CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL VERICA TRSTENJAK apresentadas em 18 de Dezembro de 2008 [1]

Índice

I — Quadro jurídico . . . . . I - 3723

A — Direito comunitário . . . . . I - 3723

B — Direito nacional . . . . . I - 3724

II — Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais . . . . . I - 3727

A — Matéria de facto . . . . . I - 3727

1. Sistema de preços vinculativos dos livros em vigor na Áustria . . . . . I - 3727

2. Antecedentes do litígio no processo principal . . . . . I - 3728

B — Processo principal . . . . . I - 3728

C — Questões prejudiciais . . . . . I - 3729

III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça . . . . . I - 3730

IV — Respostas às questões prejudiciais . . . . . I - 3730

A — Observação preliminar . . . . . I - 3730

1. Relevância comunitária de sistemas de preços vinculativos dos livros . . . . I - 3730

2. Objecto das questões prejudiciais . . . . . I - 3731

B — Quanto à primeira questão prejudicial . . . . . I - 3732

1. Argumentos das partes . . . . . I - 3732

1 — Língua original: alemão.

2. Apreciação jurídica . . . . . I - 3734

a) Modalidade de venda . . . . . I - 3735

b) Aplicação a todos os operadores económicos que exerçam a sua actividade no território nacional . . . . . I - 3736

c) Afectação da venda dos livros austríacos e alemães da mesma forma . . . I - 3737

i) Tratamento jurídico diferente de livros alemães e austríacos . . . . . I - 3737

— Consideração de vantagens comerciais . . . . . I - 3738

— Possibilidade de um desconto de 5% a nível da venda a retalho . . I - 3739

— Conclusão . . . . . I - 3740

ii) Susceptibilidade de afectar negativamente a venda de livros alemães I - 3740

— Os preços austríacos de venda ao público para livros alemães baseiam-se nas condições do mercado alemão . . . . . I - 3741

— Considerações adicionais . . . . . I - 3741

iii) Conclusão . . . . . I - 3743

d) Conclusão . . . . . I - 3743

C — Quanto à segunda questão prejudicial . . . . . I - 3743

1. Argumentos das partes . . . . . I - 3744

2. Apreciação jurídica . . . . . I - 3745

D — Quanto à terceira questão prejudicial . . . . . I - 3747

1. Argumentos das partes . . . . . I - 3747

2. Apreciação jurídica . . . . . I - 3750

a) Imposição, favorecimento ou reforço dos efeitos de um acordo anticoncorrencial . . . . . I - 3752

i) Acordo anticoncorrencial? . . . . . I - 3752

ii) Imposição, favorecimento ou reforço dos efeitos . . . . . I - 3754

— Nexo directo com o Sammelrevers 1993? . . . . . I - 3754

— Nexo baseado na disposição transitória do § 10 da BPrBG? . . . . I - 3754

— Será suficiente um nexo substancial? . . . . . I - 3755

iii) Conclusão . . . . . I - 3757

b) Delegação em operadores privados da responsabilidade de tomar decisões de intervenção em matéria económica . . . . . I - 3757

i) Não exigência de acessoriedade . . . . . I - 3758

ii) Delegação em operadores económicos privados . . . . . I - 3760

iii) Consideração da competência dos Estados-Membros no domínio cultural . . . . . I - 3762

— Sistema puramente nacional de preços vinculativos dos livros . . I - 3764

— Conformidade com outras disposições do Tratado CE, em especial com as relativas à livre circulação de mercadorias . . . . . I - 3764

iv) Conclusão . . . . . I - 3765

V — Resumo . . . . . I - 3766

VI — Conclusão . . . . . I - 3767

1. O presente processo tem por objecto um reenvio prejudicial do Oberster Gerichtshof (Áustria, a seguir «órgão jurisdicional de reenvio»). O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se as disposições sobre a livre circulação de mercadorias constantes dos artigos 28.º CE e 30.º CE se opõem a determinados elementos de um sistema de preços vinculativos dos livros, como foi introduzido na Áustria pela Lei relativa aos preços vinculativos dos livros (Buchpreisbindungsgesetz, BGBl. I, 45/2000, a seguir «BPrBG»). Pretende ainda saber se a BPrBG é compatível com o dever imposto aos Estados-Membros pelo artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com as regras em matéria de concorrência enunciadas nos artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE.

2. Deste modo, trata-se de um processo relativo à dupla natureza dos livros como mercadoria e bem cultural.

I — Quadro jurídico

A — *Direito comunitário*

3. Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE, a acção da Comunidade implica um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno.

4. Por força do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, os Estados-Membros são obrigados a abster-se de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do Tratado CE.

5. Nos termos do artigo 28.º CE, são proibidas, entre os Estados-Membros, as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente.

6. O artigo 30.º CE estabelece que as disposições do artigo 28.º CE são aplicáveis sem prejuízo das proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública, de protecção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas, de protecção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico, ou de protecção da propriedade industrial e comercial. Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros.

7. O artigo 81.º, n.º 1, CE prevê:

«São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção […]»

8. Nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE, as disposições do n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

b) nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

9. Nos termos do artigo 151.º, n.º 4, CE, na sua acção ao abrigo de outras disposições do Tratado CE, a Comunidade tem em conta os aspectos culturais, a fim de, nomeadamente, respeitar e promover a diversidade das suas culturas.

B — *Direito nacional*

10. A BPrBG estabelece:

«Âmbito de aplicação

§ 1

A presente lei federal aplica-se à edição, importação e comercialização, exceptuando a comercialização electrónica transfronteiriça, de livros em língua alemã e de obras musicais. Pretende estabelecer uma estrutura de preços que tenha em conta a função dos livros como bens culturais, os interesses dos consumidores em comprar livros a preços adequados e a realidade económica e do comércio livreiro.

Definições

Na acepção da presente lei federal:

1. Editor é a pessoa que, a título profissional, edita, produz e distribui as mercadorias referidas no § 1;

2. Importador é a pessoa que, a título profissional, importa para a Áustria as mercadorias referidas no § 1. […]

Fixação do preço

§ 3

(1) O editor ou importador de uma mercadoria na acepção do § 1 está obrigado a fixar e divulgar o preço de venda ao público das mercadorias, na acepção do § 1, por ele editadas ou importadas para o território federal.

§ 2

(2) O importador não pode fixar um preço inferior ao preço de venda ao público, fixado ou recomendado, pelo editor para o Estado da edição, ou inferior ao preço de venda ao público recomendado para o território federal por um editor com sede fora de um Estado parte do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE), deduzido o imposto sobre o volume de negócios que nele esteja incluído.

(3) Um importador que compre mercadorias, na acepção do § 1, num Estado parte do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE) a um preço inferior aos preços de compra habituais pode fixar, em derrogação do n.º 2, um preço inferior ao preço fixado ou recomendado pelo editor para o Estado de edição ou, em caso de reimportação, inferior ao preço fixado pelo editor nacional, proporcional à vantagem comercial obtida.

(4) O n.º 3 não se aplica em caso de reimportação de mercadorias na acepção do § 1, quando estas mercadorias tenham sido exportadas apenas com o objectivo de serem reimportadas, para contornar a presente lei federal.

(5) Ao preço de venda ao público fixado nos termos dos n.os 1 a 4 acresce o imposto sobre o volume de negócios aplicável na Áustria às mercadorias referidas no § 1.

[…]

Preço vinculativo

§ 5

(1) Os retalhistas podem fixar preços inferiores ao preço de venda ao consumidor final, nos termos do § 3, até ao limite de 5%, na venda de mercadorias referidas no § 1 a consumidores finais.

(2) Os retalhistas não podem anunciar, num contexto comercial e com objectivos concorrenciais, um preço inferior ao preço de venda ao público na acepção do n.º 1.

[…]

Infracções à fixação do preço e aos preços vinculativos

§ 7

(l) As infracções ao disposto no § 3, n.os 1 a 4, no § 4, n.º 1, e no § 5, n.os 1 a 3, constituem infracções na acepção do § 1 da Lei federal contra a concorrência desleal (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), BGBl. 448/1984, na sua versão em vigor.

[…]

Disposições transitórias

§ 10

Para as mercadorias na acepção do § 1, que foram comercializadas antes da entrada em vigor da presente lei federal a um preço fixo de

venda ao público, publicado no catálogo de livros disponíveis, edição de 20 de Junho de 2000, esse preço será considerado o preço determinado pelo editor ou importador na acepção da presente lei federal.»

II — Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais

A — *Matéria de facto*

1. Sistema de preços vinculativos dos livros em vigor na Áustria

11. Até 30 de Junho de 2000 foi praticado na Áustria, na Alemanha e na Suíça um sistema transfronteiriço de preços vinculativos dos livros organizado pelas empresas, o chamado Sammelrevers 1993. O Sammelrevers 1993 era um modelo de contrato celebrado entre cada um dos editores, grossistas e retalhistas e aplicável, em especial, a livros em língua alemã. A nível horizontal, não estava previsto qualquer acordo entre os editores. Porém, a celebração e o controlo de cada um dos contratos eram assegurados a nível central, através da intervenção de organismos encarregados de manter os preços vinculativos.

12. O objecto principal do Sammelrevers 1993 era a fixação dos preços de venda ao público, ou seja, dos preços que os retalhistas podiam exigir do cliente final. O Sammelrevers 1993 obrigava os retalhistas a respeitar o preço de venda ao público determinado pelo editor como preço fixo [2]. O editor podia fixar livremente o preço de venda ao público. No entanto, uma vez fixado o preço de venda ao público, estava obrigado a assegurar a sua observância.

13. Após a adesão da Áustria à União Europeia, a Comissão exigiu, em 8 de Fevereiro de 2000, a eliminação de todos os efeitos transfronteiriços do Sammelrevers 1993 até 30 de Junho de 2000 [3]. Por conseguinte, foi apresentada à Comissão uma versão alterada do Sammelrevers 1993 que previa, em especial, a supressão da fixação vertical do preço entre editores alemães, por um lado, e grossistas e retalhistas austríacos, por outro, bem como entre editores austríacos, por um lado, e grossistas e retalhistas alemães, por outro. A Comissão entendeu que, nestas condições, não se podia considerar que o

2 — A vinculação vertical dos preços de venda ao público visava permitir aos editores um cálculo compensatório. O objectivo era que cada editor utilizasse as receitas adicionais obtidas com a venda, por um preço superior, de títulos muito procurados, para co-financiar títulos menos procurados. Isto destinava-se, em especial, a promover a função do livro como bem cultural e a diversidade da produção literária oferecida, sobretudo de títulos em edição limitada e procurados apenas por um número reduzido de leitores. Outros objectivos são indicados em Fezer, K.-H. — «Die Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, p. 141. Quanto aos preços vinculativos dos livros, v., também, Heker, H. — «Buchpreisbindung», *in:* Schwarze, J., Becker, J., *Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*, Nomos, 1998, pp. 116 e 117.

3 — Isto foi precedido de um pedido apresentado pelas editoras afectadas à Comissão, para que fosse declarado que o Sammelrevers 1993 não preenchia os requisitos do artigo 81.º, n.º 1, CE (teste negativo) ou, a título subsidiário, se isentasse o acordo nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE (isenção). A Comissão tinha comunicado as acusações logo em 22 de Janeiro de 1998. Uma exposição da evolução até à adopção da BPrBG encontra-se em Engelmann, M. — *Die Zukunft der Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt*, dissertation.de, 2001, pp. 125 a 165.

comércio entre os Estados-Membros fosse sensivelmente afectado. Em 30 de Junho de 2000, os editores, grossistas e retalhistas austríacos deixaram de estar sujeitos ao Sammelrevers 1993 [4].

14. Em 30 de Junho de 2000, a BPrBG foi adoptada na Áustria. Este sistema de preços vinculativos imposto por lei prevê uma fixação vertical dos preços, mas apresenta, em especial, as seguintes diferenças relativamente ao Sammelrevers 1993: os preços de venda ao público passam a ser preços mínimos em lugar de preços fixos. O § 3, n.º 3, da BPrBG permite que as vantagens comerciais sejam tidas em conta ao fixar o preço de venda ao público. Nos termos do § 5 da BPrBG, os retalhistas podem conceder um desconto de 5% sobre o preço fixo de venda ao público.

2. Antecedentes do litígio no processo principal

15. O Fachverband für die Buch- und Medienwirtschaft (a seguir «Fachverband») publica, nos termos do § 4, n.º 2, da BPrBG, os preços de venda ao público que os retalhistas devem respeitar, por força do § 3, n.º 1, da BPrBG, ao vender livros na Áustria (a seguir é utilizado o conceito de «preços austríacos de venda ao público» para os preços de venda ao público em vigor por força da BPrBG austríaca, ao passo que o conceito de «preços alemães de venda ao público» é utilizado para os preços de venda ao público que devem ser fixados nos termos da Buchpreisbindungsgesetz alemã). O Fachverband verifica se os retalhistas respeitam o preço de venda ao público estabelecido ao fazerem publicidade à venda dos livros com preços vinculativos, nos termos do § 1 da BPrBG.

16. A LIBRO Handelsgesellschaft mbH (a seguir «Libro») exerce a sua actividade na Áustria, onde comercializa em grande escala livros editados na Alemanha (a seguir é utilizada para os livros editados na Alemanha a designação de «livros alemães», para os livros editados na Áustria a designação de «livros austríacos»; importa distinguir estas expressões dos conceitos de livros em língua alemã e noutras línguas, que são relevantes para o âmbito de aplicação da BPrBG).

B — *Processo principal*

17. A partir de Agosto de 2006, a Libro fez publicidade à venda de livros alemães na Áustria a preços ao nível dos preços alemães de venda ao público (19,90 euros) e, deste modo, inferiores aos preços austríacos de venda ao público (20,50 euros). Por conse-

4 — Quanto ao Sammelrevers 1993 e ao procedimento perante a Comissão, v., em especial, Bunte, H.-J. — «Die grenzüberschreitende Buchpreisbindung zwischen Deutschland und Österreich», *in: Beiträge zum Unternehmensrecht, Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner*, ed. Orac, 2001, pp. 307 a 310.

quência, o Fachverband requereu uma providência cautelar, para que a Libro fosse condenada a abster-se de anunciar preços inferiores aos preços austríacos de venda ao público.

