CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 16 de Junho de 1994 *

A — Introdução

1. O presente processo tem por objecto o recurso interposto pela Publishers Association contra o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 1992 no processo T-66/89 [1]. Naquele acórdão, o Tribunal negou provimento ao recurso da Publishers Association contra a decisão da Comissão de 12 de Dezembro de 1988 no processo Publishers Association — Net Book Agreements [2].

2. A recorrente é uma associação de editores que exerce as suas actividades no Reino Unido. O presente processo respeita a dois acordos organizados pela recorrente e celebrados em 1957. Estes acordos são designados «Net Book Agreements» (a seguir «NBA»). Foram partes no primeiro todos os editores membros da recorrente, enquanto as partes do segundo são editores não membros. Os dois acordos têm conteúdo essencialmente idêntico.

3. Os NBA prevêem condições uniformes para a venda de livros a preço imposto — os chamados «net books» — a aplicar pelos editores partes nos acordos. Nos termos dessas condições-tipo, os grossistas e retalhistas não podem, em princípio, vender aqueles livros no Reino Unido e na Irlanda a preço inferior ao fixado pelo editor. Encontram-se excepções àquela regra nos NBA e em preceitos de execução que aqueles acordos autorizam a Publishers Association a adoptar. Encontram-se entre esses preceitos de execução disposições sobre descontos para bibliotecas, descontos de quantidade e para os chamados «book agents».

Os NBA atribuem à Publishers Association a função de zelar pelo respeito dos acordos e, para esse efeito, recolher informações sobre eventuais violações por parte de livreiros.

* Língua original: alemão.

1 — Publishers Association/Comissão, Colect., p. II-1995.

2 — JO 1989, L 22, p. 12.

Os editores participantes nos acordos encontram-se obrigados a efectivar os seus direitos contratuais e os direitos que lhes assistem nos termos do Resale Prices Act 1976 (lei em vigor no Reino Unido) se a Publishers Association o exigir. Note-se a este respeito que o Resale Prices Act 1976 possibilita aos editores a imposição de condições relativas a preços mínimos de venda no Reino Unido a todas as pessoas que conheçam tais condições.

4. No âmbito dos NBA e das normas de execução daqueles, a recorrente publicou ainda um «Code of Allowances» para a venda de edições novas, revistas ou a baixo preço, de livros de preço imposto reduzido e restos de armazém, bem como regulamentações para clubes do livro («Book Club Regulations») e saldos anuais de livros a nível nacional. Refira-se ainda, finalmente, que a recorrente publica um repertório comercial («Directory of Booksellers») em que são indicadas todas as livrarias que satisfazem determinadas exigências e se obrigaram a aplicar as referidas condições-tipo de venda dos «net books».

5. Encontra-se referência mais pormenorizada àquelas regras na decisão da Comissão de 12 de Dezembro de 1988 [3] e no acórdão recorrido do Tribunal de Primeira Instância [4]. Não é necessário discuti-las neste local, pois não assumem relevo para a decisão do presente litígio. Deve, contudo, ter-se presente que todas estas disposições só são aplicáveis à venda de «net books» e que cada editor pode decidir se quer vender um livro como «net book». Se se decidir neste sentido, são aplicáveis os NBA e as regulamentações acessórias. Porém, a fixação do preço imposto só vincula o editor.

6. O Tribunal de Primeira Instância verificou que no Reino Unido são anualmente publicados 40 000 novos títulos, 80% dos quais por membros da recorrente.

Só uma pequena parte da produção livreira do Reino Unido (cerca de 1,2%) é exportada para a Irlanda. Contudo, tais exportações correspondem a 80% das importações de livros para a Irlanda e a mais de 50% do total de vendas de livros naquele Estado-membro. Verifica-se ainda que cerca de 75% dos livros vendidos no Reino Unido ou exportados para a Irlanda por editores ingleses são vendidos como «net books» [5].

3 — *Loc. cit.* (nota 2), n.os 6 a 30 e 38 a 39.
4 — *Loc. cit.* (nota 1), n.os 4 a 16.
5 — *Loc. cit.* (nota 1), n.os 17 a 18 e 56.

7. A Restrictive Practices Court (tribunal competente para julgar questões de concorrência no Reino Unido) debruçou-se em várias ocasiões sobre a compatibilidade dos NBA com o direito da concorrência do Reino Unido. Aquele tribunal afirmou inicialmente tal compatibilidade num acórdão pormenorizado proferido em 1962 [6]. Concluiu naquele aresto que a revogação dos NBA conduziria ao aumento dos preços dos livros, à redução do número de livrarias que dispõem de existências e à diminuição do número e variedade de títulos publicados. Aquele tribunal confirmou a mesma conclusão em 1964 e 1968. Em fins de 1993, as autoridades competentes anunciaram que tencionavam submeter os NBA a nova apreciação e, eventualmente, pedir de novo à Restrictive Practices Court que sobre eles se pronunciasse [7].

8. Depois da adesão do Reino Unido à Comunidade, a recorrente notificou à Comissão em 1973 os NBA e restantes regulamentações. Só em 1988 a Comissão tomou uma decisão definitiva sobre a questão. Decidiu existir uma violação do n.° 1 do artigo 85.° pelos NBA e pelos preceitos adoptados em sua execução, bem como pelas restantes medidas tomadas pela recorrente neste contexto [8], «na medida em que se refiram ao comércio livreiro entre os Estados-membros» (artigo 1.° da decisão). A Comissão recusou conceder aos referidos acordos e outras disposições, nos termos do n.° 3 do artigo 85.°, a isenção da proibição contida no n.° 1 do mesmo artigo (artigo 2.° da decisão). Ordenou ainda à recorrente que pusesse imediatamente termo à infracção mencionada no artigo 1.° (artigo 3.° da decisão) e que informasse as empresas em causa da decisão e das consequências dela decorrentes (artigo 4.° da decisão).

9. A questão de uma eventual isenção nos termos do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado CE é examinada nos n.ºs 69 a 86 da decisão. A Comissão afirma aí que, em seu entender, não se encontra satisfeita «pelo menos» uma das condições do artigo 3.° do artigo 85.°, «a saber, a condição de que os acordos não podem impor restrições que não sejam indispensáveis à consecução dos seus objectivos» (n.° 70). Na apreciação desta questão, a Comissão aponta para o facto de a recorrente ter referido que, sem uma aplicação comum das condições-tipo pelos editores, não poderia ser garantida a protecção dos livreiros. A Comissão, contudo, adopta o ponto de vista de que os argumentos apresentados para o efeito diziam menos respeito à necessidade de aplicação comum de condições uniformes do que à questão de saber se um sistema de preço imposto para livros é, em si mesmo, indispensável para alcançar este objectivo. Contudo, estes dois aspectos podiam e deviam ser apreciados separadamente (n.° 71).

A Comissão descreve em seguida os argumentos apresentados pela recorrente em

6 — (1962) 3 All E. R. 751.

7 — Contudo, até ao momento da audiência de discussão no Tribunal de Justiça, pareciam não ter sido dados novos passos.

8 — V. *supra*, pontos 3 e 4.

relação à questão da indispensabilidade (n.° 72). Segundo esses argumentos, não é viável, em primeiro lugar, que o editor tenha que comunicar a cada livreiro as suas condições específicas de venda. Em segundo lugar, os livreiros não têm a possibilidade de respeitar e aplicar diferentes condições de venda de livros a preço imposto. Em terceiro lugar, é ainda necessário que cada livreiro possa confiar em que os concorrentes estão sujeitos às mesmas condições em relação a cada livro; os NBA dão-lhe tal confiança. Finalmente, só a recorrente pode, na prática, assegurar o controlo do respeito das condições uniformes e impor a sua execução.

A Comissão observa a este respeito que, para apreciar a questão da indispensabilidade das restrições da concorrência, é útil «recordar em primeiro lugar os objectivos dos... acordos» (n.° 73). Afirma, neste contexto:

«A associação argumenta que impedir o correcto funcionamento dos acordos levaria os livreiros, que habitualmente constituem existências, a encomendar menos exemplares da mesma obra, e menos obras devido ao risco de que a prática de preços inferiores, noutros lugares, os deixasse com existências invendáveis. Tal comportamento causaria o decréscimo do número de livreiros que constituem existências e, uma vez que as existências e a exposição dos livros são consideradas essenciais para as vendas, em consequência estas diminuiriam, os editores fariam edições de menor tiragem e os custos aumentariam. Como resultado disto e tendo em conta o aumento dos descontos que os editores seriam obrigados a conceder ao comércio, o preço dos livros aumentaria. Simultaneamente, as edições de pequena tiragem poderiam eventualmente deixar de ser publicadas pura e simplesmente.»

Depois de mais algumas observações (a que se fará ainda referência), a Comissão aprecia cada um dos quatro argumentos apresentados pela recorrente quanto à questão da indispensabilidade, e chega à conclusão de que nenhum daqueles argumentos é convincente (n.os 76 a 85).

