CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. VERICA TRSTENJAK
presentadas el 18 de diciembre de 2008 [1]

Índice

I. Marco jurídico . . . . . I - 3723

A. Normativa comunitaria . . . . . I - 3723

B. Normativa nacional . . . . . I - 3724

II. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales . . . . . I - 3727

A. Hechos . . . . . I - 3727

1. Sistema de precios impuestos de los libros vigente en Austria . . . . . I - 3727

2. Antecedentes del litigio principal . . . . . I - 3728

B. Procedimiento principal . . . . . I - 3728

C. Cuestiones prejudiciales . . . . . I - 3729

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia . . . . . I - 3730

IV. Respuestas a las cuestiones prejudiciales . . . . . I - 3730

A. Observaciones previas . . . . . I - 3730

1. La relevancia para el Derecho comunitario de los sistemas de precios fijos de los libros . . . . . I - 3730

2. Sobre el objeto de las cuestiones prejudiciales . . . . . I - 3731

B. Sobre la primera cuestión prejudicial . . . . . I - 3732

1. Alegaciones de las partes . . . . . I - 3732

1 — Lengua original: alemán.

2. Apreciación jurídica . . . . . I - 3734

a) Modalidad de venta . . . . . I - 3735

b) Aplicación a todos los operadores económicos que ejercen su actividad en el interior del país . . . . . I - 3736

c) Afectación de las ventas de libros austriacos y alemanes en igual medida . . . . I - 3737

i) Trato jurídico distinto de los libros alemanes y austriacos . . . . . I - 3737

— Toma en consideración de ventajas comerciales . . . . . I - 3738

— Posibilidad de conceder un descuento del 5% a escala minorista . . . . I - 3739

— Conclusión . . . . . I - 3740

ii) Aptitud para afectar negativamente a las ventas de libros alemanes . . . . . I - 3740

— Los PVP austriacos de libros alemanes se basan en las condiciones del mercado alemán . . . . . I - 3741

— Consideraciones adicionales . . . . . I - 3741

iii) Conclusión . . . . . I - 3743

d) Conclusión . . . . . I - 3743

C. Sobre la segunda cuestión . . . . . I - 3743

1. Alegaciones de las partes . . . . . I - 3744

2. Apreciación jurídica . . . . . I - 3745

D. Sobre la tercera cuestión prejudicial . . . . . I - 3747

1. Alegaciones de las partes . . . . . I - 3747

2. Apreciación jurídica . . . . . I - 3750

a) Imponer, favorecer o reforzar los efectos de un acuerdo contrario a la competencia . . . . . I - 3752

i) ¿Acuerdo contrario a la competencia? . . . . . I - 3752

ii) Imponer, favorecer o reforzar los efectos . . . . . I - 3754

— ¿Vínculo directo con el Sammelrevers 1993? . . . . . I - 3754

— ¿Vínculo debido a la disposición transitoria del artículo 10 de la BPrBG? I - 3754

— ¿Basta con una conexión material? . . . . . I - 3755

iii) Conclusión . . . . . I - 3757

b) Delegación en operadores privados de la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica . . . . . I - 3757

i) Falta de necesidad de que exista un carácter accesorio . . . . . I - 3758

ii) Delegación en operadores privados . . . . . I - 3760

iii) Toma en consideración de la competencia de los Estados miembros en el ámbito cultural . . . . . I - 3762

— Sistema puramente nacional de precios fijos de los libros . . . . . I - 3764

— Inexistencia de infracción de otras disposiciones del Tratado CE, en particular de disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías I - 3764

iv) Conclusión . . . . . I - 3765

V. Resumen . . . . . I - 3766

VI. Conclusión . . . . . I - 3767

1. Es objeto del presente procedimiento prejudicial una cuestión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof de la República de Austria (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente»). El órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si las disposiciones sobre la libre circulación de mercancías previstas en los artículos 28 CE y 30 CE se oponen a determinados elementos de un sistema de precios fijos, como el introducido por Austria mediante la *Buchpreisbindungsgesetz* (BGBl. 45/2000; en lo sucesivo, «BPrBG»; Ley austriaca sobre los precios fijos de los libros). Además, pretende saber si la BPrBG es compatible con la obligación de los Estados miembros prevista en el artículo 10 CE, apartado 2, en relación con las normas sobre competencia de los artículos 3 CE, apartado 1, letra g), y 81 CE.

2. Por lo tanto, se trata de un asunto relativo a la doble naturaleza de los libros en cuanto mercancía y bien cultural.

I. Marco jurídico

A. *Normativa comunitaria*

3. Según el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), la acción de la Comunidad implicará un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior.

4. De conformidad con el artículo 10 CE, apartado 2, los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado CE.

5. Con arreglo al artículo 28 CE, quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

6. Según lo dispuesto en el artículo 30 CE, las disposiciones del artículo 28 CE no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

7. El artículo 81 CE, apartado 1, dispone:

«Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

[…]»

8. De conformidad con el artículo 81 CE, apartado 3, las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 1, podrán ser declaradas inaplicables a cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; u

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

9. Con arreglo al artículo 151 CE, apartado 4, la Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del Tratado CE, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas.

B. *Normativa nacional*

10. La BPrBG austriaca establece, en resumen, lo siguiente:

«Ámbito de aplicación

Artículo 1

La presente Ley federal regula tanto la edición como la importación y el comercio, con excepción del comercio electrónico transfronterizo, de libros y medios musicales en alemán. Pretende establecer una estructura de precios que tenga en cuenta la naturaleza de bien cultural de los libros, el interés de los consumidores en precios razonables de los libros y la realidad empresarial de la industria del libro.

Definiciones

Artículo 2

A los efectos de esta Ley, se entenderá por:

1. editor: quien, con carácter profesional, edita, produce y comercializa los productos a que se refiere el artículo 1;

2. importador: quien importa los productos a que se refiere el artículo 1 para su comercialización en Austria […]

Fijación de precios

Artículo 3

1. El editor o importador de alguno de los productos a que se refiere el artículo 1 deberá fijar y dar a conocer un precio de venta al público para cada producto de los previstos en el artículo 1, que edite o importe al territorio nacional.

2. El importador no podrá ofrecer precios inferiores a los precios de venta al público fijados o recomendados por el editor para el Estado de edición ni a los precios de venta al público recomendados por el editor establecido fuera del territorio de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Común Europeo (EEE) para el territorio federal, deducido el impuesto sobre el volumen de negocios que en él se aplique.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el importador que adquiera productos de los contemplados en el artículo 1 en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) a un precio de compra inferior al precio de compra habitual podrá ofrecer un precio inferior al establecido o recomendado por el editor para el Estado de edición o, en caso de reimportación, al precio fijado por los editores nacionales, en proporción a la ventaja comercial obtenida.

4. No se aplicará el apartado 3 a los productos reimportados en el sentido del artículo 1, cuando hayan sido exportados únicamente con la finalidad de su reimportación para eludir la aplicación de esta Ley.

5. Al precio de venta al público fijado con arreglo a los apartados 1 a 4 de este artículo se añadirá el impuesto sobre el volumen de negocios aplicable en Austria a los productos previstos en el artículo 1.

[…]

Precio impuesto

Artículo 5

1. En la venta de los productos a que se refiere el artículo 1, los minoristas podrán aplicar a los consumidores finales, sobre los precios de venta al público fijados con arreglo al artículo 3, descuentos de hasta el 5 %.

2. Los minoristas no podrán anunciar, en el tráfico mercantil y con finalidad competitiva, precios inferiores al precio de venta al público en el sentido del apartado 1.

[…]

Actos contrarios a la fijación de precios y a los precios impuestos

Artículo 7

1. Los actos contrarios al artículo 3, apartados 1 a 4, al artículo 4, apartado 1, y al artículo 5, apartados 1 a 3, se considerarán actos en el sentido del artículo 1 de la *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Ley federal austriaca contra la competencia desleal), BGBl. nº 448/1984, en la versión aplicable en cada caso.

[…]

Artículo 10

Para los productos previstos en el artículo 1, puestos a la venta antes de la entrada en vigor de la presente Ley federal con un precio fijo de venta al público que se hubiere publicado en el

listado de libros disponibles en el mercado, edición de 20 de junio de 2000, se considerará que dicho precio es el precio fijado por el editor o importador de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley federal.»

II. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

A. *Hechos*

1. Sistema de precios impuestos de los libros vigente en Austria

11. Hasta el 30 de junio de 2000 se practicaba en Austria, Alemania y Suiza un sistema transfronterizo de precios fijos de los libros aplicado por las empresas, el llamado *Sammelrevers* 1993. El *Sammelrevers* 1993 era un contrato tipo celebrado entre cada uno de los editores, mayoristas y minoristas y aplicable, en particular, a libros en alemán. A escala horizontal, no se había previsto acuerdo alguno entre los editores. Sin embargo, la celebración y el control de cada uno de los contratos estaban centralizados en un organismo de gestión y vigilancia, el «*Preisbindungstreuhänder*».

12. El objeto principal del *Sammelrevers* 1993 era la fijación de los precios de venta al público, es decir, de aquellos precios que los minoristas podían exigir al consumidor final. Por el Sammelrevers 1993, los minoristas quedaban obligados a atenerse al precio de venta al público fijado por el editor en cuanto precio fijo. [2] El editor disfrutaba de libertad en la fijación del precio de venta al público. No obstante, una vez fijado el precio de venta al público, estaba obligado a supervisar su cumplimiento.

13. Tras la adhesión de Austria a la Unión Europea, la Comisión exigió el 8 de febrero de 2000 que se eliminaran todas las repercusiones transfronterizas del *Sammelrevers* 1993, a más tardar, el 30 de junio de 2000. [3] A raíz de ello, se presentó a la Comisión una versión modificada del Sammelrevers 1993 conforme a la cual se pretendía eliminar, en particular, la fijación de precios vertical entre editores alemanes, por una parte, y mayoristas y minoristas austriacos, por otra, así como entre editores austriacos, por un lado, y mayoristas y minoristas alemanes, por otro. La Comisión consideró que, en tales circuns-

2 — La vinculación vertical de los PVP tiene por objetivo permitir a los editores llevar a cabo un cálculo compensatorio. El objetivo era que cada uno de los editores utilizara los ingresos adicionales, obtenidos por la venta de libros de gran demanda por un precio superior, para cofinanciar libros de menor tirada. De este modo se pretendía fomentar la naturaleza de bien cultural de los libros y la diversidad de la oferta literaria, en particular, de libros que se editan con una pequeña tirada y únicamente están dirigidos a un círculo de lectores reducido. Otros objetivos se exponen en Fezer, K.-H., «Die Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, p. 141. Véanse, entre otros, Heker, H.: «Buchpreisbindung», en: Schwarze, J., Becker, J.: *Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*, Nomos, 1998, pp. 116 y 117.

3 — Dicha exigencia iba precedida de una solicitud que editores afectados presentaron a la Comisión para que se declarase que el Sammelrevers 1993 no reunía los requisitos del artículo 81 CE, apartado 1 (declaración negativa) o, con carácter subsidiario, que se eximiera el acuerdo en virtud del artículo 81 CE, apartado 3 (exención). La Comisión ya había dado traslado de un pliego de cargos el 22 de enero de 1998. Una exposición de la evolución hasta la adopción de la BPrBG puede encontrarse en Engelmann, M., «Die Zukunft der Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt», *dissertation.de*, 2001, pp. 125 a 165.

tancias, no había de entenderse que existieran repercusiones notables sobre el comercio entre los Estados miembros. El 30 de junio de 2000, los editores, mayoristas y minoristas austriacos abandonaron del *Sammelrevers* 1993. [4]

14. El 30 de junio de 2000, se aprobó en Austria la BPrBG. Dicho sistema de precios fijos de los libros impuesto por ley prevé una fijación vertical de los precios, pero prevé, en particular, las siguientes diferencias con el *Sammelrevers* 1993: Los precios de venta al público son ahora precios mínimos en lugar de precios fijos. En virtud del artículo 3, apartado 3, de la BPrBG, podrán tenerse en cuenta las ventajas comerciales al establecer el precio de venta al público. En virtud del artículo 5 de la BPrBG, los minoristas podrán aplicar sobre los precios de venta al público un descuento del 5 %.

2. Antecedentes del litigio principal

15. El Fachverband für die Buch- und Medienwirtschaft (en lo sucesivo, «Fachverband») publica, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, de la BPrBG, los precios de venta al público, a los que han de atenerse los minoristas de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la BPrBG en las ventas de libros en Austria (en lo sucesivo se utilizará la expresión «precios austriacos de venta al público» para los precios de venta al público vigentes de conformidad con la BPrBG austriaca, mientras que la expresión «precios alemanes de venta al público» se utilizará para los precios de venta al público que han de determinarse con arreglo a la Ley alemana de precios fijos de los libros). El Fachverband velará por que, en la publicidad para la venta de libros de precio fijo conforme al artículo 1 de la BPrBG, los minoristas se atengan al precio de venta al público establecido.

16. Libro Handelsgesellschaft mbH (en lo sucesivo, «Libro») ejerce su actividad en Austria donde distribuye a gran escala libros editados en Alemania (en lo sucesivo se utilizará para los libros editados en Alemania la expresión «libros alemanes» y para los libros editados en Austria, la expresión «libros austriacos»; de estas expresiones han de distinguirse los conceptos de libros en alemán y en otras lenguas, relevantes para el ámbito de aplicación de la BPrBG).

B. *Procedimiento principal*

17. Desde agosto de 2006, Libro hizo publicidad para la venta de libros alemanes en Austria a los precios alemanes de venta al público (19,90 euros) y que, por lo tanto, eran inferiores a los precios austriacos de venta al público (20,50 euros). A raíz de ello, el Fachverband solicitó mediante procedi-

4 — Respecto del Sammelrevers y el procedimiento ante la Comisión, véase, en particular, Bunte, H.-J.: «Die grenzüberschreitende Buchpreisbindung zwischen Deutschland und Österreich», en: *Beiträge zum Unternehmensrecht, Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner*, Orac editor, 2001, pp. 307 a 310.

miento sobre medidas provisionales que se obligase a Libro mediante una orden conminatoria a abstenerse de anunciar precios inferiores a los precios austriacos de venta al público.

