.º CE

116. Nos acórdãos já referidos de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos¹²⁶, Comissão/Itália¹²⁷ e Comissão/França¹²⁸, o Tribunal de Justiça referiu que, quando a manutenção do direito

125 — V. igualmente, neste sentido, Beraud, R. C., «L'aménagement des monopoles nationaux prévu à l'article 37 du traité CEE à la lumière des récents développements jurisprudentiels», em *Revue trimestrielle de droit européen*, 1979, pp. 573 a 606 (p. 605); Buendia Sierra, J. L., já referido, pp. 119 a 122 (pontos 3.162 a 3.172); Burrows, F., «State Monopolies», em *Yearbook of European Law*, 1983, pp. 25 a 47 (p. 30); De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H., e Vandersanden, G., já referidos (pp. 327 a 329); Wooldridge, F., «Some recent decisions concerning the ambit of article 37 of the EEC Treaty», em *Legal issues of European Integration*, 1979, pp. 105 a 121 (p. 120), e Pappalardo, A., já referido (pp. 555 e 556).

126 — N.º 24.

127 — N.º 33.

128 — N.º 41.

123 — Conclusões no processo Franzén (n.ºs 91 a 94).

124 — V. igualmente, neste sentido, Pappalardo, A., já referido (p. 556).

exclusivo em causa é contrária ao artigo 31.º CE, deixa de ser necessário analisar se este direito é igualmente contrário aos artigos 28.º CE e 29.º CE.

117. Na medida em que propomos ao Tribunal de Justiça que responda à primeira questão prejudicial no sentido de que o artigo 31.º CE se opõe à manutenção do direito exclusivo da Apoteket, as segunda e terceira questões do Stockholms tingsrätt ficam, assim, sem objecto. É, pois, a título subsidiário que as analisaremos sucintamente.

118. As segunda e terceira questões têm por objectivo, no essencial, determinar se os artigos 28.º CE e 43.º CE se opõem à manutenção de um direito exclusivo de venda a retalho dos medicamentos, como o direito concedido à Apoteket.

119. No que respeita ao artigo 28.º CE¹²⁹, recordemos que, nos termos da jurisprudência¹³⁰, uma medida contrária ao artigo 31.º CE é, regra geral, igualmente considerada contrária ao artigo 28.º CE. Esta conclusão afigura-se lógica pois já vimos que o artigo 31.º CE tem em vista eliminar todos

os obstáculos à livre circulação de mercadorias, quando resultam do comportamento de um monopólio estatal e que, entre esses obstáculos, figuram sobretudo as restrições quantitativas e as medidas de efeito equivalente na acepção do artigo 28.º CE.

120. Além disso, resulta dos acórdãos de 13 de Dezembro de 1990, Comissão/Grécia, já referido¹³¹, e França/Comissão, já referido¹³², que a existência de um direito exclusivo de comercialização constitui uma medida de efeito equivalente na acepção do artigo 28.º CE. Efectivamente, o Tribunal de Justiça declarou que a existência de tal direito privava os operadores económicos da possibilidade de fazerem com que os seus produtos fossem comprados pelos consumidores e, portanto, constituía um obstáculo ao comércio intracomunitário na acepção do artigo 28.º CE. Nestas condições, afigura-se-nos que o artigo 28.º CE se opõe igualmente à manutenção de um direito exclusivo de venda a retalho, como o direito concedido à Apoteket.

121. No que respeita ao artigo 43.º CE, é sabido que o conceito de «estabelecimento» na acepção do Tratado é «uma noção muito ampla, que implica a possibilidade de um nacional comunitário participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um outro Estado-Membro diferente do seu Estado de origem e dela tirar benefício,

129 — Sobre as relações entre o artigo 31.º CE e os artigos 28.º CE e 29.º CE, v. análise detalhada do advogado-geral G. Cosmas nos processos já referidos Comissão/Países Baixos; Comissão/Itália; Comissão/França e Comissão/Espanha (acórdãos de 23 de Outubro de 1997, n.ºs 18 a 25).

130 — Acórdãos já referidos Peureux II (n.º 32); de 21 de Junho de 1983, Comissão/França (n.º 27), e de 13 de Dezembro de 1990, Comissão/Grécia (n.º 50).

131 — N.ºs 45 e 46.

132 — N.ºs 33 a 36.

favorecendo assim a interpenetração económica e social no interior da Comunidade no domínio das actividades não assalariadas»¹³³.