10. A Publishers Association recorreu para o Tribunal de Justiça, em 1989, daquela decisão da Comissão. Com base em pedido de medidas provisórias apresentado simultaneamente, o presidente do Tribunal de Justiça suspendeu a execução dos artigos 2.° a 4.° da decisão impugnada, por despacho de 13 de Junho de 1989 [9]. O Tribunal de Primeira Instância, para o qual o processo foi entretanto remetido em Novembro de 1989, na sequência da modificação das normas de competência, julgou o pedido improcedente no acórdão recorrido. Na primeira parte da análise do mérito (n.os 43 a 59 do acórdão), o Tribunal apreciou as objecções ao artigo 1.°

9 — Colect., p. 1693.

da decisão da Comissão e rejeitou-as. Na segunda parte (n.os 60 a 116), o Tribunal analisou os fundamentos apresentados contra o artigo 2.° da decisão e rejeitou-os. Conta-se entre estes fundamentos uma alegada divergência entre as críticas comunicadas à recorrente e as que foram tomadas em consideração na fundamentação da decisão (n.os 61 a 70 do acórdão).

11. A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular o acórdão recorrido,

— dar provimento a uma parte dos pedidos já apresentados ao Tribunal de Primeira Instância, nomeadamente

i) anular o artigo 2.° da decisão da Comissão, na medida em que recusa a isenção dos NBA e de certos documentos, regulamentações e decisões com aqueles conexos, indicados no artigo 1.° da decisão,

ii) declarar que os artigos 2.°, 3.° e 4.° da decisão são nulos, e

— condenar a Comissão nas despesas do presente recurso, do recurso em primeira instância e do processo de medidas provisórias.

A recorrente pede ao Tribunal de Justiça que julgue definitivamente o litígio, nos termos do artigo 54.° do seu Estatuto, ou, subsidiariamente, que o remeta ao Tribunal de Primeira Instância para julgamento.

12. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar inadmissíveis os fundamentos e pedidos contidos no n.° 4, alíneas c) e d), da petição de recurso,

— julgar o recurso, de qualquer modo, improcedente, e

— condenar a recorrente nas despesas do processo.

13. A Booksellers Association of Great Britain and Ireland (a seguir «Booksellers Association») — uma associação de livreiros da Grã-Bretanha e da Irlanda — e a Clé — The Irish Book Publishers Association (a seguir «Clé») — uma associação de editores irlandeses — intervieram no litígio em apoio da recorrente. A Pentos Retailing Group Ltd e a Pentos plc (a seguir, em conjunto, «Pentos») — uma empresa activa no sector livreiro e a sua sociedade-mãe — intervieram em apoio da Comissão.

B — Parecer

Quanto ao objecto e admissibilidade do recurso

14. Face à formulação dos pedidos da recorrente, de certo modo invulgar, é necessário em primeiro lugar verificar qual o âmbito do recurso. Resulta da petição que a Publishers Association só põe em causa o acórdão do Tribunal de Primeira Instância na medida em que este confirma os artigos 2.° a 4.° da decisão da Comissão. O acórdão não é portanto impugnado na medida em que rejeita os fundamentos dirigidos contra o artigo 1.° da decisão. A Publishers Association deixa assim de se opor à conclusão da Comissão, confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância, de que os NBA e outras regulamentações referidas no artigo 1.° da decisão violam o n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CE.

Como a Comissão afirmou com razão na resposta à petição de recurso, este encontra-se limitado ainda de outro ponto de vista. O acórdão do Tribunal de Primeira Instância não é impugnado na medida em que não julgou procedentes as críticas processuais (relativas a uma alegada divergência entre as acusações comunicadas à recorrente e as que foram tomadas em consideração na fundamentação da decisão) [10].

Assim, no recurso a recorrente põe essencialmente em causa o facto de o Tribunal de Primeira Instância ter indevidamente considerado correcta a referida recusa, contida no artigo 2.° da decisão da Comissão, de concessão de uma isenção nos termos do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado CE.

15. Na contestação, a Comissão suscitou acertadamente a questão de saber se o recurso incide sobre todos os acordos e outras regulamentações indicadas no artigo 1.° da decisão. As referências contidas na petição não eram suficientemente claras. A recorrente só pôs termo àquelas dúvidas em resposta a uma pergunta escrita do Tribunal

10 — V. *supra*, ponto 10.

de Justiça. Afirma que já tinha revogado o «Code of Allowances» [artigo 1.°, alínea c), da decisão da Comissão] e a decisão sobre as condições de inscrição no «Directory of Booksellers» [artigo 1.°, alínea f), da decisão] no decorrer do processo perante o Tribunal de Primeira Instância; aqueles não são, portanto, objecto do recurso. Em meu entender, contudo, o Tribunal de Justiça não tem que se debruçar mais em pormenor sobre esta questão. Caso seja dado provimento ao recurso, é evidente que o Tribunal de Primeira Instância — ou a Comissão — em nova apreciação do caso só terão que verificar se os restantes acordos e regulamentações podem ser objecto de isenção. Torna-se assim desnecessário um esclarecimento nesse sentido na parte decisória do acórdão. O mesmo acontecerá, naturalmente, se o recurso for julgado improcedente.

16. Como já referi, a decisão da Comissão só atinge os NBA e restantes regulamentações *na medida* em que se refiram ao comércio entre os Estados-membros [11]. Como foi ainda salientado pela Comissão na contestação, a decisão não se estende à aplicação dos NBA e regulamentações conexas no próprio Reino Unido, na medida em que não afecte o comércio entre os Estados-membros. Não é necessário decidir aqui se, e em que medida, pode esta distinção, teoricamente clara, ser aplicável na prática, dado que entretanto a recorrente não apresentou qualquer pedido a este respeito no recurso. São assim irrelevantes as observações da interveniente Pentos, de acordo com as quais a aplicação dos NBA e regulamentações conexas não pode ser limitada ao Reino Unido. Como observa com razão a recorrente, aquelas observações da Pentos constituem uma tentativa inadmissível, por parte de um interveniente, de impugnar a decisão da Comissão em mais um ponto [12].

17. A Comissão afirma que algumas das críticas formuladas pela recorrente são inadmissíveis, dado que respeitam a matéria de facto e não a questões de direito. De acordo com o n.° 1 do artigo 168.°-A do Tratado CE e com o n.° 1 do artigo 51.° do Estatuto (CEE) do Tribunal de Justiça, os recursos das decisões do Tribunal de Primeira Instância são, como é sabido, limitados às questões de direito. Contudo, para simplificar, abordarei esta questão ao discutir cada um dos fundamentos do recurso em causa.

11 — De acordo com os esclarecimentos da Comissão na contestação, este comércio transfronteiriço consiste, no essencial, na exportação de «net books» do Reino Unido para a Irlanda, na importação de livros de outros Estados-membros para o Reino Unido, que depois da importação são considerados «net books», e na reimportação para o Reino Unido de livros anteriormente exportados para outros Estados-membros (particularmente a Irlanda).

12 — Aliás, pode recordar-se que a Pentos interveio no litígio em apoio da Comissão.

Quanto ao mérito

Nota prévia

18. O presente caso é digno de nota em mais do que um aspecto. Assim, é surpreendente que a Comissão só em 1988 se tenha considerado em condições de decidir sobre acordos que já tinham sido notificados em 1973. É estranho, também, que a Comissão tenha ignorado quase completamente as decisões da Restrictive Practices Court, a que a recorrente deu tanto peso no decorrer do processo. Em seu lugar, a Comissão refere uma decisão tomada alguns anos antes, para afirmar em seguida, no decorrer do processo judicial, que aquela referência não tem qualquer relevância para o presente caso.

Os argumentos apresentados pela recorrente dão também azo a duvidar da oportunidade da decisão da Comissão. A afirmação da recorrente de que é difícil imaginar um sistema de preço imposto para os livros que seja menos restritivo da concorrência do que os NBA é pertinente. É também digna de nota (ainda que, naturalmente, irrelevante para a apreciação jurídica) a circunstância de, segundo os dados da Booksellers Association, os NBA serem apoiados não só pelos editores envolvidos, mas ainda pela grande maioria dos livreiros que integram aquela associação. Note-se, finalmente, que a decisão da Comissão leva a dividir ao longo das fronteiras nacionais o mercado livreiro do Reino Unido e da Irlanda, até agora unitário. A recorrente e a Booksellers Association, tal como a Clé, chamam com razão a atenção para esta consequência à primeira vista paradoxal.

O próprio acórdão recorrido do Tribunal de Primeira Instância dá azo a muitas objecções. Todavia, dado que a recorrente formulou um certo número de críticas, não apreciarei por agora tais questões.