18. El órgano jurisdiccional de primera instancia acogió la demanda del Fachverband. El órgano jurisdiccional de segunda instancia confirmó dicha resolución. Libro impugnó la referida resolución mediante un recurso sobre el que ha de decidir el órgano jurisdiccional remitente en última instancia. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre si determinados elementos de la BPrBG son compatibles con el Derecho comunitario.

C. *Cuestiones prejudiciales*

19. El órgano jurisdiccional remitente ha planteado al Tribunal de Justicia las siguiente cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 28 CE en el sentido de que se opone, *en sí,* a la aplicación de disposiciones de Derecho interno que sólo obligan a los importadores de libros en alemán a establecer y hacer público, para los libros importados en el país, un precio de venta que deban respetar los minoristas, cuando el importador no puede reducir el precio de venta al público (PVP) establecido o recomendado por el editor para el país de publicación, o el PVP recomendado por un editor con domicilio en un Estado no perteneciente al Espacio Económico Europeo (EEE) para el país importador, deducido el impuesto sobre el volumen de negocios que en éste se aplique, pero existe una excepción según la cual el importador que compre en un Estado miembro del EEE a un precio de compra inferior a los precios de compra habituales está autorizado para fijar un precio inferior al precio establecido o recomendado por el editor para el país de publicación (en caso de reimportación, al precio establecido por el editor nacional), en proporción a la ventaja comercial por él obtenida?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

La legislación nacional sobre precios fijos de los libros a que se refiere la primera cuestión, que es en sí contraria al artículo 28 CE (siquiera por constituir una modalidad de venta que restringe la libre circulación de mercancías), cuya finalidad se describe de forma general como la necesidad de tener en cuenta «la naturaleza de bien cultural de los libros, el interés de los consumidores en precios razonables de los libros y la realidad empresarial de la industria del libro», ¿está justificada por el artículo 30 CE o por el artículo 151 CE por ejemplo en atención al interés general por el fomento de la producción de libros, por la diversidad de títulos a precio regulado y por la pluralidad de establecimientos de venta de libros, a pesar de que no existen datos empíricos que demuestren que la legislación de precios fijos sea un medio

adecuado para los fines con ella perseguidos?

3) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Es compatible con los artículos 3 CE, apartado 1, letra g), 10 CE y 81 CE, la legislación nacional sobre precios fijos de los libros a que se refiere la primera cuestión a pesar de que prolonga, temporal y materialmente, sin solución de continuidad la preexistente vinculación contractual de los libreros a los precios establecidos por los editores para sus productos (el «Sammelreverssystem» de 1993) y sustituye a dicho sistema contractual?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

20. La petición de decisión prejudicial de 13 de noviembre de 2007 fue recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de noviembre de 2007. En la fase escrita del procedimiento presentaron observaciones Libro, el Fachverband, los Gobiernos austriaco, alemán, francés y español, la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC. En la vista de 16 de octubre de 2008 participaron Libro, el Fachverband, los Gobiernos austriaco, alemán y español, la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC presentando observaciones.

IV. Respuestas a las cuestiones prejudiciales

A. *Observaciones previas*

1. La relevancia para el Derecho comunitario de los sistemas de precios fijos de los libros

21. No es la primera vez que el Tribunal de Justicia ha de decidir sobre la compatibilidad de un sistema de precios fijos de los libros con el Derecho comunitario. [5] No es sorprendente. Mediante sistemas de precios fijos de los libros, cuya existencia defienden sus partidarios sobre todo por la característica del libro como bien cultural, la variedad de títulos disponibles y el abastecimiento de libros a la población a precios razonables, [6] se fijan los PVP de los libros en el mercado de minoristas según lo que dispongan los editores o los importadores. Por lo tanto, los sistemas de precios fijos de los libros contienen precios fijos (verticales) que se extienden a los diferentes niveles de mercado.

22. Los precios fijos verticales son una medida que normalmente suscita dudas respecto de su compatibilidad con el Derecho comunitario. En este contexto, ha

5 — Véanse, en particular, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión (43/82 y 63/82, Rec. p. 19); de 10 de enero de 1985, Leclerc/Au blé vert (229/83, Rec. p. 1); de 23 de octubre de 1986, Cognet (355/85, Rec. p. 3231); de 14 de julio de 1988, Syndicat des libraires de Normandie (254/87, Rec. p. 4457); de 17 de enero de 1995, Publishers Association/Comisión (C-360/92 P, Rec. p. I-23), y de 3 de octubre de 2000, Échirolles Distribution (C-9/99, Rec. p. I-8207).

6 — Heker, H. (nota. 2), p. 116.

de distinguirse entre sistemas de precios fijos de los libros basados en acuerdos entre empresas y aquellos impuestos por los Estados miembros. Si se trata de un sistema de precios fijos de los libros basado en un acuerdo entre empresas, un precio fijo vertical suscita dudas sobre su compatibilidad con el artículo 81 CE. Si se trata de un sistema de precios fijos de los libros impuesto por un Estado miembro, se plantea, en particular, la cuestión de la compatibilidad con la libre circulación de mercancías del artículo 28 CE y siguientes.

23. En el caso de autos se trata de un sistema de precios fijos de los libros basado en una medida estatal, la BPrBG. Habida cuenta de que la BPrBG está precedida de un sistema de precios fijos de los libros basado en un régimen que a su vez se basa en un acuerdo entre empresas, además de la cuestión sobre la compatibilidad con el artículo 28 CE y siguientes, se plantea la cuestión de si, mediante la adopción de la BPrBG, el legislador austriaco ha incumplido el deber de lealtad de los Estados miembros en virtud del artículo 10 CE, apartado 2, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y el artículo 81 CE.

24. El Parlamento Europeo y el Consejo han puesto de manifiesto su posición de principio favorable a los sistemas nacionales de precios fijos de los libros. [7]

7 — Véanse las Resoluciones del Parlamento de 16 de diciembre de 1999 (DO 2000, C 296, p. 210) y del Consejo de 12 de febrero de 2001 (DO C 73, p. 5).

2. Sobre el objeto de las cuestiones prejudiciales

25. En el procedimiento prejudicial, la función del Tribunal de Justicia se limita a responder a las cuestiones planteadas. La identificación y el planteamiento de las cuestiones relevantes para el procedimiento principal corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales. Por esta razón, las alegaciones de las partes únicamente puede tomarse en consideración, en principio, en la medida en que son relevantes para responder a las cuestiones prejudiciales. [8] Por lo tanto, no entraré a conocer de las alegaciones de las partes que vayan más allá de las cuestiones prejudiciales.

26. En el presente asunto se trata, esencialmente, de una disposición nacional como el artículo 3 de la BPrBG. Éste trata, por una parte, de libros austriacos y, por otra parte, de libros editados en otros Estados contratantes sobre el Acuerdo del Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, «EEE»). Habida cuenta de que en el caso de autos se trata de libros alemanes, me limitaré en lo sucesivo a analizar el trato que el artículo 3 de la BPrBG da a los libros alemanes y austriacos. [9]

8 — El Tribunal de Justicia no puede utilizar las alegaciones de las partes para tratar otras cuestiones no planteadas por el órgano jurisdiccional nacional. Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, Alsatel (247/86, Rec. p. 5987), apartado 8; de 10 de julio de 1997, Palmisani (C-261/95, Rec. p. I-4025), apartado 31; de 6 de julio de 2000, ATB y otros (C-402/98, Rec. p. I-5501), apartado 29; de 12 de febrero de 2004, Slob (C-236/02, Rec. p. I-1861), apartados 29 y 30; Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., Procedural Law of the European Union, Sweet & Maxwell, 2ª ed. apartado 2-020.

9 — Sin embargo, dichas disposiciones también son aplicables a libros en alemán editados en otros Estados miembros.

B. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

27. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 28 CE debe interpretarse en el sentido de que una disposición nacional como el artículo 3 de la BPrBG constituye una medida de efecto equivalente a una restricción a la importación.

1. Alegaciones de las partes

28. En esencia, cabe resumir las alegaciones de las partes del siguiente modo.

29. En opinión de *Libro,* del *Órgano de Vigilancia de la AELC* y de la *Comisión,* el artículo 28 CE debe interpretarse en el sentido de que una disposición nacional como el artículo 3 de la BPrBG constituye una medida de efecto equivalente a una restricción a la importación.

30. El artículo 3 de la BPrBG establece condiciones de diversa aplicación para la fijación del PVP austriaco. En el caso de libros austriacos, la editorial austriaca puede fijarlo conforme a su libre apreciación. Sin embargo, en el caso de libros alemanes, el importador no puede fijar, en principio, un precio inferior al PVP alemán.

31. Las excepciones del artículo 3, apartado 3, de la BPrBG, según las cuales pueden tenerse en cuenta las ventajas comerciales, y del artículo 5 de la BPrBG, según el cual puede concederse un descuento de hasta el 5 % a escala minorista, no pueden compensar ese trato desigual.

32. Consideran que existen dificultades considerables en la aplicación del artículo 3, apartado 3, de la BPrBG, en particular, por lo que respecta a los conceptos de «precio de compra habitual» y «ventajas especiales de compra». No se dispone de datos públicamente accesibles sobre los precios de compra habituales y las ventajas especiales de compra, sino que dichos datos constituyen secretos de negocios, por lo que es prácticamente imposible averiguarlos.

33. El hecho de que con arreglo al artículo 5 de la BPrBG los minoristas puedan conceder un descuento de hasta el 5 % sobre el PVP austriaco, no es suficiente para compensar la desventaja que sufren los libros alemanes. Dicho descuento no puede anunciarse.

34. En opinión de la Comisión y del Órgano de Vigilancia de la AELC, el artículo 3 de la BPrBG constituye una modalidad de venta que no es aplicable sin distinciones. En opinión de Libro existen dudas sobre si se trata de una modalidad de venta. Los libros alemanes normalmente llevan impreso el PVP alemán o están provistos de una pegatina con el mismo. Debido a los tipos de IVA diferentes en Alemania (7 %) y en Austria (10 %), es necesario volver a etiquetar los libros. Por lo tanto, se trata de una normativa relativa al producto.

35. Por último, Libro considera que la limitación de la BPrBG a libros en alemán también constituye una discriminación adicional, mientras que la Comisión no lo ve así.

36. En opinión del *Fachverband* y de los *Gobiernos de los Estados miembros que intervienen en el procedimiento,* una medida como la del artículo 3 de la BPrBG no constituye una medida de efecto equivalente a una restricción a la importación.

37. Consideran que concurren los requisitos de la excepción prevista en la jurisprudencia Keck. La fijación del PVP austriaco es una modalidad de venta que, de hecho y de Derecho, trata por igual los productos nacionales y los extranjeros.

38. Una norma nacional como el artículo 3 de la BPrBG es aplicable tanto a libros austriacos como alemanes. El hecho de que el PVP austriaco de libros austriacos haya de fijarlo el editor austriaco y en el caso de libros alemanes el importador de dichos libros no constituye discriminación alguna.

39. Además, los mercados austriaco y alemán son, en gran medida, homogéneos. Por otra parte, un editor alemán puede llevar una política de precios propia para Austria, al conceder al importador ventajas comerciales que éste pueda tener en cuenta, en virtud del artículo 3, apartado 3, de la BPrBG, al fijar el PVP austriaco.

40. En la medida en que el PVP austriaco de los libros alemanes es superior al PVP alemán debido a los tipos de IVA diferentes, el minorista puede compensarlo concediendo un descuento de hasta el 5 % sobre el PVP austriaco en virtud del artículo 5 de la BPrBG. Además, ha de tenerse en cuenta que el establecimiento de tipos de IVA distintos es competencia de los Estados miembros.

41. El hecho de que la BPrBG se limite a libros en alemán no constituye discriminación alguna. Una extensión del sistema de precios

fijos de los libros a libros en lenguas distintas de la alemana conduciría a una restricción adicional a la libre circulación de mercancías. La limitación también se justifica por razones objetivas.

42. El Gobierno austriaco señala que el artículo 3 de la BPrBG reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia, que fueron establecidos en la sentencia Leclerc/Au blé vert, [10] pues permite a los importadores tener en cuenta las ventajas comerciales al fijar el PVP austriaco.

43. En opinión del Gobierno alemán, el respeto recíproco de los sistemas austriaco y alemán de precios fijos de los libros en lo relativo a los precios fijados para el territorio del otro Estado miembro puede considerarse una organización común de mercados armonizada que excluye la discriminación.

2. Apreciación jurídica

44. Con carácter previo ha de señalarse que los libros están comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la libre circulación de mercancías. Si bien es cierto que los libros son, al mismo tiempo, bienes económicos y culturales, [11] esta doble naturaleza no conduce a su exclusión de la libre circulación de mercancías.

45. El órgano jurisdiccional remitente nos pregunta si el artículo 28 CE debe interpretarse en el sentido de que una disposición nacional como el artículo 3 de la BPrBG es una medida de efecto equivalente a una restricción de la importación.

46. Con arreglo al artículo 28 CE, quedan prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, ha de entenderse por medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 28 CE toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario (fórmula Dassonville). [12] No obstante, el Tribunal de Justicia ha precisado que la aplicación de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar el comercio entre los Estados miembros, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores económicos que ejerzan su actividad en el territorio nacional,

10 — Nota 5.

11 — Everling, U.: «Buchpreisbindung im deutschsprachigen Raum und europäisches Gemeinschaftsrecht», en: *Die Buchpreisbindung aus europarechtlicher, ökonomischer und kulturhistorischer Sicht*, editor Verlag der Einzelhändler-Vereinigung, 1997, p. 7.