18. O tribunal de primeira instância deferiu o pedido do Fachverband. O tribunal de segunda instância confirmou esta decisão. A Libro impugnou esta decisão através de um recurso do qual o órgão jurisdicional de reenvio deve decidir em última instância. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas de que determinados elementos da BPrBG sejam compatíveis com o direito comunitário.

C — *Questões prejudiciais*

19. O órgão jurisdicional de reenvio submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 28.º CE deve ser interpretado no sentido de que se opõe, *em si mesmo*, à aplicação de disposições nacionais que impõem unicamente aos importadores de livros em língua alemã a fixação e a divulgação de um preço de venda ao público dos livros importados vinculativo para os retalhistas, não podendo o importador praticar um preço de venda ao público inferior ao fixado ou recomendado pelo editor para o Estado da edição ou inferior ao preço recomendado para o território nacional por um editor com sede fora de um Estado parte do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE), [deduzido o imposto] sobre o volume de negócios [que] nele [esteja] incluído, prevendo-se que, em derrogação desta regra, o importador que comprar num Estado parte do [a]cordo EEE a um preço inferior ao preço de compra habitual pode praticar um preço inferior ao fixado ou recomendado pelo editor para o Estado da edição — no caso de reimportações, ao preço fixado pelo editor nacional — proporcional à vantagem comercial obtida?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

O regime vinculativo de preços dos livros previsto na legislação nacional, referido na [primeira questão], que, em si mesmo, é contrário ao artigo 28.º CE — eventualmente por constituir também uma modalidade de venda que afecta a livre circulação de mercadorias –, cujo objectivo é definido em geral pela necessidade de tomar em consideração 'a função dos livros como bens culturais, os interesses dos consumidores em comprar livros a preços adequados e a realidade económica e do comércio livreiro', pode considerar-se justificado nos termos do artigo 30.º [CE] ou do artigo 151.º CE, tendo em conta, por exemplo, o interesse geral de promoção da produção livreira, a multiplicidade de títulos a preços regulamentados e a existência de uma pluralidade de livreiros — apesar da falta de dados empíricos que demonstrem que a fixação legal de preços seja o meio

adequado para atingir os objectivos [...] prosseguidos?

3) Em caso de resposta negativa à primeira questão:

O regime vinculativo de preços dos livros previsto na legislação nacional, referido na [primeira questão], é compatível com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), [CE], 10.º [CE] e 81.º CE, apesar de manter em vigor, em termos cronológicos e materiais, o sistema anterior de preço vinculativo dos livros, baseado na vinculação contratual dos livreiros em praticarem os preços fixados pelos editores para produtos editoriais (sistema 'Sammelrevers de 1993') e de ter substituído este sistema contratual?»

III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

20. O pedido de decisão prejudicial de 13 de Novembro de 2007 deu entrada no Tribunal de Justiça em 29 de Novembro de 2007. Apresentaram observações escritas a Libro, o Fachverband, os Governos austríaco, alemão, francês e espanhol, a Comissão e o Órgão de Fiscalização da EFTA. Na audiência de 16 de Outubro de 2008, apresentaram observações a Libro, o Fachverband, os Governos austríaco, alemão e espanhol, a Comissão e o Órgão de Fiscalização da EFTA.

IV — Respostas às questões prejudiciais

A — *Observação preliminar*

1. Relevância comunitária de sistemas de preços vinculativos dos livros

21. Não é a primeira vez que o Tribunal de Justiça é chamado a decidir sobre a compatibilidade de um sistema de preços vinculativos dos livros com o direito comunitário [5]. Isto não surpreende. Através de sistemas de preços vinculativos dos livros, cuja existência é justificada pelos seus defensores, em especial, com a função do livro como bem cultural, a diversidade dos títulos e o abastecimento de livros a preços razoáveis à população [6], os preços de venda ao público de livros no mercado retalhista são fixados de acordo com as indicações dos editores ou dos importadores. Por conseguinte, os sistemas de preços vinculativos dos livros comportam vinculações verticais de preços.

22. As vinculações verticais de preços são medidas que, caracteristicamente, levantam questões quanto à sua compatibilidade com o direito comunitário. Neste contexto, importa distinguir entre sistemas de preços vincula-

5 — V., em especial, acórdãos de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão (43/82 e 63/82, Recueil, p. 19); de 10 de Janeiro de 1985, Leclerc e o. (229/83, Recueil, p. 1); de 23 de Outubro de 1986, Cognet (355/85, Colect., p. 3231); de 14 de Julho de 1988, Syndicat des libraires de Normandie (254/87, Colect., p. 4457); de 17 de Janeiro de 1995, Publishers Association/Comissão (C-360/92 P, Colect., p. I-23); e de 3 de Outubro de 2000, Échirolles Distribution (C-9/99, Colect., p. I-8207).

6 — Heker, H. (nota 2), p. 116.

tivos de livros baseados em acordos entre empresas e os que são impostos pelos Estados-Membros. No caso de um sistema de preços vinculativos dos livros baseado num acordo entre empresas, uma vinculação vertical do preço coloca questões sobretudo quanto à sua compatibilidade com o artigo 81.º CE. Se se tratar de um sistema de preços vinculativos de livros imposto por um Estado-Membro, coloca-se, em especial, a questão da compatibilidade com a livre circulação de mercadorias, nos termos dos artigos 28.º CE e seguintes.

23. No presente caso, trata-se de um sistema de preços vinculativos dos livros baseado numa medida estatal, a BPrBG. Dado que esta última foi precedida de um sistema de preços vinculativos dos livros organizado pelas empresas, coloca-se a par da questão da sua compatibilidade com os artigos 28.º CE e seguintes também a de saber se, tendo adoptado a BPrBG, o legislador austríaco infringiu o dever de lealdade dos Estados-Membros consagrado no artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE.

24. O Parlamento Europeu e o Conselho manifestaram uma posição de princípio favorável a sistemas nacionais de preços fixos dos livros [7].

7 — V. resoluções do Parlamento Europeu de 16 de Dezembro de 1999 (JO 2000, C 296, p. 210) e do Conselho de 12 de Fevereiro de 2001 (JO C 73, p. 5).

2. Objecto das questões prejudiciais

25. A incumbência do Tribunal de Justiça limita-se, no quadro de um processo prejudicial, a dar resposta às questões que lhe são colocadas. A identificação e apresentação das questões relevantes para o processo principal cabem aos órgãos jurisdicionais nacionais. Por esta razão, os argumentos das partes no processo só podem, em princípio, ser considerados na medida em que sejam relevantes para a resposta às questões prejudiciais [8]. Não examinarei, por isso, os argumentos das partes no processo que vão para além das questões prejudiciais.

26. No caso em apreço, trata-se, essencialmente, de uma disposição nacional como o § 3 da BPrBG, que se refere, por um lado, a livros austríacos e, por outro, a livros que são editados noutros Estados partes no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (a seguir «EEE»). Dado que o processo principal se refere a livros alemães, limitar-me-ei a analisar o tratamento de livros austríacos e alemães nos termos do § 3 da BPrBG [9].

8 — O Tribunal de Justiça não deve tomar os argumentos das partes como ensejo para abordar outras questões, não colocadas pelo órgão jurisdicional nacional; v. acórdãos de 5 de Outubro de 1988, Alsatel (247/86, Colect., p. 5987, n.º 8); e de 10 de Julho de 1997, Palmisani (C-261/95, Colect., p. I-4025, n.º 31); e de 6 de Julho de 2000, ATB e o. (C-402/98, Colect., p. I-5501, n.º 29); e de 12 de Fevereiro de 2004, Slob (C-236/02, Colect., p. I-1861, n.ºs 29 e 30). V., a este respeito, Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I. — *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, 2.ª ed., ponto 2-020.

9 — Contudo, estas considerações são válidas também para livros em língua alemã editados noutros Estados-Membros.

B — *Quanto à primeira questão prejudicial*

27. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no essencial, se o artigo 28.º CE deve ser interpretado no sentido de que uma disposição nacional como o § 3 da BPrBG constitui uma medida de efeito equivalente a uma restrição à importação.

1. Argumentos das partes

28. No essencial, os argumentos das partes podem ser resumidos do seguinte modo.

29. Segundo a Libro, o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Comissão, o artigo 28.º CE deve ser interpretado no sentido de que uma disposição nacional como o § 3 da BPrBG constitui uma medida de efeito equivalente a uma restrição à importação.

30. O § 3 da BPrBG prevê condições distintamente aplicáveis à fixação do preço austríaco de venda ao público. A editora austríaca pode fixá-lo livremente para livros austríacos. Ao invés, no caso de livros alemães, o importador não pode, em princípio, fixar um preço inferior ao preço alemão de venda ao público.

31. As excepções previstas no § 3, n.º 3, da BPrBG, segundo o qual podem ser tomadas em consideração vantagens comerciais, e no § 5 da BPrBG, que permite a concessão, a nível da venda a retalho, de um desconto até ao limite de 5%, não são susceptíveis de compensar esta desigualdade de tratamento.

32. Consideram que a aplicação do § 3, n.º 3, da BPrBG levanta sérias dificuldades, em especial no que toca aos conceitos de «preço de compra habitual» e «vantagens comerciais obtidas». Não se encontram à disposição do público informações sobre os preços de compra habituais e as vantagens comerciais obtidas, dados praticamente impossíveis de obter por constituírem segredos comerciais.

33. A possibilidade, prevista no § 5 da BPrBG, de os retalhistas concederem um desconto, até ao limite de 5%, sobre o preço austríaco de venda ao público não basta para compensar a discriminação dos livros alemães. Não pode ser feita publicidade a este desconto.

34. A Comissão e o Órgão de Fiscalização da EFTA entendem que o § 3 da BPrBG constitui uma modalidade de venda que não é aplicável indistintamente. A Libro entende ser duvidoso que se trate de uma modalidade de venda. Normalmente, o preço alemão de venda ao público é impresso ou colado nos livros alemães. Devido à diferença entre a taxa do IVA alemão (7%) e austríaco (10%), é necessário mudar as etiquetas. Trata-se, deste modo, de uma norma relativa ao produto.

35. Por último, ao contrário da Comissão, a Libro considera também que a limitação do âmbito de aplicação da BPrBG a livros em língua alemã constitui uma discriminação adicional.

36. Na opinião do Fachverband e dos governos dos Estados-Membros que intervieram no processo, uma medida como o § 3 da BPrBG não constitui qualquer medida de efeito equivalente a uma restrição à importação.

37. Defendem que a fixação do preço austríaco de venda ao público constitui uma modalidade de venda que trata da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, produtos nacionais e estrangeiros.

38. Uma norma nacional como o § 3 da BPrBG é aplicável a livros austríacos e alemães. O facto de o preço austríaco de venda ao público de livros austríacos dever ser fixado pelo editor austríaco e, no que respeita aos livros alemães, pelo contrário, pelo importador destes livros não constitui qualquer discriminação.

39. Acresce que os mercados austríaco e alemão são, em larga medida, homogéneos. Por outro lado, um editor alemão pode praticar a sua própria política de preços para a Áustria, concedendo vantagens comerciais ao importador, que este pode depois ter em conta ao fixar o preço austríaco de venda ao público, nos termos do § 3, n.º 3, da BPrBG.

40. Na medida em que o preço austríaco de venda ao público de livros alemães seja superior ao preço alemão de venda ao público devido às taxas diferentes de IVA, isto pode ser compensado pelo retalhista, nos termos do § 5 da BPrBG, através da concessão de um desconto sobre o preço austríaco de venda ao público até ao limite de 5%. Deve ainda ter-se em conta que a fixação de taxas diferentes de IVA é da competência dos Estados-Membros.

41. Sustentam que o facto de a BPrBG se limitar a livros em língua alemã não constitui qualquer discriminação. O alargamento do

sistema de preços vinculativos a livros em línguas diferentes da alemã implicaria um entrave adicional à circulação de mercadorias. A limitação é também justificada por razões objectivas.

42. O Governo austríaco refere que o § 3 da BPrBG preenche as condições que a jurisprudência estabeleceu no acórdão Leclerc e o. [10]. Permite que os importadores tenham em conta as vantagens comerciais ao fixarem os preços austríacos de venda ao público.

43. Segundo o Governo alemão, o respeito recíproco dos sistemas austríaco e alemão de preços vinculativos dos livros no que toca aos preços fixados respectivamente para o território do outro Estado-Membro pode ser entendido como uma organização comum harmonizada do mercado, que exclui uma discriminação.

2. Apreciação jurídica

44. Observo, antes de mais, que os livros estão abrangidos pelo âmbito de aplicação material da livre circulação de mercadorias. É certo que os livros podem ser, simultaneamente, bens económicos e culturais [11]. No entanto, desta dupla natureza não resulta que escapem à livre circulação de mercadorias.

45. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 28.º CE deve ser interpretado no sentido de que uma disposição nacional como o § 3 da BPrBG é uma medida de efeito equivalente a uma restrição às importações.

46. Nos termos do artigo 28.º CE, são proibidas, entre os Estados-Membros, as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente. Como medida de efeito equivalente a uma restrição à importação na acepção do artigo 28.º CE deve entender-se, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, qualquer regime de trocas comerciais entre os Estados-Membros susceptível de dificultar, directa ou indirectamente, efectiva ou potencialmente o comércio entre os Estados-Membros (fórmula Dassonville) [12]. Contudo, o Tribunal de Justiça esclareceu que a aplicação de disposições nacionais que limitam ou proíbem determinadas modalidades de venda não é susceptível de entravar o comércio intracomunitário, desde que sejam aplicadas a todos os operadores que exerçam a sua actividade no território nacional e desde

10 — Já referido (nota 5).

11 — No mesmo sentido, Everling, U. — «Buchpreisbindung im deutschsprachigen Raum und europäisches Gemeinschaftsrecht», *in: Die Buchpreisbindung aus europarechtlicher, ökonomischer und kulturhistorischer Sicht*, ed. Einzelhändler-Vereinigung, 1997, p. 7.