19. A Comissão alega todavia, com razão, que dispõe de uma certa margem de apreciação para avaliar a presença dos pressupostos das isenções previstas no n.° 3 do artigo 85.° do Tratado CE [13]. A apreciação judicial daquelas valorações tem que tomar tal facto em consideração e «limitar-se ao exame da existência dos factos e das qualificações jurídicas que a Comissão daí retira» [14]. Aquela apreciação compete ao Tribunal de Primeira Instância.

13 — V. acórdão de 15 de Maio de 1975, Frubo/Comissão (71/74 Recueil, p. 563, n.° 43).

14 — Acórdão de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão (56/64 e 58/64, Recueil, pp. 429, 501). Não é, em contrapartida, correcto o ponto de vista da Pentos de que as decisões da Comissão relativas ao n.° 3 do artigo 85.° só são inválidas caso se verifiquem erros «manifestos» de facto ou de direito.

Os recursos interpostos de acórdãos do Tribunal de Primeira Instância estão limitados a questões de direito. Como já afirmei em outro local [15], deve ser adoptada uma posição restritiva na interpretação do conceito «questão de direito». Esta opinião encontra-se de acordo com a jurisprudência, segundo a qual o recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância só é admissível «na parte em que a petição censura ao Tribunal o facto de ter decidido com desrespeito das normas jurídicas cujo cumprimento devia assegurar» [16]. O recurso deve incidir sobre a violação de normas jurídicas «*e não qualquer apreciação dos factos*» [17].

É a esta luz que devem em seguida ser apreciados os fundamentos do recurso. Note-se desde já que a recorrente os apresentou, na petição de recurso, em duas partes (sob os títulos «Fundamentos do recurso» e «Considerações jurídicas sobre os fundamentos do recurso»), sem ter esclarecido qual a relação entre aquelas duas partes. Dado que, de qualquer modo, alguns daqueles fundamentos são parcialmente coincidentes, seguirei a minha própria classificação.

Os vários fundamentos

1) Natureza dos NBA

20. A recorrente critica ao Tribunal de Primeira Instância o ter cometido um erro «fundamental» de interpretação no n.° 72, na medida em que aprovou a opinião da Comissão de que os NBA criaram um sistema «colectivo» que impõe a todos os livreiros a prática do mesmo preço de venda para determinado livro. Pelo contrário, os NBA permitem a cada editor fixar o preço de determinados livros em base *individual*, sem que o editor a tal esteja obrigado. Não se trata, portanto, de uma regulamentação *colectiva*. De qualquer forma, o sistema criado pelos NBA apresenta alguns traços colectivos. Possibilita assim à recorrente, em nome dos editores participantes, notificar a todos os livreiros do Reino Unido e da Irlanda as condições-tipo de venda dos «net books». Permite ainda aos livreiros actuar com base em condições de venda claras e uniformes. Além disso, as condições de venda prevêem excepções uniformes. O sistema permite à recorrente, finalmente, fiscalizar o respeito daquelas condições. Tal, contudo, ainda não chega para tornar os NBA uma regulamentação colectiva. A própria Comissão, no processo VBVB e VBBB/Comissão [18], afirmou, a propósito do sistema criado pelos NBA, que se trata «de um sistema individual de preço imposto com

15 — V. as minhas conclusões no acórdão de 10 de Junho de 1994, SFEI e o./Comissão (C-39/93 P, Colect., p. I-2681, n.os 30 e segs.).

16 — Acórdão de 1 de Outubro de 1991, Vidrányi/Comissão (C-283/90 P, Colect., p. I-4339, n.° 13); acórdão de 8 de Abril de 1992, F./Comissão (C-346/90 P, Colect., p. I-2691, n.° 7).

17 — Acórdão Vidrányi, já referido (nota 16), n.° 12; acórdão F., já referido (nota 16), n.° 7. Confirmado, por último, pelo acórdão de 1 de Junho de 1994, Comissão/Brazzelli Lualdi e o. (C-136/92 P, Colect., p. I-1981, n.° 48).

18 — Acórdão de 17 de Janeiro de 1984 (43/82 e 63/82, Recueil, p. 19).

alguns aspectos colectivos», de acordo com o relatório para audiência daquele processo [19].

A Booksellers Association e a Clé também criticam ao Tribunal de Primeira Instância ter indevidamente falado de um sistema «colectivo».

-me, todavia, não ter sido particularmente feliz qualificar tal regulamentação como sistema *colectivo* (contrariamente ao que afirma a Pentos, que considera os NBA de natureza indubitavelmente colectiva). Teria sido preferível, em minha opinião, a formulação empregue pela Comissão no processo VBVB e VBBB/Comissão. De qualquer forma, não é necessário aprofundar esta questão — embora, como é sabido, seja particularmente fácil discutir palavras. A questão só teria relevância se o Tribunal de Primeira Instância tivesse tirado conclusões erradas da terminologia utilizada. Não foi o que aconteceu, como se demonstrará [20].

21. A Comissão objecta que quer ela própria, quer o Tribunal de Primeira Instância, conheciam bem a natureza dos NBA. Tal resulta dos n.os 45 e 95 do acórdão recorrido. As observações contidas no n.° 72, invocadas pela recorrente em abono da tese contrária, não o contrariam. A recorrente atribui àquelas observações, que aliás não situa no respectivo contexto, um significado que o Tribunal não lhes quis dar.

23. A Comissão afirma, neste contexto, que os NBA criaram um «cartel de condições», na medida em que afastam, em relação aos editores parte nos acordos, a possibilidade de concorrência através da utilização de condições de venda diversas. O editor que quiser apor preço fixo aos seus produtos só o poderá fazer com base nos NBA e nas condições de venda destes decorrentes.

22. A meu ver, a opinião da Comissão é acertada. As observações contidas nos n.os 45 e 95 do acórdão recorrido confirmam que o Tribunal de Primeira Instância se apercebeu bem de que os editores partes nos NBA têm apenas a possibilidade, não o dever, de declarar «net books» os livros que editam e sujeitar a sua venda às condições-tipo fixadas nos NBA. Aquelas condições só são aplicáveis *se* o editor declarar o livro «net book». Parece-

Tais afirmações, na medida em que incidem sobre a questão dos termos em que os NBA restringem a concorrência, respeitam ao n.° 1 do artigo 85.°, não devendo assim ser aqui discutidos mais em pormenor, dado que as conclusões do Tribunal de Primeira Instância a este respeito não são objecto do recurso. O

19 — *Loc. cit.* (nota 18), p. 47.

20 — V., *infra*, pontos 24 a 28.

mesmo vale para o entendimento, defendido pela recorrente na audiência perante o Tribunal de Justiça, de que os editores partes nos NBA têm a liberdade de impor o preço dos seus livros sem terem que se submeter às condições fixadas nos NBA.

Contudo, a recorrente alega que aquelas observações da Comissão também podem ser entendidas no sentido de ser colocada em questão a existência de outro pressuposto necessário da isenção. Como é sabido, de acordo com o n.° 3 do artigo 85.° não podem ser concedidas isenções se por essa forma for dada às empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Se as observações da Comissão se relacionassem com este pressuposto, teriam que ser rejeitadas por inadmissíveis, dado que, quer a decisão da Comissão, quer o acórdão recorrido se debruçaram *exclusivamente* sobre outro pressuposto da concessão de isenção — o carácter indispensável das restrições da concorrência. Todavia, a Comissão esclareceu, no decorrer do processo, que aquelas observações se destinavam apenas a descrever o conteúdo dos NBA.

2) O processo VBVB e VBBB

24. No n.° 75 da decisão, a Comissão declara que «já» afirmou, na sua decisão no caso VBVB e VBBB [21], «que para se melhorar a publicação e distribuição dos livros em questão, um esquema de manutenção colectiva do preço de revenda que implique a imposição de restrições no comércio entre Estados-membros, tais como as contidas nos acordos em questão, não é indispensável.» No acórdão, o Tribunal de Primeira Instância afirmou que a Comissão não queria, com aquela referência, transpor para o sistema NBA a apreciação da questão da indispensabilidade efectuada na decisão VBVB e VBBB. A Comissão pretendia apenas remeter para o princípio geral de que o facto de determinadas restrições da concorrência produzirem efeitos benéficos no mercado interno de determinado Estado-membro não torna necessariamente indispensável a aplicação das mesmas restrições ao comércio entre Estados-membros (n.° 87 do acórdão recorrido).

25. A recorrente é de opinião de que aquelas observações do Tribunal de Primeira Instância constituem um erro de direito. O sistema NBA não pode ser comparado com o que foi objecto da decisão da Comissão no processo VBVB e VBBB. Naquele, ao invés do que sucede no presente caso, estava em causa um acordo que restringia fortemente a concorrência, dado que os editores estavam *obrigados* a praticar um sistema de preço imposto para as obras que publicassem. A referência

21 — JO 1982, L 54, p. 36. Aquela decisão foi objecto do já referido acórdão VBVB e VBBB/Comissão (v. nota 18).