12 — Sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837), apartado 5.

y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros (excepción Keck). [13]

47. Por lo tanto, de la fórmula Dassonville y de la excepción Keck resulta que también las modalidades de venta (a) que se apliquen a todos los operadores económicos que ejerzan su actividad en el territorio nacional (b) constituyen una medida de efecto equivalente a una restricción a la importación, siempre que no afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros (c).

a) Modalidad de venta

48. El Tribunal de Justicia ha considerado normalmente que las regulaciones de precios, en particular, aquellas previstas para la venta al consumidor final, son modalidades de ventas. [14] Una norma como el artículo 3, de la BPrBG afecta al PVP austriaco, es decir, el precio mínimo que los minoristas tienen que exigir al consumidor final en Austria. De este modo, tal norma constituye, tanto por su tenor, como en virtud de la jurisprudencia, una modalidad de venta.

49. Libro pone en duda este punto.

50. Esta tesis no resulta convincente en la medida en que Libro alega que la excepción Keck únicamente comprende *determinadas* modalidades de venta y el artículo 3 de la BPrBG no puede calificarse, debido a su dimensión transfronteriza, de tal modalidad de venta *determinada* en el sentido de la excepción Keck. En primer lugar, la limitación de la excepción Keck a *determinadas* modalidades de ventas no ha tenido un papel decisivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída hasta el momento. [15] En segundo lugar, no considero que el complemento *«determinadas»* pueda entenderse en el sentido de que la excepción Keck no haya de aplicarse a supuestos de hecho con un elemento transfronterizo. Habida cuenta de que la existencia de una relación transfronteriza es una condición para la aplicación del artículo 28 CE, dicha consideración vaciaría la excepción Keck de contenido.

13 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097), apartado 16. Considero que la aplicación de la excepción Keck no puede conducir a una aplicación esquemática del artículo 28 CE. Antes bien, al aplicar la excepción Keck ha de tenerse en cuenta la motivación que el Tribunal de Justicia hace en el apartado 17 de dicha sentencia de que la aplicación de normativas de este tipo a la venta de productos procedentes de otro Estado miembro, no puede impedir su *acceso al mercado* o dificultarlo en mayor medida que dificulta el de los productos nacionales. En mi opinión, resulta decisivo el hecho de que una medida de un Estado miembro sea apta para impedir el acceso al mercado o dificultarlo.

14 — Sentencias Keck y Mithouard (nota 13), apartados 16 a 18, y de 11 de agosto de 1995, Belgapom (C-63/94, Rec. p. I-2467), apartado 13.

15 — No conozco sentencia alguna en la que este criterio hubiera jugado un papel decisivo. Müller-Graf, P.-C. señala en von der Groeben/Schwarze, *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,* tomo 1, 6ª ed. 2003, artículo 28, apartados 252 y 247, que este criterio de distinción no contiene idea alguna de valoración o delimitación.

51. En segundo lugar, Libro alega que el artículo 3 de la BPrBG es una medida referida a las características del producto por lo que no se trata de una modalidad de venta. El PVP austriaco de los libros alemanes no puede ser, en principio, inferior al PVP alemán. Con arreglo al artículo 3, apartado 2, de la BPrBG, al hacer el cálculo del PVP austriaco tiene que deducirse el IVA alemán del 7 % y, en virtud del artículo 3, apartado 5, de la BPrBG, ha de añadirse el IVA austriaco del 10 %. Esta operación conduce a que el PVP austriaco sea, en principio, superior al PVP alemán. Los libros alemanes llevan normalmente impreso el PVP alemán o están provistos de una pegatina con el mismo. De este modo, el artículo 3 de la BPrBG conduce a que tengan que volver a etiquetarse los libros alemanes para su distribución en Austria.

52. En este contexto basta con señalar que las normas relativas a las características del producto también pueden ser modalidades de venta. No puedo deducir de la jurisprudencia que ésta oponga las modalidades de venta, por una parte, a las normas relativas a las características del producto, por otra. Antes bien, la jurisprudencia se refiere a que las normas relativas a las características del producto tienen normalmente un efecto discriminatorio de hecho por lo que, a diferencia de otras modalidades de venta, pueden afectar de distinto modo a las ventas de los productos nacionales y extranjeros. [16] Por lo tanto, la posible referencia a las características del producto de una norma estatal no conduce a que no exista una modalidad de venta, pero sí puede conducir a que exista una modalidad de venta que no afecte efectivamente de igual manera a las ventas de productos nacionales y de otros Estados miembros. [17]

53. Por consiguiente, existe una modalidad de venta. Sin embargo, esto no significa que con ello se reúnan los requisitos de la excepción Keck.

b) Aplicación a todos los operadores económicos que ejercen su actividad en el interior del país

54. Esta modalidad de venta también es aplicable a todos los operadores económicos que ejerzan su actividad en el interior del país.

16 — Sentencias de 6 de julio de 1995, Mars (C-470/93, Rec. p. I-1923), apartado 12; de 12 de octubre de 2000, Ruwet (C-3/99, Rec. p. I-8749), apartado 46; de 13 de septiembre de 2001, Schwarzkopf (C-169/99, Rec. p. I-5901), apartado 39; de 14 de diciembre de 2004, Radlberger Getränkegesellschaft y S. Spitz (C-309/02, Rec. p. I-11763), apartado 72. Esto se debe a que una norma referida a las características del producto que exige o prohíbe un determinado etiquetado obliga normalmente al operador económico de que se trate a embalar la correspondiente mercancía de manera distinta en función del lugar de su comercialización, lo cual conlleva costes adicionales de embalaje y puede dificultar el acceso al mercado.

17 — Sobre la discriminación de hecho, véase el punto 30.

Es cierto que una norma como el artículo 3 de la BPrBG está dirigida, por una parte, a editores austriacos y, por otra, a importadores de libros alemanes. Por lo tanto, los importadores de libros alemanes reciben un trato distinto de los mayoristas o minoristas de libros austriacos que no tienen que fijar un PVP. Sin embargo, dicho trato desigual está justificado desde un punto de vista funcional. Son importadores los operadores económicos que comercializan libros alemanes en Austria. A este respecto (comercialización) han de ser equiparados a los editores de libros austriacos. [18]

i) Trato jurídico distinto de los libros alemanes y austriacos

56. Según el artículo 3 de la BPrBG, existen diversas normas para fijar el PVP austriaco. Un editor austriaco puede determinar libremente el PVP austriaco de sus libros (artículo 3, apartado 1, de la BPrBG). Por el contrario, un importador de libros alemanes no puede, en principio, fijar un PVP austriaco que sea inferior al PVP alemán establecido por el editor alemán de dicho libro para su venta en Alemania (artículo 3, apartado 2, de la BPrBG).

c) Afectación de las ventas de libros austriacos y alemanes en igual medida

55. Resulta decisiva la cuestión de si una norma como el artículo 3 de la BPrBG afecta a las ventas de libros austriacos y alemanes de hecho y de Derecho en igual medida. En mi opinión, es bastante unívoco que los libros alemanes y austriacos no reciben el mismo trato en virtud del artículo 3 de la BPrBG (i) y que esto puede tener un efecto negativo sobre la venta de libros alemanes en Austria (ii).

57. De conformidad con la fórmula Dassonville y la excepción Keck, el punto decisivo es si el trato igual de mercancías nacionales y extranjeras se produce dentro del marco de cada Estado miembro. En el caso de autos, la diferencia radica en que el PVP austriaco de los libros alemanes no se puede fijar libremente, a diferencia del de los libros austriacos y, por lo tanto, no solamente teniendo en cuenta las condiciones del mercado en Austria. Por consiguiente, los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la BPrBG contienen una desigualdad de trato jurídica basada en la procedencia de los libros.

18 — Si el Estado austriaco pretende garantizar la vigencia del sistema de precios fijos de los libros para todos los libros en alemán comercializados en su territorio nacional, se impone que quede obligado el primer eslabón de la cadena de distribución en Austria, es decir, los editores e importadores austriacos.

58. No obstante, no me parece relevante, en virtud de la fórmula Dassonville y la excepción

Keck, saber si en Alemania y en Austria puede establecerse el mismo PVP.

59. Sin embargo, el Fachverband y los Gobiernos de los Estados miembros que intervienen en el procedimiento alegan que, debido a las excepciones del artículo 3, apartado 3, y del artículo 5de la BPrBG, puede excluirse la existencia de un trato desigual.

— Toma en consideración de ventajas comerciales

60. En virtud del artículo 3, apartado 3, de la BPrBG, un importador que adquiere libros alemanes por un precio de compra inferior al precio de compra habitual, al determinar el PVP austriaco puede fijar un precio inferior al PVP alemán proporción a la ventaja comercial obtenida. En opinión del Fachverband y de los Gobiernos de los Estados miembros que intervienen en el presente procedimiento, esto permitirá a un editor alemán llevar a cabo una política de precios particular para Austria.

61. Esta argumentación no me parece convincente.

62. *En primer lugar,* un editor alemán, a diferencia de un editor austriaco, únicamente podrá llevar a cabo una política de precios particular para Austria si concede al importador un precio de compra inferior al habitual. Por lo tanto, para aplicar su política de precios en Austria, un editor alemán tiene que conceder, en su caso, a los importadores ventajas comerciales que podrían reducir el volumen de negocios de dicho editor alemán, mientras que un editor austriaco no tiene que conceder a sus compradores ventajas comerciales similares.

63. *En segundo lugar,* la aplicación en la práctica del artículo 3, apartado 3, de la BPrBG parece estar ligada a dificultades considerables. Se señala de manera acertada que, normalmente, los precios de compra por los que los mayoristas o minoristas adquieren libros de los editores alemanes son secretos comerciales por lo que apenas puede averiguarse qué es un precio de compra habitual en el sentido del artículo 3, apartado 3, de la BPrBG.

64. *En tercer lugar,* un editor alemán depende de la cooperación del importador para llevar a cabo su política de precios. En virtud del artículo 3, apartado 3, de la BPrBG, el importador no está obligado a establecer un precio inferior al PVP alemán que corresponda al alcance de las ventajas comerciales obtenidas. Por el contrario, un editor austriaco no depende de la cooperación de sus clientes.

65. *En cuarto lugar,* ha de tenerse en cuenta que un editor alemán no tiene, en todos los casos, libertad para conceder ventajas comer-

ciales a su importador. Si se supiera que el editor alemán concedió ciertas ventajas en los precios a un determinado importador, este dato podría acarrearle desventajas en las negociaciones con otros compradores. En este contexto ha de tenerse en cuenta que la concesión de ventajas comerciales se hará pública cuando un importador fije el PVP austriaco de un libro alemán por debajo de lo previsto normalmente en el artículo 3, apartado 2, de la BPrBG.

66. Por las razones antes expuestas, no cabe considerar que la toma en consideración de ventajas comerciales obtenidas en virtud del artículo 3, apartado 3, de la BPrBG equilibra el trato jurídico desigual existente entre los libros alemanes y austriacos al determinar el PVP austriaco con arreglo al artículo 3, apartados 1 y 3, de la BPrBG.

67. En esta ocasión ha de señalarse que tampoco cabe considerar que el artículo 3, apartado 3, de la BPrBG contenga la adaptación a las exigencias de la jurisprudencia derivadas de la sentencia Leclerc/Au blé vert. [19] Antes bien, como señaló claramente el Tribunal de Justicia en la sentencia Leclerc/Au blé vert, [20] la condición de que tengan que tenerse en cuenta las ventajas comerciales, se refiere a la situación en este caso irrelevante de la reimportación de libros austriacos a Austria. [21]

— Posibilidad de conceder un descuento del 5 % a escala minorista

68. Además, se señala que los minoristas, en virtud del artículo 5, apartado 1, de la BPrBG, pueden fijar un precio hasta un 5 % inferior al PVP austriaco en la venta de libros a los consumidores finales.

19 — Nota 5.

20 — Véanse los apartados 25 y 26 de la sentencia: «Cuando una legislación […] se aplique a los libros editados en otro Estado miembro […]. En cambio, cuando una legislación de esta naturaleza se aplique a los libros […] reimportados.»

21 — El Tribunal de Justicia trató en dicha sentencia la importación en Francia de libros editados en otros Estados miembros y la reimportación de libros editados en Francia. Por lo que respecta a la importación de libros editados en otros Estados miembros, el Tribunal de Justicia trató en el apartado 25 de dicha sentencia la cuestión de si un importador puede aplicar el precio de venta que considere adecuado a su coste en el Estado de edición para la venta en el mercado del Estado de importación. De esto ha de distinguirse lo expuesto por el Tribunal de Justicia respecto de la verdadera reimportación en los apartados 26 y 27, según los cuales, un importador tiene que tener la posibilidad de repercutir en el precio al por menor una ventaja sacada de un precio más favorable obtenido en el Estado miembro de exportación. Este análisis de la sentencia ya demuestra que la norma contenida en el artículo 3, apartado 3, de la BPrBG no puede considerarse una adaptación a la referida sentencia en la medida en que se trata de la importación de libros procedentes de otros Estados miembros.
Lo mismo resulta de las siguientes consideraciones: En el caso de una *reimportación*, el editor nacional ya ha comercializado el libro en el interior del país. En este caso, si un importador puede obtener el libro por un precio inferior en otro Estado miembro, las ventajas comerciales obtenidas por la adquisición en otro Estado miembro reflejan con bastante precisión las ventajas del mercado común. Para que estas ventajas también produzcan efectos en los consumidores, el importador tiene que poder trasladar la ventaja comercial obtenida. Habida cuenta de que en el caso de autos ya existe un PVP del libro en el Estado de edición, basta con que el importador pueda tener en cuenta las ventajas comerciales obtenidas al establecer el PVP. Sin embargo, no puede trasladarse sin más esta idea al supuesto de la *importación* de un libro del Estado de edición a otro Estado miembro. En dicho supuesto son aplicables, más bien, las normas antes mencionadas de que el importador tiene que poder establecer un precio adecuado para el propio país.

69. Esta argumentación tampoco me convence.

70. *En primer lugar,* el artículo 5, apartado 1, de la BPrBG es aplicable tanto a los libros austriacos como alemanes. No alcanzo a comprender cómo puede equilibrarse un trato desigual, en virtud del artículo 3, apartado 1, y del artículo 3, apartado 2, de la BPrBG mediante una disposición conforme a la cual pueda concederse un descuento del 5 % a los libros tanto austriacos como alemanes.