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

que afectem da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-Membros (excepção Keck e Mithouard) [13].

47. Deste modo, resulta da fórmula Dassonville e da excepção Keck e Mithouard que também modalidades de venda [a)] que se apliquem a todos os operadores no território nacional [b)] constituem medidas de efeito equivalente a restrições à importação quando não afectem da mesma forma, juridicamente como de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-Membros [c)].

a) Modalidade de venda

48. Em regra, o Tribunal de Justiça tem entendido que as regulamentações dos preços, em particular de venda ao cliente final, são modalidades de venda [14]. Uma norma como o § 3 da BPrBG refere-se ao nível do preço austríaco de venda ao público, ou seja, do preço mínimo que os retalhistas na Áustria têm de exigir do cliente final. Assim, uma norma deste tipo constitui uma modalidade de venda, atendendo quer ao seu teor quer à jurisprudência.

49. A Libro põe isto em questão.

50. Entendo que não é convincente o argumento da Libro, de que a excepção Keck e Mithouard só abrange *determinadas* modalidades de venda, mas que o § 3 da BPrBG, devido à sua dimensão transfronteiriça, não pode ser qualificado de uma *determinada* modalidade de venda no sentido da excepção Keck e Mithouard. Em primeiro lugar, a limitação da excepção Keck e Mithouard a *determinadas* modalidades de venda não tem tido, até aqui, grande relevo na jurisprudência do Tribunal de Justiça [15]. Em segundo lugar, não penso que o complemento «*determinada*» se possa entender no sentido de que a excepção Keck e Mithouard não deve ser aplicada a factos num contexto transfronteiriço. Dado que a existência de um contexto transfronteiriço é um pressuposto da aplicação do artigo 28.º CE, tal interpretação levaria, em larga medida, a esvaziar de conteúdo a excepção Keck e Mithouard.

13 — Acórdão de 24 de Novembro de 1993, Keck e Mithouard (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097, n.º 16). Entendo que a excepção Keck e Mithouard não deve ser aplicada esquematicamente. Pelo contrário, ao aplicar a excepção Keck e Mithouard, é necessário atender à fundamentação do Tribunal de Justiça no n.º 17 deste acórdão, segundo a qual a aplicação de regulamentações desse tipo à venda de produtos provenientes de outro Estado-Membro não é susceptível de impedir o seu *acesso ao mercado* ou de o dificultar mais do que dificulta o dos produtos nacionais. Em minha opinião, é decisivo se a medida de um Estado-Membro é susceptível de impedir ou dificultar o acesso ao mercado.

14 — Acórdãos Keck e Mithouard, já referido (nota 13, n.os 16 a 18), e de 11 de Agosto de 1995, Belgapom (C-63/94, Colect., p. I-2467, n.º 13).

15 — Müller-Graf, P.-C., indica em von der Groeben/Schwarze, *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, vol. 1, 6.ª ed. 2003, artigo 28.º, n.os 252 e 247, que este critério de distinção não contém qualquer elemento substancial de avaliação ou delimitação.

51. A Libro alega ainda que o § 3 da BPrBG constitui uma medida relativa ao produto, pelo que não é uma modalidade de venda. O preço austríaco de venda ao público para livros alemães não deve, em princípio, ser inferior ao preço alemão de venda ao público. Ao calcular o preço austríaco de venda ao público, é necessário, nos termos do § 3, n.º 2, da BPrBG, deduzir o IVA alemão de 7% e, nos termos do § 3, n.º 5, da BPrBG, adicionar o IVA austríaco de 10%. Isto leva a que o preço austríaco de venda ao público seja, em princípio, superior ao preço alemão de venda ao público. Este último é normalmente impresso ou colado nos livros alemães. Assim, o § 3 da BPrBG implica que os livros alemães tenham de ser etiquetados de novo para serem comercializados na Áustria.

52. Neste contexto, basta constatar que também regulamentações relativas ao produto podem ser modalidades de venda. Não me parece ser possível deduzir da jurisprudência que ela oponha modalidades de venda, por um lado, a regulamentações relativas ao produto, por outro. Pelo contrário, a jurisprudência atende a que as regulamentações relativas ao produto têm, em regra, um efeito discriminatório de facto e, por conseguinte, ao invés de outras modalidades de venda, podem afectar de modo distinto as vendas de mercadorias nacionais e estrangeiras [16]. Logo, o facto de uma regulamentação estatal se referir, eventualmente, a um produto não implica que não exista qualquer modalidade de venda, podendo dar origem a uma modalidade de venda que, de facto, não afecte do mesmo modo as vendas de produtos nacionais e de outros Estados-Membros [17].

53. Assim, existe uma modalidade de venda. Isto não significa, porém, que estejam preenchidos os requisitos da excepção Keck e Mithouard.

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

54. Esta modalidade de venda aplica-se também a todos os operadores que exercem a sua actividade no território nacional. É certo

16 — Acórdãos de 6 de Julho de 1995, Mars (C-470/93, Colect., p. I-1923, n.os 12 e segs.); de 12 de Outubro de 2000, Ruwet (C-3/99, Colect., p. I-8749, n.os 46 e segs.); de 13 de Setembro de 2001, Schwarzkopf (C-169/99, Colect., p. I-5901, n.º 39); e de 14 de Dezembro de 2004, Radlberger Getränkegesellschaft e S. Spitz (C-309/02, Colect., p. I-11763, n.os 72 e segs.). Isto deve-se a que uma norma relativa ao produto que impõe ou proíbe determinada etiquetagem de uma mercadoria obriga, em regra, os operadores económicos em causa a proceder a uma apresentação diferente dos seus produtos consoante o local de comercialização e, por conseguinte, a suportar despesas suplementares de acondicionamento. Isto é susceptível de dificultar o acesso ao mercado.

17 — Quanto à discriminação fáctica, v. nota 30 *infra*.

que um regime como o § 3 da BPrBG se dirige, por um lado, a editores austríacos e, por outro lado, a importadores de livros alemães. Assim, os importadores de livros alemães são tratados de modo diferente dos grossistas ou retalhistas de livros austríacos, que não têm de estabelecer preços de venda ao público. No entanto, essa desigualdade de tratamento justifica-se do ponto de vista funcional. São importadores os operadores económicos que comercializam livros alemães na Áustria. Atendendo a este aspecto (comercialização), devem ser equiparados aos editores de livros austríacos [18].

i) Tratamento jurídico diferente de livros alemães e austríacos

56. O § 3 da BPrBG prevê modalidades distintas de fixação do preço austríaco de venda ao público. Um editor austríaco pode fixar livremente o preço austríaco de venda ao público para os seus livros (§ 3, n.º 1, da BPrBG). Pelo contrário, um importador de livros alemães não pode, em princípio, fixar um preço austríaco de venda ao público que seja inferior ao preço alemão de venda ao público estabelecido pelo editor alemão deste livro para a sua venda na Alemanha (§ 3, n.º 2, da BPrBG).

c) Afectação da venda dos livros austríacos e alemães da mesma forma

55. É decisiva, deste modo, a questão de saber se uma norma como o § 3 da BPrBG afecta da mesma forma, juridicamente como de facto, a venda de livros austríacos e alemães. Em minha opinião, é bastante claro que os livros austríacos e alemães não são tratados de modo igual, nos termos do § 3 da BPrBG, [i)] e que isto se pode repercutir negativamente sobre a venda de livros alemães na Áustria [ii)].

57. De acordo com a fórmula Dassonville e a excepção Keck e Mithouard, é decisivo se existe um tratamento igual de mercadorias nacionais e estrangeiras em cada Estado-Membro. No caso em apreço, a diferença consiste em que o preço austríaco de venda ao público de livros alemães, ao contrário do dos livros austríacos, não pode ser fixado livremente, ou seja, atendendo apenas às condições de mercado na Áustria. Os n.os 1 e 2 do § 3 da BPrBG prevêem, deste modo, um tratamento jurídico diferente, em razão da origem dos livros.

18 — Se o Estado austríaco pretender garantir que o regime de preços vinculativos dos livros seja aplicado a todos os livros em língua alemã comercializados no seu território, parece lógico sujeitar a ele o primeiro elo da cadeia de distribuição na Áustria, ou seja, os editores e os importadores austríacos.

58. Em contrapartida, não me parece ser relevante, atendendo à fórmula Dassonville e à excepção Keck e Mithouard, se o preço

alemão e o preço austríaco de venda ao público podem ser fixados ao mesmo nível.

59. Contudo, o Fachverband e os governos dos Estados-Membros que intervieram no processo alegam que pode ser excluída uma desigualdade de tratamento com base nas excepções previstas no §§ 3, n.º 3, e 5 da BPrBG.

— Consideração de vantagens comerciais

60. Nos termos do § 3, n.º 3, da BPrBG, um importador que adquire livros alemães a um preço inferior ao preço de compra habitual pode fixar um preço austríaco de venda ao público inferior ao preço alemão de venda ao público proporcional à vantagem comercial obtida. Isto deve permitir a um editor alemão praticar a sua própria política de preços para a Áustria.

61. Esta argumentação não me convence.

62. Em primeiro lugar, um editor alemão, ao contrário de um editor austríaco, só poderá praticar a sua própria política de preços para a Áustria se conceder ao importador um preço de compra inferior ao habitual. Deste modo, para implementar a sua política de preços na Áustria, um editor alemão pode ter de conceder aos importadores vantagens comerciais susceptíveis de reduzir as receitas deste editor, ao passo que um editor austríaco não tem de conceder aos seus compradores quaisquer vantagens comerciais correspondentes.

63. Em segundo lugar, a aplicação prática do § 3, n.º 3, da BPrBG parece acarretar dificuldades consideráveis. É assinalado, a justo título, que os preços de compra pelos quais os grossistas ou retalhistas adquirem livros dos editores alemães são, em regra, segredos comerciais, pelo que é praticamente impossível determinar o que é um preço de compra habitual na acepção do § 3, n.º 3, da BPrBG.

64. Em terceiro lugar, um editor alemão depende da cooperação do importador para implementar a sua política de preços. Com efeito, nos termos do § 3, n.º 3, da BPrBG, o importador não está obrigado a praticar um preço inferior ao preço alemão de venda ao público no montante correspondente às vantagens comerciais obtidas. Pelo contrário, um editor austríaco não está dependente da cooperação dos seus clientes.

65. Em quarto lugar, deve assinalar-se que um editor alemão nem sempre é livre de conceder

vantagens comerciais ao importador. Tornando-se público que o editor alemão concedeu preços mais vantajosos a um determinado importador, isto pode acarretar-lhe desvantagens nas negociações com outros compradores. Neste contexto, é de notar que a concessão de vantagens comerciais se torna pública quando o importador estabelece, para um livro alemão, um preço austríaco de venda ao público inferior ao que é normalmente previsto nos termos do § 3, n.º 2, da BPrBG.

66. Pelas razões expostas, não é possível entender que a consideração das vantagens comerciais obtidas nos termos do § 3, n.º 3, da BPrBG compensa o tratamento jurídico diferente de livros alemães e austríacos no âmbito da fixação do preço austríaco de venda ao público, em conformidade com o § 3, n.os 1 e 2, da BPrBG.

67. Neste contexto, gostaria de notar que também não se pode considerar que o § 3, n.º 3, da BPrBG dê cumprimento às exigências formuladas pela jurisprudência no acórdão Leclerc e o. [19]. Pelo contrário, como o Tribunal de Justiça muito claramente salientou nesse acórdão [20], a condição de que devem ser consideradas vantagens comerciais refere-se à situação, não pertinente no caso vertente, da reimportação de livros [21].

— Possibilidade de um desconto de 5% a nível da venda a retalho

68. É ainda indicado que, nos termos do § 5, n.º 1, da BPrBG, os retalhistas podem vender livros aos clientes finais com um desconto até ao limite de 5% sobre o preço austríaco de venda ao público.

19 — Já referido (nota 5).

20 — V. n.os 25 e 26 do acórdão: «Quando uma legislação […] se aplique a livros editados noutro Estado-Membro […]. Pelo contrário, quando tal legislação se aplique a livros […] reimportados».

21 — Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça examinou a importação para a França de livros editados noutros Estados-Membros e a reimportação de livros editados em França. Quanto à *importação* de livros editados noutros Estados-Membros, o Tribunal de Justiça considerou determinante, no n.º 25 desse acórdão, se um importador pode praticar o preço de venda que entende ser razoável atendendo ao preço a que adquiriu o livro no Estado da edição para o comercializar no mercado do Estado de importação. Isto deve ser diferenciado das afirmações do Tribunal de Justiça relativamente à verdadeira *reimportação* nos n.os 26 e 27, segundo as quais o importador deve ter a possibilidade de repercutir no preço de venda final a vantagem decorrente de um preço mais favorável, obtido no Estado-Membro de exportação. Esta análise do acórdão mostra já que não se pode considerar que o disposto no § 3, n.º 3, da BPrBG lhe dê cumprimento, na medida em que se trate da *importação* de livros de outros Estados-Membros. Isto resulta também das seguintes considerações: no caso de uma *reimportação*, o editor nacional já colocou o livro no mercado do seu próprio país. Neste caso, se um importador pode obter o livro noutro Estado-Membro por um preço mais baixo, as vantagens comerciais obtidas com a aquisição noutro Estado-Membro reflectem com grande exactidão as vantagens do mercado único europeu. Para que estas vantagens possam também ser sentidas pelo consumidor, o importador tem de ter a possibilidade de repercutir a vantagem comercial obtida. Dado que neste caso existe já um preço de venda ao público para o livro no Estado da edição, é suficiente que o importador possa ter em conta as vantagens comerciais obtidas ao fixar o preço de venda ao público. Ao invés, esta ideia não é aplicável, sem mais, ao caso da *importação* de um livro do Estado da edição para outro Estado-Membro. Aqui aplicam-se, pelo contrário, as normas já referidas, segundo as quais o importador deve estar em condições de fixar um preço razoável para o território nacional.