àquele processo na decisão da Comissão constitui, portanto, um grave erro, que foi ignorado pelo Tribunal de Primeira Instância.

Caso a Comissão pretendesse limitar-se a recordar o princípio enunciado no referido caso, existiria também erro de direito. A recorrente nunca afirmou que o sistema NBA devesse ser aplicado ao comércio entre Estados-membros por ter efeitos benéficos no mercado de um deles. Pelo contrário, o seu argumento central sempre foi o de que os NBA seriam indispensáveis «para o público irlandês beneficiar das mesmas vantagens que o público do Reino Unido».

26. A Comissão e a Pentos não negam a existência de diferenças importantes entre o sistema NBA e o acordo apreciado no processo VBVB e VBBB. A Comissão sustenta, contudo, que na parte em questão da decisão só queria, efectivamente, recordar um princípio geral, como o Tribunal de Primeira Instância acertadamente declarou. As considerações expendidas numa decisão da Comissão não têm apenas por objectivo discutir os argumentos apresentados pelas partes envolvidas. Pelo contrário, é não só normal, como ainda desejável, que a decisão contenha, além das observações indispensáveis em relação ao caso em discussão, considerações de natureza geral que sirvam de orientação para os outros operadores económicos. Aliás, a recorrente não contestou a correcção do princípio evocado na passagem em causa da decisão.

27. Devo confessar que a argumentação da Comissão me parece bizarra. A decisão no processo VBVB e VBBB é a única decisão da Comissão (ou do Tribunal de Justiça) invocada na decisão nas observações relativas ao n.° 3 do artigo 85.°; mas, precisamente, aquela referência, na opinião da Comissão e do Tribunal de Primeira Instância, não é, em última análise, relevante para a decisão, limitando-se a recordar um princípio geral. Como a recorrente acertadamente observou na réplica, tal significaria que a referência seria irrelevante para a decisão tomada no presente caso pela Comissão. Também a mim parece difícil compreender por que razão a Comissão utilizaria esta decisão para recordar a outros operadores económicos um princípio sem relevância para a decisão do presente caso. Tal tentativa de esclarecimento é frouxa, sendo também significativo que as observações feitas a esse respeito pela Comissão no presente processo estejam rodeadas de grande prudência. Impõe-se assim a suspeita de que a Comissão, ao aprovar a presente decisão, poderia ser inteiramente de opinião de que a decisão no processo VBVB e VBBB era determinante. Aponta neste sentido, nomeadamente, a circunstância de aquela decisão anterior ser

referida sem indicação de diferenças em relação ao presente caso. A própria escolha dos termos («já») poderia constituir um indício — ainda que fraco — de a Comissão ter entendido que o princípio referido era aplicável em *ambos* os casos. Teria nesse caso efectivamente considerado que a questão decisiva era a de saber se a aplicação dos NBA ao comércio entre os Estados-membros era indispensável para produzir as vantagens resultantes da sua aplicação no *Reino Unido*.

28. Contudo, depois de madura reflexão, cheguei à conclusão de que aquele fundamento não é procedente. Não resulta com suficiente certeza da decisão da Comissão que a recusa da isenção assente nas considerações contidas no n.° 75. Pelo contrário, nos n.ºs 76 a 85 são apreciados os quatro argumentos apresentados pela recorrente, dos quais resultaria, na opinião desta, o carácter indispensável das restrições de concorrência. A Comissão refere, com alguma razão, que tal análise seria dispensável caso a decisão do processo já resultasse das considerações contidas no n.° 75 e da referência ali contida à decisão do processo VBVB e VBBB, a explicação dada pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido não está acima de quaisquer dúvidas, mas é inteiramente defensável. A meu ver não existe, portanto, erro de direito.

3) Os objectivos dos NBA e as alternativas possíveis

29. A recorrente sustenta que o Tribunal de Primeira Instância aprovou indevidamente o ponto de vista da Comissão sobre a indispensabilidade. É impossível, do ponto de vista lógico, apreciar aquela questão sem ter verificado previamente quais os objectivos que os NBA se destinam a alcançar, se (e, eventualmente, em que medida) tais objectivos foram efectivamente alcançados e se existiriam outras possibilidades determinadas de os alcançar, menos restritivas da concorrência. No n.° 75 a Comissão defendeu que «as partes poderiam [22] usar processos menos restritivos para melhorar a publicação e distribuição de livros.» Contudo, não esclareceu com mais pormenor que processos menos restritivos tinha em vista.

30. A Comissão entende que o Tribunal de Primeira Instância conhecia bem as finalidades dos NBA. Poderia ter ignorado a questão da realização efectiva daquelas finalidades, contentando-se com a apreciação da eventual existência de alternativas menos restritivas da concorrência. Tal procedimento justifica-se logicamente e do ponto de vista da economia

22 — O texto alemão emprega aqui a expressão «sollten» (deveriam). Contudo, resulta do texto inglês — o único vinculativo — que não se pretendia impor qualquer dever, mas apenas referir a existência de outras possibilidades.

administrativa, e o Tribunal de Primeira Instância teve razão em não o pôr em causa. Além disso, esta crítica incide sobre uma questão de facto que não pode ser objecto de um fundamento de recurso.

Aliás, a Comissão sustenta que não se encontra obrigada a explicar detalhadamente a uma parte que tenha pedido uma isenção, nos termos do n.° 3 do artigo 85.°, que alternativas menos restritivas da concorrência existem para alcançar os objectivos propostos. Acrescenta que, de qualquer modo (e ao invés do que alega a recorrente), apresentou uma alternativa: acordos individuais para a fixação dos preços. Competiria à recorrente provar que essa alternativa não era praticável; tal prova, contudo, nunca foi apresentada.

31. A meu ver, o fundamento aqui em causa divide-se em duas partes. A recorrente contesta a aprovação pelo Tribunal de Primeira Instância do procedimento da Comissão na apreciação do n.° 3 do artigo 85.° e alega, por outro lado, que a Comissão nunca a informou das alternativas existentes ao sistema NBA.

32. Quanto à correcção do procedimento da Comissão em geral, deve considerar-se, em meu entender, que se trata de uma questão susceptível de apreciação em recurso. Com efeito, se a Comissão tiver adoptado um *ponto de partida* errado na apreciação do n.° 3 do artigo 85.°, terá incorrido num erro de direito. O mesmo vale para o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, na medida em que tenha aprovado tal procedimento.

Sou contudo de opinião de que o procedimento da Comissão, enquanto tal, não pode ser posto em causa. De acordo com o n.° 3 do artigo 85.°, é necessário, para a concessão de isenções, que os acordos contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, que não sejam impostas às empresas em causa quaisquer restrições não indispensáveis à consecução desses objectivos e que não lhes sejam dadas possibilidades de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. A isenção só é possível se o acordo em causa satisfizer qualquer uma destas quatro condições. Assim, a recusa de isenção justifica-se desde que *uma* das condições não se encontre preenchida. A Comissão podia assim limitar-se a apreciar a questão de saber se as restrições da concorrência decorrentes do sistema NBA eram indispensáveis para alcançar os objectivos propostos. Se tal não acontecesse, tornava-se desnecessário, pelas razões adiantadas pela Comissão, apreciar a verificação das restantes condições do n.° 3 do artigo 85.°

33. É evidente, todavia, que a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância tinham que começar por examinar as vantagens alcançadas com o sistema NBA. Nesta medida, estou de acordo com as afirmações da recorrente. A apreciação da questão da indispensabilidade das restrições da concorrência para alcançar os *objectivos propostos* pressupõe que se apure, antes de mais, em que consistem tais objectivos. Em contrapartida, a Comissão poderia ignorar a questão de saber *se* tais objectivos tinham sido alcançados, na medida em que tivesse concluído que as restrições de concorrência em causa não eram indispensáveis para os realizar.

A Comissão afirma que viu bem os efeitos benéficos que o sistema NBA devia produzir e que a recorrente invoca, como resulta do já citado n.° 73 [23] de decisão; presumiu, na continuação da apreciação, que os NBA produziam efectivamente tais efeitos. Na verdade, naquele local só são referidas as circunstâncias apresentadas pela recorrente para justificar a isenção: que sem o sistema NBA o preço dos livros aumentaria, o volume de publicações diminuiria presumivelmente, e reduzir-se-ia o número de livrarias que dispõem de existências. Visto pela positiva, isso significa que, de acordo com as afirmações da recorrente, as vantagens dos NBA consistem em garantir preços mais baixos, assegurar a publicação de um grande número de livros (incluindo aqueles para os quais existe pouca procura) e manter no mercado um número suficiente de livrarias com existências. A Comissão não contesta que se trate de vantagens, no sentido do n.° 3 do artigo 85.°, pelo que não precisarei de me debruçar sobre as questões ligadas àquela problemática. Permito-me contudo referir que as observações da Booksellers Association sobre a última daquelas vantagens, na audiência no Tribunal de Justiça, me impressionaram. A interveniente afirmou, naquela ocasião, que a presença no mercado de um grande número de livrarias com existências assegura a maior difusão possível de livros — e tal, gostaria de acrescentar, é seguramente do interesse de todos [24].