71. *En segundo lugar,* este argumento parece tener por objeto, en particular, que se puedan fijar los PVP alemán y austriaco al mismo nivel pese a los diferentes tipos de IVA vigentes en Austria y Alemania. Sin embargo, este dato no es relevante para el caso de autos. [22]

72. *En tercer lugar,* según el artículo 5, apartado 1, de la BPrBG no puede reducirse el PVP austriaco, sino únicamente el precio por el que el libro se vende a escala minorista a los consumidores finales. Esta distinción puede parecer irrelevante a primera vista, si el importador de los libros y el minorista (como Libro) son una y misma empresa. Sin embargo, de conformidad con el artículo 5, apartado 2, de la BPrBG, en relación con los consumidores finales, únicamente cabe publicitar el PVP austriaco pero no el precio rebajado en hasta un 5 %.

73. Por lo tanto, el artículo 5 de la BPrBG tampoco puede equilibrar el trato desigual existente en virtud del artículo 3, apartado 1 y del artículo 3, apartado 2, de la BPrBG entre los libros austriacos y alemanes.

— Conclusión

74. Por consiguiente, ha de señalarse que, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la BPrBG y al artículo 3, apartado 2, de la BPrBG, a los libros alemanes y austriacos se aplican reglas distintas y que dicha distinción jurídica no queda compensada por lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3, ni por lo dispuesto en el artículo 5 de la BPrBG.

ii) Aptitud para afectar negativamente a las ventas de libros alemanes

75. Considero que esta distinción jurídica también puede afectar de manera negativa a las ventas de libros alemanes en comparación con las de libros austriacos.

22 — Véase el punto 59 de estas conclusiones.

— Los PVP austriacos de libros alemanes se basan en las condiciones del mercado alemán

76. Los PVP austriacos son precios mínimos por debajo de los cuales los minoristas no pueden, en principio, fijar el precio de venta de un libro. Si bien es cierto que los libros juegan un doble papel en cuanto bien cultural y mercancía y que, en el caso de los libros, el autor y el tema del libro pueden jugar un papel importante, el precio mínimo de un libro es para el consumidor final, al igual que sucede con otros productos, un *factor competitivo esencial.*

77. Como ya se indicó anteriormente, el PVP austriaco puede fijarse en el caso de libros austriacos, teniendo en cuenta las condiciones del mercado austriaco, mientras que, para los libros alemanes, el PVP austriaco se fija en función del PVP alemán en la medida en que no puede establecerse un precio inferior a éste. De este modo, un factor competitivo esencial en la comercialización de libros alemanes no se determina, en principio, sobre la base de las condiciones del mercado austriaco sino del mercado alemán. [23] No cabe considerar que el PVP fijado en función de las condiciones alemanas sea adecuado para Austria en todos los supuestos posibles. Antes bien, las diferencias en los ordenes jurídicos y económicos de los distintos Estados miembros, así como las diferencias culturales y sociales, también pueden tener efectos sobre el comportamiento de los consumidores finales y justificar, por ende, una política de precios diferente. [24]

78. Un editor alemán que pretenda adaptar el PVP austriaco a las condiciones del mercado austriaco, tendrá que soportar las desventajas arriba indicadas [25] en la medida en que para ello tenga que establecer un precio inferior al PVP alemán (deduciendo el IVA alemán y añadiendo el IVA austriaco). En mi opinión, de lo antedicho ya resulta la posibilidad de tener efectos negativos sobre las ventas de libros alemanes, de modo que puede ponerse fin al examen en este momento.

— Consideraciones adicionales

79. A título meramente accesorio, ha de señalarse lo siguiente. Los PVP austriacos de libros alemanes, debido a los tipos de IVA

23 — Tampoco se opone a ello el hecho de que un editor alemán, al fijar el PVP alemán, pueda tener en cuenta, en su caso, las condiciones del mercado austriaco. Aunque este sea el caso, lo cual resulta dudoso por el tamaño del mercado austriaco relativamente más pequeño, los PVP alemanes *no* se establecerían *con carácter exclusivo* en función del mercado austriaco.

24 — En este contexto no resulta convincente el argumento de que mediante la BPrBG y la correspondiente Ley alemana de precios fijos de los libros, Alemania y Austria crearon una organización común de mercado que impide *por sí misma* las desigualdades de trato.

25 — Véanse los puntos 63 a 66 de estas conclusiones.

diferentes en Alemania (7 %) y Austria (10 %) son, en principio, superiores a los PVP alemanes. [26] Por lo tanto, si el PVP alemán de libros alemanes se establece teniendo en cuenta el umbral de precios psicológico, [27] el PVP austriaco será siempre superior a dicho umbral.

80. Pese a que, en virtud del artículo 5, apartado 1, de la BPrBG, el precio de venta al consumidor final puede disminuirse en un 5 %, por lo que se equilibra la diferencia entre los PVP alemanes y austriacos, este precio inferior no puede ser objeto de publicidad.

81. Por el contrario, un editor austriaco puede tener en cuenta el límite psicológico de los precios al fijar el PVP austriaco y hacer publicidad para los correspondientes PVP.

82. Considero que este ejemplo demuestra muy claramente el efecto negativo que la vinculación del PVP austriaco al PVP mínimo alemán (deduciendo el IVA alemán y añadiendo el IVA austriaco) puede tener sobre las ventas de libros alemanes.

83. Sin embargo, este argumento no me convence en la medida en que se alega que los Estados miembros disponen de una facultad de apreciación respecto del tipo de IVA y que éste ha de respetarse.

84. La limitación del importador para fijar el PVP austriaco no viene causada por los diferentes tipos de IVA en Alemania y Austria, sino por el hecho de que un importador no puede, en principio, establecer un PVP inferior al PVP alemán [28] fijado por el editor. De no existir dicha vinculación, el PVP austriaco de libros alemanes podría estar situado por debajo el PVP alemán [29] pese a tener en cuenta el tipo de IVA austriaco más elevado. En ese caso, se preservaría la facultad discrecional de los Estados miembros en lo relativo al tipo de IVA y el importador tendría libertad para fijar un PVP austriaco de los libros alemanes que fuese adecuado.

26 — Según las disposiciones básicas, del PVP establecido por el editor alemán para Alemania ha de deducirse el tipo de IVA alemán del 7 % y añadirse el tipo de IVA austriaco del 10 %.

27 — Por este concepto se entienden los precios que los consumidores finales consideran un límite; una vez superado éste, disminuye considerablemente la demanda del producto de que se trate. Los precios psicológicos se sitúan justo por debajo de dicho límite, por ejemplo en 9,99 euros, 14,99 euros o 19,99 euros.

28 — Deduciendo el IVA alemán y añadiendo el IVA austriaco.

29 — Deduciendo el IVA alemán y añadiendo el IVA austriaco.

iii) Conclusión

85. En definitiva, los libros alemanes reciben un trato jurídico distinto de los libros austriacos. Este trato desigual puede afectar a las ventas de libros alemanes en Austria.

86. Por lo tanto, es irrelevante si una disposición como el artículo 3 de la BPrBG conduce, además, a una discriminación de hecho. [30]

87. Por último, considero que, por razones lógicas, la limitación de la BPrBG a libros en alemán no puede constituir una restricción autónoma de los intercambios. La extensión de una disposición como el artículo 3 de la BPrBG a libros en lenguas distintas del alemán tendría el efecto de crear restricciones de mayor alcance a los intercambios. [31]

d) Conclusión

88. Dado que una disposición como el artículo 3 de la BPrBG no afecta a las ventas de libros austriacos y alemanes en igual medida, no encuentra cabida en la excepción Keck. Por consiguiente, una disposición de estas características constituye una medida de efecto equivalente a una restricción a la importación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 28 CE.

C. Sobre la segunda cuestión

89. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber si en el caso de que una norma nacional como el

30 — Por lo tanto, no es necesario examinar si existe una discriminación de hecho debido a la necesidad de volver a etiquetar. De todos modos albergo dudas sobre si la necesidad económica de volver a etiquetar debido a la modificación del precio puede constituir, por sí misma, una discriminación de hecho que vaya más allá de la discriminación de Derecho cuya existencia ya se ha comprobado. *En primer lugar,* ha de señalarse que el nuevo etiquetado no viene determinado directamente por una disposición nacional. Por esta razón existen dudas sobre si en el presente asunto estamos ante una medida estatal en el sentido del artículo 28 CE. *En segundo lugar,* en este caso también albergaría dudas sobre si puede considerarse que existe una discriminación de hecho. Es cierto que los requisitos de etiquetado pueden ser discriminatorios de hecho. Sin embargo, ha de señalarse que la consideración de que existe una discriminación de hecho está vinculada al principio del país de origen. No considero que el principio del país de origen atribuya un derecho a poder vender un producto por el mismo precio en todos los Estados miembros. Si se entendiese el derecho al acceso al mercado, del artículo 28 CE, de manera tan amplia, la consecuencia sería la de considerar indirectamente que todas las diferencias entre los ordenamientos jurídicos y económicos de los Estados miembros, que pudiesen justificar diferencias en los precios, son medidas de efecto equivalente a una restricción de la importación.

31 — Esto no significa que la limitación a libros en alemán no tenga relevancia desde el punto de vista de la circulación de mercancías. Puede que haya de tenerlo en cuenta para su justificación. De conformidad con la jurisprudencia, las limitaciones de las libertades fundamentales únicamente pueden estar justificadas si son de naturaleza coherente y sistemática, sentencia de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, (C-243/01, Rec. p. I-13031), apartado 67. Por lo tanto, es posible que haya de tenerse en cuenta en el presente asunto el trato desigual dispensado a libros en alemán y a libros en otras lenguas.

artículo 3 de la BPrBG constituya una medida de efecto equivalente a una restricción a la importación, puede estar justificada por razones imperiosas de interés general con arreglo al artículo 30 CE o del artículo 151 CE.

1. Alegaciones de las partes

90. Las alegaciones de las partes respecto de esta cuestión pueden resumirse del siguiente modo.

91. *Libro,* el *Órgano de Vigilancia de la AELC* y la *Comisión* consideran que no cabe justificar el trato desigual que se dispensa a los libros alemanes y austriacos.

92. Coinciden en que tal medida discriminatoria únicamente puede justificarse en virtud del artículo 30 CE. Sin embargo, el artículo 30 CE no recoge el objetivo de mantener la diversidad de los libros que se persigue con la BPrBG. En particular, no se trata de una medida para la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional.

93. Además, la medida no es proporcionada. En este contexto, el Órgano de la AELC señala que los objetivos invocados como justificación también pueden conseguirse autorizando a los importadores de libros alemanes a determinar los PVP austriacos sin necesidad de vinculación a los PVP alemanes fijados por los editores alemanes. Otra posibilidad sería permitir a los editores alemanes fijar el PVP austriaco. Los editores de Estados que no son miembros del EEE disponen de esta posibilidad.

94. En opinión de Libro, el Órgano de la AELC y la Comisión tampoco cabe una justificación en virtud del artículo 151 CE. Esta disposición es una base jurídica para que la Comunidad actúe y no una excepción al ámbito de aplicación del artículo 28 CE. Por lo demás, el trato desigual que se dispensa a libros alemanes y austriacos no es necesario para alcanzar los objetivos del artículo 151 CE.

95. Además, Libro considera que el sistema de precios fijos de los libros austriacos *como tal* no puede justificarse por razones imperiosas de interés general. La alegación de razones culturales de carácter general no es suficiente para ello y el sistema de precios fijos de los libros no constituye un medio proporcionado para alcanzar los objetivos que con él se persiguen. Por el contrario, la Comisión y el Órgano de la AELC señalan que en el caso de autos no se trata de justificar el sistema de precios fijos de los libros *como tal,* sino que se trata meramente de justificar el trato desigual dispensado a los libros alemanes y austriacos.

96. El *Fachverband* y los *Gobiernos de los Estados que intervienen en el litigio* defienden la postura de que el sistema de precios fijos de los libros no es discriminatorio, de modo que está justificado por razones imperiosas de interés general.

97. Indican que entre las razones imperiosas de interés general se encuentran, en particular, la protección de los libros como bien cultural, los intereses de los consumidores en precios razonables de los libros y el suministro adecuado de libros a la población mediante una red extensa y diversificada de minoristas. Una disposición como la del artículo 3 de la BPrBG constituye un medio proporcionado para la consecución de dichos objetivos.

98. El Fachverband y el Gobierno francés admiten que la protección de la creatividad y de la diversidad cultural en los libros no están comprendidos dentro del artículo 30 CE.

99. El Fachverband y los Gobiernos de los Estados miembros que intervienen en el procedimiento alegan además que una medida de efecto equivalente a una restricción a las importaciones puede estar justificada por el artículo 151 CE. En virtud de este artículo, los Estados miembros son competentes en materia de política cultural. Con arreglo al artículo 151 CE, apartado 4, la Comunidad está obligada a tener en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del Tratado CE. Por esta razón, la Comunidad también tiene que respetar la facultad de orientación de los Estados miembros en el marco de la circulación de mercancías.

2. Apreciación jurídica

100. Con carácter previo ha de volver a señalarse que, en un procedimiento prejudicial con arreglo al artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia únicamente tiene la obligación de responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional. [32] En mi opinión, la presente cuestión está dirigida únicamente a saber si el trato desigual entre libros austriacos y alemanes que se ha comprobado en el marco de la primera cuestión prejudicial puede justificarse por razones imperiosas de interés general en virtud del artículo 30 CE o del artículo 151 CE. Por lo tanto, únicamente se trata de la justificación de dicho trato desigual y no de la justificación del sistema de precios fijos de los libros en cuanto tal.

101. Por lo que respecta a la justificación de dicho trato desigual puedo comprobar, en primer lugar, que las alegaciones del Fachverband y de los Gobiernos de los Estados miembros que intervienen en el procedimiento se limitan, esencialmente, a justificar

32 — Véase el punto 26 de estas conclusiones.

el sistema austriaco de precios fijos de los libros en sí. No puedo deducir de las alegaciones de dichas partes justificación alguna del trato desigual dispensado a los libros austriacos y alemanes.