122. Afigura-se, *a priori*, que, como foi sublinhado pela Comissão¹³⁴, um monopólio de Estado de venda a retalho constitui um entrave sério ao direito de estabelecimento garantido pelo artigo 43.º CE. Com efeito, contrariamente ao regime de licenças, que permite a qualquer pessoa que preencha as condições fixadas na lei exercer a actividade em causa, um direito exclusivo de venda a retalho impede todos os operadores estabelecidos nos outros Estados-Membros de se estabelecerem no território do Estado-Membro em causa para aí exercerem a actividade em questão. Consequentemente, inclinamo-nos para considerar que o artigo 43.º CE se opõe igualmente à manutenção de um direito exclusivo de venda a retalho de medicamentos, como o concedido à Apoteket.

VI — Quanto à justificação do monopólio controvertido

123. Tendo em conta os elementos expostos, é necessário analisar se a manutenção do direito exclusivo controvertido pode ser justificada com base nas disposições derogatórias previstas no Tratado.

124. Sobre este aspecto, a primeira questão que se coloca é a de saber qual a disposição que pode ser invocada para justificar uma medida contrária ao artigo 31.º CE¹³⁵.

A — Quanto à disposição aplicável

125. Nos termos do artigo 30.º CE, as «disposições dos artigos 28.º [CE] e 29.º [CE] são aplicáveis sem prejuízo das proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas [nomeadamente] por razões [...] de protecção da saúde e da vida das pessoas e animais [...]». Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros».

126. Face à redacção desta disposição, interrogamo-nos se a mesma podia ser invocada para justificar uma medida contrária ao artigo 31.º CE.

133 — Acórdão de 30 de Novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.º 25).

134 — Observações escritas (n.ºs 111 a 127).

135 — Na medida em que a nossa análise dos artigos 28.º CE e 43.º CE foi efectuada a título subsidiário, não procederemos à análise das disposições que permitem justificar uma derrogação destas disposições. Analisaremos apenas aquelas disposições que permitiriam justificar uma medida contrária ao artigo 31.º CE.

127. Alguns autores¹³⁶ propuseram que se respondesse negativamente a esta questão. Defenderam que o artigo 30.º CE tinha unicamente por objecto as restrições possíveis aos artigos 28.º CE e 29.º CE e que, enquanto excepção ao princípio fundamental da livre circulação de mercadorias, esta disposição devia ser objecto de uma interpretação estrita.

128. Por seu lado, os advogados-gerais G. Cosmas¹³⁷ e M. B. Elmer¹³⁸ consideraram que, não obstante este argumento da letra da lei, razões de coerência apelavam para uma solução contrária. Defenderam que seria ilógico admitir que o artigo 30.º CE possa justificar uma restrição quantitativa ou uma medida de efeito equivalente resultante de uma medida estatal «clássica» (na acepção dos artigos 28.º CE e 29.º CE), mas recusar que este artigo possa justificar a mesma restrição quantitativa ou a mesma medida de efeito equivalente pelo facto de ela resultar do comportamento de um monopólio de Estado na acepção do artigo 31.º CE.

129. Inicialmente, o Tribunal de Justiça parece ter-se igualmente pronunciado em favor desta última tese.

130. Com efeito, no acórdão *Campus Oil e o.*, já referido¹³⁹, o Tribunal de Justiça tinha declarado que o artigo 86.º, n.º 2, CE não isentava um Estado-Membro, que incumbiu uma empresa da gestão de um serviço de interesse económico geral, da proibição de tomar medidas que colocam entraves às importações, contrariamente ao artigo 28.º CE. Além disso, no acórdão de 13 de Dezembro de 1990, *Comissão/Grécia*, já referido¹⁴⁰, o Tribunal de Justiça analisou — para o rejeitar — o argumento do Governo helénico segundo o qual a manutenção dos direitos exclusivos de importação e de comercialização dos produtos petrolíferos se justificava por razões de segurança pública na acepção do artigo 30.º CE.

131. O Tribunal de Justiça deu, portanto, a entender que uma medida contrária ao artigo 31.º CE devia ser justificada com base no artigo 30.º CE e não com base no artigo 86.º, n.º 2, CE.