O Tribunal de Primeira Instância também reconheceu aqueles objectivos dos NBA, como a Comissão afirma. No n.° 72 do acórdão recorrido é resumido o conteúdo das observações da Comissão a este respeito. Os objectivos dos NBA consistem, nas palavras do Tribunal, em evitar a diminuição das existências, que resultaria em tiragens mais reduzidas [25], o aumento do preço dos livros e o desaparecimento dos títulos de tiragem

23 — V. *supra*, ponto 9.

24 — Nesta medida o presente caso distingue-se dos factos sobre que o Tribunal de Justiça teve que decidir no acórdão de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck (209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125). O Tribunal de Justiça afirmou nesse acórdão (*loc. cit.*, n.° 184) que o número de intermediários «não constitui forçosamente o critério determinante de melhoria da distribuição, na acepção do n.° 3 do artigo 85.°». Tem que se tomar em consideração, a este respeito, que se tratava da distribuição de produtos de tabaco.

25 — A redacção da versão inglesa inverte a relação de causa e efeito («... to avoid the decline in stock levels which would result from shorter print runs»). Todavia, tratar-se-á provavelmente de lapso de redacção e não de erro de conteúdo.

reduzida. Pode perguntar-se se, com aquelas palavras, o Tribunal de Primeira Instância reproduziu de facto adequadamente os objectivos dos NBA invocados pela recorrente. Chama a atenção, antes de mais, o facto de não ser expressamente referido o perigo de dimunuição do número de livrarias com existências. Contudo, não é necessário que me debruce sobre esta questão, pois a recorrente não formulou qualquer crítica específica a este respeito. Partir-se-á do princípio, em benefício do Tribunal de Primeira Instância, de que tomou inteiramente conhecimento do n.° 73 da decisão (para que remete no n.° 72 do acórdão).

34. Ainda que, nestas circunstâncias, a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância tenham tomado conhecimento dos *objectivos* dos NBA, falta ainda decidir se apreciaram correctamente o seu *âmbito*. Como já foi referido, a recorrente critica o Tribunal de Primeira Instância e a Comissão por terem ignorado o que considera ser o aspecto central do presente caso — a indispensabilidade do sistema dos NBA para assegurar que os efeitos benéficos pretendidos se produzam *também na Irlanda*. Em meu entender, esta questão, que está no cerne do presente caso, será melhor apreciada em conexão com a crítica da recorrente ao ponto de vista do Tribunal de Primeira Instância expresso no n.° 84 do acórdão recorrido [26].

35. Debrucemo-nos agora sobre a crítica da recorrente de que a Comissão não esclareceu que outras possibilidades, menos restritivas da concorrência, permitiam alcançar as vantagens pretendidas com os NBA. Neste contexto, a Comissão remete com razão para o acórdão do Tribunal de Justiça no processo VBVB e VBBB. Naquele, o Tribunal de Justiça decidiu que compete em primeira linha às partes que pedem isenções apresentar à Comissão «os elementos que provem a justificação económica de uma isenção e, caso a Comissão levante objecções, apresentar alternativas. Embora seja certo que a Comissão pode dar às empresas indicações de possíveis soluções alternativas, não está legalmente obrigada a isso...» [27]. Contudo, caso a Comissão conteste a natureza indispensável de certas restrições de concorrência, deverá, pelo menos, poder-se pedir-lhe que dê a saber que alternativas está a considerar. De outra forma seria dada à Comissão «carta branca», como é expressivamente observado pela recorrente, sendo-lhe dada a possibilidade de negar a indispensabilidade de restrições à concorrência, sem mais e *in abstracto*.

Todavia, e ao invés do que afirma a recorrente, a Comissão deu claramente a saber que alternativas tinha em vista. Como resulta, nomeadamente, dos n.ºs 74 e 82 da decisão, a alternativa possível consistiria, no entender

26 — V. *infra*, pontos 37 e segs.

27 — Já referido (nota 18), n.° 52. V. também o acórdão de 11 de Julho de 1985, Remia/Comissão (42/85, Recueil, p. 2545, n.° 45).

da Comissão, em acordos individuais de manutenção dos preços de revenda dos livros («individual resale price maintenance agreements») [28]. Como foi acertadamente afirmado pela Comissão, naquele contexto ainda não tinha que decidir se tais acordos individuais eram compatíveis com o artigo 85.° Observe-se a este respeito que, nesta fase, a Comissão não conhecia nem podia conhecer o conteúdo concreto de acordos individuais desse tipo. Tal questão só poderia, portanto, receber resposta quando fossem notificados à Comissão acordos daquele tipo. Bastava que a Comissão expusesse que o sistema NBA não constituía a única possibilidade de produção dos efeitos benéficos pretendidos. Isto foi feito. Competia assim à recorrente apresentar provas de que tais acordos individuais entre editores e livreiros não eram adequados para produzir os efeitos pretendidos com o sistema NBA. Não pode assim ser contestado o modo de agir da Comissão, e o Tribunal de Primeira Instância podia rejeitar as críticas correspondentes da recorrente [29]. O fundamento do recurso apresentado a este respeito não pode assim ser acolhido.

Não me parece necessário debruçar-me sobre os pormenores desta concepção sustentada pela interveniente. Como a Comissão observa, com razão, tratar-se-ia de um novo fundamento jurídico, que teria que ser considerado inadmissível. De qualquer forma, deve sublinhar-se que não existe em direito comunitário qualquer regra com o conteúdo pretendido pela interveniente.

4) N.° 84 do acórdão recorrido

36. Neste contexto, a Booksellers Association defende que a Comissão não se podia ter limitado a indeferir o pedido da recorrente de isenção dos NBA. Pelo contrário, devia ter iniciado conversações com aquela para encontrar uma alternativa aceitável. A Comissão só poderia negar a isenção caso os interessados se tivessem recusado a aceitar as propostas da Comissão. Mesmo que esta se tivesse limitado, em outros casos, a indeferir pedidos de isenção sem propor alternativas aos interessados, devia ter aberto uma excepção neste caso. Com efeito, estamos perante um acordo que já é aplicado há muitos anos e serve o interesse geral.

37. A recorrente apresenta duas críticas relativas à exposição do Tribunal de Primeira Instância no n.° 84, só uma das quais dá ocasião a uma apreciação mais pormenorizada. Observe-se antes de mais a este respeito que, naquela passagem, o Tribunal de Primeira Instância rejeita um argumento alegadamente apresentado pela recorrente, de acordo com

28 — V. também o n.° 74 da Decisão.

29 — N.° 90 do acórdão recorrido.

o qual o sistema dos NBA se desmoronaria caso o seu âmbito de aplicação fosse limitado ao mercado interno (ou seja, ao mercado do Reino Unido).

38. A recorrente começa por afirmar nunca ter apresentado o argumento discutido pelo Tribunal de Primeira Instância. Tal é contestado pela Comissão. No entender desta, a crítica também não poderia, de qualquer maneira, proceder, ainda que a recorrente não tivesse efectivamente utilizado aquele argumento. Com efeito, não é claro que efeito poderia ter a rejeição pelo Tribunal de Primeira Instância de um argumento não apresentado sobre as suas conclusões a respeito de argumentos *efectivamente apresentados pela recorrente*.

Em minha opinião, seria ocioso verificar se a recorrente utilizou o argumento em causa no decorrer do processo perante a Comissão e perante o Tribunal de Primeira Instância. O próprio Tribunal afirma, no n.º 82 do acórdão, que a recorrente admitiu, na audiência, que a limitação da aplicação dos NBA ao mercado britânico não conduziria ao desmoronar do sistema. É misteriosa a razão por que, apesar disso, o Tribunal de Primeira Instância, ainda assim, discutiu e rejeitou aquele argumento no n.º 84 do acórdão. Inclino-me para crer que se tratou de lapso do Tribunal. Como quer que seja, se o facto de o Tribunal de Primeira Instância ali se ter debruçado sobre um argumento não (ou já não) apresentado pode deixar dúvidas sobre o cuidado com que aquele Tribunal elaborou o acórdão, para a apreciação jurídica isso é irrelevante, dado que, como observa acertadamente a Comissão, não se vê que influência poderia ter tal observação supérflua do Tribunal de Primeira Instância sobre a sua posição em relação aos argumentos efectivamente apresentados. Uma crítica contra tal observação supérflua tem que ser considerada ineficaz [30].