102. Una medida de dichas características me parece difícil de justificar.

103. *En primer lugar,* en mi opinión falta un motivo de justificación legítimo.

104. Las razones imperiosas de interés general en el sentido de la sentencia Cassis de Dijon [33] únicamente pueden justificar las medidas que sean aplicables con carácter indistinto. [34] Por lo tanto, no pueden ser motivo de justificación en el caso de autos.

105. En el presente asunto no cabe la justificación en virtud del artículo 30 CE. En la sentencia Leclerc/Au blé vert, el Tribunal de Justicia declaró expresamente que el artículo 30 CE ha de interpretarse restrictivamente y no puede extenderse a objetivos que no figuren expresamente en él. El Tribunal de Justicia ha negado expresamente la extensión a la protección de la creatividad y la diversidad cultural en el ámbito de los libros. [35]

106. Considero que en el artículo 151 CE, apartado 4, tampoco existe motivo de justificación que vaya más allá de las razones imperiosas de interés general anteriormente mencionadas. El artículo 151 CE es una disposición relativa a la competencia de los Estados miembros y de la Comunidad. Es cierto que del artículo 151 CE, apartado 4, resulta que la Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en particular a fin de fomentar la diversidad de las culturas. Sin embargo, el artículo 151 CE, apartado 4, no contiene «reserva cultural» alguna frente a otras disposiciones del Tratado. [36] Por lo tanto, los Estados miembros no pueden derivar del artículo 151 CE, apartado 4, facultad de orientación alguna para adoptar medidas que tengan efectos discriminatorios sobre las ventas de productos procedentes de otros Estados miembros. Por esta razón, arreglo al artículo 151 CE, apartado 4, no puede justificarse el trato desigual dispensado a libros alemanes y austriacos.

107. *En segundo lugar,* tampoco cabría considerar proporcionado el trato desigual dispensado a los libros austriacos y alemanes aunque existiera un motivo de justificación legítimo. Existen medios menos rigurosos para alcanzar los objetivos indicados, en particular, la protección de los libros como bienes culturales y los intereses de los consumidores finales en precios razonables de los libros.

33 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, Rewe (120/78, Rec. 649), apartado 8.

34 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivía (C-1/90 y C-176/90, Rec. p. I-4151), apartado 13; de 11 de mayo de 1989, Wurmser (25/88, Rec. p. 1105), apartado 10; Fezer, H.-J. (nota 2), p. 144.

35 — Nota 5, apartado 30.

36 — Véase, a este respecto, Everling, U.: *Buchpreisbindung im deutschen Sprachraum und Europäisches Gemeinschaftsrecht,* Nomos, 1997, p. 34.

Entre ellos se encuentra, sobre todo, la posibilidad de atribuir un margen de apreciación al importador en la fijación del PVP austriaco de los libros alemanes. [37]

108. En definitiva, en mi opinión no cabe justificar el trato desigual dispensado a los libros alemanes y austriacos ni por razones imperiosas de interés general ni en virtud de los artículos 30 CE o 151 CE. [38]

D. *Sobre la tercera cuestión prejudicial*

109. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber si el deber de lealtad de los Estados miembros establecido en el artículo 10 CE, apartado 2, en relación con las disposiciones de Derecho de la competencia del artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y del artículo 81 CE, ha de interpretarse en el sentido de que la adopción de la BPrBG es compatible con dicha obligación pese a que, en su opinión, la BPrBG prolonga temporal y materialmente sin solución de continuidad el Sammelrevers 1993, esto es el sistema de precios fijos de los libros elaborado por las empresas y existente antes de adoptarse la BPrBG.

1. Alegaciones de las partes

110. Las alegaciones de las partes respecto de la tercera cuestión prejudicial son, esencialmente, las siguientes.

111. *Libro* considera que la regulación legal del precio fijo de los libros en la BPrBG es contraria al principio de lealtad comunitaria, puesto que obstaculiza la eficacia práctica de las disposiciones comunitarias en materia de competencia.

112. Es cierto que el artículo 81 CE no puede aplicarse directamente a las medidas adoptadas por los Estados miembros. Sin embargo, un Estado miembro no puede facilitar o fomentar las infracciones de las disposiciones sobre competencia de los operadores económicos privados ni reforzar sus efectos. Es necesario para dicha infracción que exista una relación entre la medida adoptada por el Estado miembro y un comportamiento de empresas privadas contrario a la competencia. Libro ve esta relación en el hecho de que el legislador austriaco incorporó a la BPrBG,

37 — Las partes no han formuladoo alegaciones que pudieran oponerse a que se procediera de este modo. Considero que tampoco cabe alegar en contra de dicho proceder que, a diferencia de los editores nacionales, un importador no tendría en cuenta suficientemente los objetivos que se persiguen con la BPrBG al establecer los PVP austriacos. Si existe este temor, basta con someter la fijación de los PVP austriacos por editores e importadores al correspondiente control.

38 — Tampoco resulta convincente la remisión a la observación del derecho fundamental a la libertad de expresión. En primer lugar, no se advierte en qué medida se ve afectado el derecho fundamental a la libertad de expresión en el caso de autos. Además, no resulta comprensible por qué ha de ser necesario un trato desigual de libros austriacos y alemanes para observar el principio de libertad de expresión.

esencialmente, las normas del Sammelrevers 1993 contrario a la competencia. Este dato se desprende de las propias circunstancias y de los trabajos preparatorios.

113. El refuerzo de un acuerdo existente no exige que la norma jurídica y el acuerdo sean totalmente idénticos. Basta con que se acojan elementos de riesgo desde el punto de vista del Derecho de la competencia. El legislador austriaco no sólo prolongó temporal y materialmente sin solución de continuidad un sistema de precios fijos ilícito desde el punto de vista del Derecho de la competencia, sino que también acogió elementos esenciales de éste, como la fijación de los PVP por los editores. Dicha relación también se demuestra por la disposición transitoria del artículo 10 de la BPrBG, así como por el hecho de que la BPrBG, al igual que el Sammelrevers 1993, se limitan a los libros en alemán.

114. En opinión del *Fachverband,* de los *Gobiernos de los Estados miembros que intervienen en el procedimiento,* del *Órgano de la AELC* y de la *Comisión,* no existe incumplimiento alguno del deber de lealtad de los Estados miembros.

115. En principio, los Estados miembros son libres de adoptar medidas de política económica, aunque dichas medidas tengan el mismo efecto contrario a la competencia de los acuerdos entre empresas. Es cierto que dicha libertad está limitada por el hecho de que los Estados miembros no pueden adoptar, en virtud del artículo 10 CE, apartado 2, medidas que eliminen la eficacia práctica de las normas sobre competencia aplicables a las empresas. Sin embargo, una medida de estas características únicamente existirá cuando un Estado miembro imponga o favorezca un acuerdo colusorio contrario al artículo 81 CE o refuerce sus efectos o despoje a su propia normativa del carácter estatal, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica.

116. En cambio, la BPrBG no tiene por objeto exigir o facilitar la celebración de acuerdos contrarios a la competencia, sino que los precios fijos verticales se exigen por ley. Por lo tanto, la fijación de los PVP no constituye acuerdo alguno.

117. Tampoco existe un refuerzo de un acuerdo contrario a la competencia. Únicamente puede considerarse que existe tal refuerzo cuando un Estado miembro se limita a recoger un acuerdo contrario a la competencia y obliga o incentiva a los operadores económicos a cumplir la norma. Si el Estado actúa sin motivo concreto y por razones de interés general, no incumplirá su deber de lealtad.

118. Es cierto que la BPrBG recoge, en lo relativo al contenido, un elemento central del Sammelrevers 1993, a saber, la obligación de que el minorista respete, en principio, el PVP establecido. No obstante, las disposiciones nacionales no se limitan a recoger elementos del Sammelrevers 1993. Antes bien, se trata de una modificación fundamental y de la introducción de un sistema nuevo de precios fijos de los libros. Así se desprende, en particular, de la transformación del PVP de un precio fijo en un precio mínimo, de la toma en consideración de ventajas comerciales y de la posibilidad de conceder un descuento de hasta el 5 %. El Fachverband señala que el artículo 10 de la BPrBG únicamente es una disposición transitoria por la que el legislador austriaco pretendió liberar a los editores e importadores de la obligación de establecer los PVP de todos los libros inmediatamente después de la entrada en vigor de la BPrBG.

119. La Comisión considera que aún cuando quepa considerar que se produce un refuerzo de un acuerdo colusorio existente en el sentido del artículo 10 CE, apartado 2, en relación con el artículo 81 CE, apartado 1, ha de examinarse si éste tiene cabida en la excepción del artículo 81, apartado 3. La resolución de remisión no constituye base suficiente para responder a esta cuestión.

120. El Órgano de la AELC señala que de considerarse que existe un incumplimiento del deber de lealtad se produciría una situación paradójica. Una medida adoptada por un Estado miembro en el que al adoptarse ésta no existía ningún acuerdo correspondiente entre empresas no infringiría el artículo 81 CE, mientras que sí sería ilícita una medida adoptada por otro Estado miembro en el que al adoptar la medida estatal existiera un correspondiente acuerdo entre empresas.

121. Además, el Fachverband, los Gobiernos de los Estados miembros que intervienen en el procedimiento, el Órgano de la AELC y la Comisión alegan que el legislador austriaco tampoco despojó a la BPrBG del carácter estatal, al delegar en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica.

122. Se trata de una actuación unilateral de los editores y no de un acuerdo. La obligación de respetar el precio mínimo viene impuesta por ley. El establecimiento del PVP por el editor únicamente tiene efectos sobre la competencia porque se ordena por ley. La Comisión señala que, de no ser así, se trataría de precios de venta recomendados, permitidos, en principio, desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

123. Por último, los Gobiernos de los Estados miembros que intervienen en el procedimiento señalan que no existe política comunitaria en materia de competencia en el ámbito de sistemas de precios fijos de los libros que sean puramente nacionales. El

Gobierno austriaco observa que ha de considerarse que existe un sistema puramente nacional de precios fijos de los libros cuando una ley de un Estado miembro somete los libros comercializados en el territorio del Estado miembro de que se trate a un sistema de precios fijos. Aún cuando dicho sistema se refiera a libros importados o reimportados, ha de considerarse que existe un sistema nacional de precios fijos de los libros.

124. El Gobierno alemán alberga dudas sobre la aplicabilidad del artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y con el artículo 81 CE. Siempre que una medida no esté comprendida en la fórmula Dassonville y no reúna los requisitos de la excepción Keck, habrá de considerarse que los artículos 28 CE y 30 CE son disposiciones especiales que excluyen la aplicación del artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y el artículo 81 CE.

2. Apreciación jurídica

125. El órgano jurisdiccional remitente nos pregunta si el deber de lealtad de los Estados miembros establecido en el artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con las disposiciones sobre competencia del artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y del artículo 81 CE, debe interpretarse en el sentido de que la adopción de la BPrBG es compatible con él.

126. Dicha cuestión se plantea únicamente para el caso de que la norma nacional del artículo 3 de la BPrBG no constituya una medida de efecto equivalente a una restricción de las importaciones en el sentido del artículo 28 CE.

127. El artículo 81 CE es una norma dirigida a las empresas cuya aplicación exige que exista un acuerdo o una práctica concertada entre empresas. Por lo tanto, el artículo 81 CE no es aplicable, en principio, a los actos cometidos por los Estados miembros en ejercicio de los poderes públicos. Sin embargo, el artículo 10 CE, párrafo segundo exige que los Estados miembros se abstengan de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado CE. Con arreglo al artículo 3 CE, apartado 1, letra g), la acción de la Comunidad implicará un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior. La política comunitaria de compe-

tencia se concretiza, en particular, en el artículo 81 CE. Por lo tanto, según lo dispuesto en el artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y el artículo 81 CE, los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la eficacia práctica del artículo 81 CE. [39] Esto también es aplicable a los actos de los Estados miembros en forma legislativa o reglamentaria. [40]

128. Por otra parte, se reconoce que no todas las medidas adoptadas por un Estado miembro que tengan efectos sobre la competencia pueden ser constitutivas de una infracción del artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g). [41] Una aplicación tan amplia del deber de lealtad de los Estados miembros conduciría a que éstos estarían sometidos al control jurisdiccional también en aquellos ámbitos en los que, conforme al principio de atribución de competencias, son competentes los Estados miembros y no la Comunidad. [42]

129. Queda demostrado que dicha delimitación no es fácil, por ejemplo, por el hecho de que las medidas que los Estados miembros adoptan en el ámbito de la política económica o cultural, para las que son competentes conforme a los artículos 98 CE y siguientes o 151 CE, pueden tener efectos sobre la competencia. De controlarse todas las medidas que adopten los Estados miembros en dichos ámbitos sobre la base del deber de lealtad para conocer sus efectos sobre la competencia, los Estados miembros quedarían embutidos en un «corsé del Derecho de la competencia» también por lo que respecta a las medidas que adopten en dichos ámbitos. Esto es incompatible con el principio de atribución de competencias.

130. De este modo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [43] en el referido ámbito se caracteriza, por una parte, por la necesidad de garantizar las competencias de los Estados miembros y, por otra, por la necesidad de que las medidas adoptadas por los Estados miembros no burlen la política comunitaria de competencia.

131. En la actualidad, constituye jurisprudencia reiterada que únicamente cabe considerar que existe una infracción del artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el

39 — Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 1977, GB-Inno-BM (13/77, Rec. p. 2115), apartado 31; de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769), apartado 14; de 9 de junio de 1994, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Rec. p. I-2517), apartado 14; de 18 de junio de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949), apartado 35; de 5 de octubre de 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Rec. p. I-2883), apartado 20; de 17 de noviembre de 1993, Reiff, (C-185/91, Rec. p. I-5801), apartado 14; Emmerich, W., en: Dauses, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts,* H. I. § 1, 9. ed. complementaria, apartado 11; Wollmann, H. en: Mayer, H., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag,* Manz, 2006, artículo 81 CE, 72ª entrega, apartado 3, se remite a la problemática de la BPrBG a este respecto.

