CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO LA PERGOLA

apresentadas em 18 de Maio de 1999 *

1. No presente processo, o Oberster Gerichtshof (Áustria) submete ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial relativa ao artigo 30.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 28.° CE). O tribunal nacional pretende saber se uma regulamentação interna que só autoriza determinadas modalidades de venda de produtos alimentares quando o comerciante dispõe de um estabelecimento situado na mesma circunscrição em que pretende praticar tal venda, ou numa circunscrição limítrofe, é compatível com esse artigo do Tratado.

Quadro normativo e factual do litígio do processo principal

2. A norma nacional aplicável no litígio principal é o artigo 53.°a do Gewerbeordnung (código do comércio e indústria, a seguir «GewO»). Tal artigo determina que os padeiros, os talhantes e os comerciantes de géneros alimentícios podem fazer a venda ambulante, através de giros de uma cidade a outra ou ao domicílio, das mercadorias que são autorizados a comercializar ao abrigo da licença comercial que possuem, unicamente quando exercem a sua actividade comercial num estabelecimento fixo situado na circunscrição administrativa em que praticam esta forma de venda ambulante ou num município que lhe seja limítrofe. As mercadorias que podem ser objecto da venda ambulante ou a domicílio são apenas as que se vendem no interior desse estabelecimento fixo. De acordo com o artigo 50.°, n.° 1, n.° 2, do GewO, os comerciantes podem no entanto entregar as mercadorias encomendadas em qualquer lugar, não lhes sendo imposta qualquer limitação territorial.

Em substância, as normas nacionais em questão reservam a possibilidade de praticar esta forma de venda de produtos alimentares — essencialmente a venda chamada «ambulante» — unicamente aos comerciantes estabelecidos numa circunscrição limítrofe da zona no interior da qual pretendem praticar tais métodos comerciais. As disposições da legislação austríaca, como as descritas no despacho de reenvio, são indistintamente aplicáveis aos comerciantes austríacos e aos estabelecidos nos Estados-Membros limítrofes da Áustria [1].

* Língua original: italiano.

1 — Este ponto foi precisado pelo Governo austríaco, pelas partes no litígio principal e pela Comissão, na resposta que deram a uma pergunta escrita do Tribunal de Justiça.

As infracções ao disposto no GewO são qualificadas em direito interno como concorrência ilícita.

3. Os factos que estão na origem do litígio principal inscrevem-se no quadro normativo acima referido e são, em resumo, os seguintes.

A demandante, a Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (a seguir «Schutzverband»), é uma associação para protecção dos interesses dos operadores económicos cuja finalidade é, nomeadamente, a de lutar contra a concorrência desleal [2].

A demandada, a TK-Heimdienst Sass GmbH (a seguir «TK»), é uma sociedade austríaca que exerce as suas actividades no sector do comércio a retalho de géneros alimentícios. O seu estabelecimento principal está situado em Haiming, no Tirol, tendo sucursais em Völs, também no Tirol, e em Wolfurt, no Vorarlberg. Para além da venda de mercadorias nesses estabelecimentos, a TK exerce ainda a actividade de venda ambulante, bem como a de fornecimento de produtos ultracongelados ao domicílio dos consumidores. Dispõe, com efeito, de motoristas que percorrem a intervalos regulares um trajecto predeterminado no decurso do qual distribuem catálogos sobre os produtos ultracongelados propostos pela sociedade e procuram obter encomendas [3]. Os condutores dispõem ainda de um *stock* constante de mercadorias (não encomendadas), graças ao qual podem proceder a uma venda directa, sem que tenha havido uma encomenda prévia. Esta actividade de venda ambulante é ainda exercida em zonas do território austríaco exteriores àquelas em que a demandada dispõe de um estabelecimento fixo, e não limítrofes dessas zonas.

4. No processo principal, a demandante pede que a demandada seja proibida de exercer a actividade de venda a domicílio de produtos alimentares que não tenham sido previamente encomendados. Argumenta que esta actividade é contrária ao artigo 53.°a do GewO, com o fundamento de que a demandada não exerce a actividade de venda de produtos alimentares no interior de um estabelecimento fixo situado na circunscrição administrativa em que exerce a actividade de venda ambulante, ou numa comuna limítrofe.