39. É menos fácil a resposta às questões suscitadas pela segunda crítica da recorrente relativa ao n.º 84 do acórdão. Naquele local, o Tribunal de Primeira Instância rejeita o argumento pretensamente apresentado pela recorrente, que acaba de ser descrito, com a consideração de que um sistema de preço imposto que restringe a concorrência no interior do mercado comum não pode beneficiar de uma isenção com o fundamento de que deve continuar a ser aplicado para poder produzir os seus efeitos benéficos no interior de um mercado nacional. Afirma-se em seguida:

«Além disso, há que sublinhar que (a recorrente), associação que agrupa editores estabelecidos no Reino Unido, não pode invocar eventuais efeitos negativos que poderiam fazer-se sentir no mercado irlandês, ainda que este mercado pertença a uma área linguística comum.»

30 — V. o acórdão de 22 de Dezembro de 1993, Pincherle/Comissão (C-244/91 P, Colect., p. I-6965, n.º 31).

40. A recorrente alega que naquela passagem o Tribunal de Primeira Instância cometeu um manifesto erro de direito. Não pode ser negada a um requerente de determinado Estado-membro que pede uma isenção para um acordo, que tem repercussões no comércio entre os Estados-membros, a possibilidade de invocar os efeitos benéficos de tal acordo em outros Estados-membros. A recorrente afirma que sempre alegou que o sistema NBA é indispensável para produzir na Irlanda os mesmos efeitos que no Reino Unido. A Booksellers Association e a Clé apoiam estas afirmações da recorrente.

41. Não é possível ignorar que a passagem citada do acórdão está marcada por um manifesto erro de direito. A isenção prevista no n.º 3 do artigo 85.º pressupõe que o acordo em causa produza determinados efeitos positivos. Aquela norma não contém qualquer indicação *quanto ao local* onde tais efeitos se devem produzir. É contudo manifesto que, neste contexto, são importantes todas as vantagens que surjam na Comunidade. As regras de concorrência do Tratado CE destinam-se a garantir o funcionamento do mercado interno. Seria incompatível com esta finalidade impedir os operadores económicos de determinado Estado-membro de, no âmbito do n.º 3 do artigo 85.º, invocar vantagens verificadas em outro Estado-membro. O reconhecimento deste facto parece-me tão óbvio que creio desnecessários quaisquer outros esclarecimentos.

42. A Comissão admite que a passagem citada não é facilmente compreensível e torna claro que não partilha a opinião ali manifestada pelo Tribunal de Primeira Instância. Contudo, defende que aquela afirmação do Tribunal de Primeira Instância não assume qualquer relevância para o presente caso, dado que foi produzida no quadro da refutação de um argumento que a recorrente não apresentou ou deixou de apresentar. A recorrente podia obviamente invocar efeitos benéficos produzidos na Irlanda. Não podia, contudo, indicar que a limitação ao Reino Unido da aplicação dos NBA teria no mercado irlandês os efeitos negativos que alegava. A crítica da recorrente é, por esse motivo, irrelevante.

43. Estas afirmações não convencem. O n.º 84 do acórdão recorrido pode, como já foi referido, ser considerado supérfluo e, assim, ignorado. Pode, além disso, considerar-se a passagem em causa no contexto do n.º 84, face ao seu teor, como *obiter dictum*, o que reduz ainda mais o seu alcance. Assim, a impugnação desta passagem *enquanto tal* perde conteúdo. Todavia, não é possível negar que naquele local o Tribunal de Primeira Instância afirma que, em seu entender, a recorrente não pode invocar vantagens na Irlanda para pedir uma isenção. Como, contudo, já afirmei [31], a questão do carácter indispensável das restrições da concorrência só pode ser adequadamente apreciada tendo sido claramente enunciados os objectivos do acordo em causa. No presente caso encontra-se entre estes a produção dos efeitos benéficos em questão *também na Irlanda*. Dado que tudo indica ter o Tribunal

31 — V. *supra*, ponto 33.

de Primeira Instância ignorado este facto, a apreciação do carácter indispensável das restrições da concorrência partiu de uma base errada (porque incompleta). Nesta medida, existe, em meu entender, um erro de direito que justificaria a anulação do acórdão recorrido, dado que se trata de um erro fundamental.

44. Todavia, o Tribunal de Justiça já decidiu que deve ser negado provimento a um recurso se, «embora os fundamentos de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância mostrem uma violação do direito comunitário... a sua parte decisória se mostrar fundada, por diferentes razões jurídicas» [32]. Assim, se a decisão da Comissão se revelasse correcta neste ponto, justificar-se-ia manter o acórdão, apesar do erro de direito que o vicia. Tal pressuporia, portanto, que a própria Comissão se tivesse apercebido claramente, ao apreciar a questão do carácter indispensável das restrições da concorrência, do alcance das vantagens alegadas pela recorrente.

45. As observações da Comissão no âmbito do recurso são susceptíveis de levantar dúvidas sobre se terá sido assim. Na contestação, a Comissão chama a atenção para o facto de as exportações para a Irlanda constituírem uma parte muito pequena — cerca de 1,2 % — da produção de livros do Reino Unido. Não seria assim de esperar que a limitação da aplicação dos NBA ao Reino Unido tivesse efeitos sensíveis na actividade dos editores naquele território. A importância das tiragens, os custos e o número e variedade dos livros publicados pelos editores britânicos não se alterariam significativamente. Nesta medida, os compradores de livros na Irlanda beneficiariam das mesmas vantagens que os compradores do Reino Unido. A Comissão defende ainda a opinião de que também não era de esperar o surgimento das consequências negativas receadas pela recorrente em relação ao número de livrarias com existências *no Reino Unido*. Em contrapartida, os possíveis efeitos sobre o número de livrarias *na Irlanda* são referidos apenas em nota de rodapé na contestação. Chama também a atenção o facto de, na tréplica, a Comissão censurar à recorrente o ter mudado de ponto de vista e defender agora uma argumentação muito diferente da que sustentou no processo perante o Tribunal de Primeira Instância. Tais observações criam a impressão de a Comissão não ter tomado originariamente em consideração a questão dos possíveis efeitos para as livrarias irlandesas.

46. Esta suspeita é alimentada pela própria Comissão, em comentário a uma observação feita a este respeito pela recorrente na réplica. A recorrente tinha afirmado que se baseara sempre nos efeitos prejudiciais que a supressão dos NBA teria para as livrarias

32 — Acórdão de 9 de Junho de 1992, Lestelle/Comissão (C-30/91 P, Colect., p. I-3755, n.º 28).

irlandesas e, indirectamente, para os compradores de livros na Irlanda e para os editores irlandeses. A Comissão interpretou tal afirmação no sentido de que a recorrente baseia o pedido de isenção dos NBA na consideração de que estes proporcionam benefícios para os concorrentes dos membros da recorrente. Tal opinião tem que se considerar, no mínimo, invulgar. Possivelmente, as afirmações contidas no final do n.° 84 do acórdão recorrido explicam-se por o Tribunal de Primeira Instância ter pensado em considerações desta ordem.

Tais observações atestam a imaginação e o engenho dos representantes da Comissão, mas não convencem. Na audiência perante o Tribunal de Justiça, a Clé expôs o modo como entende o referido argumento da recorrente. Assim, no presente caso estará em causa a viabilidade e capacidade de sobrevivência das livrarias irlandesas com existências. Os editores da Irlanda também beneficiam, naturalmente (de forma indirecta), da existência de tais livrarias. Neste ponto, as afirmações da recorrente são inteiramente lógicas e coerentes. As observações da Comissão, em contrapartida, são antes susceptíveis de desviar a atenção da real problemática do presente caso. Tais considerações seriam supérfluas se a Comissão dispusesse de provas concretas para refutar a crítica da recorrente, de que não foram, ou só foram insuficientemente, tomados em consideração os efeitos para as livrarias na Irlanda.

47. Há assim muito a abonar o pedido da recorrente de que o Tribunal de Justiça anule neste ponto o acórdão do Tribunal de Primeira Instância e naquela medida, simultaneamente, a decisão da Comissão, levando-a, por esta forma, a decidir de novo sobre o seu pedido de isenção. Estou, contudo, convencido de que o fundamento de recurso em análise não deve ser considerado procedente. Em meu entender, a recorrente não conseguiu, apesar de tudo, provar que a Comissão, ao adoptar a decisão, não tomou em consideração os possíveis efeitos benéficos dos NBA na estrutura do comércio livreiro na Irlanda. A Comissão, como já foi referido, discutiu, nos n.os 76 a 85 da decisão, os argumentos concretos de que a recorrente crê resultar a indispensabilidade dos NBA. Não se vê que a Comissão tenha apreciado aqueles argumentos apenas em relação ao Reino Unido. Pelo contrário, as observações correspondentes da Comissão referem expressamente a Irlanda em duas passagens [33]. Competia à recorrente apresentar mais argumentos dos quais resultasse que a aplicação dos NBA ao comércio entre Estados-membros era indispensável para produzir determinados efeitos benéficos na Irlanda. Tal não aconteceu, manifestamente. A recorrente parece ter-se limitado a apresentar os quatro argumentos já utilizados, em termos gerais e sem acentuar particularmente o mercado irlandês.