40 — Sentencias Van Eycke (nota 39), apartado 16; Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (nota 39), apartado 14.

41 — Véanse las conclusiones del Abogado General Darmon de 14 de julio de 1993 en el asunto Reiff (nota 39), apartado 32.

42 — Emmerich, W. (nota 39), apartado 12.

43 — Para un análisis extenso de dicha jurisprudencia véanse, en particular, Henriksen, U.B., *Anti-Competitive State Measures in the European Community,* Handelshøjskolens editor, 1994; Schwarze, J., «Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* 2000, pp. 613 y ss., pp. 616 a 622.

artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y el artículo 81 CE, cuando un Estado miembro impone la concertación de prácticas colusorias *(primera categoría)*, las favorece *(segunda categoría)* o refuerza los efectos de tales prácticas *(tercera categoría)* o, despoja a su propia normativa del carácter estatal, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica *(cuarta categoría)*. [44]

a) Imponer, favorecer o reforzar los efectos de un acuerdo contrario a la competencia

132. Requisito esencial de las primeras tres categorías es que la medida adoptada por el Estado miembro se base en un acuerdo contrario a la competencia. A tal respecto puede hablarse de un comportamiento *accesorio* de los Estados miembros. [45] En el caso de autos cabe considerar, en particular, [46] el Sammelrevers 1993 como posible acuerdo contrario a la competencia.

i) ¿Acuerdo contrario a la competencia?

133. De conformidad con el sistema del Sammelrevers 1993, los minoristas austriacos estaban obligados a observar los PVP fijados por los editores alemanes. Dichos PVP eran precios fijos. Habida cuenta de que la fijación vertical de precios fijos está comprendida dentro del ejemplo del artículo 81 CE, apartado 1, letra a), no me cabe duda de que se trata de un acuerdo restrictivo de la competencia. [47] Considero que también ha de afir-

44 — Jurisprudencia constante desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke (nota 39), apartado 16. Véanse también las sentencias de 17 de noviembre de 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751), apartado 14; Reiff (nota 39), apartado 14, y Ohra Schadeverzekeringen (C-245/91, Rec. p. I-5851), apartado 10.

45 — Este concepto es utilizado por Schwarze, J. (nota 43), p. 621.

46 — La versión modificada del Sammelrevers 1993, que entró en vigor el 30 de junio de 2000, no prevé la participación de los editores, mayoristas o minoristas austriacos. Por esta razón, la Comisión declaró respecto de dicho acuerdo que la versión modificada no podía obstaculizar el comercio entre los Estados miembros. De este modo, parece que no existe acuerdo alguno *contrario a la competencia*.
Además, una posibilidad (más bien teórica) sería que la propia BPrBG constituyera un acuerdo contrario a la competencia. Según la jurisprudencia, las medidas pueden tener carácter doble, es decir, atribuirse en cuanto medida tanto a los Estados como a las empresas [sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, Clair (123/83, Rec. p. 391), apartados 19 y 20]. Sin embargo, esto supondría que la BPrBG constituye, pese a su naturaleza normativa, un *acuerdo* entre las empresas de que se trata. En mi opinión, no cabe considerar que éste es el caso en el presente asunto. El hecho de que, en su caso, las partes de que se trata hubieran propuesto el procedimiento legislativo y hubieran sido oídas en el marco del mismo, no basta para considerar que existe un acuerdo entre particulares en forma de ley.

47 — No considero convincente la idea de que el Sammelrevers 1993 no conduce a restricción alguna de la competencia (en este sentido, Vranes, E., *Buchpreisbindung und rule of reason,* Manz, 1999, pp. 38 a 41). Como ya señalé en mis conclusiones de 4 de septiembre de 2008 en el asunto Beef Industry Development Society y Barry Brothers (sentencia de 20 de noviembre de 2008, C-209/07, Rec. p. I-8637), puntos 51 a 58, no toda posible ventaja de un acuerdo para el bienestar de los consumidores conduce a que desaparezca una restricción de la competencia. Por lo que respecta al examen, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, de los sistemas transfronterizos de precios fijos de los libros creados por las empresas, véase, en particular, la sentencia VBVB y VVVB/Comisión (nota 5), apartados 44 y 45.

marse la circunstancia de que es perceptible. [48] Dado que en el presente asunto no se discute que gran parte de los libros vendidos en Austria son alemanes, ha de partirse del hecho de que también existía la posibilidad de obstaculizar el comercio entre los Estados miembros. Por consiguiente, el sistema del Sammelrevers 1993 cumple lo establecido en el artículo 81 CE, apartado 1. [49]

134. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el artículo 81 CE tiene una estructura en dos escalas. Únicamente cabe considerar que un acuerdo es contrario al artículo 81 CE cuando no está exento en virtud del artículo 81 CE, apartado 3. [50] Por lo tanto, no puede reprocharse a un Estado miembro haber impuesto o favorecido un acuerdo exento en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, o haber reforzado sus efectos. Por ende, es competencia del órgano jurisdiccional remitente examinar si concurrían las circunstancias del artículo 81 CE, apartado 3, [51] es decir, si el sistema del Sammelrevers 1993 contribuía a mejorar la producción o la distribución de los productos o fomentaba el progreso técnico o económico, y reservaba al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que impusiera a las empresas interesadas restricciones que no fueran indispensables para alcanzar tales objetivos u ofreciesen a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

135. Dicho examen exige un análisis amplio de los hechos. [52] Por lo tanto, me parece apropiado tratar en primer lugar la cuestión de si el legislador austriaco impuso o favoreció el Sammelrevers 1993 o si reforzó sus efectos.

48 — En este contexto ha de tenerse en cuenta que si bien es cierto que conforme al sistema del Sammelrevers 1993 no se había previsto acuerdo horizontal alguno entre los editores, sí que han de considerarse los contratos, basados en un contrato tipo y gestionados por un fiduciario, en su totalidad y, por lo tanto, como un conjunto, sentencia de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935), apartados 19 y ss.

49 — En sentido afirmativo, Hofmann, T., «Buchpreisbindungen auf dem Prüfstand des Europarechts», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht,* 2000, pp. 561 y 562.

50 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 1987, BNIC/Aubert (136/86, Rec. p. 4789), apartado 21, en la que el Tribunal de Justicia trató el artículo 81 CE, apartado 3.

51 — Con la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1.) el régimen de la prohibición con excepciones quedó sustituido por uno de autoevaluación (artículo 1, apartados 1 y 2, del Reglamento nº 1/2003). Desde entonces es competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros examinar las condiciones del artículo 81 CE, apartado 3 (véase, en este contexto, la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE (DO 2004, C 101, p. 54).
Compruebo que es cierto que el órgano jurisdiccional remitente ha señalado en la segunda cuestión prejudicial que faltan datos empíricos que puedan demostrar que la legislación de precios fijos es un medio adecuado para los fines de fomento de la producción de libros, de tener una variedad de títulos a precio regulado y una pluralidad de establecimientos de venta de libros, que con ella se persiguen. Sin embargo, no considero que el órgano jurisdiccional remitente quisiera señalar con ello que pretendió demostrar el cumplimiento en el caso de autos de las condiciones del artículo 81 CE, apartado 3, y que, en su opinión, no existe prueba alguna de que se cumplan.

52 — Un resumen de los análisis de compatibilidad del Sammelrevers 1993 con el artículo 81 CE, apartado 3, se encuentra en Hofmann, T. (nota 49), pp. 562 a 567; Engelmann, M. (nota 3), pp. 125 a 165.

ii) Imponer, favorecer o reforzar los efectos directo y, en tercer lugar, si puede bastar una conexión material.

136. La jurisprudencia considera que existe un refuerzo de los efectos de un acuerdo contrario a la competencia cuando un Estado miembro se limita a recoger total o parcialmente los elementos de un acuerdo contrario a la competencia celebrado entre empresas. [53] El Tribunal de Justicia clasifica en el concepto de facilitar o favorecer un acuerdo contrario a la competencia las medidas que puedan considerarse un estímulo para que las empresas adopten un comportamiento de estas características. [54]

— ¿Vínculo directo con el Sammelrevers 1993?

139. No cabe considerar que en el presente asunto exista un vínculo directo de la BPrBG con el Sammelrevers 1993 por el mero hecho de que los editores, mayoristas y minoristas austriacos ya no participaban en el Sammelrevers 1993 cuando la BPrBG entró en vigor.

137. Habida cuenta de que el sistema de precios fijos de los libros establecido por el Estado mediante la BPrBG sustituye al Sammelrevers 1993, cabe considerar que en el presente asunto existe una medida estatal que refuerza los efectos del Sammelrevers 1993.

— ¿Vínculo debido a la disposición transitoria del artículo 10 de la BPrBG?

138. Como ya he indicado anteriormente, [55] la característica esencial de esta categoría es el carácter *accesorio* de la medida estatal a un acuerdo contrario a la competencia celebrado entre empresas. Por lo tanto, en el presente asunto se plantea, en primer lugar, la cuestión de si la BPrBG guarda un vínculo directo con el Sammelrevers 1993, en segundo lugar, si la disposición transitoria del artículo 10 de la BPrBG puede haber dado lugar a un vínculo

140. Sin embargo, cabría establecer un vínculo por el hecho de que el artículo 10 de la BPrBG ordenó la aplicación transitoria de los precios contenidos en el registro de libros disponibles en su edición de 20 de junio de 2000. Considero que el registro contiene PVP que fueron fijados en el marco del sistema del Sammelrevers 1993.

141. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, si bien es cierto que el artículo 10 de la BPrBG puede guardar relación con los precios

53 — Sentencia van Eycke (nota 39), apartado 18; Meng (nota 44), apartado 19.

54 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed (66/86, Rec. p. 803), apartados 49 y 52; de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia (C-35/96, Rec. p. I-3851), apartado 51. A este respecto, Schwarze, J. (nota 43), p. 621.

55 — Punto 133 de estas conclusiones.

acordados en el sistema del Sammelrevers 1993, no se basa en las demás disposiciones de éste. El conjunto de normas del Sammelrevers 1993 y de la BPrBG se diferencian, en particular, por el hecho de que en virtud de la BPrBG se adoptan precios mínimos en lugar de precios fijos, pueden tenerse en cuenta las ventajas comerciales y los minoristas pueden reducir el PVP austriaco en hasta un 5 %. [56]

142. A este respecto, el artículo 10 de la BPrBG tampoco establece el carácter accesorio de la BPrBG al Sammelrevers 1993.

— ¿Basta con una conexión material?

143. Por lo tanto, se plantea la cuestión de si también cabe considerar que existe un refuerzo de los efectos del Sammelrevers 1993 por el hecho de que la BPrBG guarda un vínculo material con el Sammelrevers 1993.

144. En el caso de autos se plantea la cuestión con especial insistencia porque el legislador austriaco no dejó lugar a dudas de que, en principio, pretendía mantener los precios fijos verticales previstos en el Sammelrevers 1993 y porque la entrada en vigor de la BPrBG se produjo muy poco tiempo después de que los editores, mayoristas y minoristas austriacos salieran del sistema del Sammelrevers 1993.

145. Pese a las circunstancias evocadas por el órgano jurisdiccional nacional no pienso que pueda considerarse que existe un refuerzo de los efectos del Sammelrevers 1993 por el hecho de que la BPrBG guarda relación con elementos del Sammelrevers 1993 en cuanto al contenido.

146. En primer lugar se opone a ello el *tenor* de la jurisprudencia. En virtud de la misma, únicamente existe un refuerzo de los efectos de un acuerdo contrario a la competencia si el Estado miembro se *limita* a *recoger total o parcialmente* los elementos de los acuerdos celebrados entre operadores económicos. [57]

147. El legislador austriaco no recogió el Sammelrevers 1993 en su totalidad. En mi opinión tampoco cabe considerar que éste se hubiese recogido parcialmente en el sentido de la jurisprudencia. Yo entiendo el concepto de «recoger parcialmente» en el sentido de que únicamente existe cuando el objeto del

56 — Por lo demás, los libros objeto del litigio principal no parecen ser libros que figuren en la edición de 20 de junio de 2000 del registro de libros disponibles. A este respecto, parece que el artículo 10 de la BPrBG carece de interés para el presente litigio.

57 — Sentencia van Eycke (nota 39), apartado 18; Meng (nota 44), apartado 19.

acuerdo contrario a la competencia es divisible y el Estado miembro solamente ha recogido una parte del objeto del acuerdo sin modificar su contenido. Para volver sobre la idea del carácter accesorio, considero que la jurisprudencia únicamente comprende medidas de los Estados miembros que sean estrechamente accesorias a parte de un acuerdo existente entre empresas. [58] Por esta idea aboga también el hecho de que, según la jurisprudencia, el Estado miembro tiene que *limitarse* a recoger determinados elementos.

148. En el caso de autos es cierto que, en el marco del proceso legislativo, el legislador austriaco establece un vínculo con el Sammelrevers 1993. Sin embargo, como ya he indicado anteriormente, [59] modificó el contenido del mismo. Por esta razón, no cabe considerar, en mi opinión, que se ha limitado a recoger parcialmente el Sammelrevers 1993.

149. Además, considero que dicho entendimiento restrictivo de la jurisprudencia es el único compatible con el principio de atribución de competencia. Como se señaló más arriba, [60] en el marco del deber de lealtad del artículo 10 CE ha de tenerse en cuenta el hecho de que, en los ámbitos de su competencia, un Estado miembro es, en principio, libre de adoptar medidas que tengan un objetivo o un efecto restrictivo de la competencia. Por lo tanto, el criterio de si una medida estatal restringe la competencia y en qué medida lo hace no puede ser determinante. [61]

150. Considero que este principio se opone a la posibilidad de considerar que una medida legal favorece un acuerdo contrario a la competencia o refuerza sus efectos únicamente porque persigue un objetivo similar restrictivo de la competencia o tiene un efecto similar también restrictivo de la competencia. En dichos casos, como demuestra claramente el presente asunto, una medida estatal autónoma lícita y la recogida ilícita de contenidos sólo se puede delimitar en cada caso con enormes dificultades, si no resulta imposible.