69. Este argumento também não me convence.

70. Em primeiro lugar, o § 5, n.º 1, da BPrBG aplica-se quer a livros austríacos quer a livros alemães. Não compreendo como uma desigualdade de tratamento decorrente do § 3, n.os 1 e 2, da BPrBG pode ser compensada através de uma norma que autoriza a concessão de um desconto de 5% para livros quer alemães quer austríacos.

71. Em segundo lugar, este argumento parece visar, em especial, o facto de que os preços austríacos e alemães de venda ao público de um livro podem ser fixados ao mesmo nível, apesar da diferença entre as taxas de IVA na Áustria e na Alemanha. Contudo, isto não é relevante no caso em apreço [22].

72. Em terceiro lugar, nos termos do § 5, n.º 1, da BPrBG, não é possível reduzir o preço austríaco de venda ao público, mas apenas o preço pelo qual o livro é vendido ao cliente final a nível da venda a retalho. É certo que, à primeira vista, esta distinção pode não parecer relevante quando o importador dos livros e o retalhista (como a Libro) são a mesma empresa. Todavia, nos termos do § 5, n.º 2, da BPrBG, em relação ao cliente final, só pode ser feita publicidade ao preço austríaco de venda ao público, mas não ao preço reduzido até 5%.

73. Logo, o § 5 da BPrBG também não é susceptível de compensar a desigualdade de tratamento, decorrente do § 3, n.os 1 e 2, da BPrBG, entre livros austríacos e alemães.

— Conclusão

74. Deve, portanto, concluir-se que, nos termos do § 3, n.os 1 e 2, da BPrBG, se aplicam regras distintas aos livros alemães e austríacos, e que esta distinção jurídica não é compensada nem pelo disposto no § 3, n.º 3, da BPrBG nem pelo disposto no § 5 desta mesma lei.

ii) Susceptibilidade de afectar negativamente a venda de livros alemães

75. Considero que a referida distinção jurídica é também susceptível de afectar negativamente as vendas de livros alemães em comparação com os livros austríacos.

22 — V. n.º 58 das presentes conclusões.

— Os preços austríacos de venda ao público para livros alemães baseiam-se nas condições do mercado alemão

76. Os preços austríacos de venda ao público são preços mínimos, abaixo dos quais os retalhistas não devem, em princípio, vender um livro. Embora os livros tenham uma dupla função como bem cultural e mercadoria, e o autor e o tema de um livro possam ser muito importantes, o preço mínimo de um livro, como acontece também com outras mercadorias, continua a ser, na perspectiva do cliente final, um *importante factor concorrencial*.

77. Como foi acima referido, o preço austríaco de venda ao público pode ser determinado, no caso de livros austríacos, atendendo às condições do mercado austríaco; no caso de livros alemães, pelo contrário, o preço austríaco de venda ao público é determinado em função do preço alemão de venda ao público, na medida em que não deve, em princípio, ser inferior a este último. Assim, um importante factor concorrencial para a venda de livros alemães é determinado, no essencial, atendendo, não às condições do mercado austríaco, mas do mercado alemão [23]. Não é admissível que o preço de venda ao público, estabelecido com referência à Alemanha, seja também adequado para a Áustria em todos os casos possíveis. Pelo contrário, as diferenças a nível das ordens jurídicas e económicas de cada Estado-Membro, bem como diferenças culturais e sociais, podem ter repercussões sobre o comportamento do cliente final e, deste modo, justificar uma política de preços diferente [24].

78. Um editor alemão que pretenda adaptar melhor o preço austríaco de venda ao público às condições do mercado austríaco fixando, para esse fim, um preço inferior ao preço alemão de venda ao público (deduzindo o IVA alemão e adicionando o IVA austríaco) tem de suportar as desvantagens acima referidas [25]. Logo, em minha opinião, daqui decorre que a venda dos livros alemães é susceptível de ser afectada negativamente, pelo que o exame se pode dar por terminado.

— Considerações adicionais

79. Apenas a título complementar, gostaria de observar o seguinte. Devido à diferença entre as taxas de IVA na Alemanha (7%) e na Áustria (10%), os preços austríacos de venda

23 — Também não milita em sentido contrário que um editor alemão, ao fixar o preço alemão de venda ao público, possa igualmente ter em conta as condições do mercado austríaco. Mesmo que seja este o caso, o que parece ser duvidoso atendendo à dimensão relativamente menor do mercado austríaco, os preços alemães de venda ao público *não* seriam fixados *apenas* em função do mercado austríaco.

24 — Um exemplo são livros cujos autores são especialmente conhecidos num Estado-Membro. Assim, para um livro de culinária de um cozinheiro presente sobretudo nos meios de comunicação social alemães, um preço de venda ao público mais elevado pode parecer mais adequado na Alemanha do que na Áustria. Neste contexto, não colhe o argumento de que, com a BPrBG e a correspondente lei alemã, a Alemanha e a Áustria criaram uma organização comum de mercado que exclui *per se* uma desigualdade de tratamento.

25 — V. n.os 62 a 65 das presentes conclusões.

ao público dos livros alemães são, em princípio, mais elevados que os preços alemães de venda ao público [26]. Por conseguinte, quando o preço alemão de venda ao público para livros alemães foi fixado tendo em conta hipotéticos limiares psicológicos de preços [27], o preço austríaco de venda ao público ultrapassará, em princípio, este limiar de preços.

80. Mesmo quando o preço de venda é reduzido em 5% na venda ao cliente final a nível do retalhista, nos termos do § 5, n.º 1, da BPrBG, e, deste modo, pode ser compensada a diferença entre os preços alemães e austríacos de venda ao público, não pode ser feita publicidade a este preço mais baixo.

81. Pelo contrário, um editor austríaco pode ter em conta hipotéticos limiares psicológicos de preços ao fixar os preços austríacos de venda ao público e também fazer publicidade aos correspondentes preços de venda ao público.

82. Penso que este exemplo mostra muito claramente o efeito negativo sobre a venda de livros alemães que pode resultar do estabelecimento de um preço mínimo austríaco que, em princípio, é fixado de acordo com o preço alemão de venda ao público (deduzindo o IVA alemão e adicionando o IVA austríaco).

83. A objecção de que os Estados-Membros dispõem de uma margem de discricionariedade ao fixarem a taxa de IVA e de que esta margem de discricionariedade deve ser respeitada não me convence.

84. A limitação do importador a nível da fixação do preço austríaco de venda ao público não decorre das diferentes taxas de IVA na Alemanha e na Áustria, mas de que um importador não pode, em princípio, estabelecer um preço inferior ao preço alemão de venda ao público [28] fixado pelo editor. Se não existisse esta vinculação, o preço austríaco de venda ao público de livros alemães poderia ser inferior ao preço alemão de venda ao público [29], mesmo sendo fixado atendendo à taxa mais elevada do IVA austríaco. Neste caso, seria respeitada a margem de discricionariedade dos Estados-Membros quanto à fixação da taxa de IVA, mas o importador seria livre de fixar um preço austríaco de venda ao público adequado para os livros alemães.

26 — Segundo as disposições básicas, ao preço de venda ao público fixado pelo editor alemão para a Alemanha há que deduzir a taxa de IVA alemão de 7% e adicionar a taxa de IVA austríaco de 10%.

27 — Entende-se por tal o nível dos preços que o cliente final considera barreiras, cuja ultrapassagem leva a que a procura do produto em causa diminua consideravelmente. Os preços psicológicos situam-se imediatamente abaixo desta barreira, por exemplo, em 9,99 euros, 14,99 euros ou 19,99 euros.

28 — Deduzindo o IVA alemão e adicionando o IVA austríaco.

29 — Deduzindo o IVA alemão e adicionando o IVA austríaco.

iii) Conclusão

85. Em conclusão, os livros alemães recebem um tratamento jurídico diferente do que é dado aos livros austríacos. Esta desigualdade de tratamento é susceptível de afectar negativamente a venda de livros alemães na Áustria.

86. Por conseguinte, é irrelevante se uma disposição como o § 3 da BPrBG conduz, além disso, a uma discriminação fáctica [30].

87. Por último, parece-me que a limitação da BPrBG a livros em língua alemã não pode constituir, logo por razões lógicas, qualquer entrave autónomo ao comércio. Com efeito, a extensão de uma disposição como o § 3 da BPrBG a livros em línguas diferentes da alemã causaria um entrave ainda maior à circulação de mercadorias [31].

d) Conclusão

88. Dado que não afecta juridicamente da mesma maneira a venda de livros austríacos e alemães, uma disposição como o § 3 da BPrBG não é abrangida pela excepção Keck e Mithouard. Tal disposição constitui, por isso, uma medida de efeito equivalente a uma restrição à importação, nos termos do artigo 28.º CE.

C — *Quanto à segunda questão prejudicial*

89. Através da sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, no caso em que uma norma nacional como o § 3

30 — Assim, não há que examinar se existe uma discriminação fáctica devido à necessidade de nova etiquetagem. De qualquer modo, tenho dúvidas de que a necessidade económica de uma nova etiquetagem devida à modificação do preço possa constituir uma discriminação de facto autónoma, que vá para além da discriminação jurídica já constatada. Note-se, em primeiro lugar, que a nova etiquetagem não é imposta directamente por uma disposição nacional. Logo por esta razão, é duvidoso que estejamos aqui perante uma medida estatal na acepção do artigo 28.º CE. Em segundo lugar, encaro com cepticismo a suposição de que existe neste caso também uma discriminação fáctica. É verdade que as disposições em matéria de etiquetagem podem implicar uma discriminação fáctica. Contudo, gostaria de notar que a presunção de uma discriminação fáctica está estreitamente ligada ao princípio do país de origem. Não penso que o princípio do país de origem dê direito a poder vender uma mercadoria ao mesmo preço em todos os Estados-Membros. Se o direito de acesso ao mercado nos termos do artigo 28.º CE fosse entendido de modo tão amplo, a consequência seria que, indirectamente, todas as diferenças entre as ordens jurídicas e económicas dos Estados-Membros que podem justificar diferenças de preços deveriam ser consideradas medidas de efeito equivalente a restrições à importação.

31 — Isto não significa que a limitação a livros em língua alemã seja irrelevante do ponto de vista da circulação de mercadorias. Pode ser de considerar a nível da justificação. Segundo a jurisprudência, as restrições às liberdades fundamentais só podem ser justificadas quando se efectuam de uma maneira coerente e sistemática (v. acórdão de 6 de Novembro de 2003, Gambelli e o., C-243/01, Colect., p. I-13031, n.º 67). Assim, neste contexto, poderia ser de considerar o tratamento desigual de livros em língua alemã e noutras línguas.

da BPrBG constitui uma medida de efeito equivalente a uma restrição à importação, esta se pode justificar por exigências imperativas de interesse geral, nos termos do artigo 30.º CE ou do artigo 151.º CE.

1. Argumentos das partes

90. Os argumentos das partes quanto a esta questão podem resumir-se do modo seguinte.

91. A Libro, o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Comissão entendem que a desigualdade de tratamento entre livros alemães e austríacos não pode ser justificada.

92. Concordam em que uma medida discriminatória deste tipo só poderia ser justificada nos termos do artigo 30.º CE. Contudo, o objectivo prosseguido com a BPrBG, de manter a diversidade dos livros, não é abrangido pelo artigo 30.º CE. Em especial, não se trata de uma medida de protecção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico.

93. Por outro lado, a medida controvertida não é proporcionada. Neste contexto, o Órgão de Fiscalização da EFTA nota que os objectivos invocados como justificação também podem ser atingidos autorizando o importador de livros alemães a fixar os preços austríacos de venda ao público sem estar vinculado a respeitar, como mínimo, os preços alemães de venda ao público estabelecidos pelo editor alemão. Outra possibilidade seria autorizar os editores alemães a fixarem o preço austríaco de venda ao público. Isto é permitido a editores de Estados que não são membros do EEE.

94. A Libro, o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Comissão entendem que também não é possível uma justificação nos termos do artigo 151.º CE. Esta disposição é uma base jurídica para a acção da Comunidade e não uma excepção ao âmbito de aplicação do artigo 28.º CE. De resto, a desigualdade de tratamento entre livros alemães e austríacos não é necessária para atingir os objectivos subjacentes ao artigo 151.º CE.

95. Além disso, a Libro considera que o sistema austríaco de preços vinculativos *como tal* não pode ser justificado por exigências imperativas de interesse geral. A alegação de interesses culturais de carácter geral não é suficiente para este efeito e o sistema de preços vinculativos dos livros não constitui um meio proporcionado para alcançar os objectivos que prossegue. Ao invés, a Comissão e o Órgão de Fiscalização da EFTA referem que no caso vertente não se trata de justificar o sistema de preços vinculativos dos livros *como tal*. Pelo contrário, está em causa apenas a justificação da desigualdade de tratamento entre livros alemães e austríacos.

96. O Fachverband e os governos dos Estados-Membros que intervieram no processo sustentam que o sistema de preços vinculativos dos livros não é discriminatório, pelo que está justificado por razões imperiosas de interesse geral.

97. Como razões imperiosas de interesse geral referem, em particular, a protecção dos livros como bens culturais, os interesses dos consumidores em comprar livros a preços razoáveis e o abastecimento adequado de livros à população através de uma rede vasta e diversificada de retalhistas. Uma disposição como o § 3 da BPrBG é um meio proporcionado para prosseguir estes objectivos.

98. O Fachverband e o Governo francês reconhecem que a protecção da criatividade e da diversidade cultural no sector do livro não está abrangida pelo artigo 30.º CE.

99. O Fachverband e os governos dos Estados-Membros que intervieram no processo alegam ainda que uma medida de efeito equivalente a uma restrição à importação pode ser justificada nos termos do artigo 151.º CE. De acordo com esta disposição, os Estados-Membros são competentes em matéria de política cultural. Por força do artigo 151.º, n.º 4, CE, na sua acção ao abrigo de outras disposições do Tratado CE, a Comunidade está obrigada a ter em conta os aspectos culturais. Por conseguinte, a Comunidade tem de respeitar o poder de orientação dos Estados-Membros também no âmbito da circulação de mercadorias.