A acção da demandante foi julgada procedente nas duas primeiras instâncias. O tribunal de segunda instância excluiu ainda a possibilidade de o artigo 53.°a ser incompatível com o direito comunitário, com o fundamento de que ele apenas regulamenta uma determinada modalidade de venda, na acepção da jurisprudência Keck e Mithouard [4].

2 — É composta por membros que representam múltiplas categorias, ordens ou corporações profissionais, entre as quais a união regional dos comerciantes a retalho de géneros alimentícios e de mercearias finas da câmara de comércio do Vorarlberg e a secção comercial desta câmara.

3 — As encomendas podem ser efectuadas por telefone ou por envio de um formulário à sede central da sociedade, podendo ainda ser feitas directamente aos condutores. O fornecimento ocorre seguidamente, no decurso do giro seguinte feito no mesmo trajecto.

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

5. O tribunal de reenvio, o Oberster Gerichtshof, considera no entanto que há dúvidas quanto à compatibilidade da disposição nacional com os artigos 30.° e 36.° do Tratado CE (este último passou, após alteração, a artigo 30.° CE). O Oberster Gerichtshof precisa seguidamente que falta um elemento transfronteiriço no caso em apreço. A questão da compatibilidade com o direito comunitário do artigo 53.°a do GewO nem por isso deixa de constituir um preliminar da decisão solicitada ao tribunal nacional no que respeita à eventual existência de uma discriminação em detrimento de cidadãos nacionais. O tribunal de reenvio recorda, com efeito, que, segundo o Tribunal Constitucional austríaco, uma discriminação não fundada de um empresário austríaco relativamente a empresários de outros Estados-Membros constitui uma violação do princípio da igualdade. À luz destas considerações, o Oberster Gerichtshof submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 30.° do Tratado CE deve ser interpretado no sentido de que obsta à validade de uma legislação segundo a qual os padeiros, talhantes e comerciantes em produtos alimentares só podem vender de forma ambulante, de localidade em localidade ou porta-em-porta, as mercadorias que estejam autorizados a pôr à venda segundo a autorização de comércio de que são titulares, quando exerçam a mesma actividade comercial num estabelecimento permanente na circunscrição administrativa em que propõem para venda os produtos em causa na modalidade referida, ou num município limítrofe, só podendo ser objecto dessa venda ambulante, de localidade em localidade ou porta-em-porta, as mercadorias que são igualmente postas à venda nesse estabelecimento permanente?»

A competência do Tribunal de Justiça

6. Antes de passar ao exame da questão de mérito, devemos debruçar-nos sobre a questão preliminar suscitada pela Schutzverband. Esta sustenta, com efeito, que o pedido prejudicial é inadmissível por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, o caso *sub judice* não apresenta qualquer elemento transfronteiriço, uma vez que nenhum outro Estado-Membro é abrangido pelos factos do processo. Seguidamente, o artigo 53.° do GewO regulamenta modalidades de venda e a sua compatibilidade com o direito comunitário teria podido ser facilmente apreciada com base na jurisprudência relativa ao artigo 30.° do Tratado [5]. O critério assente na necessidade de submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial não está, portanto, satisfeito.

7. Não fomos convencidos por estes argumentos. No que respeita à observação exposta por último, basta recordar que o artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE) permite de qualquer modo aos órgãos jurisdicionais nacionais submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial, mesmo que ela seja materialmente idêntica a uma questão que já foi objecto de reenvio num processo análogo [6].

Quanto à alegação da natureza puramente interna do processo submetido ao órgão

5 — Faz-se em especial referência à jurisprudência Keck e Mithouard, já referida.

6 — Acórdão de 27 de Março de 1963, Da Costa e o. (28/62 a 30/62, Colect. 1962-1964, p. 233).

jurisdicional nacional, há que recordar que a questão prejudicial apresentada ao Tribunal de Justiça incide sobre o artigo 30.° do Tratado, cujo objectivo é o de eliminar os obstáculos à livre circulação das mercadorias na Comunidade. Ora, como o Tribunal de Justiça precisou no acórdão Pistre e o., tais obstáculos podem existir mesmo que, «no caso específico submetido ao órgão jurisdicional nacional, todos os elementos [estejam] localizados no interior de um único Estado-Membro» [7]. Com efeito, numa situação desse tipo, «a aplicação da medida nacional pode igualmente ter consequências a nível da livre circulação das mercadorias entre Estados-Membros, designadamente quando a medida em causa favorece a comercialização das mercadorias de origem nacional em detrimento das mercadorias importadas. Nestas circunstâncias, a aplicação da medida, embora limitada apenas aos produtores nacionais, cria e mantém, por si só, uma diferença de tratamento entre essas duas categorias de mercadorias, que entrava, pelo menos potencialmente, o comércio intracomunitário» [8].