151. Con un planteamiento restrictivo, estrictamente accesorio, se evita la situación paradójica de que una medida estatal constituya en un determinado Estado miembro una infracción del artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra g), y el artículo 81 CE, por el mero hecho de que existan empresas que anteriormente hubieran celebrado un acuerdo de

58 — En este sentido, por ejemplo, la sentencia de 1 de octubre de 1987, van Vlaamse Reisbureaus (311/85, Rec. p. 3801), apartado 23. Véase, a este respecto, también Weuster, A.: *Die Neuregelung der Buchpreisbindung in Deutschland,* Boorberg, 2007, pp. 216 y 217.

59 — Véase el punto 142 de estas conclusiones.

60 — Véanse los puntos 129 y 130 de estas conclusiones.

61 — Véanse Joliet, R., «National anti-competitive Legislation and Community Law», *Fordham International Law Journal,* 1989, p. 174, y Henriksen, U.B. (nota 43), p. 69. La jurisprudencia se opone a la idea de tener en cuenta el contenido o el efecto que una medida estatal tiene sobre la competencia. Véanse, en particular, las sentencias van Eycke (nota 39), apartado 18, y Meng (nota 44), apartados 14 a 22. Sobre la sentencia van Eycke, véase Henriksen, U.B. (nota 43), p. 114. Sin embargo, Emmerich, W. (nota 39), apartado 15, propone tal punto de partida.

efectos similares, mientras que la adopción de dicha medida sea lícita en otro Estado miembro, puesto que allí no se habían celebrado acuerdos entre empresas que tuvieran un contenido análogo.

152. Considero que tampoco existe contradicción alguna por el hecho de que un Estado miembro pueda adoptar a instancia propia una norma con un objetivo o un efecto restrictivo de la competencia, pero tenga prohibido, en virtud del deber de lealtad, reforzar los efectos de un acuerdo similar celebrado entre empresas. Únicamente existiría una contradicción si, con arreglo al deber de lealtad, fuese relevante que la norma tuviera un objetivo o efecto restrictivo de la competencia. Sin embargo, según el principio de atribución de competencias, [62] no cabe tomar este entendimiento como base. Antes bien, no se puede privar a un Estado miembro de la posibilidad de adoptar una medida de contenido similar a un acuerdo celebrado entre empresas, siempre que esto ocurra por su propia iniciativa.

153. Por lo tanto, en la presente categoría el principio de lealtad se limita a la prohibición de que los Estados miembros refuercen los efectos de un acuerdo contrario al artículo 81 CE celebrado entre empresas, recogiendo total o parcialmente dicho acuerdo entre empresas en el sentido de un carácter accesorio estricto sin modificarlo o analizar su contenido. La Comisión señaló acertadamente que tal comportamiento de los Estados miembros tiene un importante significado capaz de burlar el *effet utile* de la política comunitaria de competencia.

154. Por consiguiente, considero que no cabe entender que el hecho de que la BPrBG prolongue materialmente el Sammelrevers 1993 constituye un refuerzo de los efectos del Sammelrevers 1993.

iii) Conclusión

155. Por lo tanto, con independencia del análisis del Sammelrevers 1993 desde el punto de vista del Derecho de la competencia, no cabe considerar en definitiva que la adopción de la BPrBG impone o favorece un acuerdo contrario a la competencia o refuerza sus efectos.

b) Delegación en operadores privados de la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica

156. Según la cuarta categoría antes mencionada, [63] un incumplimiento del deber de lealtad también puede consistir en que un Estado miembro despoje a una medida del carácter estatal delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica.

62 — Véanse los puntos 129 y 130 de estas conclusiones.

63 — Véase el punto 132 de estas conclusiones.

De un análisis de esta cuarta categoría tenida en cuenta por la jurisprudencia resulta que ésta tiene su origen, sobre todo, en la sentencia Leclerc/Au blé vert [64] [65]

157. Una delegación de facultades estatales en operadores privados únicamente es posible, en principio, cuando se faculta por ley a los operadores privados para imponer a terceros los precios con carácter vinculante sin que éstos sean sometidos a control estatal. [66]

158. En contra de la aplicación de esta categoría al caso de autos se alega, en particular, que (i) no existe acuerdo entre empresas, (ii) no se ha producido delegación en operadores privados, y (iii) no existe política comunitaria de competencia en el ámbito de los sistemas nacionales de precios fijos de los libros.

64 — Nota 5, apartado 15.

65 — Véase Henriksen, U.B., (nota 43), pp. 114 y 115.

66 — Véase a este respecto, entre otros, Niemeyer, J.: «Die Anwendbarkeit von Art. 85 und 86 EG-Vertrag auf staatliche Maßnahmen», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1994, pp. 721 y ss., especialmente p. 723.

i) Falta de necesidad de que exista un carácter accesorio

159. En parte, también se exige para esta categoría un estricto carácter accesorio respecto a un acuerdo entre empresas contrario al artículo 81 CE. [67]

160. Este argumento no me parece convincente.

161. *En primer lugar,* no encuentro en la jurisprudencia prueba alguna de que en esta cuarta categoría también sea necesario el carácter accesorio estricto a un acuerdo entre empresas contrario a la competencia.

67 — Véanse Weuster, A. (nota 58), p. 219; Niemeyer, J. (nota 66), pp. 730, 731, y Schwarze, J., (nota 43), pp. 620 a 622.

162. Antes bien, el Tribunal de Justicia en la sentencia Leclerc/Au blé vert se basó en que tales disposiciones normativas nacionales, que *hacen superfluos* los comportamientos de empresas prohibidos en virtud del artículo 81 CE, apartado 2, al delegar en los editores o importadores de libros la responsabilidad de fijar libremente los precios obligatorios en la fase del comercio al por menor, menoscaban el efecto útil del artículo 81 CE y, en consecuencia, son contrarias al artículo 10 CE, párrafo segundo. [68] Es cierto que el Tribunal de Justicia no afirmó expresamente en dicha sentencia que un sistema de precios fijos de los libros esté comprendido dentro del ámbito de aplicación de la cuarta categoría. [69] Sin embargo, en ese asunto, en el que no se discute que no hubiera acuerdo previo entre empresas, continuó el análisis del incumplimiento del deber de lealtad y consideró la posibilidad de que existiera tal incumplimiento en determinadas circunstancias. [70] Considero que de lo antedicho cabe deducir que el Tribunal de Justicia no exige, en el caso de la cuarta categoría, que exista un carácter accesorio estricto de la medida estatal con respecto a un acuerdo contrario a la competencia existente entre empresas. [71] De sentencias posteriores del Tribunal de Justicia no puedo deducir que se hubiera abandonado este principio. [72]

163. *En segundo lugar,* tampoco considero apropiado limitar dicha categoría a las medidas que son accesorias con respecto a acuerdos de empresas contrarios a la competencia. Es cierto que, como se ha expuesto anteriormente, [73] no puede tenerse únicamente en cuenta si una medida tiene efectos sobre la competencia y, en su caso, cuáles son. Sin embargo, esto tampoco es objeto de la presente categoría. El comportamiento reprochable de los Estados miembros recogido en la cuarta categoría consiste más bien en que un Estado elude la exigencia del artículo 81 CE de que exista un *acuerdo entre empresas*. Se pretende incluir las medidas de carácter normativo que únicamente constituyen una

68 — Véase el apartado 15 de la sentencia Leclerc/Au blé vert (nota 5).

69 — En este contexto ha de tenerse en cuenta que las cuatro categorías únicamente fueron «consolidadas» en la sentencia van Eycke (nota 39, apartado 16) y, por lo tanto, después de haberse dictado la sentencia Leclerc/Au blé vert.

70 — Véanse el apartado 20 y el fallo de la sentencia Leclerc/Au blé vert (nota 5).

71 — Hoffman, A.B., «Anti-competitive State Legislation Condemned under Article 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go after Van Eycke?», *European Court Law Review,* 1990, p. 17, supone que un borrador de sentencia anterior examinó dicha cuestión respondiendo de manera afirmativa. En opinión de Joliet, R. (nota 61), p. 172, el Tribunal de Justicia ha considerado siempre que la medida estatal es incompatible con los artículos 10 CE, párrafo segundo, 3 CE, apartado 1, letra g), y 81 CE. Henriksen, U.B. (nota 43), pp. 59 y 140 defiende la postura de que, si bien el Tribunal de Justicia no ha respondido expresamente a la cuestión, cabe deducir de la sentencia que el Tribunal de Justicia pretendió responder afirmativamente. En opinión de Schwarze, J. (nota 43), p. 618, el Tribunal de Justicia planteó la cuestión pero no dio respuesta a la misma.

72 — De las sentencias Meng (nota 44), Ohra Schadeverzekeringen (nota 44) y Reiff (nota 39), en particular, no puedo deducir que exista abandono de dicho principio. En los referidos casos, el Tribunal de Justicia trató la cuestión de si debía extender la aplicación de la obligación de lealtad más allá de los supuestos recogidos hasta la fecha a otros casos [véase, a este respecto, Niemeyer, J. (nota 66), p. 725]. Se trataba de saber si las medidas de los Estados miembros infringen el artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y el artículo 81 CE por el mero hecho de tener un objetivo o efecto restrictivo de la competencia comparable con un acuerdo contrario a la competencia celebrado entre empresas. Además, el Tribunal de Justicia aplicó en la sentencia Reiff (nota 39, apartado 22) el criterio de examen antes mencionado, pero negando la existencia de una infracción por el hecho de que, en su opinión, no se había producido delegación alguna de la decisión en operadores privados.

73 — Puntos 129 y 130 de estas conclusiones.

«cáscara» normativa vacía de contenido que protege a los operadores privados de la aplicación del artículo 81 CE. En tales casos puede obstaculizarse el *effet utile* del artículo 81 CE. [74]

164. *En tercer lugar,* también se opone a la exigencia de un carácter estrictamente accesorio en esta categoría el hecho de que, de no ser así, ésta prácticamente no se aplicaría, habida cuenta de que la medida estatal que delega en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica conduce precisamente a que sea superfluo un acuerdo contrario al artículo 81 CE.

165. En definitiva considero que en el caso de la presente categoría no cabe exigir que exista un carácter estrictamente accesorio con respecto a un acuerdo entre empresas contrario al artículo 81 CE.

74 — Me parece convincente (pero únicamente en lo relativo a esta cuarta categoría) la idea del Abogado General C.O. Lenz en sus conclusiones de 16 de diciembre de 1986 en el asunto Vlaamse Reisbureaus (nota 58), apartado 42, que señala que la norma nacional sustituye a los «acuerdos, decisiones y prácticas concertadas» del artículo 81 CE haciéndolos superfluos. Para ello es necesario que un Estado miembro conceda a operadores privados una facultad estatal para intervenir en materia económica y que los operadores privados puedan decidir sobre dicha intervención en materia económica. Éste es el criterio de diferenciación respecto de una intervención propia de los Estados miembros en materia económica que es lícita en virtud del artículo 10 CE, párrafo segundo. Schwarze, J. (nota 43), p. 621 se muestra crítico con esta idea.

ii) Delegación en operadores privados

166. Por lo tanto, la cuestión decisiva es si la BPrBG delega en operadores privados la responsabilidad de fijar los precios. A estos efectos ha de distinguirse entre libros austriacos y alemanes.

167. *En primer lugar* ha de examinarse si la facultad para fijar los precios queda reservada en último lugar a las propias autoridades estatales. En tal caso no cabe considerar que existe delegación de la responsabilidad en operadores privados. [75] En este contexto, el Gobierno alemán se basa en un control jurisdiccional del contenido de los PVP establecidos previsto por el artículo 7 de la BPrBG en relación con el artículo 1 de la BPrBG. El Gobierno austriaco no hizo alegaciones fundadas sobre este tipo de control jurisdiccional del contenido. No obstante, con arreglo a las citadas disposiciones, no parece que un juez pueda actuar *ex officio,* si los PVP no son apropiados para la consecución de los objetivos que se persiguen con la BPrBG. [76] Considero que en tales condiciones no cabe entender que la facultad de fijar los precios queda reservada en último lugar a las autoridades estatales.

75 — Véanse, en particular, las sentencias Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (nota 39), apartados 21 y 22; Centro Servizi Spediporto (nota 39), apartado 27, Reiff (nota 39), apartados 20 a 23, y de 29 de enero de 1985, Cullet (231/83, Rec. p. 305), apartado 17.

76 — Considero que ésta es la diferencia con las sentencias citadas en la nota 75.

168. *Además,* ha de señalarse que, por lo que respecta a un incumplimiento del deber de lealtad, es irrelevante si los operadores privados están obligados o meramente facultados para fijar los precios. [77]

169. Por lo tanto, en el caso de autos ha de examinarse si la BPrBG delega en operadores privados la responsabilidad de fijar los precios.

170. En el caso de los libros austriacos, los editores pueden fijar libremente los PVP austriacos. Por lo tanto, respecto de estos libros existe delegación en operadores privados de la responsabilidad de fijar los precios.