2. Apreciação jurídica

100. Antes de mais, gostaria de relembrar que, no âmbito de um processo de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, o Tribunal de Justiça deve responder apenas às questões que lhe são submetidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais [32]. Penso que a presente questão visa unicamente saber se a desigualdade de tratamento entre livros austríacos e alemães, determinada no âmbito da primeira questão prejudicial, pode ser justificada por exigências imperativas de interesse geral, nos termos do artigo 30.º CE ou do artigo 151.º CE. Por conseguinte, trata-se tão-só da justificação desta desigualdade de tratamento e não da justificação do sistema de preços vinculativos dos livros como tal.

101. Quanto à justificação desta desigualdade de tratamento, constato, antes de mais, que os argumentos do Fachverband e dos governos dos Estados-Membros que intervieram no processo se limitam, no essencial, a justificar o

32 — V. n.º 25 das presentes conclusões.

sistema austríaco de preços vinculativos dos livros como tal. Os argumentos destas partes não me permitem deduzir uma justificação da desigualdade de tratamento entre livros austríacos e alemães.

102. Parece-me também ser difícil justificar tal medida.

103. Em primeiro lugar, penso que falta uma justificação admissível.

104. As exigências imperativas de interesse geral na acepção do acórdão Cassis de Dijon [33] podem justificar apenas medidas que se aplicam indistintamente [34]. Por conseguinte, não podem constituir uma justificação no caso em apreço.

105. No caso vertente, não é admissível uma justificação ao abrigo do artigo 30.º CE. No acórdão Leclerc e o., o Tribunal de Justiça declarou expressamente que o artigo 30.º CE deve ser interpretado de modo restritivo e não pode ser alargado a objectivos que não sejam nele expressamente mencionados. O Tribunal de Justiça negou expressamente a extensão à protecção da criatividade e da diversidade cultural no sector do livro [35].

106. Também não descortino qualquer justificação ao abrigo do artigo 151.º, n.º 4, CE que vá para além das exigências imperativas de interesse geral, já referidas. O artigo 151.º CE é uma disposição relativa à competência dos Estados-Membros e da Comunidade. É certo que resulta do artigo 151.º, n.º 4, CE que a Comunidade tem em conta os aspectos culturais, a fim de, nomeadamente, respeitar e promover a diversidade das culturas. No entanto, esta disposição não contém qualquer «reserva cultural» face a outras disposições do Tratado [36]. Deste modo, os Estados-Membros não podem deduzir do artigo 151.º, n.º 4, CE um poder de orientação que lhes permita adoptar medidas com efeitos discriminatórios sobre a venda de mercadorias de outros Estados-Membros. Por conseguinte, a desigualdade de tratamento entre livros alemães e austríacos não pode ser justificada com base no artigo 151.º, n.º 4, CE.

107. Em segundo lugar, mesmo supondo que exista uma justificação admissível, a desigualdade de tratamento entre livros alemães e austríacos não deve ser considerada proporcionada. Existem meios menos restritivos para atingir os objectivos indicados, em especial da protecção dos livros como bens culturais e do interesse dos consumidores finais em livros a preços razoáveis. Tal poderia

33 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, Rewe-Zentral, dito «Cassis de Dijon» (120/78, Colect., p. 327, n.º 8).

34 — Acórdãos de 11 de Maio de 1989, Wurmser (25/88, Colect., p. 1105, n.º 10), e de 25 de Julho de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior e Publivía (C-1/90 e C-176/90, Colect., p. I-4151, n.º 13). No mesmo sentido, Fezer, K.-H. (nota 2), p. 144.

35 — Já referido (nota 5, n.º 30).

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

ser atingido, em especial, concedendo ao importador, em princípio, uma margem de manobra ao fixar o preço austríaco de venda ao público de livros alemães [37].

108. Em conclusão, penso que a desigualdade de tratamento entre livros alemães e austríacos não pode ser justificada nem por exigências imperativas de interesse geral nem nos termos dos artigos 30.º CE ou 151.º CE [38].

D — *Quanto à terceira questão prejudicial*

109. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o dever de lealdade dos Estados-Membros, consagrado no artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com as regras em matéria de concorrência enunciadas nos artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, deve ser interpretado no sentido de que a adopção da BPrBG é compatível com o referido dever, embora entenda que a BPrBG mantém em vigor, em termos cronológicos e materiais, o Sammelrevers 1993, isto é, o sistema de preços vinculativos dos livros organizado pelas empresas e existente antes da adopção da BPrBG.

1. Argumentos das partes

110. Os argumentos das partes quanto à terceira questão prejudicial são, essencialmente, os seguintes.

111. A Libro entende que o regime legal de preços vinculativos dos livros previsto na BPrBG viola o princípio da lealdade comunitária, dado que afecta o efeito útil das disposições comunitárias em matéria de concorrência.

112. É certo que o artigo 81.º CE não é directamente aplicável a medidas dos Estados-Membros. Todavia, estes não devem facilitar ou fomentar infracções às regras de concorrência cometidas por operadores económicos privados nem reforçar os seus efeitos. Para que se verifique tal infracção, é necessário que exista um nexo entre as medidas de um Estado-Membro e um comportamento de empresas privadas que seja contrário ao direito da concorrência. A Libro entende que este nexo existe na medida em que, com a BPrBG, o legislador austríaco

37 — As partes não invocaram qualquer argumento contra esta linha de acção. Penso que também não se pode objectar que um importador, ao invés do editor nacional, não teria suficientemente em conta os objectivos prosseguidos com a BPrBG ao fixar os preços austríacos de venda ao público. Existindo este receio, basta sujeitar a um controlo correspondente a fixação dos preços austríacos de venda ao público por editores e importadores.

38 — Também não é convincente a invocação do respeito do direito fundamental à liberdade de expressão. Antes de mais, não se descortina em que medida o direito fundamental à liberdade de expressão pode ser afectado no caso vertente. Além disso, não é compreensível por que razão uma desigualdade de tratamento entre livros austríacos e alemães seria necessária para respeitar o princípio da liberdade de expressão.

adoptou, essencialmente, as normas anticoncorrenciais do Sammelrevers 1993. Isto depreende-se, desde logo, do contexto em que se insere e dos trabalhos preparatórios.

113. O reforço de um acordo existente não pressupõe que o regime legal e o acordo sejam totalmente idênticos. É suficiente que sejam retomados elementos em risco de serem eliminados por força do direito da concorrência. O legislador austríaco não só manteve em vigor, em termos cronológicos e materiais, um sistema de preços vinculativos contrário ao direito da concorrência mas retomou também elementos essenciais, como a fixação dos preços de venda ao público pelo editor. O nexo é também demonstrado atendendo à disposição transitória prevista no § 10 da BPrBG, e a que a esta lei e o Sammelrevers 1993 se limitam a livros em língua alemã.

114. O Fachverband, os governos dos Estados-Membros que intervieram no processo, o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Comissão entendem que não existe qualquer violação do dever de lealdade dos Estados-Membros.

115. Em princípio, os Estados-Membros são livres de adoptar medidas de política económica, mesmo quando estas medidas têm o mesmo efeito anticoncorrencial que os acordos entre empresas. É certo que esta liberdade está limitada, na medida em que, por força do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, os Estados-Membros se abstêm de tomar quaisquer medidas que eliminem o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas. No entanto, tais medidas existem apenas quando um Estado-Membro impõe, favorece a celebração ou reforça os efeitos de acordos contrários ao artigo 81.º CE, ou retira à sua própria regulamentação o carácter estatal, delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção em matéria económica.

116. Contudo, a BPrBG não visa impor ou favorecer a celebração de acordos anticoncorrenciais. A vinculação vertical do preço é logo imposta por lei. Por conseguinte, a fixação de preços de venda ao público não constitui qualquer acordo.

117. Também não se verifica o reforço de um acordo anticoncorrencial. Tal só acontece quando um Estado-Membro se limita a retomar um acordo anticoncorrencial e obriga ou incentiva os operadores económicos a respeitar este regime. O Estado não viola o dever de lealdade se actuar independentemente dessa situação e por razões de interesse geral.

118. É certo que a BPrBG retoma no seu conteúdo um elemento central do Sammelrevers 1993, ao obrigar o retalhista, em princípio, a respeitar o preço fixado de venda ao público. Contudo, as disposições nacionais não se limitam a retomar elementos do Sammelrevers 1993. Pelo contrário, trata-se de uma alteração fundamental e da introdução de um novo sistema de preços vinculativos dos livros. Isto é demonstrado, em particular, pela transformação do preço de venda ao público, que passa de um preço fixo para um preço mínimo, pela possibilidade de considerar vantagens comerciais e de conceder um desconto até 5%. O Fachverband refere que o § 10 da BPrBG é apenas uma norma transitória, com a qual o legislador austríaco pretendeu libertar os editores e importadores da obrigação de estabelecerem preços de venda ao público para todos os livros imediatamente após a entrada em vigor da BPrBG.

119. A Comissão considera que, mesmo supondo que se verifica o reforço de um acordo de cartel existente no sentido do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com o artigo 81.º, n.º 1, CE, é necessário analisar se isto é permitido ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE. O despacho de reenvio não fornece uma base suficiente para responder a esta questão.

120. O Órgão de Fiscalização da EFTA indica que, supondo que exista uma violação do dever de lealdade, se verificaria uma situação paradoxal. Uma medida adoptada por um Estado-Membro, quando não tivesse existido nele qualquer acordo correspondente entre empresas, não violaria o artigo 81.º CE, ao passo que seria inadmissível uma medida adoptada por outro Estado-Membro no qual tivesse existido um acordo correspondente entre empresas.

121. Além disso, o Fachverband, os governos dos Estados-Membros que intervieram no processo, o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Comissão alegam que o legislador austríaco também não retirou à BPrBG o carácter estatal, delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção em matéria económica.

122. Trata-se de uma actuação unilateral dos editores e não de um acordo. A obrigação de respeitar o preço mínimo é imposta por lei. A fixação do preço de venda ao público pelo editor só produz efeitos sobre a concorrência porque isto é estabelecido por lei. A Comissão refere que, de outro modo, se trataria de um preço recomendado para os retalhistas o que, em princípio, é permitido pelo direito da concorrência.

123. Por último, os governos dos Estados-Membros que intervieram no processo referem que não existe qualquer política comunitária de concorrência no âmbito de sistemas puramente nacionais de preços

vinculativos dos livros. O Governo austríaco observa que se está em presença de sistemas puramente nacionais de preços vinculativos dos livros quando uma lei de um Estado-Membro prevê preços vinculativos para os livros comercializados no seu território. Mesmo que tal sistema se refira a livros importados ou reimportados, deve entender-se que existe um sistema puramente nacional de preços vinculativos dos livros.

124. O Governo alemão tem dúvidas quanto à aplicabilidade do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE. Se uma medida não estiver abrangida pela fórmula Dassonville ou não preencher os requisitos da excepção Keck e Mithouard, os artigos 28.º CE e 30.º CE devem ser considerados disposições especiais, que afastam a aplicação do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE.

2. Apreciação jurídica

125. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o dever de lealdade dos Estados-Membros decorrente do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com as regras em matéria de concorrência dos artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, deve ser interpretado no sentido de que a adopção da BPrBG é com ele compatível.

126. Esta questão é colocada apenas para o caso de uma norma nacional como o § 3 da BPrBG não constituir uma medida de efeito equivalente a uma restrição à importação, na acepção do artigo 28.º CE. Por conseguinte, penso que o Tribunal de Justiça não tem de examinar esta questão. Passo, porém, a responder-lhe a título subsidiário, para o caso de o Tribunal de Justiça não aceitar as minhas sugestões quanto à primeira e segunda questões prejudiciais.

127. O artigo 81.º CE é uma regra dirigida às empresas, cuja aplicação pressupõe um acordo ou uma prática concertada entre empresas. Por conseguinte, não é, em princípio, aplicável a *acta iure imperii* dos Estados-Membros. No entanto, o artigo 10.º, segundo parágrafo, CE estabelece que os Estados-Membros se devem abster de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do Tratado CE. Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE, a acção da Comunidade implica um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno. A política comunitária de concorrência é concretizada,

em especial, no artigo 81.º CE. Deste modo, nos termos do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, os Estados-Membros devem abster-se de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em causa o efeito útil do artigo 81.º CE [39]. Isto é válido também para actos de natureza legislativa ou regulamentar dos Estados-Membros [40].

128. Por outro lado, é pacífico que nem todas as medidas de um Estado-Membro com repercussões a nível da concorrência podem constituir uma violação do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º, n.º 1, CE [41]. Uma aplicação tão ampla do dever de lealdade implicaria sujeitar os Estados-Membros a um controlo comunitário também em domínios nos quais, nos termos do princípio da atribuição de competências, estas cabem aos Estados-Membros e não à Comunidade [42].

129. Que esta delimitação não é fácil é ilustrado, por exemplo, pelo facto de as medidas dos Estados-Membros no domínio da política económica ou cultural, que são da sua competência nos termos dos artigos 98.º CE e seguintes e 151.º CE, poderem ter repercussões a nível da concorrência. Se fossem controlados os efeitos sobre a concorrência de todas as medidas adoptadas pelos Estados-Membros nestes domínios com base no dever de lealdade, os Estados-Membros ficariam sujeitos a um «espartilho do direito da concorrência» também quanto a medidas nestes domínios. Isto não é compatível com o princípio da atribuição de competências.

130. Deste modo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça [43] nesta matéria caracteriza-se, por um lado, pela necessidade de respeitar as competências dos Estados-Membros e, por outro, pela exigência de que a política comunitária de concorrência não seja posta em causa por medidas dos Estados-Membros.

