

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
26 de Junho de 1997 ^{*}

No processo C-368/95,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, pelo Handelsgericht Wien, destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH

c

Heinrich Bauer Verlag,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 30.º do Tratado CE,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida e L. Sevón, presidentes de secção, C. N. Kakouris, P. J. G. Kapteyn, C. Gulmann, P. Jann, H. Ragnemalm, M. Wathelet (relator) e R. Schintgen, juízes,

^{*} Língua do processo: alemão.

advogado-geral: G. Tesauero,
secretário: H. von Holstein, secretário adjunto,

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação de Heinrich Bauer Verlag, por Michael Winischhofer, advogado em Viena,
- em representação do Governo austríaco, por Franz Cede, Botschafter no Ministério Federal dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,
- em representação do Governo belga, por Jan Devadder, director de administração no Serviço Jurídico do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,
- em representação do Governo alemão, por Ernst Röder, Ministerialrat no Ministério Federal da Economia, e Sabine Maass, Regierungsrätin z. A. no mesmo ministério, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo neerlandês, por J. G. Lammers, consultor jurídico adjunto no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,
- em representação do Governo português, por Luís Fernandes, director do Serviço Jurídico da Direcção-Geral das Comunidades Europeias do Ministério dos Negócios Estrangeiros, António Silva Ferreira, «inspector-geral de jogos» no Ministério da Economia, e Angelo Cortesão Seiça Neves, jurista na Direcção-Geral das Comunidades Europeias do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por Claudia Schmidt, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações de Heinrich Bauer Verlag, representado por Michael Winischhofer, Harald Koppehele, advogado em Hamburgo, e Torsten Stein, professor na Universidade de Saarbrücken, do Governo austríaco, representado por Christine Stix-Hackl, Legationsrätin no Ministério Federal dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, do Governo alemão, representado por Bernd Kloke, Oberregierungsrat no Ministério Federal da Economia, na qualidade de agente, do Governo neerlandês, representado por J. S. van den Oosterkamp, consultor jurídico no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, do Governo português, representado por Ângelo Cortesão Seiça Neves, e da Comissão, representada por Claudia Schmidt, na audiência de 12 de Novembro de 1996,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 13 de Março de 1997,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por decisão de 15 de Setembro de 1995, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 29 de Novembro seguinte, o Handelsgericht Wien apresentou, ao abrigo do artigo 177.º do Tratado CE, uma questão prejudicial relativa à interpretação do artigo 30.º do mesmo Tratado.
- 2 Esta questão foi suscitada no âmbito de uma acção intentada por Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH, editor de imprensa austríaco, contra Heinrich Bauer Verlag, editor de jornais estabelecido na Alemanha, para que seja ordenado a este último que cesse a venda, em território austríaco, de publicações que ofereçam aos leitores a possibilidade de participar em jogos com prémios, em violação da Gesetz über unlauteren Wettbewerb de 1992 (lei austríaca relativa à concorrência desleal, a seguir «UWG»).

- 3 Heinrich Bauer Verlag edita na Alemanha o semanário «Laura» que distribui também na Áustria. O número de 22 de Fevereiro de 1995 incluía palavras cruzadas. Os leitores que enviassem a solução correcta podiam participar num sorteio de dois prémios de 500 DM. O mesmo número continha duas outras adivinhas a que correspondiam um prémio de 1 000 DM e outro de 5 000 DM, que também seriam sorteados pelas pessoas que tivessem dado as respostas esperadas. Os números seguintes propunham jogos semelhantes. Cada edição indicava que novas adivinhas figurariam no número seguinte.

- 4 Conclui-se do despacho de reenvio que esta prática viola o direito austríaco. O § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG proíbe, com efeito, de forma geral, que se ofereçam, sem contrapartida, aos consumidores prémios relacionados com a venda de bens ou a prestação de serviços. O § 9a, n.º 2, ponto 8, da UWG, que autoriza, no entanto, os concursos e lotarias nos quais «o valor de cada título de participação decorrente da soma total dos prémios em jogo relativamente ao número dos cupões de participação distribuídos não ultrapassa 5 ÖS e o valor total dos prémios em jogo não ultrapassa 300 000 ÖS», foi declarado inaplicável à imprensa escrita por uma lei de alteração de 1993. Desde então, a proibição de os editores de periódicos proporem ao consumidor a participação numa lotaria já não tem excepções.

- 5 Dado que o direito alemão da concorrência desleal não contém qualquer disposição análoga, o Handelsgericht Wien considerou que a proibição de venda de periódicos enunciada na UWG era susceptível de afectar o comércio intracomunitário. Assim, suspendeu a instância para apresentar ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 30.º do Tratado CE deve ser interpretado no sentido de que impede a aplicação da legislação de um Estado-Membro A que proíbe a uma empresa estabelecida no Estado-Membro B que distribua também no Estado-Membro A o periódico que edita no seu Estado e que contém adivinhas com prémios ou concursos que são legalmente organizados no Estado-Membro B?»