33 — V. os n.os 77 e 81.

Dado que, assim, não é possível determinar que a Comissão tenha partido de uma compreeensão errada das vantagens visadas ao apreciar o carácter indispensável das restrições da concorrência, o fundamento de recurso em causa deve ser rejeitado, com base nas considerações apresentadas.

5) Decisões da Restrictive Practices Court

48. Só preciso de me referir brevemente às observações complementares da Booksellers Association neste contexto. A interveniente afirmou que a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância não apreciaram adequadamente a importância dos NBA no conjunto do espaço linguístico do Reino Unido e da Irlanda. Alega que garantir aos residentes em determinado território vantagens negadas aos residentes de outro constitui uma violação do princípio da igualdade. Esta afirmação não pode ser aceite. Não é possível falar de tratamento desigual, dado que a Comissão se limitou a decidir que a recorrente não tinha conseguido provar que as restrições à concorrência resultantes dos NBA são indispensáveis para obter os resultados pretendidos.

A Booksellers Association afirma ainda que a decisão da Comissão confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância conduz à divisão ao longo de fronteiras nacionais de um mercado até ao momento único. A isto se terá que responder que o facto de a decisão se limitar a aspectos referentes às trocas comerciais entre Estados-membros, não apreciando a aplicação puramente nacional dos NBA, decorre do âmbito de aplicação limitado do artigo 85.° do Tratado CE.

49. A recorrente critica ao Tribunal de Primeira Instância o ter-lhe atribuído, no n.° 77 do acórdão, um argumento que nunca usou. Naquele local, o Tribunal de Primeira Instância afirma ter a recorrente indicado que a conclusão da Restrictive Practices Court, de que os NBA são indispensáveis, é aplicável quer à venda de livros no Reino Unido, quer ao comércio entre Estados-membros. A recorrente afirma que se limitou a indicar que o material probatório apresentado ao tribunal britânico, bem como as conclusões daquele órgão jurisdicional, são tão relevantes para a Irlanda como para o Reino Unido. A Comissão não apresentou quaisquer fundamentos para a conclusão de que as consequências que a Restrictive Practices Court apresentou, para o Reino Unido, da supressão dos NBA não ocorreriam na Irlanda. A Comissão violou por esta forma o artigo 190.° do Tratado CE.

Além disso, acrescenta a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância concluiu indevidamente que resulta do n.° 43 da decisão que a

Comissão tomou em consideração as decisões da Restrictive Practices Court. Pelo contrário, não resulta daquela nem de outras passagens da decisão que a Comissão tenha tomado em consideração aquelas decisões. A recorrente admite que a Comissão não se encontra obrigada a apreciar todas as provas que lhe são apresentadas. Contudo, no presente caso, a Comissão omitiu a apreciação de alguns dos mais importantes elementos de prova: o material probatório apresentado à Restrictive Practices Court e as conclusões do mesmo tribunal. A Comissão não podia ter indeferido o pedido de isenção sem examinar de forma completa e cuidadosa aqueles elementos probatórios. Caso tivesse procedido àquele exame, não podia, num procedimento lógico, ter chegado à conclusão a que efectivamente chegou. É certo que o argumento utilizado pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 79 do acórdão, de que as práticas judiciais nacionais não podem obstar à aplicação das regras de concorrência do Tratado CE, é correcto. Contudo, tal consideração é irrelevante, dado que presentemente está apenas em causa saber se a recorrente podia basear o pedido de isenção nos referidos meios de prova.

tos efectivamente apresentados pela recorrente.

A Comissão afirma, em seguida, que o n.º 43 da decisão demonstra que não ignorou as decisões do tribunal britânico. Não era necessário referir expressamente na decisão as conclusões da Restrictive Practices Court e os elementos de prova apresentados àquele órgão jurisdicional, dado que não eram directamente relevantes para as questões a discutir no presente processo. O tribunal britânico só se pronunciou indirectamente sobre a questão da indispensabilidade das restrições da concorrência no mercado comum resultantes dos NBA. Por outro lado, a Restrictive Practices Court não considerou provado que a supressão dos NBA levasse a uma redução significativa dos rendimentos da exportação (entre os quais se contam os das exportações para a Irlanda). Finalmente, o tribunal britânico limitou-se exclusivamente a apreciar se a manutenção dos NBA era compatível com o interesse público no *Reino Unido*.

50. A Comissão contrapõe que a reprodução incorrecta das suas afirmações pelo Tribunal de Primeira Instância, alegada pela recorrente, só teria significado se tal erro (que a Comissão, de resto, considera não provado) tivesse relevância directa para os fundamentos com que o Tribunal rejeitou os argumen-

51. Quanto à crítica de que o Tribunal de Primeira Instância se ocupou de um argumento não apresentado pela recorrente, posso contentar-me com remeter para as minhas observações sobre uma crítica idên-

tica, dirigida contra o n.º 84 do acórdão [34]. Mesmo que a crítica da recorrente fosse correcta, não se veria que influência poderiam (no presente caso) ter tido as considerações supérfluas do Tribunal de Primeira Instância sobre a sua tomada de posição quanto aos argumentos efectivamente apresentados.

52. No que respeita à questão de saber se a Comissão tomou em consideração as decisões da Restrictive Practices Court, refira-se que aquelas são apenas abordadas no n.º 43 da decisão. Em contrapartida, a Comissão não se debruça sobre o conteúdo concreto daquelas decisões nem sobre o material probatório apresentado àquele tribunal, naquela ou em qualquer outra passagem da decisão. Só se volta a encontrar uma referência ao processo perante o tribunal nacional no n.º 71 da decisão. Ali a Comissão afirma que os argumentos invocados naqueles processos nacionais sobre a questão do carácter indispensável dos NBA não diziam tanto respeito à necessidade de aplicação comum de condições-tipo no caso de um sistema de livros a preço imposto como à questão de saber se um sistema do preço imposto para os livros, enquanto tal, era indispensável para alcançar os objectivos propostos. O Tribunal de Justiça, no despacho proferido no processo de medidas provisórias, já indicou que nas referidas decisões nacionais também se procedeu à apreciação da questão da indispensabilidade da fixação de condições uniformes de venda [35]. Declarou também ali que, nos n.ºs 72 a 86 da decisão, a Comissão aprecia o carácter indispensável dos NBA, «sem ter em consideração as apreciações feitas pelo órgão jurisdicional nacional atrás referido» [36]. Nestas circunstâncias, dificilmente se poderá defender que resulta da decisão da Comissão que esta «não ignorou» as decisões do tribunal britânico, como o Tribunal de Primeira Instância entendeu poder afirmar [37].

Não me é compreensível por que razão a Comissão não se debruçou mais sobre aqueles processos da Restrictive Practices Court. Considerando a recorrente aqueles processos tão importantes para o presente caso, seria natural que eles fossem examinados, ainda que sumariamente. Não é possível atribuir a omissão a falta de tempo, vista a duração do processo. A Comissão expôs, no processo perante o Tribunal de Primeira Instância e o Tribunal de Justiça, as razões que a levaram a considerar que os referidos processos nacionais não tinham qualquer importância especial para o presente caso. É inexplicável por que não o fez logo na decisão.

53. Apesar de tudo, sou de opinião de que a Comissão tem razão na matéria. A Comissão

34 — V. *supra*, ponto 38.
35 — *Loc. cit.* (nota 9), n.º 30.
36 — *Loc. cit.* (nota 9), n.º 29.
37 — No n.º 79 do acórdão.

indica acertadamente que a Restrictive Practices Court apreciou a compatibilidade dos NBA com o direito da concorrência do *Reino Unido*. As suas decisões foram proferidas antes da adesão do Reino Unido às Comunidades. Assim, não incidiram sobre a interpretação do artigo 85.° do Tratado CE, não podendo ser directamente invocadas para a resolução da questão a decidir aqui, do carácter indispensável das restrições da concorrência decorrentes dos NBA em relação às *trocas comercias entre os Estados-membros*. O Tribunal de Primeira Instância viu exactamente o problema no n.° 79 do acórdão [38].

A recorrente e a Clé parecem partir do princípio de que o tribunal britânico, no processo nacional do Reino Unido, verificou que as restrições da concorrência decorrentes dos NBA seriam indispensáveis para alcançar as vantagens pretendidas, tendo assim a Comissão que indicar que o mesmo raciocínio não se aplica à Irlanda. Este argumento não pode ser aceite. Tal inversão do ónus da prova não é compatível com o n.° 3 do artigo 85.° É à recorrente que compete provar o carácter indispensável das restrições da concorrência no comércio entre Estados-membros. Tal prova devia ser efectuada pelos quatro argumentos específicos apresentados pela recorrente, que serão apreciados seguidamente.