131. Segundo jurisprudência actualmente assente, só se deve considerar que existe uma violação do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, quando um Estado-Membro impõe acordos contrários ao artigo 81.º CE (*primeira categoria*), os favo-

39 — V., designadamente, acórdãos de 16 de Novembro de 1977, GB-Inno-BM (13/77, Colect., p. 753, n.º 31); de 21 de Setembro de 1988, Van Eycke (267/86, Colect., p. 4769, n.º 16); de 17 de Novembro de 1993, Reiff (C-185/91, Colect., p. I-5801, n.º 14); de 9 de Junho de 1994, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Colect., p. I-2517, n.º 14); de 5 de Outubro de 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Colect., p. I-2883, n.º 20); e de 18 de Junho de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Colect., p. I-3949, n.º 35); quanto a esta jurisprudência, v. Emmerich, W., *in:* Dauses, M. — *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, H. I. § 1, 9.º suplemento, n.º 11; Wollmann, H., *in:* Mayer, H. — *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, Manz, 2006, artigo 81.º CE, 72.º fascículo, n.º 3, refere-se à problemática da BPrBG austríaca a este respeito.

40 — Acórdãos, já referidos (nota 39), Van Eycke, n.º 16, e Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, n.º 14.

41 — V. n.º 32 das conclusões do advogado-geral M. Darmon de 14 de Julho de 1993, no processo Reiff (nota 39).

42 — Emmerich, W. (nota 39), n.º 12.

43 — Para uma análise exaustiva desta jurisprudência, v., em especial, Henriksen, U. B. — *Anti-Competitive State Measures in the European Community*, Handelshøjskolens Forlag, 1994, e Schwarze, J. — «Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, pp. 613 e segs., 616 a 622.

rece (*segunda categoria*), reforça os seus efeitos (*terceira categoria*) ou retira à sua própria regulamentação o carácter estatal, delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção em matéria económica (*quarta categoria*) [44].

a) Imposição, favorecimento ou reforço dos efeitos de um acordo anticoncorrencial

132. Requisito essencial das três primeiras categorias é que a medida do Estado-Membro se baseie num acordo anticoncorrencial. A este respeito, pode falar-se de um comportamento *acessório* dos Estados-Membros [45]. No caso em apreço, um acordo anticoncorrencial no qual uma medida estatal se poderia basear seria, sobretudo [46], o Sammelrevers 1993.

i) Acordo anticoncorrencial?

133. Nos termos do sistema Sammelrevers 1993, os retalhistas austríacos estavam vinculados aos preços de venda ao público fixados pelos editores alemães. Estes preços de venda ao público eram preços fixos. Dado que a fixação vertical de preços preenche os requisitos enunciados pelo artigo 81.º, n.º 1, alínea a), CE, não me parece levantar dúvidas sérias de que se tratava de um acordo restritivo da concorrência [47]. Também me parece que produzia efeitos

44 — Jurisprudência assente desde o acórdão Van Eycke, já referido (nota 39), n.º 16. V., também, acórdãos de 17 de Novembro de 1993, Meng (C-2/91, Colect., p. I-5751, n.º 14); Reiff, já referido (nota 39), n.º 14; e Ohra Schadeverzekeringen (C-245/91, Colect., p. I-5851, n.º 10).

45 — Este conceito é utilizado por Schwarze, J. (nota 43), p. 621.

46 — A versão alterada do Sammelrever 1993, que entrou em vigor em 30 de Junho de 2000, não prevê qualquer participação dos editores, grossistas ou retalhistas austríacos. Por conseguinte, a Comissão determinou, quanto a este acordo, que a versão alterada não é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros. Nesta medida, parece faltar, desde logo, um acordo *anticoncorrencial*.
Uma possibilidade (mais de natureza teórica) seria que a própria BPrBG constitui um acordo anticoncorrencial. Segundo a jurisprudência, as medidas podem ter um carácter duplo, ou seja, serem atribuíveis quer ao Estado quer às empresas (acórdão de 30 de Janeiro de 1985, Clair, 123/83, Recueil, p. 391, n.os 19 e 20). Contudo, tal pressuporia que a BPrBG constitui, apesar da sua natureza legislativa, um *acordo* entre as empresas em causa. Penso que isto não se verifica no caso em apreço. O facto de as partes envolvidas poderem ter proposto o processo legislativo ou terem sido ouvidas no âmbito deste último não basta para considerar que existe um acordo entre particulares sob a forma de lei.

47 — Não considero convincente o entendimento de que o Sammelrevers 1993 não conduzia a qualquer restrição de concorrência (neste sentido, Vranes, E. — *Buchpreisbindung und rule of reason*, Manz, 1999, pp. 38 a 41). Como já referi nos n.os 51 a 58 das minhas conclusões de 4 de Setembro de 2008, no processo Beef Industry Development Society e Barry Brothers (acórdão de 20 de Novembro de 2008, C-209/07, Colect., p. I-0000), nem toda a vantagem decorrente de um acordo para o bem-estar do consumidor leva a excluir uma restrição à concorrência. Quanto à apreciação, à luz do direito da concorrência, de sistemas transfronteiriços de preços vinculativos dos livros organizados por empresas, v., em especial, acórdão VBVB e VBBB/Comissão (nota 5), n.os 44 a 46.

sensíveis [48]. Sendo pacífico, no caso vertente, que uma grande parte dos livros vendidos na Áustria são livros alemães, deve também partir-se do princípio de que o comércio entre os Estados-Membros era susceptível de ser afectado. Deste modo, o sistema Sammelrevers 1993 deveria ter preenchido os requisitos do artigo 81.º, n.º 1, CE [49].

134. É de notar, porém, que o artigo 81.º CE é arquitectado a dois níveis. Um acordo só pode ser considerado contrário ao artigo 81.º CE se não estiver isento nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE [50]. Deste modo, não se pode censurar um Estado-Membro por ter imposto ou favorecido um acordo isento nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE, ou ter reforçado os seus efeitos. Cabe, portanto, ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se estavam preenchidos os requisitos do artigo 81.º, n.º 3, CE [51], ou seja, se o sistema Sammelrevers 1993 contribuiu para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, reservando aos utilizadores uma parte equitativa do lucro daí resultante, sem impor às empresas envolvidas quaisquer restrições que não fossem indispensáveis à consecução desses objectivos, nem dar a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

135. Tal exame pressupõe uma análise aprofundada [52]. Por conseguinte, penso que importa abordar primeiro a questão de saber se o legislador austríaco impôs ou favoreceu o Sammelrevers 1993 ou reforçou os seus efeitos.

48 — Neste contexto, cumpre notar que, embora nos termos do sistema Sammelrevers 1993 não estivesse previsto qualquer acordo horizontal entre os editores, os contratos baseados num modelo de contrato e administrados por um fiduciário devem ser apreciados na sua totalidade e, por isso, como um conjunto (v. acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis, C-234/89, Colect., p. I-935, n.ºs 19 e segs.).

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

50 — V. acórdão de 3 de Dezembro de 1987, BNIC (136/86, Colect., p. 4789, n.º 21), no qual o Tribunal de Justiça analisou o artigo 81.º, n.º 3, CE.

51 — Com a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO 2003, L 1, p. 1.), o sistema de proibição com reserva de excepções foi substituído pelo sistema de auto-avaliação (artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 1/2003). Desde então, cabe aos tribunais dos Estados-Membros examinar se estão preenchidos os requisitos do artigo 81.º, n.º 3, CE (v., neste contexto, a Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO 2004, C 101, p. 54).
Verifico que o órgão jurisdicional nacional presumiu na segunda questão prejudicial que faltam dados empíricos susceptíveis de demonstrar que o regime legal de preços vinculativos dos livros é um meio adequado para atingir os objectivos de fomento da produção literária, da diversidade de títulos a preços regulamentados e de uma diversidade de retalhistas. Contudo, não penso que o órgão jurisdicional de reenvio queria dizer com isso que recolheu provas sobre a existência dos requisitos do artigo 81.º, n.º 3, CE e que entende que estes não estão preenchidos.

52 — Uma resenha das análises da compatibilidade do Sammelrevers 1993 com o artigo 81.º, n.º 3, CE encontra-se em Hofmann, T. (nota 49), pp. 562 a 567, e Engelmann, M. (nota 3), pp. 125 a 165.

ii) Imposição, favorecimento ou reforço dos efeitos

136. A jurisprudência entende que existe um reforço dos efeitos de um acordo anticoncorrencial quando um Estado-Membro se limita a retomar, total ou parcialmente, os elementos de um acordo anticoncorrencial entre empresas [53]. O Tribunal de Justiça subsume no conceito de favorecimento ou promoção de um acordo anticoncorrencial as medidas que encorajam tal comportamento por parte das empresas [54].

137. Dado que o sistema de preços vinculativos dos livros imposto pelo Estado com a BPrBG substituiu o Sammelrevers 1993, pode considerar-se que no presente caso existe uma medida estatal que reforça os efeitos do Sammelrevers 1993.

138. Como já indiquei [55], a característica essencial destas categorias é a *acessoriedade* da medida estatal relativamente a um acordo anticoncorrencial entre empresas. Assim, no caso vertente, coloca-se, em primeiro lugar, a questão de saber se a BPrBG se baseia directamente no Sammelrevers 1993, em segundo lugar, se a norma transitória do § 10 da BPrBG pode ter resultado no estabelecimento de um nexo e, em terceiro lugar, se pode ser suficiente um nexo substancial.

53 — Acórdãos Van Eycke, já referido (nota 39), n.º 18, e Meng, já referido (nota 44), n.º 19.

54 — Acórdãos de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro (66/86, Colect., p. 803, n.os 49 e 52), e de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália (C-35/96, Colect., p. I-3851, n.º 54). V., a este respeito, Schwarze, J. (nota 43), p. 621.

55 — N.º 132 das presentes conclusões.

— Nexo directo com o Sammelrevers 1993?

139. No caso em apreço, não se pode considerar que exista um nexo directo entre a BPrBG e o Sammelrevers 1993, desde logo porque os editores, grossistas e retalhistas austríacos já não eram partes no Sammelrevers 1993 quando a BPrBG entrou em vigor.

— Nexo baseado na disposição transitória do § 10 da BPrBG?

140. Um nexo poderia ter sido estabelecido, no entanto, pelo § 10 da BPrBG, ao ordenar a aplicação transitória dos preços constantes do catálogo dos livros disponíveis, edição de 20 de Junho de 2000. O catálogo parece conter preços de venda ao público que foram estabelecidos no âmbito do sistema do Sammelrevers 1993.

141. Contudo, deve ter-se em conta que, embora o § 10 da BPrBG se possa basear em preços acordados no âmbito do Sammelrevers

1993, não se baseia nas restantes disposições deste sistema. As normas constantes do Sammelrevers 1993 e da BPrBG diferenciam-se, em especial, pelo facto de a BPrBG prever preços mínimos em vez de preços fixos, de poderem ser tidas em conta as vantagens comerciais obtidas e de os retalhistas terem a possibilidade de reduzir os preços austríacos de venda ao público até ao limite de 5% [56].

142. Nesta medida, o § 10 da BPrBG também não torna a BPrBG acessória relativamente ao Sammelrevers 1993.

— Será suficiente um nexo substancial?

143. Assim, coloca-se a questão de saber se também se pode considerar que existe um reforço dos efeitos do Sammelrevers 1993 se a BPrBG se baseou no seu conteúdo.

144. Esta questão é especialmente pertinente no caso em apreço, porque o legislador austríaco não deixou qualquer dúvida de que pretendia manter, em princípio, a vinculação vertical dos preços prevista no Sammelrevers 1993 e porque a BPrBG entrou em vigor pouco depois de os editores, grossistas e retalhistas austríacos deixarem de estar sujeitos ao sistema do Sammelrevers 1993.

145. Apesar das circunstâncias referidas pelo órgão jurisdicional nacional, considero que não se verifica um reforço dos efeitos do Sammelrevers 1993 por o conteúdo da BPrBG se basear em elementos do Sammelrevers 1993.

146. Em primeiro lugar, milita em sentido contrário o *teor* da jurisprudência. Segundo esta, só existe um reforço dos efeitos de um acordo anticoncorrencial quando o Estado-Membro se *limita* a *retomar, total ou parcialmente*, os elementos dos acordos celebrados entre operadores económicos [57].

147. O legislador austríaco não retomou totalmente o Sammelrevers 1993. Também não me parece que o tenha retomado parcialmente na acepção da jurisprudência. Entendo o conceito de «retoma parcial» no sentido de que só existe quando o objecto do acordo anticoncorrencial se pode cindir e o Estado-Membro retomou apenas uma parte do objecto do acordo, sem alterar o seu conteúdo. Voltando à ideia da acessoriedade, considero que a jurisprudência abrange

56 — De resto, os livros que são objecto do processo principal não parecem ser os livros mencionados no catálogo de livros disponíveis na edição de 20 de Junho de 2000. Nesta medida, o § 10 da BPrBG parece já não ser relevante para o presente processo.

57 — Acórdãos Van Eycke, já referido (nota 39), n.º 18, e Meng, já referido (nota 44), n.º 19.

apenas medidas dos Estados-Membros que sejam *estritamente acessórias* de uma parte de um acordo existente entre empresas [58]. Também aponta neste sentido o facto de que, segundo a jurisprudência, o Estado-Membro se tem de *restringir* a retomar elementos do acordo.

148. No caso vertente, é certo que o legislador austríaco estabeleceu, no contexto do processo legislativo, um nexo com o Sammelrevers 1993. Mas, como já foi indicado [59], alterou o conteúdo deste sistema. Por conseguinte, não se pode considerar, na minha opinião, que se tenha limitado a retomar parcialmente o Sammelrevers 1993.

149. Penso também que só este entendimento restritivo da jurisprudência é compatível com o princípio da atribuição de competências. Como foi acima referido [60], no contexto do dever de lealdade decorrente do artigo 10.º CE, é necessário ter em conta que, em matérias da sua competência, um Estado-Membro é, em princípio, livre de adoptar medidas com um objectivo ou um efeito restritivo da concorrência. Por conseguinte, não se pode considerar decisivo o critério nos termos do qual é necessário determinar se e até que ponto uma medida estatal restringe a concorrência [61].