- 6 Importa recordar, antes de mais, que, nos termos do artigo 30.º do Tratado, são proibidas entre os Estados-Membros as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente.
- 7 Segundo jurisprudência constante, constitui medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa qualquer medida susceptível de entrar, directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário (acórdão de 11 de Julho de 1974, Dassonville, 8/74, Recueil, p. 837, n.º 5, Colect., p. 423).
- 8 Há também que recordar que, em conformidade com a jurisprudência Cassis de Dijon (acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, Rewe-Zentral, 120/78, Recueil, p. 649), constituem medidas de efeito equivalente, proibidas pelo artigo 30.º, os obstáculos à livre circulação de mercadorias resultantes, na falta de harmonização das legislações, da aplicação a mercadorias provenientes de outros Estados-Membros, onde são legalmente fabricadas e comercializadas, de regras relativas às condições a que essas mercadorias devem obedecer (como as relativas à sua designação, forma, dimensões, peso, composição, apresentação, etiquetagem, acondicionamento), mesmo que essas regras sejam indistintamente aplicáveis a todos os produtos, desde que essa aplicação não possa ser justificada por objectivos de interesse geral susceptíveis de primar sobre as exigências da livre circulação de mercadorias (acórdão de 24 de Novembro de 1993, Keck e Mithouard, C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097, n.º 15).
- 9 Em contrapartida, não é susceptível de entrar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário, na acepção da jurisprudência Dassonville, já referida, a aplicação de disposições nacionais que limitam ou proíbem determinadas modalidades de venda a produtos provenientes de outros Estados-Membros, 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 comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-Membros (acórdão Keck e Mithouard, já referido, n.º 16).

- 10 O Governo austríaco defende que a proibição em causa não é abrangida pelo artigo 30.º do Tratado. Em seu entender, a possibilidade de oferecer aos leitores de um periódico a participação em jogos com prémios constitui um simples método de promoção de vendas e, deste modo, uma modalidade de venda na acepção do acórdão Keck e Mithouard, já referido.
- 11 No caso em apreço, note-se que a legislação nacional em causa, ainda que vise um método de promoção de vendas, refere-se, concretamente, ao próprio conteúdo dos produtos, na medida em que os jogos que visa fazem parte integrante da revista em que estão inseridos. Nestas condições, a aplicação da legislação nacional em causa aos factos do caso vertente não se refere a uma modalidade de venda na acepção do acórdão Keck e Mithouard, já referido.
- 12 Além disso, uma vez que obriga os operadores estabelecidos noutros Estados-Membros a alterar o conteúdo do jornal, a proibição em causa compromete o acesso do produto em questão ao mercado do Estado-Membro de importação, entrando assim a livre circulação das mercadorias. Constitui portanto, em princípio, uma medida de efeito equivalente na acepção do artigo 30.º do Tratado.
- 13 O Governo austríaco e a Comissão defendem, no entanto, que a legislação nacional em causa tem por objectivo manter o pluralismo da imprensa, o que seria susceptível de constituir uma exigência imperativa nos termos do artigo 30.º do Tratado.
- 14 Afirmam a este respeito que, pouco depois da lei de desregulamentação da concorrência, que entrou em vigor na Áustria em 1992, ter nomeadamente liberalizado a organização dos concursos, os editores de imprensa começaram a desenvolver uma concorrência agressiva, concedendo prémios cada vez mais importantes, em especial sob a forma de possibilidades de participação em jogos com prémios.

- 15 Temendo que os pequenos editores não pudessem suportar a longo prazo essa concorrência ruínosa, o legislador austríaco excluiu, em 1993, a aplicação à imprensa escrita do § 9a, n.º 2, ponto 8, da UWG, que, como já vimos no n.º 4 do presente acórdão, autoriza em certa medida a organização de concursos e de lotarias ligadas à venda de produtos ou ao fornecimento de serviços.
- 16 Na exposição dos fundamentos do projecto, o Governo austríaco afirmou nomeadamente que, em razão do preço de venda relativamente baixo dos periódicos, em especial dos diários, existe um risco, apesar da limitação dos montantes prevista pelo § 9a, n.º 2, ponto 8, da UWG, de o consumidor conceder mais importância à possibilidade de ganhar do que à qualidade da publicação (exposição dos fundamentos do projecto do governo, *RV 365 Blg n.º 18. GP*).
- 17 O Governo austríaco e a Comissão sublinham também o nível de concentração muito elevado da imprensa escrita austríaca. O primeiro afirma que, no início dos anos 90, a quota de mercado do maior grupo de imprensa era de 54,5% na Áustria, sendo apenas de 34,7% no Reino Unido e de 23,9% na Alemanha.
- 18 Há que salientar que a manutenção do pluralismo da imprensa é susceptível de constituir uma exigência imperativa que justifique uma restrição à livre circulação das mercadorias. Com efeito, este pluralismo contribui para a salvaguarda da liberdade de expressão, como é protegida pelo artigo 10.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que figura entre os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica comunitária (v. acórdãos de 25 de Julho de 1991, *Comissão/Países Baixos, C-353/89, Colect., p. I-4069, n.º 30*, e de 3 de Fevereiro de 1993, *Veronica Omroep Organisatie, C-148/91, Colect., p. I-487, n.º 10*).
- 19 É ainda necessário, em conformidade com jurisprudência constante (acórdãos *Cassis de Dijon*, já referido; de 13 de Dezembro de 1990, *Pall, C-238/89, Colect., p. I-4827, n.º 12*, e de 6 de Julho de 1995, *Mars, C-470/93, Colect., p. I-1925*,