132. Contudo, o Tribunal de Justiça inverteu esta posição nos acórdãos já referidos de 23 de Outubro de 1997, *Comissão/Países Baixos*, *Comissão/Itália* e *Comissão/França*. Declarou que:

«33 Sendo [...] a manutenção dos direitos exclusivos de importação e de exporta-

136 — V., nomeadamente, Berrod, F., «Monopoles publics et droit communautaire», já referido (n.º 66), e Mattered, A., *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Paris, 2.ª ed., 1990 (p. 56).

137 — Conclusões nos processos já referidos *Comissão/Países Baixos*; *Comissão/Itália*; *Comissão/França* e *Comissão/Espanha* (acórdãos de 23 de Outubro de 1997, n.º 26).

138 — Conclusões no processo *Franzén* (n.ºs 106 e 107).

139 — N.º 19.

140 — N.ºs 47 a 49.

ção controvertidos contrária ao artigo 37.º do Tratado, já não é necessário analisar se esses direitos são contrários aos artigos 30.º e 34.º, nem, portanto, se se podem eventualmente justificar ao abrigo do artigo 36.º do Tratado.

133. Na medida em que estes acórdãos foram proferidos pela sessão plenária do Tribunal de Justiça, e com base em conclusões em sentido contrário dos advogados-gerais G. Cosmas¹⁴² e M. B. Elmer¹⁴³, consideramos, pois, que no estado actual do direito comunitário, uma medida contrária ao artigo 31.º CE deve ser justificada com base no artigo 86.º, n.º 2, CE e não com base no artigo 30.º CE.

34 Ter-se-á ainda que analisar, porém, se os direitos exclusivos em discussão não podem ser justificados [...] nos termos do disposto no artigo 90.º, n.º 2, do Tratado.

134. Analisaremos, portanto, se a manutenção do direito exclusivo da Apoteket pode ser justificado com base no artigo 86.º, n.º 2, CE.

[...]

B — Quanto ao artigo 86.º, n.º 2, CE

43 [Com efeito, contrariamente ao que sustenta a Comissão, o artigo 90.º, n.º 2, do Tratado] pode ser invocado para justificar a concessão, por um Estado-Membro, a uma empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral, de direitos exclusivos contrários, nomeadamente ao artigo 37.º do Tratado, na medida em que o cumprimento da missão particular que lhe foi confiada só possa ser assegurado pela concessão desses direitos e desde que o desenvolvimento das trocas comerciais não seja afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade»¹⁴¹.

135. O artigo 86.º, n.º 2, CE dispõe que «[a]s empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade».

141 — Acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Itália, já referido. V., igualmente, acórdãos já referidos de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos (n.ºs 24, 25 e 32), e Comissão/França (n.ºs 41, 42 e 49).

142 — Conclusões nos processos já referidos Comissão/Países Baixos; Comissão/Itália; Comissão/França e Comissão/Espanha (acórdãos de 23 de Outubro de 1997, n.ºs 26 bem como n.ºs 69 a 85).

143 — Conclusões no processo Franzén (n.ºs 104 a 121).

136. Como, por outro lado, já referimos¹⁴⁴, o artigo 86.º, n.º 2, CE enuncia seis condições de aplicação.

Estado não é suficiente para fazer entrar determinada entidade no âmbito de aplicação do artigo 86.º, n.º 2, CE, ainda que o controlo do Estado seja mais intenso relativamente à entidade em causa¹⁴⁹.

137. Em primeiro lugar, o organismo em causa deve ser uma «empresa» na acepção do direito da concorrência. Deve tratar-se de uma «entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de financiamento»¹⁴⁵. De acordo com a jurisprudência, o conceito de «actividade económica» visa qualquer actividade que consista em oferecer bens ou serviços num determinado mercado¹⁴⁶. Regra geral, uma actividade apresenta carácter económico quando pode ser exercida, pelo menos em princípio, por um operador privado com um fim lucrativo¹⁴⁷.

138. Em segundo lugar, é necessário que a empresa tenha sido «encarregada» da gestão de um serviço de interesse económico geral por um acto do poder público¹⁴⁸. Em princípio, o mero exercício de uma actividade regulamentada sob o controlo do

139. Em terceiro lugar, é necessário que a entidade em causa seja encarregada da gestão de um «serviço económico de interesse geral». Embora a jurisprudência não tenha definido este conceito, é certo que as actividades em questão devem revestir «um interesse económico geral com características específicas face a outras actividades da vida económica»¹⁵⁰. Na realidade, compete aos Estados-Membros definirem o conteúdo dos seus serviços de interesse económico geral e, para tal, dispõem de uma ampla margem de manobra, uma vez que o Tribunal de Justiça e a Comissão apenas intervêm para punir erros manifestos de apreciação¹⁵¹.