150. Entendo que este princípio se opõe a que uma medida legal seja considerada um reforço dos efeitos de um acordo anticoncorrencial só porque prossegue um objectivo comparável de restrição da concorrência ou tem um efeito comparável de restrição da concorrência. Nestes casos — como o presente caso mostra claramente —, a delimitação entre uma medida autónoma admissível de um Estado-Membro e a retoma inadmissível de elementos materiais é, em concreto, bastante difícil ou mesmo impossível.

151. Um critério restritivo, de estrita acessoriedade, permite também evitar a situação paradoxal de que uma medida de um Estado-Membro seja entendida como violação do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, apenas por as empresas terem celebrado antes um acordo com um efeito

58 — V., por exemplo, acórdão de 1 de Outubro de 1987, VVR (311/85, Colect., p. 3801, n.º 23). No mesmo sentido, Weuster, A. — *Die Neuregelung der Buchpreisbindung in Deutschland*, Boorberg, 2007, pp. 216 e segs.

59 — V. n.º 141 das presentes conclusões.

60 — V. n.ºs 128 e 129 das presentes conclusões.

61 — Também, neste sentido, Joliet, R. — «National anti-competitive Legislation and Community Law», *Fordham International Law Journal*, 1989, p. 174, e Henriksen, U. B. (nota 43), p. 69. A jurisprudência rejeita um critério que atende ao conteúdo ou ao efeito de uma medida estatal sobre a concorrência; v., em especial, acórdãos Van Eycke, já referido (nota 39), n.º 18, e Meng, já referido (nota 44), n.ºs 14 a 22. Relativamente ao acórdão Van Eycke, v. Henriksen, U. B. (nota 43), p. 114. Pelo contrário, Emmerich, W. (nota 59), n.º 15, propõe um critério que atende ao conteúdo ou ao efeito de uma medida estatal sobre a concorrência.

comparável, ao passo que a adopção desta medida é permitida noutro Estado-Membro, por as empresas não terem celebrado aí qualquer acordo com um conteúdo correspondente.

152. Penso que também não é contraditório permitir que um Estado-Membro adopte, por sua própria iniciativa, uma lei com um objectivo ou um efeito restritivo da concorrência, embora lhe seja vedado, por força da obrigação de lealdade, reforçar os efeitos de um acordo comparável entre empresas. Só existiria uma contradição se, nos termos do dever de lealdade, fosse relevante que a lei tenha um objectivo ou um efeito restritivo da concorrência. Todavia, atendendo ao princípio da atribuição de competências [62], não é possível acolher este entendimento. Pelo contrário, não pode ser negada a um Estado-Membro a possibilidade de adoptar uma medida legal de conteúdo comparável ao de um acordo entre empresas, desde que o faça por sua própria iniciativa.

153. Na presente categoria, o princípio da lealdade limita-se, deste modo, à proibição de os Estados-Membros reforçarem os efeitos de um acordo entre empresas contrário ao artigo 81.º CE, retomando tal acordo, no todo ou em parte, de modo estritamente acessório, sem alterar ou debater o seu conteúdo. A Comissão assinalou, a justo título, que tal comportamento dos Estados-Membros tem um efeito de sinal, que é susceptível de pôr em causa o *effet utile* da política comunitária de concorrência.

154. Consequentemente, considero que o nexo substancial da BPrBG com o Sammelrevers 1993 não constitui um reforço dos efeitos do Sammelrevers 1993.

iii) Conclusão

155. Em conclusão, não se pode entender que — independentemente da apreciação do Sammelrevers 1993 do ponto de vista do direito da concorrência — a adopção da BPrBG tenha constituído uma imposição, um favorecimento ou um reforço dos efeitos de um acordo anticoncorrencial.

b) Delegação em operadores privados da responsabilidade de tomar decisões de intervenção em matéria económica

156. Na quarta categoria acima referida [63], a violação do dever de lealdade pode também verificar-se quando um Estado-Membro retira a uma medida o carácter estatal, delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção

62 — V. n.os 128 e 129 das presentes conclusões.

63 — V. n.º 131 das presentes conclusões.

em matéria económica. Da análise desta quarta categoria, tomada em consideração pela jurisprudência assente, decorre que é essencialmente no acórdão Leclerc e o. [64] que ela tem origem [65].

157. Uma delegação de poderes do Estado em operadores económicos privados só se poderá verificar, em princípio, quando estes operadores são autorizados, pelas leis do Estado, a estabelecer preços vinculativos para terceiros, sem que tais preços estejam sujeitos a controlo estatal [66].

158. Contra a aplicação desta categoria no caso em apreço, alega-se, em especial, que não existe qualquer acordo entre empresas [i)], qualquer delegação das decisões em operadores económicos privados [ii)] e que não existe uma política comunitária de concorrência relativa a sistemas nacionais de preços vinculativos para livros [iii)].

64 — Já referido (nota 5), n.º 15.

65 — V. análise de Henriksen, U. B. (nota 43), pp. 114 e 115.

66 — Neste sentido, Niemeyer, J. — «Die Anwendbarkeit von Art. 85 und 86 EG-Vertrag auf staatliche Maßnahmen», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1994, pp. 721 e segs., especialmente p. 723.

i) Não exigência de acessoriedade

159. Alguns autores exigem também para esta categoria uma estrita acessoriedade relativamente a um acordo entre empresas contrário ao artigo 81.º CE [67].

160. Este entendimento também não me convence.

161. Em primeiro lugar, não encontro na jurisprudência qualquer indicação de que também nesta quarta categoria deva ser necessária uma estrita acessoriedade relativamente a um acordo anticoncorrencial entre empresas.

67 — Neste sentido, Weuster, A. (nota 59), p. 219; Niemeyer, J. (nota 67), pp. 730 e 731; e Schwarze, J. (nota 43), pp. 620 a 622.

162. Pelo contrário, no acórdão Leclerc e o., o Tribunal de Justiça tomou em conta que tais normas nacionais que *tornam supérfluos* comportamentos de empresas proibidos por força do artigo 81.º, n.º 1, CE, ao transferirem para os editores ou importadores de livros a responsabilidade de fixar livremente os preços vinculativos para o mercado retalhista, põem em causa o efeito útil do artigo 81.º CE e, por conseguinte, contrariam o artigo 10.º, segundo parágrafo, CE [68]. É certo que, neste acórdão, o Tribunal de Justiça não afirmou expressamente que um sistema nacional de preços vinculativos dos livros está abrangido pelo âmbito de aplicação da quarta categoria [69]. Mas, nesse caso, em que era pacífico não existir qualquer acordo anterior entre empresas, continuou a examinar a violação do dever de lealdade e considerou ser possível existir tal violação em determinadas condições [70]. Em minha opinião, isto permite concluir que o Tribunal de Justiça não exige para a quarta categoria uma estrita acessoriedade da medida estatal relativamente a um acordo anticoncorrencial existente entre empresas [71]. Os acórdãos posteriores do Tribunal de Justiça não permitem deduzir que tenha abandonado esta posição [72].

163. Em segundo lugar, também não considero adequado limitar esta categoria a medidas que são acessórias de acordos anticoncorrenciais entre empresas. É certo que, como foi acima explicado [73], não basta determinar se uma medida estatal tem efeitos sobre a concorrência e, em caso afirmativo, quais. Todavia, isto também não é objecto da presente categoria. Os Estados-Membros adoptam o comportamento censurável abrangido pela quarta categoria ao contornarem a exigência do artigo 81.º CE de que exista um *acordo entre empresas*. O objectivo é abranger todas as medidas legais que constituem

68 — V. n.º 15 do acórdão Leclerc e o. já referido (nota 5).

69 — Neste contexto, é de notar que as quatro categorias só foram «consolidadas» no acórdão Van Eycke, já referido (nota 39), n.º 16, e, deste modo, após ter sido proferido o acórdão Leclerc e o.

70 — V. n.º 20 e parte decisória do acórdão Leclerc e o., já referido (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, supõe que um anterior projecto de acórdão examinou esta questão e respondeu pela afirmativa. Segundo Joliet, R. (nota 61), p. 172, o Tribunal de Justiça considerou que a medida estatal era, em princípio, incompatível com os artigos 10.º, segundo parágrafo, CE, 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE. Henriksen, U. B. (nota 43), pp. 59 e 140, defende que, embora o Tribunal de Justiça não tenha respondido expressamente a esta questão, é possível deduzir do acórdão que o Tribunal de Justiça pretendia responder-lhe em sentido afirmativo. Schwarze, J. (nota 43), p. 618, considera que o Tribunal de Justiça suscitou a questão sem lhe ter respondido.

72 — Em especial, os acórdãos, já referidos, Meng (nota 44), Ohra Schadeverzekeringen (nota 44) e Reiff (nota 39) não me parecem indicar que esta posição tenha sido abandonada. Nestes casos, o Tribunal de Justiça debruçou-se sobre a questão de saber se devia alargar a aplicação do dever de lealdade para além dos casos até aí por ele abrangidos (v. uma análise em Niemeyer, J., nota 66, p. 725). Tratava-se da questão de saber se as medidas dos Estados-Membros tinham violado o artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, desde logo, por terem um objectivo ou um efeito de restrição da concorrência comparáveis a um acordo anticoncorrencial entre empresas. Além disso, no acórdão Reiff, já referido (nota 39), n.ºs 22 e segs., o Tribunal de Justiça aplicou o critério de apreciação acima explicado, mas negou a existência de uma infracção por entender que não se tinha verificado qualquer delegação das decisões em operadores económicos privados.

73 — N.ºs 128 e 129 das presentes conclusões.

apenas uma «casca» legislativa sem conteúdo, que protege os operadores económicos privados da aplicação do artigo 81.º CE. Nestas hipóteses, pode ser posto em causa o *effet utile* do artigo 81.º CE [74].

164. Em terceiro lugar, opõe-se à exigência de uma estrita acessoriedade também nesta categoria o facto de que, de outro modo, esta raramente se aplicaria, dado que a medida estatal que delega em operadores privados a responsabilidade de adoptar decisões de intervenção em matéria económica conduz precisamente a que seja supérfluo um acordo contrário ao artigo 81.º CE.

165. Em conclusão, entendo que, na presente categoria, não se pode exigir uma acessoriedade estrita relativamente a um acordo entre empresas contrário ao artigo 81.º CE.

74 — Parece-me ser convincente (mas apenas relativamente a esta quarta categoria) o raciocínio do advogado-geral C. O. Lenz nas suas conclusões de 16 de Dezembro de 1986, no processo VVR, já referido (nota 58), n.º 42, o qual assinala que a norma nacional substitui a condição da existência de «acordos, decisões e práticas concertadas» nos termos do artigo 81.º CE, tornando-a supérflua. Para isso é necessário que um Estado-Membro conceda a operadores privados autoridade pública para intervir em matéria de concorrência e que os operadores privados possam decidir sobre esta intervenção em matéria económica. Esta é a característica que permite distinguir uma intervenção independente dos Estados-Membros em matéria de concorrência, admissível nos termos do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE. Schwarze, J. (nota 43), p. 621, critica esta posição.

ii) Delegação em operadores económicos privados

166. Deste modo, é decisiva a questão de saber se a BPrBG delega em operadores económicos privados a responsabilidade pela fixação dos preços. Para este fim, importa distinguir entre livros austríacos e alemães.

167. Antes de mais, há que examinar se a competência para fixar os preços está, em última análise, reservada às próprias autoridades públicas. Neste caso, não se pode entender que exista uma delegação da responsabilidade em operadores privados [75]. O Governo alemão invoca, neste contexto, o controlo jurisdicional material dos preços de venda ao público estabelecidos, previsto nos termos do § 7 da BPrBG, em conjugação com o § 1 da BPrBG. Na audiência, o Governo austríaco não apresentou indicações circunstanciadas quanto a este tipo de controlo jurisdicional. Contudo, nos termos destas disposições, não parece ser possível que um juiz actue *ex officio* quando os preços de venda ao público não são apropriados para alcançar os objectivos prosseguidos com a BPrBG [76]. Nestas condições, não se pode entender que a competência para fixar os preços esteja, em última análise, reservada às autoridades públicas.

75 — V., em especial, acórdãos Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, já referido (nota 39), n.os 21 e 22; Centro Servizi Spediporto, já referido (nota 39), n.º 27; Reiff, já referido (nota 39), n.os 20 a 23; e de 29 de Janeiro de 1985, Cullet (231/83, Recueil, p. 305, n.º 17).

76 — Penso que é esta a diferença relativamente aos acórdãos referidos na nota 75.

168. Além disso, importa assinalar que, quanto à violação do dever de lealdade, é irrelevante se os operadores privados são obrigados ou apenas autorizados a fixar os preços [77].

169. Por conseguinte, há que examinar, no caso vertente, se a BPrBG delega em operadores económicos privados a responsabilidade de fixação dos preços.

170. No caso dos livros austríacos, os editores podem fixar livremente os preços austríacos de venda ao público. Existe por isso, quanto a estes livros, uma delegação em operadores privados da responsabilidade pela fixação dos preços.

171. Todavia, no caso dos livros alemães, *a decisão de fundo* sobre o nível a atingir, em princípio, pelo preço austríaco de venda ao público, por um lado, e a *fixação* deste preço, por outro, é delegada em duas empresas diferentes que se encontram em diferentes níveis do mercado. É verdade que a fixação do preço austríaco de venda ao público de um livro alemão para a sua venda na Áustria é efectuada por um importador. Mas, como este preço está, em princípio, vinculado ao nível do preço alemão de venda ao público, a decisão de fundo sobre o nível do preço austríaco de venda ao público cabe ao editor alemão. Deste modo, o operador privado no qual a competência poderia estar delegada é o editor alemão [78].

172. Contra o argumento da responsabilidade do editor alemão pode objectar-se que um editor alemão fixa apenas os preços alemães de venda ao público e que os preços austríacos de venda ao público são fixados em função destes. Seria possível concluir daí que a fixação do preço austríaco de venda ao público não é da responsabilidade do editor alemão, mas que o preço alemão de venda ao público é apenas um factor do qual decorre o preço austríaco de venda ao público, de acordo com o disposto na BPrBG [79].