54. Antes deverá ainda considerar-se o argumento mais lato da Booksellers Association, segundo o qual a Comissão não se encontra vinculada por decisões de tribunais nacionais, mas se encontra sujeita, por força do artigo 5.° do Tratado CE, ao dever de cooperar com os organismos nacionais competentes em matéria de concorrência. A Comissão encontra-se ainda obrigada a examinar as decisões daqueles organismos, na medida em que tal seja necessário para garantir uma aplicação justa das regras da concorrência do Tratado CE e evitar ingerências injustificadas na aplicação das disposições nacionais sobre concorrência. A recorrente, aparentemente, quis fazer seus aqueles argumentos na audiência perante o Tribunal de Justiça.

Em meu entender, pode ignorar-se a questão da exactidão da objecção da Comissão, de que se trata de um, inadmissível, novo fundamento. De qualquer forma, a argumentação (bastante vaga) da interveniente não pode ser aceite. A consideração por ela expendida consiste, em última análise, em obrigar a Comissão a adaptar as regras de concorrência da Comunidade às regras nacionais e à aplicação destas aos casos concretos. Como a

38 — Por esta razão, parecem-me também irrelevantes as observações do tribunal britânico sobre os possíveis efeitos que a supressão dos NBA teria nas exportações, a que a Comissão faz referência.

Comissão acertadamente declarou, por aquela forma seria invertido o princípio em que assenta o direito comunitário de que este prevalece sobre o direito nacional.

55. Assim, também este fundamento do recurso deve ser rejeitado. Não quero, contudo, deixar de repetir que teria sido, creio, bastante mais acertado que a Comissão tivesse explicado na própria decisão a razão por que não atribuiu ao processo perante a Restrictive Practices Court qualquer relevo especial para o presente caso, em lugar de só apresentar tais considerações no processo judicial.

6) Exame dos argumentos específicos da recorrente

56. A recorrente critica ao Tribunal de Primeira Instância e à Comissão o terem apreciado isoladamente e separados uns dos outros os quatro principais argumentos que apresentou sobre a questão da indispensabilidade. Em seu entender, resulta da apreciação de conjunto daqueles argumentos que as restrições da concorrência decorrentes dos NBA são efectivamente indispensáveis para a produção dos efeitos benéficos desejados.

A recorrente afirma ter sempre salientado que um sistema de preço imposto para os livros tem que ser de utilização simples para produzir efeitos positivos. A cumulação de dificuldades que resultariam de acordos individuais, sem as vantagens dos meios fornecidos pelos NBA, tornariam tais acordos individuais impraticáveis, tendo em consideração o número de editores, o volume de publicações e o número de exemplares de cada livro armazenados pelas livrarias e tendo em consideração a natureza do comércio livreiro.

57. A tal opõe acertadamente a Comissão que quatro argumentos fracos não se transformam numa argumentação forte quando considerados em conjunto. A recorrente, em minha opinião, não conseguiu demonstrar de que modo pode a apreciação de conjunto das considerações apresentadas provar a indispensabilidade das restrições à concorrência, se nenhum dos vários argumentos é convincente por si.

58. A Comissão indica ainda que a recorrente não põe em causa as observações do Tribunal de Primeira Instância quanto a cada um dos argumentos, enquanto tais. Como já foi referido, no decorrer do processo perante o Tribunal de Justiça a recorrente salientou, antes de mais, as possíveis consequências da decisão da Comissão para os livreiros irlandeses. As intervenientes ainda o vieram sublinhar. A Booksellers Association falou de

perigo para as pequenas livrarias. A Clé evocou mesmo o «desmoronamento» do mercado livreiro na Irlanda, tendo manifestado receios de que a decisão da Comissão conduzisse a dificuldades práticas que teriam que ser consideradas «um pesadelo».

Instância daqueles argumentos. Assim, este fundamento também não poderá ser considerado procedente.

7) Considerações de política jurídica

Nestas circunstâncias, era possível esperar que a recorrente pusesse em causa, pelo menos, as conclusões do Tribunal de Primeira Instância quanto ao segundo dos seus argumentos (segundo o qual os livreiros não se encontrariam em condições de aplicar e respeitar uma multiplicidade de condições diversas de venda de vários editores). Na verdade, as considerações da Comissão sobre este aspecto, contidas nos n.ºs 79 a 83 da decisão, não me parecem particularmente convincentes. A própria conclusão a que chegou o Tribunal de Primeira Instância neste contexto deixa algo a desejar [39]. Não seria, contudo, apropriado submeter estas considerações do Tribunal de Primeira Instância a exame mais aprofundado. Como o Tribunal de Justiça decidiu recentemente, na apreciação de um recurso em segunda instância deve analisar apenas os fundamentos invocados e, assim, conhecer apenas do acórdão recorrido em relação às partes criticadas naqueles fundamentos [40]. Dado que a recorrente não formulou qualquer crítica àquele respeito, não se poderão abordar eventuais falhas na discussão pelo Tribunal de Primeira

59. A recorrente refere que a Comissão, na comunicação ao Conselho de 27 de Novembro de 1985 [41], afirmou que a fixação dos preços de revenda dos livros revelava aspectos positivos e não contrariava as regras da concorrência do Tratado CE. O procedimento da Comissão no presente processo não seria, portanto, compatível com aquele, e violaria o princípio da boa administração. O Tribunal de Primeira Instância omitiu a apreciação desta contradição.

A Comissão contesta aquele argumento e afirma que, na referida comunicação, afirmou claramente que não toleraria práticas incompatíveis com as regras da concorrência da Comunidade. No presente caso, decidiu-se por uma atitude «pragmática», tendo-se limitado aos aspectos da aplicação dos NBA que afectam as trocas comerciais entre os Estados-membros.

39 — No n.° 105 do acórdão recorrido, afirma-se, por exemplo, que tal argumento se refere «sobretudo» ao mercado britânico, pelo que «não constitui um factor a ter em conta». Não vejo como chegou o Tribunal a esta conclusão.

40 — Acórdão de 1 de Junho de 1994, Comissão/Brazzelli Lualdi, já referido na nota 17, n.ºs 29 e 52.

41 — COM(85) 681 final.

Não se vê de que forma pode o argumento apresentado pela recorrente contribuir para o bom resultado do recurso. Como é com razão sublinhado pela Comissão, a recorrente não afirmou que a comunicação de 1985 tenha dado origem a qualquer confiança legítima — eventualmente susceptível de protecção — de molde a impedir a Comissão de pôr em causa o sistema dos NBA. De resto, sou de opinião de que se trata de considerações políticas, relevantes *de lege ferenda* mas cuja discussão não se conta entre as funções dos tribunais de recurso, como foi acertadamente afirmado pela Pentos.

60. O mesmo se aplica às referências da recorrente e da Booksellers Association ao facto de que a Comissão, ao aprovar a decisão, devia ter tido em consideração os aspectos culturais do presente caso. Como é com razão afirmado pela Booksellers Association, resulta desde logo da jurisprudência do Tribunal de Justiça um dever de tomar aquele aspecto em consideração. O Tratado da União Europeia levou à sua inscrição expressa no Tratado CE (artigo 128.°, n.° 4, do Tratado CE). A Comissão, contudo, não tomou de forma alguma em consideração tais aspectos culturais, como resulta do n.° 75 da decisão [42].

61. Neste contexto, a recorrente invocou, finalmente, uma resolução do Parlamento Europeu de 21 de Janeiro de 1993, na qual aquele se pronunciou pela manutenção do sistema de preço imposto nas áreas linguísticas comuns. A Comissão indica com razão que tal argumento é irrelevante, desde logo porque aquela resolução foi aprovada muito tempo depois da adopção da decisão da Comissão.

62. Assim, também este fundamento deve ser julgado improcedente.

Despesas

63. Dado que deve, assim, ser negado provimento ao recurso, a recorrente deverá, nos termos dos artigos 122.° e 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, ser condenada nas despesas do processo. Dado que a Clé e a Booksellers Association, que intervieram no litígio em apoio da recorrente, não conseguiram impor o respectivo ponto de vista, parece-me adequado que, nos termos do n.° 4, segundo parágrafo, do artigo 69.° do mesmo regulamento, suportem as respectivas despesas. A interneveniente Pentos tentou, de forma inadmissível, aproveitar o presente processo para pôr em questão a validade da aplicação dos NBA no Reino Unido. Dado que, quanto ao restante, esta interveniente se limitou a repetir os argumentos da Comissão, parece-me justo condená-la também a suportar as suas próprias despesas.

42 — V., a este respeito, recentemente, os n.os 175 e 177 do *XXIII Relatório da Comissão sobre Política de Concorrência* [COM(94) 161 final].

C — Conclusões

Proponho, assim, ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao recurso e condene a recorrente nas despesas do processo, com excepção das efectuadas pelas intervenientes, a suportar por cada uma delas.