144 — V. as nossas conclusões no processo Wouters e o., já referido (n.ºs 157 a 166).

145 — Acórdão Höfner e Elser, já referido (n.º 21).

146 — V., nomeadamente, acórdãos já referidos de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália (n.º 7); de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália (n.º 36), e Wouters e o. (n.º 47).

147 — Acórdão de 25 de Outubro de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Colect., p. I-8089, n.º 20). V. igualmente conclusões do advogado-geral A. Tesouro nos processos Poucet e Pistre (acórdão de 17 de Fevereiro de 1993, C-159/91 e C-160/91, Colect., p. I-637, n.º 8), bem como SAT Fluggesellschaft (acórdão de 19 de Janeiro de 1994, C-364/92, Colect., p. I-43, n.º 9).

148 — Acórdãos de 27 de Março de 1974, BRT e SABAM, dito «BRT-II» (127/73, Colect., p. 313, n.º 20), e de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisbüro (66/86, Colect., p. 803, n.º 55).

149 — Acórdãos de 14 de Julho de 1981, Züchner (172/80, Recueil, p. 2021, n.º 7), e de 2 de Março de 1983, GVL/Comissão (7/82, Recueil, p. 483, n.ºs 29 a 32).

150 — Acórdãos de 10 de Dezembro de 1991, Merzi convenzionali porto di Genova (C-179/90, Colect., p. I-5889, n.º 27); de 17 de Julho de 1997, GT-Link (C-242/95, Colect., p. I-4449, n.ºs 52 e 53), e de 18 de Junho de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Colect., p. I-3949, n.º 45).

151 — Acórdão do Tribunal de 27 de Fevereiro de 1997, FFSA e o./Comissão (T-106/95, Colect., p. II-229, n.º 99), e comunicação 2001/C 17/04 da Comissão sobre os serviços de interesse geral na Europa (JO 2001, C 17, p. 4, n.º 22).

140. A quarta condição do artigo 86.º, n.º 2, CE enuncia um critério de necessidade. O texto exige que a aplicação das regras do Tratado à empresa em causa seja de natureza a constituir «obstáculo» à realização da missão particular que lhe foi confiada. É necessário, portanto, que a medida controvertida (aquela que provoca a restrição da concorrência ou o entrave à livre circulação de mercadorias) seja necessária para alcançar o objectivo prosseguido¹⁵². A este respeito, não se exige que a aplicação das regras do Tratado ponha em risco a sobrevivência, a viabilidade ou o equilíbrio financeiro da empresa¹⁵³. Basta que, se não existirem direitos exclusivos concedidos pelo Estado, sejam colocados obstáculos ao cumprimento das obrigações particulares confiadas à empresa ou que a manutenção destes direitos seja necessária para permitir ao seu titular o cumprimento da sua missão em condições economicamente aceitáveis.

141. A quinta condição do artigo 86.º, n.º 2, CE enuncia um critério de proporcionalidade. O texto precisa que as empresas encarregadas da gestão de um serviço de interesse geral ficam submetidas às regras do Tratado «na medida» em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento da sua missão particular.

142. Daqui decorre que os entraves à livre circulação de mercadorias ou as restrições à livre concorrência só são admitidas «na medida em que se afigurem necessárias para permitir à empresa encarregada de tal missão de interesse geral cumpri-la»¹⁵⁴. O critério da proporcionalidade conduz, assim, a verificar que a missão específica da empresa não pode ser cumprida por força de medidas menos restritivas¹⁵⁵.

143. Por fim, a última condição do artigo 86.º, n.º 2, CE exige que «[o] desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade». Mesmo que o Tribunal de Justiça ainda não se tenha pronunciado sobre o conteúdo desta exigência, alguns advogados-gerais já tomaram posição sobre a questão. Consideram que a afectação do desenvolvimento das trocas intracomunitárias na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE, exige, contrariamente à definição clássica do conceito de medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa, a prova de que a medida controvertida afectou realmente as trocas comerciais intracomunitárias de maneira substancial¹⁵⁶. Esta apre-

152 — V., nomeadamente, acórdão *Ambulanz Glöckner*, já referido (n.ºs 56 e 57).