173. No entanto, importa ter em conta, antes de mais, que um editor alemão pode, no caso de um livro comercializado na Alemanha e na Áustria, tomar em consideração também as vendas na Áustria, sendo possível que a importância das vendas na Áustria varie em função do editor e do livro. Importa ainda notar que um editor alemão pode influenciar os preços de venda ao público para a Áustria através da concessão de vantagens comerciais, embora tenha de aceitar inconvenientes [80].

77 — Acórdão Comissão/Itália, já referido (nota 54), n.º 55; no mesmo sentido, Weuster, A. (nota 58), p. 218.

78 — Em regra, nos casos de importação, depende também do editor a decisão de conceder ao importador um preço inferior ao preço de compra habitual.

79 — V. acórdão Cullet, já referido (nota 75), n.º 17.

80 — V. n.os 62 a 65 das presentes conclusões.

174. De resto, parece-me que neste contexto a questão decisiva não é a de saber em que medida o editor alemão decide livremente, mas se a fixação dos preços austríacos de venda ao público cabe, em última análise, a órgãos do Estado ou a operadores económicos privados. Dado que, no caso vertente, a fixação do preço austríaco de venda ao público para livros alemães cabe, em última análise, ao editor alemão, suponho que a BPrBG transfere a responsabilidade pela fixação dos preços, pelo menos em parte, para os editores alemães.

175. Em conclusão, entendo, por conseguinte, que um regime como o previsto na BPrBG delega em operadores privados a responsabilidade de tomar medidas de intervenção em matéria económica. Isto é confirmado pela abordagem feita pelo Tribunal de Justiça no acórdão Leclerc e o., que analisei *supra* [81].

iii) Consideração da competência dos Estados-Membros no domínio cultural

176. No acórdão Leclerc e o., após aceitar implicitamente que uma violação poderia, em princípio, ocorrer por se ter tornado supérfluo um acordo anticoncorrencial, o Tribunal de Justiça declarou que não existe uma política comunitária de concorrência relativa a sistemas puramente nacionais de preços vinculativos dos livros. Deduziu daí que, na fase em que o direito comunitário se encontrava nesse momento, as obrigações decorrentes do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, não estavam suficientemente determinadas para proibirem aos Estados-Membros a adopção de normas jurídicas sobre a concorrência a nível dos preços de venda ao público de livros, na condição de estas normas respeitarem as demais disposições pertinentes do Tratado CE, em especial as relativas à livre circulação de mercadorias [82].

177. Penso que esta formulação do Tribunal de Justiça contém já todos os elementos essenciais para julgar o presente caso, sendo porém necessários alguns esclarecimentos.

178. Em primeiro lugar, a referência à falta de política de concorrência quanto a sistemas nacionais de preços vinculativos dos livros deve ser entendida no sentido de que é necessário observar normas comunitárias especiais para este domínio, na medida em que existam. Contudo, até agora, não foram adoptadas normas comunitárias específicas para este domínio.

81 — V. n.º 162 das presentes conclusões.

82 — Acórdão Leclerc e o., já referido (nota 5), n.º 20.

179. Em segundo lugar, tal referência não pode ser entendida no sentido de que, devido à falta de normas especiais, não existe qualquer política comunitária neste domínio. Pelo contrário, a proibição geral de vinculações verticais de preços, nos termos do artigo 81.º CE, constitui parte da política comunitária intersectorial, da qual os livros não estão, em princípio, excluídos [83]. Como resulta da jurisprudência, acresce que o Tribunal de Justiça examina a quarta categoria noutros sectores mesmo quando não existem normas especiais para um sector [84].

180. É certo que, em terceiro lugar, a referência a sistemas puramente nacionais de preços vinculativos dos livros pode ser entendida no sentido de que no processo Leclerc e o. não se tangia o âmbito de aplicação do artigo 81.º CE, por faltar a susceptibilidade de afectar o comércio entre os Estados-Membros. Esta interpretação também não me parece convincente, dado que o acórdão Leclerc e o. se refere a importações para França de livros editados noutros Estados-Membros e a reimportações de livros editados em França. Também no presente caso, devido ao volume considerável das importações da Alemanha, não se pode entender que os factos não apresentem um nexo transfronteiriço [85].

181. Nestas condições, penso que a referência do Tribunal de Justiça à falta de uma política comunitária de concorrência quanto a sistemas puramente nacionais de preços vinculativos dos livros só pode ser entendida no sentido de que, no âmbito da aplicação do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, o Tribunal de Justiça toma em consideração os sistemas nacionais de preços vinculativos dos livros como expressão da competência dos Estados-Membros no domínio cultural [86].

182. No plano dogmático, esta consideração pode ser alicerçada do seguinte modo. No caso vertente, não se trata de uma aplicação directa do artigo 81.º CE. Na medida em que, através do dever de lealdade consagrado no artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, os Estados-Membros estejam adstritos a obrigações que decorram indirectamente do artigo 81.º CE, importa ter em conta não apenas os objectivos do artigo 81.º CE mas também a competência dos Estados-Membros no domínio da cultura [87].

183. Concluo a título provisório que, atendendo à jurisprudência e à necessidade, que acabei de referir, de respeitar a competência dos Estados-Membros em matéria cultural, a

83 — Tal excepção deve estar expressamente prevista no Tratado CE; v. acórdão de 30 de Abril de 1986, Asjes e o. (209/84 a 213/84, Colect., p. 1425, n.º 40).

84 — V., por exemplo, jurisprudência referida na nota 75.

85 — Contudo, na medida em que se trate apenas da fixação dos preços de livros austríacos, haverá que examinar com mais atenção se esta é susceptível de afectar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros. Embora a incidência transfronteiriça também não possa ser completamente excluída neste caso (compras efectuadas por operadores transfronteiriços), é duvidoso que se verifique uma afectação sensível.

86 — V., também, Weuster, A. (nota 58), pp. 211 a 224.

87 — V., neste contexto, também, n.os 19 e 22 das conclusões do advogado-geral M. Darmon de 3 de Outubro de 1984, no processo Leclerc e o., já referido (nota 5), que sublinha reiteradamente a necessidade de respeitar a competência em matéria cultural. V., a este respeito, também, Fezer, K.-H. (nota 2), p. 143, e Hofmann, T. (nota 49), p. 559.

quarta categoria não é aplicável, em princípio, a sistemas de preços vinculativos dos livros.

184. Note-se, porém, que a jurisprudência submeteu a consideração de tais sistemas a duas condições. Deve tratar-se de um sistema puramente nacional de preços vinculativos dos livros e as regras nacionais não devem violar outras disposições do Tratado CE, em especial em matéria de livre circulação de mercadorias.

— Sistema puramente nacional de preços vinculativos dos livros

185. Em primeiro lugar, deve existir um sistema puramente nacional de preços vinculativos dos livros. Decorre do acórdão Leclerc e o. [88] que existe também um sistema nacional de preços vinculativos dos livros na acepção desta jurisprudência quando este abrange livros que são importados de outros Estados-Membros. Penso ainda que, quanto à violação do dever de lealdade por um Estado-Membro, não pode fazer qualquer diferença se a fixação material do preço de venda ao público para um livro importado é efectuada pelo importador no interior do país ou pelo editor noutro Estado-Membro.

186. Contudo, no caso vertente, a circunstância de que os preços austríacos de venda ao público para livros alemães são fixados, em princípio, em função dos preços alemães de venda ao público levanta dúvidas de que a BPrBG possa ser qualificada de sistema puramente nacional de preços vinculativos dos livros. Isto significa que os preços austríacos de venda ao público para estes livros não são fixados necessariamente de acordo com critérios justificados atendendo ao mercado austríaco [89]. Tenho, desde logo, sérias dúvidas de que a BPrBG possa ser qualificada, nesta medida, de sistema puramente nacional de preços vinculativos dos livros, na acepção do acórdão Leclerc e o..

— Conformidade com outras disposições do Tratado CE, em especial com as relativas à livre circulação de mercadorias

187. Em segundo lugar, no acórdão Leclerc e o., o Tribunal de Justiça declarou que não se podia considerar existir uma violação do dever de lealdade na condição, porém, de as normas nacionais do sistema de preços vinculativos dos livros respeitarem as demais disposições pertinentes do Tratado CE, em especial as relativas à livre circulação de mercadorias [90]. Reformulando positivamente esta condição negativa, isto significa que existe uma violação do dever de lealdade

88 — Já referido (nota 5).

89 — V. n.º 173 das presentes conclusões.

90 — Acórdão já referido (nota 5), n.º 20.

quando o sistema nacional de preços vinculativos dos livros contraria as normas relativas à livre circulação de mercadorias ou outras disposições do Tratado CE [91].

188. Assim, no acórdão Leclerc e o., o Tribunal de Justiça examinou, antes de mais, se tinha sido violado o dever de lealdade, ao que respondeu pela negativa, e, em seguida, as disposições relativas à livre circulação de mercadorias. Ao invés, só exclui uma violação do dever de lealdade na quarta categoria quando o sistema nacional de preços vinculativos dos livros está em conformidade também com as demais disposições do Tratado CE.

189. Em minha opinião, este requisito é exigido com base no seguinte raciocínio. Como foi acima indicado, através de um sistema de preços vinculativos dos livros imposto pelo Estado é delegada em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção em matéria económica. Por este motivo, não pode ser excluída, em princípio, uma violação da quarta categoria do princípio da lealdade. No entanto, os sistemas nacionais de preços vinculativos dos livros são tomados em conta como expressão da competência dos Estados-Membros em matéria cultural. Todavia, esta consideração só se justifica quando os Estados-Membros respeitam as demais normas comunitárias ao organizarem o sistema de preços vinculativos dos livros.

91 — *Ibidem*.

190. Dado que uma norma como o § 3 da BPrBG viola o artigo 28.º CE, resulta da jurisprudência que o sistema austríaco de preços vinculativos dos livros não deve ser entendido como expressão da competência dos Estados-Membros em matéria cultural.

iv) Conclusão

191. Em conclusão, considero que a faculdade de estabelecer preços de venda ao público para os livros, conferida por sistemas estatais de preços vinculativos aos editores e importadores, não viola, em princípio, o dever dos Estados-Membros previsto no artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, mas que no caso vertente se verificam circunstâncias especiais, que levam a entender que se verifica esta infracção [92].

192. No caso em apreço, esta infracção corresponde, em larga medida, à infracção ao artigo 28.º CE. No entanto, contrariamente ao

92 — É certo que poderia ainda ser examinada uma aplicação analógica do artigo 81.º, n.º 3, CE. Entendo que, na presente categoria, este exame devia ser realizado de modo a determinar se todas as decisões possíveis delegadas em operadores económicos privados preenchem os requisitos do artigo 81.º, n.º 3, CE. A extensão a todas as decisões possíveis é apropriada, porque nesta categoria o Estado-Membro delega a responsabilidade em operadores económicos privados. Tenho dúvidas, desde logo, que um regime que discrimina livros em língua alemã procedentes de outros Estados-Membros seja imprescindível para atingir os objectivos prosseguidos com o regime de preços vinculativos dos livros.

entendimento do Governo alemão, não se pode considerar que exista uma relação de especialidade entre o artigo 28.º CE, por um lado, e o artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, por outro, dado que estas normas prosseguem objectivos distintos.

V — Resumo

193. Em resumo, considero que um regime como o previsto na BPrBG não é compatível com as disposições relativas à livre circulação de mercadorias. Assim, proponho que se responda pela afirmativa à primeira questão prejudicial e pela negativa à segunda questão.

194. Além disso, a adopção de um sistema de preços vinculativos dos livros imposto pelo Estado não constitui, em princípio, qualquer violação do dever de lealdade consagrado no artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, na categoria em que se torna supérfluo um acordo anticoncorrencial. Mas isto está sujeito às condições de que se trate de um sistema puramente nacional de preços vinculativos dos livros e de que as disposições deste sistema não contrariem o direito comunitário, em especial as normas relativas à livre circulação de mercadorias. No caso vertente, não está preenchida, pelo menos, a segunda condição.

195. Dado que a terceira questão prejudicial só foi, porém, colocada para o caso de se responder negativamente à primeira questão, proponho que o Tribunal de Justiça não responda a esta questão.

196. Se se responder à terceira questão prejudicial, proponho que o Tribunal de Justiça responda, de acordo com a jurisprudência até aqui proferida, que, no estado actual do direito comunitário, o disposto no artigo 10.º, segundo parágrafo, CE, em conjugação com os artigos 3.º, n.º 1, alínea g), CE e 81.º CE, não proíbe os Estados-Membros de adoptarem legislação nos termos da qual o preço de venda final dos livros tem de ser fixado pelo editor ou importador de um livro, mas na condição de que se trate de um sistema puramente nacional de preços vinculativos dos livros e de que esta legislação respeite as demais normas pertinentes do Tratado CE, em especial as que se referem à livre circulação de mercadorias.

VI — Conclusão

À luz das considerações precedentes, proponho que se responda às questões submetidas pelo órgão jurisdicional nacional do seguinte modo:

«1) O conceito de medida de efeito equivalente a uma restrição à importação nos termos do artigo 28.º CE deve ser interpretado no sentido de que abrange um regime de um Estado-Membro nos termos do qual os editores e importadores nacionais são obrigados a fixar e tornar público um preço mínimo de venda vinculativo para os retalhistas, não devendo o importador praticar, relativamente a livros que são publicados noutro Estado-Membro, um preço de venda ao público inferior ao que foi fixado ou recomendado pelo editor para esse outro Estado-Membro (deduzindo o IVA em vigor no outro Estado-Membro e adicionando o IVA em vigor no território nacional).

O mesmo é válido quando o importador de tal livro pode fixar um preço de venda ao público inferior ao estabelecido ou recomendado pelo editor para esse Estado-Membro proporcionalmente à vantagem comercial que obtém ao adquirir o livro a um preço inferior ao habitual preço de compra.

2) Os artigos 28.º CE, 30.º CE e 151.º CE devem ser interpretados no sentido de que tal regime não pode ser justificado nem pela função dos livros como bens culturais, nem pelo interesse dos consumidores finais em livros a preços adequados, nem pela realidade económica e do comércio livreiro.»