8. Em consequência, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, quando se invoca uma infracção ao artigo 30.° do Tratado, o Tribunal mantém-se competente para averiguar se a medida nacional pode afectar o comércio intracomunitário, mesmo que todos os elementos específicos do litígio principal estejam localizados no interior de um único Estado-Membro [9].

Quanto ao mérito

9. No que respeita ao mérito, diremos desde já que, em nossa opinião, a disposição nacional descrita pelo tribunal de reenvio não viola o artigo 30.° Com efeito, consideramos que se inclui nas regulamentações nacionais que, na sequência do acórdão Keck e Mithouard e dos que se lhe seguiram, o Tribunal de Justiça subtraiu ao âmbito de aplicação do artigo 30.° Como é sabido, o referido acórdão continha a afirmação do princípio de que «a aplicação de disposições nacionais que limitam ou proíbem determinadas modalidades de venda a produtos provenientes de outros Estados-Membros não é susceptível de entravar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente o comércio intracomunitário... desde que se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional e desde que afectem da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, a comerciali-

7 — Acórdão de 7 de Maio de 1997 (C-321/94 a C-324/94, Colect., p. I-2343, n.° 44).

8 — *Ibidem*, n.° 45.

9 — Em contrapartida, a jurisprudência invocada pela TK nas suas observações escritas (acórdãos de 18 de Outubro de 1990, Dzodzi, C-297/88 e C-197/89, Colect., p. I-3763; de 8 de Novembro de 1990, Gmurzynska-Bscher, C-231/89, Colect., p. I-4003; de 26 de Setembro de 1985, Thomasdünger, 166/84, Recueil, p. 3001, e de 17 de Julho de 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Colect., p. I-4161) não nos parece pertinente. Nestes processos, com efeito, o direito comunitário não era directamente aplicável, apenas o sendo por força de um reenvio resultante de disposições nacionais que se conformavam, para regulamentar situações puramente internas, com soluções adoptadas no direito comunitário. O presente caso é no entanto diferente. Não se trata aqui — contrariamente ao que parece pensar o tribunal de reenvio — de um processo puramente interno, exterior ao âmbito de aplicação do direito comunitário. A questão prejudicial incide com efeito sobre o artigo 30.° do Tratado e — como já se disse — esta disposição é aplicável também quando os elementos específicos do litígio principal estão localizados no interior de um único Estado-Membro. O caso que nos ocupa não constitui uma extensão do processo de reenvio prejudicial a litígios externos ao âmbito de aplicação do direito comunitário.

zação dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-Membros» [10]. As razões que estão na base desta orientação jurisprudencial são conhecidas. Tendo constatado que «os operadores económicos invocam cada vez mais frequentemente o artigo 30.° do Tratado para impugnar qualquer tipo de regulamentação que tenha por efeito limitar a sua liberdade comercial, mesmo que não abranja os produtos provenientes de outros Estados-Membros» [11], o Tribunal de Justiça pretendeu voltar a dar a esta disposição o seu objectivo de origem, que era o de proteger as *trocas de mercadorias entre Estados-Membros*. O artigo 30.° não proíbe, portanto, os Estados-Membros de adoptarem regras de natureza geral destinadas a reger a actividade comercial, quando tais regras não constituam um obstáculo específico ao acesso dos produtos dos outros Estados-Membros ao mercado nacional. Em substância, para se poder invocar o artigo 30.°, é necessário que a medida nacional em causa acarrete uma redução *específica* do fluxo comercial entre os Estados-Membros [12]. Esta condição não é satisfeita no que respeita às regulamentações que não incidem sobre as características dos produtos, mas apenas sobre as suas modalidades de venda. Com efeito, como tais regulamentações se aplicam a todos os operadores comerciais que exercem a sua actividade no território nacional, qualquer que seja a origem dos produtos vendidos, elas não afectam em medida diferente a comercialização dos produtos provenientes de outros Estados-Membros e a dos produtos nacionais [13].