153 — Acórdão de 23 de Outubro de 1997, *Comissão/França*, já referido (n.ºs 59 e 95).

154 — Acórdão *Almelo e o.*, já referido (n.º 49). V., igualmente, acórdão de 19 de Maio de 1993, *Corbeau* (C-320/91, *Colect.*, p. I-2533, n.º 14).

155 — Acórdão de 23 de Maio de 2000, *Sydhavnens Sten & Grus* (C-209/98, *Colect.*, p. I-3743, n.º 80).

156 — Conclusões da advogada-geral S. Rozès no processo *Comissão/Itália*, já referido (acórdão de 7 de Junho de 1983, n.º VI — C), e do advogado-geral G. Cosmas nos processos já referidos *Comissão/Países Baixos*; *Comissão/Itália*; *Comissão/França* e *Comissão/Espanha* (acórdãos de 23 de Outubro de 1997, n.º 126).

ciação afigura-se-nos efectivamente justificada pela redacção do artigo 86.º, n.º 2, CE.

dos medicamentos era exercida por operadores privados¹⁵⁹. Portanto, a Apoteket é uma empresa na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE.

144. Antes de analisar se estas condições estão preenchidas no caso vertente, há que recordar que, enquanto disposição derogatória das regras do Tratado, o artigo 86.º, n.º 2, CE deve ser objecto de interpretação estrita¹⁵⁷. Recorde-se também que, nos termos da jurisprudência, compete ao Estado-Membro que invoca o artigo 86.º, n.º 2, CE demonstrar que as condições de aplicação desta disposição estão preenchidas¹⁵⁸.

147. Além disso, esta sociedade foi encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral por um acto do poder público.

145. No caso vertente, os elementos do processo indicam que as três primeiras condições de aplicação do artigo 86.º, n.º 2, CE se encontram preenchidas.

148. Com efeito, resulta do processo que a concessão do direito controvertido tem por objectivo contribuir para a protecção da saúde pública, garantindo o acesso da população sueca aos medicamentos.

146. Com efeito, vimos que a Apoteket exerce uma actividade económica na acepção da jurisprudência, uma vez que oferece bens e serviços num determinado mercado, ou seja, o mercado dos medicamentos. Tal actividade é claramente susceptível de ser exercida por um operador privado com um fim lucrativo. Aliás, resulta do processo que, mesmo na Suécia, antes da nacionalização das farmácias, a actividade de venda a retalho

149. Nas suas observações escritas¹⁶⁰ e orais, o Governo sueco explicou que, com uma população de nove milhões de habitantes e uma superfície de 450 000 km², a Suécia era o segundo Estado-Membro da União Europeia¹⁶¹ em termos de baixa densidade populacional, sendo o primeiro Estado a República da Finlândia. O Governo sueco expôs que, em razão destas características geográficas e da sua política em matéria social, pretendia assegurar que qualquer cidadão pudesse ter acesso aos medicamentos em condições idênticas e, nomeadamente, a preços uniformes. A cria-

157 — Acórdãos já referidos BRT-II (n.º 19); GT-Link (n.º 50), e Comissão/Paises Baixos (n.º 37).

158 — V., nomeadamente, acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/França, já referido (n.º 94).

159 — Despacho de reenvio (p. 3).

160 — N.º 22.

161 — Nas presentes conclusões, esta expressão tem em vista os Estados-Membros da União Europeia antes de 1 de Maio de 1994.

ção do monopólio nacional de venda a retalho dos medicamentos tem, portanto, como objectivo garantir um abastecimento adequado em medicamentos à totalidade do território sueco e em condições uniformes.

150. Ora, tal missão constitui um serviço de interesse geral na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE. De acordo com a jurisprudência, reveste-se de «um interesse económico geral com características específicas face a outras actividades da vida económica»¹⁶². Por outro lado, o Tribunal de Justiça reconheceu que a necessidade de garantir um abastecimento em medicamentos vasto e adequado às necessidades da população constituía um objectivo de interesse geral ao abrigo do artigo 30.º CE¹⁶³ e do artigo 86.º, n.º 2, CE¹⁶⁴.

151. Por último, não há dúvida que a Apoteket foi encarregada desta missão por um acto expresso do poder público, uma vez que a atribuição desta missão e do direito exclusivo controvertido resulta, no que nos diz respeito, de uma decisão do Governo sueco de 19 de Dezembro de 1996 e da convenção de 1996¹⁶⁵.