n.º 15), que as disposições nacionais em causa sejam proporcionadas ao objectivo prosseguido e que esse objectivo não possa ser atingido por medidas que restrinjam em menor grau as trocas intracomunitárias.

20 É certo que no acórdão de 24 de Março de 1994, Schindler (C-275/92, Colect., p. I-1039, n.º 61), em matéria de livre prestação de serviços, o Tribunal de Justiça considerou que as particularidades das lotarias justificam que as autoridades nacionais disponham de um poder de apreciação suficiente para determinar as exigências que a protecção dos jogadores comporta e, mais geralmente, atendendo a particularidades socioculturais de cada Estado-Membro, a protecção da ordem social, tanto no que se refere às modalidades de organização das lotarias e ao volume das suas apostas, como à afectação dos lucros que originarem. Considerou assim que compete às autoridades nacionais apreciar não apenas se basta restringir as actividades das lotarias, mas também se é necessário proibi-las, desde que essas restrições não sejam discriminatórias.

21 No entanto, jogos como os que estão em causa no processo principal não são comparáveis às lotarias cujas características foram examinadas no acórdão Schindler, já referido.

22 Com efeito, os factos na origem desse acórdão referiram-se exclusivamente, como o Tribunal de Justiça afirmou expressamente, a lotarias organizadas em grande escala para as quais o poder de apreciação reconhecido às autoridades nacionais se justificava pelos riscos elevados de delitos e de fraudes que comportavam, tendo em conta a importância das somas que permitiam recolher e dos ganhos que podiam oferecer aos jogadores (n.ºs 50, 51 e 60).

23 Em contrapartida, preocupações deste tipo de protecção da ordem social estão ausentes no processo em apreço. Antes de mais, as lotarias em causa são organizadas em pequena escala e os seus prémios são menos importantes; em seguida, não constituem uma actividade económica independente, mas apenas um elemento, entre outros, do conteúdo redactorial de uma revista; por fim, a legislação austríaca só proíbe totalmente as lotarias na imprensa escrita.

- 24 Além disso, importa salientar que, quando um Estado-Membro invoca exigências imperativas para justificar uma legislação que é susceptível de entravar o exercício da livre circulação das mercadorias, essa justificação deve ser interpretada à luz dos princípios gerais de direito e, nomeadamente, dos direitos fundamentais (v. acórdão de 18 de Junho de 1991, ERT, C-260/89, *Colect.*, p. I-2925, n.º 43).
- 25 Entre estes inclui-se a liberdade de expressão, consagrada pelo artigo 10.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (acórdão ERT, já referido, n.º 44).
- 26 Ora, a proibição de venda de publicações que oferecem a possibilidade de participar em jogos com prémios é susceptível de infringir a liberdade de expressão. Importa, porém, recordar que o artigo 10.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais admite que sejam introduzidas derrogações a essa liberdade para assegurar a manutenção do pluralismo da imprensa, desde que estejam previstas pela lei e sejam necessárias numa sociedade democrática (v. acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 24 de Novembro de 1993, *Informationsverein Lentia e o./Áustria*, A n.º 2769).
- 27 Tendo em conta as considerações enunciadas nos n.ºs 19 a 26, convém desde agora verificar se uma proibição nacional como a em causa no processo principal é proporcionada à manutenção do pluralismo da imprensa e se esse objectivo não pode ser atingido por medidas menos restritivas tanto para as trocas intracomunitárias como para a liberdade de expressão.
- 28 Para isto, importa determinar, por um lado, se os jornais que oferecem, através de jogos, adivinhas ou concursos, a possibilidade de ganhar um prémio estão em concorrência com as pequenas empresas de imprensa, alegadamente incapazes de oferecerem prémios comparáveis e que a legislação controvertida pretende proteger e, por outro, se esta perspectiva de ganho constitui uma incitação à compra susceptível de provocar um desvio da procura.