10. A orientação que acaba de ser descrita foi objecto de aplicações repetidas e coerentes. Basta recordar aqui que, para além da proibição da revenda com prejuízo, que era objecto do processo Keck e Mithouard, o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 30.° do Tratado não se aplica a uma norma deontológica, estabelecida por uma Ordem dos Farmacêuticos de um Estado-Membro, que proíbe aos farmacêuticos sujeitos à sua competência territorial fazer publicidade, fora da farmácia, aos produtos parafarmacêuticos que estão autorizados a vender, na medida em que esta norma se aplique sem proceder a uma distinção consoante a origem dos produtos em causa e não afecte, portanto, de modo diferente, a comercialização dos produtos provenientes de outros Estados-Membros relativamente aos produtos nacionais [14]. O Tribunal de Justiça considerou ainda que o artigo 30.° do Tratado não era aplicável a uma legislação nacional que reserva a venda a retalho de tabacos manufacturados, independentemente da sua proveniência, a distribuidores autorizados, mas não entrava por esse facto o acesso ao mercado nacional de produtos provenientes de outros Estados-Membros nem perturba mais esse acesso do que perturba o acesso dos produtos nacionais à rede de distribuição. Com efeito, esta regulamentação não visa as características dos produtos, mas apenas as suas modalidades de venda a retalho: a obrigação de passar por uma rede de retalhistas autorizados é aplicável qualquer que seja a origem dos produtos e não afecta a comercialização dos produtos

10 — N.° 16.

11 — N.° 14 do acórdão Keck e Mithouard, já referido.

12 — No acórdão de 20 de Junho de 1996, Semeraro Casa Uno e o. (C-418/93 a C-421/93, C-460/93 a C-462/93, C-464/93, C-9/94 a C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 e C-332/94, Colect., p. I-2975), o Tribunal de Justiça sublinhou que não é suficiente, para fazer entrar uma medida nacional no âmbito de aplicação do artigo 30.°, que ela tenha por único efeito uma redução geral do volume das vendas e, em consequência, uma diminuição das importações. É ainda necessária uma diminuição específica das importações enquanto tais.

13 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1995, Banchero (C-387/93, Colect., p. I-4663, n.os 37 e 44).

14 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1993, Hünermund e o. (C-292/92, Colect., p. I-6787).

provenientes de outros Estados-Membros de modo diferente daquele por que afecta os produtos nacionais [15]. Pelas mesmas razões, foi declarado que uma regulamentação nacional que reserva às farmácias a exclusividade da distribuição do leite destinado aos lactentes não é contrária ao artigo 30.° do Tratado [16].

11. Em nossa opinião, a jurisprudência acima recordada pode aplicar-se ao caso que nos ocupa. Para começar, as normas descritas pelo tribunal de reenvio aplicam-se indiferentemente aos operadores económicos austríacos e aos de outros Estados-Membros: com efeito, também os comerciantes estabelecidos nos Estados limítrofes podem praticar a venda ambulante no território austríaco, nas mesmas condições que as impostas aos comerciantes nacionais. Não há portanto qualquer obstáculo, sob este aspecto, à importação de mercadorias provenientes de outros Estados-Membros.

O que nos parece sobremaneira decisivo é que a legislação em causa não tem por objectivo nem por efeito limitar o volume das importações. Para retomar os termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, tal legislação não diz respeito às características dos produtos alimentares que podem ser comercializados, mas apenas à regulamentação de determinadas «modalidades de venda» desses produtos. Trata-se, portanto, de regras destinadas a reger a actividade comercial, aplicáveis qualquer que seja a origem (nacional ou de importação) das mercadorias e que de modo algum parecem susceptíveis de reduzir o fluxo das importações provenientes de outros Estados-Membros [17].

12. Pensamos, seguidamente, que a regulamentação nacional em exame não constitui uma restrição dissimulada ao comércio entre Estados-Membros, como sustentam a Comissão e a TK nas suas observações escritas. Segundo esta última óptica, um talhante, um padeiro ou outro comerciante de produtos alimentares que deseje pôr os seus próprios produtos à venda a domicílio na Áustria está obrigado a aí criar um estabelecimento, em acréscimo ao estabelecimento do seu país de origem. Isto acarreta despesas suplementares e torna desvantajosa esta forma de venda. Não partilhamos, no entanto, deste ponto de vista. Com efeito, a legislação austríaca não diz respeito ao comércio entre os Estados-Membros, nem sujeita a condições o acesso dos produtos estrangeiros ao mercado nacional. Apenas comporta uma limitação do grupo dos distribuidores autorizados a

15 — Acórdão Banchero, já referido.