171. Sin embargo, en el caso de los libros alemanes se delega, por una parte, la *decisión en cuanto al fondo* sobre el precio que en general debe tener un libro en Austria y, por otra, la fijación de dicho PVP en dos empresas diferentes que se encuentran en niveles comerciales distintos. Es cierto que el PVP austriaco de un libro alemán para su venta en Austria lo fija el importador. Sin embargo, como este precio está vinculado, en principio, al PVP alemán, la decisión en cuanto al fondo sobre el PVP austriaco compete al editor alemán. Por consiguiente, el operador privado en el que podría delegarse la facultad es el editor alemán. [78]

172. En contra de la responsabilidad de un editor alemán cabría alegar que un editor alemán únicamente fija los PVP alemanes y que los PVP austriacos se fijan en función de éstos. De ello cabe deducir que la fijación del PVP austriaco no es responsabilidad del editor alemán, sino que el PVP alemán únicamente es un factor del que resulta el PVP austriaco con arreglo a lo dispuesto en la BPrBG. [79]

173. Sin embargo, en primer lugar ha de tenerse en cuenta que un editor alemán, en caso de un libro distribuido en Alemania y en Austria, puede tomar en consideración también la venta en Austria, pudiendo variar la importancia de la venta en Austria en función del editor y del libro. Además, ha de tenerse en cuenta que un editor alemán, mediante la concesión de ventajas comerciales, puede influenciar los PVP previstos para Austria, aunque sea en su propio perjuicio. [80]

77 — Sentencia Comisión/Italia (nota 54), apartado 55; Weuster, A. (nota 58), p. 218.

78 — Normalmente, en los casos de importación también dependerá del editor la decisión de si el importador concede un precio inferior a los precios de compra habituales.

79 — Véase la sentencia Cullet (nota 75), apartado 17.

80 — Véanse los puntos 63 a 66 de estas conclusiones.

174. Por lo demás, me parece que la cuestión decisiva en este contexto no es conocer el grado de libertad del que dispone el editor alemán a la hora de tomar su decisión, sino más bien si la fijación de los PVP austriacos permanece, en último lugar, en manos de órganos estatales o de operadores privados. Habida cuenta de que en el caso de autos la fijación del PVP austriaco de libros alemanes permanece, en último lugar, en manos del editor alemán, considero que la BPrBG delega la responsabilidad de fijar los precios, al menos parcialmente, entre otros, en los editores alemanes.

175. En definitiva estimo que una norma como la BPrBG delega en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica. Esta tesis se ve corroborada por la manera de proceder del Tribunal de Justicia en la sentencia Leclerc/Au blé vert, anteriormente [81] analizada.

iii) Toma en consideración de la competencia de los Estados miembros en el ámbito cultural

176. En la sentencia Leclerc/Au blé vert, el Tribunal de Justicia declaró, tras afirmar implícitamente la posibilidad de cometer una infracción por hacer superfluo un acuerdo contrario a la competencia, que no existe política comunitaria de competencia relativa a los sistemas puramente nacionales de precios fijos de los libros. De ello dedujo que, en el estado del Derecho comunitario en aquel, las obligaciones derivadas del artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y el artículo 81 CE, no estaban suficientemente determinadas para prohibir a los Estados miembros adoptar una legislación como la controvertida en materia de competencia en los precios de venta al por menor de los libros, a condición, sin embargo, de que dicha legislación respetara los demás preceptos específicos del Tratado y especialmente los que se referían a la libre circulación de las mercancías. [82]

177. Considero que esta formulación del Tribunal de Justicia ya contiene todos los elementos esenciales para resolver el caso de autos, pero que son necesarias algunas precisiones.

178. *En primer lugar,* la remisión a la falta de política de competencia en el ámbito de los sistemas de precios fijos de los libros ha de entenderse en el sentido de que habrían de observarse las normas comunitarias especiales para dicho ámbito en la medida en que éstas existieran. Sin embargo, hasta la fecha no se han adoptado normas comunitarias específicas para el referido ámbito.

81 — Véase el punto 163 de estas conclusiones.

82 — Sentencia Leclerc (nota 5), apartado 20.

179. *En segundo lugar,* la citada remisión no puede entenderse en el sentido de que, por no haber normas especiales, no existe política comunitaria en dicho ámbito. Antes bien, la prohibición general de precios fijos verticales con arreglo al artículo 81 CE constituye una parte de la política comunitaria intersectorial de la que, en principio, no se excluyen los libros. [83] Como se desprende de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia examina además la cuarta categoría en otros ámbitos, incluso cuando no existen normas especiales para la regulación de un sector. [84]

180. Es cierto, *en tercer lugar,* que cabe entender la remisión a los sistemas puramente nacionales de precios fijos de los libros en el sentido de que en el asunto Leclerc/Au blé vert no se veía afectado el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, por el hecho de que no cabía la posibilidad de que se obstaculizara el comercio entre los Estados miembros. Esta interpretación tampoco me parece convincente, habida cuenta de que en la sentencia Leclerc/Au blé vert se trataba de importaciones en Francia de libros editados en otros Estados miembros y de reimportaciones de libros editados en Francia. En el caso de autos tampoco cabe entender que existe un supuesto de hecho puramente nacional debido a las cuantiosas importaciones de Alemania. [85]

181. En este contexto considero que el hecho de que el Tribunal de Justicia señalase la falta de política comunitaria de competencia en el ámbito de los sistemas de precios fijos de los libros únicamente puede entenderse en el sentido de que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta, en el marco de la aplicación del artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y el artículo 81 CE, la competencia de los Estados miembros en el ámbito cultural. [86]

182. Se puede fundamentar esta consideración del siguiente modo. En el presente asunto no se trata de una aplicación directa del artículo 81 CE. En la medida en que en virtud del deber de lealtad del artículo 10 CE, párrafo segundo, del artículo 81 CE se deriven indirectamente obligaciones para los Estados miembros, no han de tenerse en cuenta únicamente los objetivos del artículo 81 CE sino también la competencia de los Estados miembros en el ámbito de la cultura. [87]

183. Como conclusión parcial cabe señalar que, de conformidad con la jurisprudencia y la necesidad arriba indicada de respetar la competencia de los Estados miembros en material cultural, la cuarta categoría no es

83 — Una excepción de estas características ha de preverse expresamente en el Tratado CE. Véase la sentencia de 30 de abril de 1986, Asjes y otros (209/84 a 213/84, Rec. p. 1425), apartado 40.

84 — Véase, por ejemplo, la jurisprudencia citada en la nota 75.

85 — Sin embargo, en la medida en que únicamente se tratase de la fijación de precios de los libros austriacos, tendría que examinarse más detalladamente si dicha fijación puede obstaculizar sensiblemente el comercio entre los Estados miembros. Si bien es cierto que tampoco en el caso de autos cabe excluir por completo una relación transfronteriza (compra por trabajadores transfronterizos), es dudoso que esta obstaculización sea sensible.

86 — En este sentido también Weuster (nota 58), pp. 211 a 224.

87 — Véanse en este contexto los puntos 19 y 22 de las conclusiones del Abogado General Darmon de 3 de octubre de 1984 en el asunto Leclerc (nota 5), que subraya en reiteradas ocasiones la necesidad de tener en cuenta la competencia en materia cultural. Véanse a este respecto, entre otros, Fezer, H.-J. (nota 2), p. 143; Hofmann, T. (nota 49), p. 559.

aplicable, en principio, a los sistemas de precios fijos de los libros.

184. No obstante ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia somete dicha toma en consideración a dos condiciones. Tiene que tratarse de un sistema puramente nacional de precios fijos de los libros y las normas nacionales no pueden ser contrarias a otras disposiciones del Tratado CE, en particular, a las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías.

— Sistema puramente nacional de precios fijos de los libros

185. En primer lugar ha de tratarse de un sistema puramente nacional de precios fijos de los libros. De la sentencia Leclerc/Au blé vert [88] se desprende que también se trata de un sistema nacional de precios fijos de los libros cuando éste comprende libros importados de otros Estados miembros. Además considero que, por lo que respecta al incumplimiento, por un Estado miembro, del deber de lealtad, no puede distinguirse entre un supuesto en el que el PVP de un libro importado lo fija el importador en el interior del país y otro en el que lo hace un editor en otro Estado miembro.

186. Lo que me parece, en cambio, criticable en el caso de autos es que los PVP austriacos de libros alemanes se fijan, en principio, en función de los PVP alemanes. Esto significa que los PVP austriacos de dichos libros no se establecen en función de los criterios de la BPrBG, sino en función de criterios que no se corresponden necesariamente con los de la BPrBG. [89] A este respecto albergo serias dudas sobre si puede calificarse la BPrBG de sistema puramente nacional de precios fijos de los libros en el sentido de la sentencia Leclerc/Au blé vert.

— Inexistencia de infracción de otras disposiciones del Tratado CE, en particular de disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías

187. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Leclerc/Au blé vert que no podía considerarse que existiera un incumplimiento del deber de lealtad, a condición, sin embargo, de que las disposiciones nacionales del sistema de precios fijos de los libros respetasen los demás preceptos del Tratado CE y especialmente los que se refieren a la libre circulación de mercancías. [90] Si se reformula esta condición negativa en una frase positiva, esto significa que existe incumplimiento del deber de lealtad cuando el

88 — Nota 5.

89 — Véase el punto 174 de estas conclusiones.

90 — Nota 5, apartado 20.

sistema nacional de precios fijos de los libros es contrario a las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías u otras disposiciones del Tratado CE. [91]

188. Por lo tanto, en la sentencia Leclerc/Aublé vert el Tribunal de Justicia no examinó en primer lugar si existía un incumplimiento del deber de lealtad, respondió negativamente y analizó posteriormente las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías. Antes bien, únicamente excluye un incumplimiento del deber de lealtad en la cuarta categoría, si el sistema nacional de precios fijos de los libros es compatible, por lo demás, con las disposiciones del Tratado CE.

189. Considero que la razón de ser de esta condición es la siguiente idea. Como se expuso anteriormente, mediante un sistema de precios fijos de los libros impuesto por el Estado se delega en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica. Por esta razón no cabe excluir, en principio, que exista una infracción de la cuarta categoría del principio de lealtad. No obstante, se produce una toma en consideración de los regímenes nacionales de precios fijos de los libros en cuanto expresión de la competencia de los Estados miembros en el ámbito cultural. Sin embargo, dicha toma en consideración únicamente se justifica si los Estados miembros adoptan un comportamiento leal para con la Comunidad en el desarrollo del sistema de precios fijos de los libros.

91 — Nota 5, apartado 20.

190. Habida cuenta de que una disposición como la del artículo 3 de la BPrBG es contraria al artículo 28 CE, no ha tenerse en cuenta el sistema austriaco de precios fijos de los libros en cuanto expresión de la competencia de los Estados miembros en el ámbito cultural.

iv) Conclusión

191. En conclusión, considero que la facultad de fijar los PVP de los libros, atribuida por los sistemas estatales de precios fijos de los libros a los editores e importadores, no es contraria, en principio, al deber de los Estados miembros establecido en el artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g) y con el artículo 81 CE, pero que en el caso de autos concurren circunstancias particulares por las que ha de considerarse que se produce tal incumplimiento. [92]

192. Este incumplimiento se corresponde ampliamente con la infracción del artículo 28 CE. No obstante, en contra de la opinión

92 — Es cierto que con carácter adicional podría examinarse la correspondiente aplicación del artículo 81 CE, apartado 3. Considero que, en la categoría de que se trata, este examen debería hacerse de modo que se analizara si todas las posibles decisiones delegadas en operadores privados cumplen los requisitos del artículo 81 CE, apartado 3. La extensión a todas las posibles decisiones se impone por la razón de que, en dicha categoría, el Estado miembro delega la responsabilidad en operadores privados. Albergo dudas sobre si un sistema que discrimina libros en alemán procedentes de otros Estados miembros es imprescindible para la consecución de los objetivos que se persiguen con el sistema de precios fijos de los libros.

del Gobierno alemán, no cabe considerar que existe relación de especialidad entre el artículo 28 CE, por una parte, y el artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y el artículo 81 CE, por otra, habida cuenta de que las citadas disposiciones persiguen objetivos diferentes.

V. Resumen

193. Considero, en resumen, que una norma como la BPrBG es incompatible con las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías. Por lo tanto, propongo que se responda afirmativamente a la primera cuestión prejudicial y negativamente a la segunda.

194. Además, la adopción de un sistema de precios fijos de los libros impuesto por el Estado no incumple, en principio, el deber de lealtad del artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y con el artículo 81 CE, en lo que se refiere a la categoría de hacer superfluo un acuerdo contrario a la competencia. No obstante, esta idea está supeditada a que se trate de un sistema puramente nacional de precios fijos de los libros y de que las disposiciones de dicho sistema no sean contrarias al Derecho comunitario, en particular, a las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías. En el caso de autos no se cumple, al menos, la segunda condición.

195. Sin embargo, como la tercera cuestión prejudicial se planteó únicamente para el caso de se respondiera negativamente a la primera cuestión, propongo al Tribunal de Justicia no responder a ella.

196. En caso de ser necesario dar respuesta a la tercera cuestión, propongo al Tribunal de Justicia que responda en el sentido de su jurisprudencia anterior que, en el estado actual del Derecho comunitario, el artículo 10 CE, párrafo segundo, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), y con el artículo 81 CE, prohíbe a los Estados miembros adoptar una legislación en virtud de la cual el precio de venta al público de los libros debe ser fijado por el editor o el importador, a condición, sin embargo, de que dicha legislación respete los demás preceptos específicos del Tratado y especialmente los que se refieren a la libre circulación de mercancías.

VI. Conclusión

197. Por las razones expuestas, en mi opinión ha de responderse del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional:

«1) El concepto de medida de efecto equivalente a una restricción a la importación del artículo 28 CE debe interpretarse en el sentido de que comprende un sistema de un Estado miembro en virtud del cual los editores nacionales y los importadores han de fijar y publicar un precio mínimo de venta al que quedan vinculados los minoristas, mientras que el importador de libros editados en otro Estado miembro no puede fijar un precio de venta al público inferior al fijado o recomendado para ese otro Estado miembro (deducido el IVA aplicable al otro Estado miembro y añadido el IVA que en él se aplique).

Esto también es así cuando el importador de dicho libro puede fijar un precio de venta al público inferior al fijado o recomendado por el editor para ese otro Estado miembro, en proporción a la ventaja comercial que obtiene al adquirir el libro por un precio inferior a los precios de compra habituales.

2) Los artículos 28 CE, 30 CE y 151 CE deben interpretarse en el sentido de que no cabe justificar tal medida por la naturaleza de los libros como bien cultural, ni por el interés de los consumidores en precios razonables de los libros, ni por las realidades económicas de la industria del libro.»