152. A Apoteket é, portanto, uma empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral na acepção do artigo 86.º, n.º 2, CE.

153. Em contrapartida, os elementos do processo não permitem concluir que a quarta e quinta condições de aplicação deste texto estão preenchidas no caso vertente.

154. Liminarmente, há que sublinhar que a lei de 1996 e a convenção de 1996 têm um objectivo diferente do prosseguido pelas disposições comunitárias em matéria de autorização e de controlo dos medicamentos¹⁶⁶.

155. Com efeito, estas últimas disposições têm em vista assegurar a protecção da saúde pública *como tal*. Têm por objectivo proteger a saúde e a vida das pessoas e dos animais contra os riscos potenciais que os medicamentos e as suas condições de utilização podem apresentar. Em contrapartida, verificámos que a concessão do direito exclusivo

162 — Acórdãos já referidos *Merzi convenzionali porto di Genova* (n.º 27); *GT-Link* (n.ºs 52 e 53), e *Corsica Ferries France* (n.º 45).

163 — Acórdão de 11 de Dezembro de 2003, *Deutscher Apothekerverband* (C-323/01, *Colect.*, p. I-14887, n.ºs 106 e 107).

164 — Acórdão de 22 de Novembro de 2001, *Ferring* (C-53/00, *Colect.*, p. I-9067, n.ºs 24 e 32), bem como as conclusões do advogado-geral A. Tizzano neste processo (n.º 66).

165 — V. preâmbulo bem como os artigos 1.º e 2.º da convenção de 1996.

166 — Quanto às disposições comunitárias sobre a matéria, v., nomeadamente, Directivas 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 humano (JO L 311, p. 67), e 2001/82/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos veterinários (JO L 311, p. 1).

controvertido tem em vista garantir o acesso da população sueca aos medicamentos. Tem por objectivo garantir um abastecimento adequado à totalidade do território sueco e em condições uniformes. Em resposta às questões do Stockholms tingsrätt sobre este ponto¹⁶⁷, poderá dizer-se que a lei de 1996 e a convenção de 1996 não se sobrepõem às disposições comunitárias em matéria de autorização e controlo dos medicamentos.

156. Dito isto, consideramos que o Governo sueco não justificou que a concessão de um direito exclusivo de venda a retalho é necessária para permitir que a Apoteket cumpra a sua missão.

157. Com efeito, não adiantou elementos pormenorizados (de natureza numérica ou outros) que permitissem concluir que, se não existisse o direito exclusivo controvertido, as zonas de fraca densidade populacional não seriam abastecidas em medicamentos ou sê-lo-iam em condições menos favoráveis. Da mesma forma, as autoridades suecas não adiantaram elementos pormenorizados que permitissem concluir que, supondo que devem intervir para assegurar a instalação de farmácias nas zonas de fraca densidade populacional, a concessão de um direito exclusivo de venda a retalho constitui a medida menos restritiva para as trocas comerciais intracomunitárias.

158. Pelo contrário, certos elementos do processo parecem indicar que a manutenção do direito exclusivo controvertido não é necessária para alcançar o objectivo prosseguido. Estes elementos são os seguintes.

159. Em primeiro lugar, verificamos que, para comercializar os seus medicamentos, a Apoteket recorria a 800 farmácias que lhe pertencem e são por ela geridas, bem como aos 970 agentes farmacêuticos presentes no território sueco. Sabemos igualmente que as farmácias estão geralmente localizadas em zonas de forte densidade populacional, como os centros urbanos e os centros comerciais, e que os agentes farmacêuticos se encontram nas zonas rurais com fraca densidade populacional.

160. Ora, os agentes farmacêuticos são operadores independentes da Apoteket. Trata-se de operadores privados que celebraram um acordo com esta sociedade e que aceitam entregar medicamentos sujeitos a receita médica e vender uma variedade limitada de medicamentos não sujeitos a receita médica. Além disso, estes agentes são seleccionados pela Apoteket, não em função de critérios relativos à densidade da população ou às necessidades desta, mas «em função de critérios comerciais, nomeada-

167 — V. primeira questão prejudicial (primeiro período) e quarta questão prejudicial.

mente em lugares onde não fazem concorrência às farmácias propriamente ditas»¹⁶⁸. Finalmente, é pacífico que estes agentes farmacêuticos não recebem qualquer formação¹⁶⁹ e não estão autorizados a aconselhar os clientes no que respeita à utilização dos medicamentos¹⁷⁰.

161. Nestas condições, é difícil admitir que a concessão do direito exclusivo controvertido é necessária para assegurar um abastecimento em medicamentos à totalidade do território. O facto de que, para assegurar a distribuição dos medicamentos nas zonas de fraca densidade populacional, a Apoteket faça contratos com operadores externos já instalados nas zonas em causa e que são escolhidos em função de critérios comerciais, demonstra que não é necessário reservar a venda dos medicamentos a um único operador a fim de assegurar um abastecimento adequado à totalidade do território sueco.

162. De igual modo, dificilmente se vê como é que a concessão do direito exclusivo controvertido é necessária para garantir o acesso da população aos medicamentos em condições óptimas e idênticas. O facto de que, na maioria dos casos e nas zonas rurais, os medicamentos não serem vendidos em farmácias, mas por operadores que não receberam qualquer formação e que não

estão habilitados a prestar aconselhamento, vai no sentido de demonstrar que o direito controvertido não constitui uma medida necessária (ou adequada) para alcançar este objectivo.

163. Em segundo lugar, sabemos que a Apoteket começou a exercer a sua actividade através da Internet e por telefone. O órgão jurisdicional de reenvio referiu¹⁷¹ que, desde a Primavera de 2002, a Apoteket comercializava os medicamentos não sujeitos a receita médica através da Internet e que, a prazo, pensava poder vender a totalidade dos medicamentos por esta via, incluindo os medicamentos sujeitos a receita. Para tal, a Apoteket enviaria os medicamentos aos clientes por correio, com as informações e os conselhos de utilização exigidos.

164. Ora, este elemento é igualmente tendente a demonstrar que a manutenção do direito controvertido não é necessária para a Apoteket possa cumprir a sua missão.

165. Com efeito, não se vê por que razão é necessário reservar a venda a retalho de medicamentos a um único operador a fim de assegurar a venda destes produtos nas zonas rurais, quando o titular do direito exclusivo assegura este abastecimento recorrendo à venda por correspondência. Afigura-se-nos que qualquer farmácia, que disponha de uma

168 — Despacho de reenvio (p. 9).

169 — *Idem*.

170 — Observações escritas do Governo sueco (n.º 11).

171 — Despacho de reenvio (p. 8).

rede de venda através da Internet ou por telefone, estará em condições de receber as encomendas dos doentes, mesmo dos que vivam em zonas de fraca densidade populacional, e de lhes enviar os medicamentos com as informações e instruções exigidas.

166. Em terceiro lugar, uma breve observação dos regimes existentes nos outros Estados-Membros¹⁷² indica que, de uma maneira mais geral, a concessão de um direito exclusivo de venda a retalho não é necessária para assegurar a existência de farmácias nas zonas de fraca densidade populacional.

167. De facto, aparentemente, em todos os Estados-Membros, incluindo a República da Finlândia (que é o Estado-Membro com a mais fraca densidade populacional), as autoridades públicas não têm de intervir para impor a instalação de farmácias nas zonas de fraca densidade populacional. As medidas que instituíram (nomeadamente, uma definição geral dos critérios relativos à implantação das farmácias e uma limitação do seu número nas zonas de forte densidade populacional) são geralmente suficientes para assegurar a instalação adequada de farmácias em todo o território e, em particular, nas zonas menos povoadas.

168. De qualquer modo, mesmo admitindo que as autoridades de um Estado-Membro devam intervir para assegurar a instalação de farmácias numa parte do seu território, consideramos que a concessão de um direito exclusivo de venda a retalho constitui uma medida desproporcionada em relação a este objectivo.

169. Com efeito, pode imaginar-se que as autoridades do Estado em causa instituíam um regime de licenças e intervenham apenas de maneira pontual, para assegurar a abertura de uma farmácia numa zona onde isso se revela necessário, celebrando um contrato de serviço público com um operador privado. Este operador teria, assim, uma obrigação de serviço público e asseguraria, mediante uma subvenção paga pelo Estado, a venda dos medicamentos na zona em questão. Tal regime seria nitidamente menos restritivo para as trocas comerciais intracomunitárias visto que, diversamente de um direito exclusivo de venda a retalho, não impediria os operadores dos outros Estados-Membros de se estabelecerem no território do Estado-Membro em causa nem de aí proporem os seus produtos aos clientes da sua escolha.

170. A este respeito, os elementos do processo parecem indicar que tal regime seria impossível na Suécia.

172 — V., nomeadamente, o quadro constante do sítio Internet du Groupement pharmaceutique de l'Union européenne: <http://www.pgeu.org> (sob os títulos Sitemap, Pharmaciens d'officine, Données Pharmacie, Le nombre de pharmacies d'officine en Europe).

171. De facto, no âmbito do processo escrito, K. Hanner apresentou um relatório do Handels Utreddningsinstitut (HUI) (Instituto de Estudos de Comércio), de Maio de 2002, relativo à distribuição de medicamentos na Suécia¹⁷³. Este relatório leva a concluir que, em caso de supressão do direito exclusivo da Apoteket para os medicamentos não sujeitos a receita médica, o número de pontos de venda destes medicamentos aumentaria cerca de 3 300 unidades. K. Hanner referiu-se igualmente a vários relatórios do Konkurrentsverket (Conselho Nacional da Concorrência)¹⁷⁴ que parecem indicar que, em caso de supressão do direito exclusivo da Apoteket para os medicamentos não sujeitos a receita médica, o preço destes medicamentos seria inferior ao praticado pela Apoteket. Ora, o Governo sueco não comentou estes diferentes relatórios.

à totalidade do território e em condições de preços uniformes. Parece, portanto, que o monopólio da Apoteket não foi criado por razões técnicas ligadas ao deficiente abastecimento de medicamentos à população.

173. Tendo em conta estes diferentes elementos, pensamos que as autoridades suecas não justificaram a aplicação do artigo 86.º, n.º 2, CE. Pelo contrário, os elementos do processo indicam que a manutenção do direito exclusivo de venda a retalho dos medicamentos não é necessária para garantir que a Apoteket cumpra a sua missão particular e que, de qualquer forma, a manutenção deste direito constitui uma medida desproporcionada em relação ao objectivo prosseguido.

172. Além disso, o Stockholms tingsrätt referiu¹⁷⁵ que, antes da criação do monopólio da Apoteket em 1969, a venda a retalho dos medicamentos era assegurada por operadores privados, no âmbito de um regime de licenças. Ora, em momento algum do processo, o Governo sueco sustentou que este regime não permitia assegurar um abastecimento adequado de medicamentos

174. Por fim, para responder à última questão colocada pelo Stockholms tingsrätt, precisamos que, em nossa opinião, esta conclusão não seria diferente na hipótese de os medicamentos não sujeitos a receita médica serem excluídos do âmbito da aplicação do monopólio da Apoteket¹⁷⁶.

173 — Observações escritas de K. Hanner (anexo 3 e n.ºs 92 a 94).

174 — Relatório n.º 1999/4, intitulado «A concorrência na venda dos medicamentos»; relatório n.º 2004/4, intitulado «Cuidar e criar concorrência», e relatório n.º 2002/2, intitulado «A concorrência na Suécia» (referidos nas observações escritas de K. Hanner nos n.ºs 39 e 40).

175 — Despacho de reenvio (p. 5).

176 — V. quinta questão prejudicial.

175. Com efeito, resulta das considerações que precedem que os motivos que se opõem ao reconhecimento do carácter necessário e proporcionado do direito exclusivo da Apoteket são válidos tanto para os medicamentos sujeitos a receita médica como para os medicamentos não sujeitos a receita. Por conseguinte, a exclusão dos medicamentos não sujeitos a receita do âmbito de aplicação do direito exclusivo da Apoteket não deveria fazer com que este último fosse conforme às exigências do direito comunitário.

176. Nestas condições, consideramos que a manutenção do direito exclusivo da Apoteket não pode ser justificada com base no artigo 86.º, n.º 2, CE. Consequentemente, propomos ao Tribunal de Justiça que responda ao Stockholms tingsrätt no sentido de que os artigos 31.º CE e 86.º, n.º 2, CE se opõem à manutenção de um direito exclusivo de venda a retalho de medicamentos, como o que foi concedido à Apoteket.

VII — Conclusão

177. Com base no conjunto das considerações precedentes, propomos ao Tribunal de Justiça que declare que:

«Os artigos 31.º CE e 86.º, n.º 2, CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma medida nacional que concede a uma empresa, como a sociedade Apoteket AB, um direito exclusivo de venda a retalho dos medicamentos com o objectivo de assegurar um abastecimento adequado de medicamentos a todo o território do Estado-Membro em questão e em condições de preço idênticas.»