16 — Acórdão de 29 de Junho de 1995, Comissão/Grécia (C-391/92, Colect., p. I-1621).

17 — A este respeito, importa precisar que os factos do presente processo diferem dos factos que estão na base do acórdão Du Pont de Nemours Italiana, citado pela Comissão (acórdão de 20 de Março de 1990, C-21/88, Colect., p. I-889). Nele afirmou o Tribunal de Justiça que uma regulamentação nacional não podia furtar-se à proibição contida no artigo 30.° do Tratado pelo facto de os seus efeitos restritivos favorecerem não a totalidade dos produtos nacionais, mas apenas uma parte deles. O processo dizia respeito a regras nacionais que reservavam às empresas situadas em determinadas regiões do território nacional uma percentagem de contratos de fornecimento de direito público: isto favorecia, portanto, as mercadorias transformadas numa determinada região de um Estado-Membro, impedindo as administrações e os estabelecimentos públicos interessados de se abastecer, quanto a uma parte do material, junto de empresas situadas noutros Estados-Membros. Não é este o caso presente, no qual as restrições à venda ambulante não dependem da origem dos produtos propostos. Os comerciantes autorizados a praticar a venda ambulante em determinadas circunscrições administrativas austríacas podem vender mercadorias provenientes de qualquer Estado-Membro, sem que a importação desses produtos tenha de estar sujeita a condições especiais susceptíveis de a desfavorecer. Em substância, as mercadorias não são afectadas pela regulamentação austríaca que limita o comércio ambulante desses produtos alimentares, de modo que esta regulamentação não é susceptível de impedir o acesso ao mercado dos produtos importados nem de o entravar numa medida mais importante que a aplicável aos produtos nacionais.

praticar uma determinada forma de venda, não dependendo esta limitação, como já se disse, da origem dos produtos. Não há, portanto, qualquer restrição, nem manifesta nem dissimulada, à circulação das mercadorias. Com efeito, não se verificou que a regulamentação nacional tenha acarretado uma redução do volume geral das trocas no interior do território nacional. *A fortiori*, não pode produzir uma incidência específica sobre o volume das importações, quando é certo que só esta justificaria a aplicação da proibição de restrições quantitativas ou de medidas de efeito equivalente. Por outro lado, importa recordar que as regras nacionais aqui examinadas apenas dizem respeito à venda ambulante de produtos alimentares que não foram objecto de uma encomenda prévia. Todas as demais modalidades de venda são livres. Parece-nos, portanto, pouco realista sustentar que o facto de um padeiro, um talhante ou outro distribuidor de produtos alimentares estabelecido, por exemplo, em Bruxelas, Paris ou Berlim não poder praticar, no território austríaco, a venda ambulante de produtos não previamente encomendados acarreta uma diminuição das importações. E por esta simples razão: na prática, esta forma de distribuição comercial sofre, por assim dizer, de uma «limitação natural» do seu raio de acção, uma vez que os retalhistas de géneros alimentícios só propõem os seus produtos segundo as modalidades referidas nas regras austríacas aos consumidores das zonas limítrofes. É por esta razão que, uma vez que aos comerciantes estabelecidos nos Estados-Membros limítrofes da Áustria é reconhecida a possibilidade de vender as suas próprias mercadorias nas mesmas condições que as previstas para os comerciantes nacionais, estas regras não são susceptíveis de afectar as trocas intracomunitárias. Não se incluem, portanto, no âmbito de aplicação do artigo 30.° do Tratado.

Conclusões

13. À luz das considerações que precedem, propomos ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo à questão apresentada pelo Oberster Gerichtshof:

«O artigo 30.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 28.° CE) deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação segundo a qual os padeiros, talhantes e comerciantes de produtos alimentares só podem efectuar a venda ambulante, sob a forma de giros de uma localidade a outra ou de venda a

domicílio, das mercadorias que a licença comercial que possuem os habilita a vender se exercerem também a sua actividade comercial num estabelecimento fixo situado na circunscrição administrativa em que põem à venda os produtos em causa sob a forma já referida, ou num município limítrofe, situado no território nacional ou noutro Estado-Membro.»