- 29 É ao órgão jurisdicional nacional que incumbe apreciar se estas condições estão preenchidas com base na análise do mercado austríaco da imprensa.
- 30 No âmbito desta análise, deverá delimitar o mercado do produto em causa e ter em consideração as quotas de mercado detidas por cada editor ou grupo de imprensa e respectiva evolução.
- 31 Além disso, em função de todos os elementos susceptíveis de influenciar a decisão de compra, tais como a presença ou não de publicidade na primeira página salientando a possibilidade de ganhar um prémio, a probabilidade de ganhar, o montante do prémio, o nexó entre o prémio e a solução de um problema que requer um certo grau de engenho, habilidade ou conhecimentos, o órgão jurisdicional nacional analisará também o grau de substituição possível, aos olhos do consumidor, do produto em causa pelos jornais que não oferecem a possibilidade de ganhar um prémio.
- 32 Os Governos belga e neerlandês consideram que o legislador austríaco poderia ter adoptado medidas menos atentatórias da livre circulação de mercadorias do que a proibição pura e simples de distribuir os jornais que oferecem a possibilidade de ganhar prémios, tais como a ocultação ou a supressão na edição destinada à Áustria da página contendo o jogo com prémio ou ainda a indicação de que a possibilidade de ganhar o prémio não está aberta aos leitores residentes na Áustria.
- 33 Quanto a este ponto, não se conclui dos autos que a proibição em causa impeça a comercialização dos jornais que adoptem uma das medidas acima indicadas. Se o juiz nacional considerar que este é, no entanto, o caso, a medida seria desproporcionada.
- 34 Tendo em conta os desenvolvimentos anteriores, importa responder ao órgão jurisdicional nacional que a aplicação do artigo 30.º do Tratado deve ser interpretada no sentido de que não impede a aplicação da legislação de um Estado-Membro que tem por efeito proibir no seu território a distribuição, por uma empresa estabelecida num outro Estado-Membro, de um periódico produzido neste último Estado se incluir adivinhas com prémios ou concursos, os quais são licitamente organiza-

dos neste último Estado, desde que esta proibição seja proporcionada à manutenção do pluralismo da imprensa e que esse objectivo não possa ser atingido por medidas menos restritivas. Para que estas condições estejam preenchidas, é preciso, nomeadamente, que os jornais que oferecem, através de jogos, adivinhas ou concursos, a possibilidade de ganhar um prémio estejam em concorrência com pequenas empresas de imprensa, alegadamente incapazes de oferecerem prémios comparáveis e que esta perspectiva de ganho seja susceptível de provocar um desvio da procura. Além disso, a proibição nacional não deve impedir a comercialização dos jornais que, contendo jogos, adivinhas ou concursos com prémios, não dão aos leitores que residem no Estado-Membro em causa a possibilidade de ganhar um prémio. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se estas condições estão preenchidas com base na análise do mercado nacional da imprensa em causa.

Quanto às despesas

- 35 As despesas efectuadas pelos Governos austríaco, belga, alemão, neerlandês e português bem como pela Comissão das Comunidades Europeias, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Handelsgericht Wien, por decisão de 15 de Setembro de 1995, declara:

O artigo 30.º do Tratado CE deve ser interpretado no sentido de que não impede a aplicação da legislação de um Estado-Membro que tem por efeito

proibir no seu território a distribuição, por uma empresa estabelecida num outro Estado-Membro, de um periódico produzido neste último Estado se incluir adivinhas com prémios ou concursos, os quais são licitamente organizados neste último Estado, desde que esta proibição seja proporcionada à manutenção do pluralismo da imprensa e que esse objectivo não possa ser atingido por medidas menos restritivas. Para que estas condições estejam preenchidas, é preciso, nomeadamente, que os jornais que oferecem, através de jogos, adivinhas ou concursos, a possibilidade de ganhar um prémio estejam em concorrência com pequenas empresas de imprensa, alegadamente incapazes de oferecerem prémios comparáveis e que esta perspectiva de ganho seja susceptível de provocar um desvio da procura. Além disso, a proibição nacional não deve impedir a comercialização dos jornais que, contendo jogos, adivinhas ou concursos com prémios, não dão aos leitores que residem no Estado-Membro em causa a possibilidade de ganhar um prémio. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se estas condições estão preenchidas com base na análise do mercado nacional em causa da imprensa.

Rodríguez Iglesias

Mancini

Moitinho de Almeida

Sevón

Kakouris

Kapteyn

Gulmann

Jann

Ragnemalm

Wathelet

Schintgen

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 26 de Junho de 1997.

O secretário

O presidente

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias