

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

PAOLO MENGOZZI

apresentadas em 7 de Setembro de 2010¹

1. O Tribunal de Justiça já várias vezes teve oportunidade de se pronunciar sobre a publicidade comparativa, produzindo abundante jurisprudência nesta matéria. No presente caso, porém, a questão apresentada pelo órgão jurisdicional de reenvio, o tribunal de commerce de Bourges, diz respeito a um aspecto inédito, a saber, a possibilidade de aplicar — ou não — as disposições sobre a publicidade comparativa a um litígio relativo à comparação de produtos alimentares.

2. Nesse contexto, o tribunal de reenvio pede, essencialmente, que o Tribunal de Justiça confirme ou rejeite uma jurisprudência nacional francesa que tende a excluir a licitude da publicidade comparativa de produtos alimentares que, dada a sua natureza são considerados insusceptíveis de comparação.

I — Contexto normativo

3. As disposições a que há que fazer referência para dar resposta à questão apresentada são exclusivamente normas do direito da

União. Como o órgão jurisdicional de reenvio observa no seu despacho, as disposições nacionais aplicáveis, nomeadamente os artigos 121-8 e 121-9 do code de la consommation (Código do Consumo), limitam-se a reproduzir as disposições do direito comunitário aplicáveis na altura.

A — *A Directiva 84/450/CEE, conforme alterada pela Directiva 97/55/CE*

4. O diploma de referência no caso em apreço é a Directiva 84/450/CEE² (a seguir «directiva»), conforme alterada pela Directiva 97/55/CE³.

2 — Directiva do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa (JO L 250, p. 17; EE 15 F1 p. 55). Antes das alterações introduzidas pela Directiva 97/55/CE, o título da Directiva 84/450/CEE era diferente e reflectia o conteúdo menos abrangente do texto legislativo («directiva [...] relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa»).

3 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa (JO L 290, p. 18).

1 — Língua original: italiano.

5. O artigo 2.º, ponto 2, da directiva, define «publicidade enganosa» como «a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afecta e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente». O ponto 2 A define «publicidade comparativa» como «a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente».

- b) ao preço ou ao seu modo de estabelecimento, e às condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços;
- c) à natureza, às qualidades e aos direitos do anunciador, tais como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios que recebeu ou as suas distinções.»

6. O artigo 3.º da directiva dispõe:

7. O artigo 3.ºA estabelece o seguinte:

«1. A publicidade comparativa é autorizada, no que se refere exclusivamente à comparação, quando se reúnam as seguintes condições:

«Para determinar se uma publicidade é enganosa, devem ter-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que digam respeito:

- a) não ser enganosa nos termos do n.º 2 do artigo 2.º, do artigo 3.º e do n.º 1 do artigo 7.º;
 - b) comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos;
 - c) comparar objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço;
- a) às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, o modo e a data de fabrico ou de prestação, o carácter adequado, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre os bens ou serviços;

d) não gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e do concorrente;

e) não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente;

f) referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação;

g) não retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;

h) não apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.

8. Por último, o artigo 7.º da directiva tem a seguinte redacção:

«1. A presente directiva não prejudica a manutenção ou adopção, pelos Estados-Membros, de disposições que assegurem uma protecção mais ampla dos consumidores, das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e do público em geral em matéria de publicidade enganosa.

2. O n.º 1 não é aplicável à publicidade comparativa, no que se refere exclusivamente à comparação.

[...]»

B — *A Directiva 84/450/CEE conforme alterada pela Directiva 2005/29/CE*

9. A Directiva 2005/29/CE⁴ também alterou a Directiva 84/450/CEE. As alterações que ao presente caso interessam são as relativas aos artigos 3.ºA e 7.º

4 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («directiva relativa às práticas comerciais desleais») (JO L 149, p. 22).

[...]»

10. O artigo 3.º A da Directiva 84/450/CEE passou a ter a seguinte redacção:

«No que se refere à comparação, a publicidade comparativa é autorizada, quando se reúnem as seguintes condições:

a) não seja enganosa na acepção do n.º 2 do artigo 2.º, do artigo 3.º e do n.º 1 do artigo 7.º da presente directiva ou dos artigos 6.º e 7.º da Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno;

b) compare bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos;

c) compare objectivamente uma ou mais características substanciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço;

d) não desacredite ou denigre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente;

e) em caso de produtos com denominação de origem, se refira, em cada caso, a produtos com a mesma denominação;

f) não retire partido indevido da notoriedade de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;

g) não apresente um bem ou serviço como uma imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida;

h) não crie confusão entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente, ou entre uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente.»

11. O artigo 7.º tem actualmente a seguinte redacção:

«1. Esta directiva não prejudica a manutenção ou adopção, pelos Estados-Membros, de disposições que assegurem uma protecção mais ampla dos profissionais e dos concorrentes em matéria de publicidade enganosa.

2. O n.º 1 não é aplicável à publicidade comparativa, no que se refere exclusivamente à comparação.

[...]»

12. A Directiva 2005/29/CE já estava em vigor na época dos factos do processo principal, mas o prazo de 12 de Junho de 2007⁵, fixado para a sua transposição para o direito interno, não tinha ainda expirado.

C — A Directiva 2005/29/CE

13. Os artigos 6.º e 7.º da Directiva 2005/29/CE, mencionados no actual artigo 3.ºA da Directiva 84/450/CEE para definir a noção de publicidade enganosa, referem-se às «acções enganosas» e às «omissões enganosas», respectivamente.

14. O artigo 6.º prevê:

«1. É considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza

ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correcta, em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo:

- a) a existência ou natureza do produto;
- b) as características principais do produto;

[...]

2. É considerada também enganosa uma prática comercial que, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo, e envolve:

- a) qualquer actividade de *marketing* relativa a um produto, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer produtos, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente;

5 — V. artigo 19.º da Directiva 2005/29/CE.

[...]»

15. O artigo 7.º tem a seguinte redacção:

«1. Uma prática comercial é considerada enganosa quando, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, omite uma informação substancial que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transacção esclarecida, e, portanto, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.

[...]

4. No caso de existir um convite a contratar, são consideradas substanciais, se não se puderem depreender do contexto, as informações seguintes:

a) as características principais do produto, na medida adequada ao meio e ao produto;

[...]

c) o preço, incluindo impostos e taxas [...]

16. Posteriormente à Directiva 2005/29/CE, as disposições relativas à publicidade enganosa e à publicidade comparativa foram consolidadas na Directiva 2006/114/CE⁶, sem alterações substanciais.

II — Matéria de facto e questão prejudicial

17. O litígio submetido ao tribunal nacional diz respeito a duas sociedades, a Lidl e a Vierzon, que têm a exploração de supermercados. Em 23 de Setembro de 2006, a Vierzon, que usa a insígnia «Leclerc», inseriu num jornal local uma publicidade que comparava os talões de caixa relativos a um «cabaz de compras» em quatro supermercados diferentes.

18. As listas dos produtos comprados, com os respectivos preços, incluíam 34 produtos para cada um dos supermercados: eram produtos de uso diário, sobretudo produtos alimentares substituíveis uns pelos outros, sem indicação das respectivas marcas. O preço total de cada «cabaz de compras» mostrava que o supermercado Leclerc era de todos o mais vantajoso, com um custo global de 46,30 euros para os produtos indicados. O supermercado Lidl aparecia em segundo lugar, com um

⁶ — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa (versão codificada) (JO L 376, p. 21).

preço total de 51,40 euros. Nos outros dois supermercados em causa, o preço era ainda mais elevado. A apresentação das quatro listas de produtos e dos respectivos preços era acompanhada de um slogan que salientava que os supermercados com a insígnia Leclerc eram os mais baratos.

as condições e os lugares onde são fabricados, os ingredientes utilizados e a experiência do fabricante?»

III — O processo no Tribunal de Justiça

19. Face a esta publicidade, a Lidl propôs uma acção contra a Vierzon no órgão jurisdicional de reenvio, na qual alegava violação das disposições relativas à publicidade comparativa.

21. O despacho de reenvio deu entrada na Secretaria do Tribunal em 8 de Maio de 2009. Foram apresentadas observações escritas pelas partes no processo principal, pelos Governos checo, austríaco e francês e pela Comissão.

20. O órgão jurisdicional de reenvio considerou que, para resolver o litígio, se tornava necessária uma interpretação do direito da União em matéria de publicidade comparativa, pelo que suspendeu a instância e apresentou ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

22. Na audiência realizada em 1 de Julho de 2010 intervieram as partes no processo principal, o Governo francês e a Comissão.

«O artigo 3.ºA da Directiva 84/450, conforme alterada pela Directiva 97/55, deve ser interpretado no sentido de que não é lícito realizar uma publicidade comparativa dos preços de produtos que respondam à mesma necessidade ou que tenham o mesmo objectivo, ou seja, que apresentem entre si um grau de substituíbilidade suficiente, unicamente pelo facto de, tratando-se de produtos alimentares, o carácter comestível de cada um desses produtos, ou, em todo o caso, o prazer que o seu consumo proporciona, varia totalmente segundo

IV — Quanto à questão prejudicial

A — Admissibilidade da questão

23. Nas suas observações escritas, o Governo francês alega, em primeiro lugar, que

a questão prejudicial deve ser considerada inadmissível, porque o despacho de reenvio não contém indicações suficientes para identificar em concreto os produtos objecto da publicidade comparativa e as suas características específicas.

24. No entanto, note-se que a questão apresentada pelo órgão jurisdicional de reenvio, embora respeitante a uma situação de facto descrita de forma relativamente sucinta, é na realidade uma questão puramente jurídica, claramente expressa como tal. O conhecimento em pormenor das circunstâncias específicas de facto na origem do litígio submetido ao tribunal nacional, embora não seja inútil, também não é indispensável para dar uma resposta – de natureza jurídica e com carácter abstracto – a uma questão igualmente abstracta.

25. Recorde-se, além disso, que as observações de uma das partes intervenientes no processo no Tribunal de Justiça incluem em anexo uma reprodução da publicidade comparativa que é objecto do litígio submetido ao órgão jurisdicional de reenvio e que essa reprodução faz parte dos autos. Na audiência, o Governo francês manifestou-se em termos que parecem considerar ultrapassado o problema da admissibilidade.

26. Nestas circunstâncias, é de excluir a questão prévia de admissibilidade.

B — O papel da Directiva 2005/29/CE

27. Um problema específico do processo, colocado designadamente nas observações do Governo austríaco, diz respeito ao eventual papel que deve ser reconhecido à Directiva 2005/29/CE, para os efeitos da resposta a dar à questão prejudicial. Como acima referi ao expor o contexto jurídico, essa directiva já estava em vigor à época dos factos, mas o prazo para a sua transposição não tinha ainda expirado.

28. Nessas situações, a jurisprudência do Tribunal de Justiça determina que, dentro do possível, o direito interno seja interpretado de modo a não comprometer significativamente a realização dos objectivos prosseguidos por uma directiva cujo prazo de transposição ainda não expirou⁷.

29. No caso presente, porém, penso que a questão fundamental é perceber se a eventual tomada em consideração da Directiva 2005/29/CE poderia, em concreto, modificar a resposta a dar ao tribunal nacional. Em minha opinião, essa resposta deve ser negativa.

30. Antes de mais, saliento que, no que ao presente caso interessa, a Directiva 2005/29/CE se limitou a introduzir algumas precisões

⁷ — Acórdãos de 4 de Julho de 2006, Adeneler e o. (C-212/04, Colect., p. I-6057, n.º 123), e de 23 de Abril de 2009, VTB-VAB e Galatea (C-261/07 e C-299/07, Colect., p. I-2949, n.º 39).

relativamente à publicidade enganosa; a questão apresentada pelo órgão jurisdicional de reenvio, porém, não diz respeito às condições que permitem qualificar uma publicidade como enganosa, mas apenas à possibilidade de aplicar genericamente aos produtos alimentares as condições de admissibilidade da publicidade comparativa. O facto de uma das condições de licitude da publicidade comparativa ser o seu carácter não enganador não altera o facto de a questão não dizer respeito à definição da publicidade enganosa.

31. Em todo o caso, mesmo que se tivessem em consideração as alterações introduzidas pela Directiva 2005/29/CE, parece-me claro que não existiria qualquer dificuldade especial. De facto, em concreto, essa directiva limitou-se a fornecer, sobretudo com os seus artigos 6.º e 7.º citados no artigo 3.º A da Directiva 84/450/CEE, uma série de esclarecimentos que precisaram, *mas não modificaram e menos ainda desvirtuaram* o conceito de publicidade enganosa constante da Directiva 84/450/CEE conforme alterada pela Directiva 97/55/CE. Por conseguinte, não se vê como uma interpretação do conceito de publicidade enganosa centrado exclusivamente no texto da Directiva 84/450/CEE aplicável à época dos factos, que era mais vago e genérico, pode ser susceptível de «comprometer seriamente,

após o termo do prazo de transposição, a realização do objectivo prosseguido»⁸ pela directiva mais recente.

32. Consequentemente, não considero necessário que, para dar resposta ao órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal de Justiça tenha em consideração o teor da Directiva 2005/29/CE.

C — A natureza dos direitos invocados

33. As duas partes no processo pendente no órgão jurisdicional de reenvio são particulares. Portanto, poder-se-ia perguntar se a questão apresentada não implica uma aplicação, por assim dizer «horizontal», de uma directiva, contrária à reiterada jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual, em princípio, uma directiva não pode, por si mesma, criar obrigações na esfera jurídica de um particular, nem pode, por conseguinte, ser invocada, enquanto tal, contra ele⁹.

34. Repare-se no entanto que, como o Governo francês salientou, com razão, nas observações apresentadas no presente litígio, o tribunal nacional é chamado a interpretar

8 — Acórdão VTB-VAB e Galatea (referido na nota 7, n.º 39).

9 — Mais recentemente, v., por exemplo, acórdão de 19 de Janeiro de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, Colect., p. I-365, n.º 46 e jurisprudência aí referida).

uma disposição de direito interno que transpôs, de forma substancialmente literal, a Directiva 84/450/CEE, conforme alterada pela Directiva 97/55/CE.

distorcer a concorrência, causar prejuízo aos concorrentes e influenciar negativamente a escolha dos consumidores»¹¹.

35. Por conseguinte, atendendo designadamente à circunstância de, no quadro das disposições nacionais que transpõem uma directiva, os órgãos jurisdicionais nacionais serem obrigados a interpretar as disposições nacionais, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva em causa, para atingir o resultado por ela prosseguido¹⁰, não se coloca, nem sequer nesse aspecto, qualquer problema de inadmissibilidade e/ou de pertinência da questão prejudicial apresentada pelo tribunal de commerce de Bourges.

37. Com base nas considerações expostas, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado a obrigação de se interpretar as disposições da directiva num sentido favorável à publicidade comparativa, mas sempre com o cuidado de proteger os consumidores contra uma eventual publicidade enganosa¹².

D — A Directiva 84/450/CEE e a publicidade comparativa: considerações gerais

36. O artigo 3.ºA da directiva, que enuncia as condições de licitude da publicidade comparativa em geral, tem o objectivo de «estimular a concorrência entre fornecedores de bens e serviços, no interesse dos consumidores, ao permitir aos concorrentes que ponham em destaque, de forma objectiva, as vantagens dos vários produtos comparáveis e ao proibir, simultaneamente, práticas que podem

38. Recorde-se que o conceito de publicidade comparativa exposto na directiva é muito amplo. Na verdade, a única condição para que haja publicidade comparativa é que exista uma mensagem que, seja sob que forma for, mesmo que implícita, faça referência a um concorrente ou aos bens ou serviços por ele oferecidos. Nem sequer é necessário que exista uma comparação objectiva entre os bens e serviços oferecidos pelo anunciante e os do concorrente¹³.

39. Além disso, a directiva regulamenta exhaustivamente a publicidade comparativa. Por conseguinte, não podem aplicar-se

10 — V., como exemplo mais recente, acórdão de 28 de Janeiro de 2010, Uniplex (UK) (C-406/08, Colect., p. I-817, n.º 45 e jurisprudência aí referida).

11 — Acórdão de 18 de Junho de 2009, L'Oréal e o. (C-487/07, Colect., p. I-5185, n.º 68).

12 — *Ibidem*, n.º 69 e jurisprudência aí referida.

13 — Acórdão de 25 de Outubro de 2001, Toshiba Europe (C-112/99, Colect., p. I-7945, n.º 31).

eventuais disposições nacionais mais rigorosas nesta matéria¹⁴.

marcas, sinais distintivos e denominações e, portanto, não são aqui aplicáveis.

E — *As condições de licitude da publicidade comparativa em geral*

40. O n.º 1 do artigo 3.º A da directiva enumera as condições em que é lícita a publicidade comparativa. No total, são oito condições cumulativas: basta o desrespeito de uma delas para tornar ilícita a publicidade comparativa¹⁵. Contudo, para os efeitos da resposta à questão prejudicial apresentada, só as três primeiras condições são relevantes. As outras são respeitantes à utilização ou à referência a

41. A primeira condição de licitude da publicidade comparativa é não ser enganosa. Já tive ocasião de referir este requisito e voltarei a ele mais adiante¹⁶. Subsiste, porém, o facto de, na sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio não interrogar o Tribunal de Justiça relativamente à noção de publicidade enganosa: com efeito, a questão prejudicial diz respeito exclusivamente à possibilidade de aplicar as disposições sobre publicidade comparativa a produtos alimentares, de modo geral e abstracto.

42. As segunda e terceira condições de licitude são mais directamente pertinentes para os objectivos da presente causa. Como foi referido, a segunda condição exige que a publicidade comparativa «compare bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos». Atendendo à posição favorável à publicidade comparativa manifestada pelo legislador da directiva, a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria já esclareceu que a referida condição não deve ser interpretada em sentido demasiadamente restritivo. Designadamente, foi interpretada no sentido de que

14 — Acórdão de 8 de Abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Colect., p. I-3095, n.º 44). Em contrapartida, em matéria de publicidade enganosa, a directiva, na versão aplicável aos factos do processo principal, limitava-se a estabelecer uma harmonização mínima, que permitia ao legislador nacional aplicar disposições mais rigorosas, nomeadamente de protecção dos consumidores (*ibidem*, n.º 40), a ponto de não afectar as disposições em matéria de publicidade comparativa relativamente à forma e ao conteúdo da comparação (*ibidem*, n.º 44). Além disso, note-se que, posteriormente à Directiva 2005/29/CE, a legislação da União pode considerar-se, hoje, exaustiva mesmo nalguns aspectos da regulamentação da publicidade enganosa, uma vez que actualmente os Estados-Membros só podem adoptar disposições mais restritivas nesta matéria para assegurar uma protecção mais ampla dos profissionais e dos concorrentes (v. o sexto considerando da Directiva 2005/29/CE, e a nova redacção do artigo 7.º da Directiva 84/450/CEE).

15 — V. o décimo primeiro considerando da Directiva 97/55/CE, em cujos termos, «[...] as condições para a publicidade comparativa devem ser cumulativas e integralmente respeitadas [...]». V., igualmente, o n.º 54 do acórdão Pippig Augenoptik (referido na nota 14).

16 — V. n.ºs 54 e segs.

os bens comparados devem apresentar «um suficiente grau de permutabilidade para o consumidor»¹⁷.

43. Por fim, a terceira condição de licitude exige que a publicidade comparativa «compare objectivamente uma ou mais características substanciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço» dos produtos comparados. A este respeito, esclareça-se que é lícita a publicidade comparativa na qual, como no presente caso, o preço seja o único elemento de comparação dos produtos¹⁸.

44. Chegado a este ponto, depois de ter esclarecido quais são, de modo geral, as condições de licitude da publicidade comparativa pertinentes no caso *sub iudice*, passo a analisar o cerne do problema enunciado pelo órgão jurisdicional de reenvio, ou seja, a aplicabilidade das referidas condições a uma comparação de produtos alimentares.

F — A aplicação da directiva a uma publicidade comparativa de produtos alimentares

45. Como já se viu, o núcleo da questão prejudicial apresentada pelo órgão jurisdicional de reenvio consiste na possibilidade de aplicar

as disposições do direito da União em matéria de publicidade comparativa, genericamente a uma comparação de produtos alimentares. A este respeito, observe-se que, na realidade, a publicidade controvertida no processo principal não diz respeito unicamente a produtos alimentares. Nas últimas posições da lista de produtos objecto da comparação encontram-se, por exemplo, alguns detergentes. Em todo o caso, a grande maioria dos produtos objecto da comparação é efectivamente constituída por alimentos, o que explica e justifica o teor da questão prejudicial.

46. O facto de, no caso em apreço, a comparação incidir não sobre produtos individualmente considerados, mas sobre listas de produtos, não suscita qualquer problema de licitude da publicidade comparativa. O Tribunal de Justiça já reconheceu como lícito este tipo específico de publicidade, desde que as referidas listas sejam constituídas por produtos que, por seu turno, satisfaçam individualmente a exigência de comparabilidade¹⁹. Compete naturalmente ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se está satisfeita esta condição de licitude mas, com base nos elementos dos autos, parece possível afirmar que essa condição está preenchida no caso em apreço, pois os produtos contidos em cada «cabaz de compras» estão enumerados segundo uma ordem específica e parecem susceptíveis de substituição pelos que ocupam a mesma posição em todos os outros «cabazes de compras».

17 — Acórdãos de 19 de Setembro de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, Colect., p. I-8501, n.º 26) e de 19 de Abril de 2007, De Landtsheer Emmanuel (C-381/05, Colect., p. I-3115, n.º 44).

18 — V. o oitavo considerando da Directiva 97/55/CE, segundo o qual «[...] a comparação unicamente do preço dos bens e dos serviços deve ser possível se respeitarem certas condições, nomeadamente que não seja enganosa». V., igualmente, o n.º 56 do acórdão Lidl Belgium (referido na nota 17).

19 — Acórdão Lidl Belgium (já referido na nota 17, n.º 34 a 36).

47. A Directiva 84/450/CEE não prevê qualquer excepção explícita ou disposição especial para os produtos alimentares. Por conseguinte, não se vislumbra com que base se poderia considerar ilícita, de um modo geral, uma publicidade comparativa de produtos alimentares, designadamente à luz do princípio interpretativo segundo o qual, em caso de dúvida, se deve dar sempre preferência a uma interpretação da directiva que seja favorável à publicidade comparativa²⁰. Além disso, o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar sobre publicidade comparativa de produtos alimentares e, nesses casos, nunca surgiu qualquer problema relacionado com uma pretensa inaplicabilidade da directiva a esses produtos²¹. Por último, não é de esquecer que, entre as condições de licitude da publicidade comparativa enumeradas, a alínea f) do n.º 1 do artigo 3.ºA da directiva faz referência a produtos com denominação de origem, que não faria sentido se os produtos alimentares não pudessem ser objecto de comparação.

48. Já acima tive ocasião de recordar que, de acordo com a interpretação do Tribunal de Justiça, o facto de os bens objecto de comparação satisfazerem as mesmas necessidades ou terem a mesma finalidade, conforme previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 3.ºA da directiva, significa que esses bens devem apresentar um grau suficiente de permutabilidade²². Parece-me claro que esta formulação não exige que os produtos alimentares objecto de comparação tenham as mesmas características de sabor. Sob condição, está bem de ver, de não incluírem os elementos de publicidade

enganosa, como adiante se verá. O Tribunal na mesma ordem de ideias afirmou a licitude da publicidade que compara um produto sem denominação de origem com outro que beneficia dessa denominação²³.

49. De resto, como a Comissão salientou, com razão, nas suas observações escritas, se a publicidade comparativa somente pudesse incidir em produtos iguais ou com características totalmente idênticas, perderia em grande medida o seu sentido, que consiste precisamente em comparar produtos diferentes, destacando a respectiva qualidade (ou a sua falta).

50. Quanto às modalidades específicas de verificação da existência de um grau de permutabilidade suficiente dos produtos objecto de comparação, o Tribunal de Justiça esclareceu alguns aspectos. É uma apreciação que compete ao tribunal nacional, que deve efectuar-lá à luz dos objectivos da directiva e dos princípios estabelecidos pela jurisprudência. Esse tribunal deve proceder à sua análise atendendo não apenas ao estado actual do mercado mas também às possibilidades da sua evolução, sem se limitar necessariamente aos hábitos de consumo existentes num único Estado-Membro ou numa região determinada.

20 — V., *supra*, n.º 37.

21 — V., por exemplo, acórdãos Lidl Belgium e De Landtsheer Emmanuel (referidos na nota 17).

22 — V., *supra*, n.º 42.

23 — Acórdão De Landtsheer Emmanuel (referido na nota 17, n.º 66).

Além disso, nessa apreciação, a imagem que o anunciante imprimir ao produto também é determinante²⁴.

51. Não é possível indicar, *a priori*, quais são os elementos que o órgão jurisdicional nacional pode considerar determinantes para avaliar a permutabilidade, do ponto de vista dos consumidores, dos produtos objecto de comparação: a apreciação tem que ser feita caso a caso, atendendo às características particulares da situação²⁵. No entanto, elementos como a qualidade dos produtos objecto de comparação ou o facto de estes pertencerem a uma determinada categoria podem ser importantes se, do ponto de vista dos consumidores, tiverem influência na permutabilidade dos produtos comparados.

53. Se entre os critérios de licitude da publicidade comparativa de produtos alimentares se incluisse o da *total equivalência de sabor*, o resultado seria o mesmo que se a directiva fosse declarada inaplicável a esses produtos. Como o Governo da República Checa salientou nas suas observações escritas, essa condição, que o legislador não previu, introduziria no controlo da licitude da publicidade comparativa um elemento subjectivo que permitiria sempre a um concorrente bloquear a publicidade comparativa de um seu rival, alegando a existência de diferenças de qualidade e/ou de sabor dos respectivos produtos.

G — A verificação do carácter não enganador da publicidade

52. Por conseguinte, como as diferenças de sabor entre os produtos alimentares objecto de comparação não tornam ilegítima a publicidade comparativa, esta só é lícita sob condição de: a) os produtos apresentarem suficiente permutabilidade, facto cuja verificação compete ao tribunal nacional; b) a publicidade não ser enganosa (voltarei a este aspecto mais adiante); c) estarem reunidas as outras condições de licitude enunciadas no n.º 1 do artigo 3.ºA da directiva.

54. Como já acima observei, o órgão jurisdicional de reenvio não solicita ao Tribunal de Justiça que lhe dê indicações em matéria de publicidade enganosa. Dado que uma das condições fundamentais da licitude da publicidade comparativa é não ser enganosa e como se poderia pôr a questão de saber se a noção de publicidade enganosa aplicável aos produtos alimentares é diferente da noção «comum», parece-me oportuno fazer a este respeito algumas breves considerações.

24 — *Ibidem*, n.ºs 33 a 37 e 43.

25 — A este respeito, remeto para as conclusões que apresentei em 30 de Novembro de 2006 no processo De Landtsheer Emmanuel (referido na nota 17, n.ºs 98 a 105).

55. Como já foi referido, a publicidade enganosa vem definida no artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 84/450/CEE²⁶. São dois os elementos essenciais dessa definição. Em primeiro lugar, a publicidade enganosa induz em erro (ou, pelo menos, é susceptível de induzir em erro) as pessoas a quem se dirige. Em segundo lugar, em consequência dessa característica, a publicidade enganosa pode afectar o comportamento económico das pessoas a quem se dirige ou prejudicar um concorrente do autor da publicidade.

56. A verificação da natureza enganosa de uma publicidade compete sempre ao órgão jurisdicional nacional: deve ser realizada à luz das especificidades de cada caso concreto, tendo especialmente em conta os consumidores a quem a publicidade se dirige e utilizando como referência o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado²⁷.

57. No caso *sub iudice*, sem querer privar o órgão jurisdicional nacional da sua competência exclusiva nesta matéria, penso que é possível identificar alguns aspectos que devem ter-se em consideração para determinar se os consumidores destinatários da publicidade comparativa em análise foram ou estiveram em risco de ser induzidos em erro.

58. Antes de mais, não se pode considerar que constitui publicidade enganosa o facto de a publicidade comparativa em análise não indicar, de um modo geral, a marca dos produtos objecto de comparação. É verdade que o Tribunal de Justiça declarou que, em determinados casos, a omissão de indicação das marcas dos produtos objecto de comparação pode constituir publicidade enganosa. Como o Tribunal determinou no acórdão Pippig, tal só acontece nos casos em que a marca dos produtos possa condicionar de forma sensível a escolha do comprador e em que a comparação diga respeito a produtos concorrentes cujas marcas possuem uma importância diferente em termos de renome²⁸.

59. Por outras palavras, a omissão de indicação das marcas só pode configurar publicidade enganosa em casos bastante limitados: o patamar de referência fixado pelo Tribunal de Justiça no referido acórdão Pippig é muito elevado. Nesse processo, o que estava em causa era a omissão de indicação das marcas de lentes para óculos, ou seja, um produto pertencente a uma categoria totalmente diversa, em termos de preço e permutabilidade, da dos produtos alimentares de primeira necessidade. E, mesmo nesse caso, não se pode esquecer que o Tribunal de Justiça remeteu para o órgão jurisdicional nacional a decisão relativa à natureza enganosa, ou não, da publicidade em causa.

26 — Acórdão Lidl Belgium (referido na nota 17, n.º 76).

27 — Acórdãos de 16 de Janeiro de 1992, X (C-373/90, Colect., p. I-131, n.º 15); Pippig Augenoptik (referido na nota 14, n.º 55); e Lidl Belgium (referido na nota 17, n.º 77 a 78) e jurisprudência aí referida.

28 — Acórdão Pippig Augenoptik (referido na nota 14, n.º 53).

60. Em consequência, estando assente que somente o órgão jurisdicional nacional pode pronunciar-se sobre este aspecto, parece-me difícil que, no caso em apreço, a ausência de indicação das marcas dos produtos objecto de comparação possa configurar uma actuação com elementos característicos da publicidade enganosa. Diferente seria o caso se, por exemplo, a omissão de indicação das marcas dos produtos objecto de comparação fosse utilizada pelo anunciante para incutir nos consumidores uma ideia errada desses produtos. Imagine-se, por exemplo, uma comparação concebida de forma a sugerir, enganosamente, que o produto com um preço substancialmente mais baixo é da mesma marca que o produto mais caro.

61. Em contrapartida, a omissão de indicação das marcas pode ser significativa se tornar impossível identificar os produtos objecto de comparação. De acordo com a jurisprudência, os produtos objecto da comparação «devem [...] poder ser individual e concretamente identificados»²⁹. Se, como no caso em apreço, a publicidade identifica os produtos de forma genérica («margarina», «creme de barrar», «puré de tomate», etc.) sem indicar a marca, pode existir o risco de os produtos objecto de comparação não serem identificáveis com suficiente precisão. No entanto, mesmo neste caso, é ao órgão jurisdicional nacional que compete essa apreciação. Com efeito, se os produtos objecto de comparação forem os únicos do seu género vendidos nos

supermercados em causa (ou seja, para utilizar os exemplos referidos no número anterior, a margarina, o puré de tomate, etc.) ou, pela sua natureza, forem perfeitamente substituíveis pelos produtos concorrentes, não se coloca qualquer problema de falta ou de impossibilidade de identificação.

62. O Tribunal de Justiça já frisou que, em abstracto, o próprio modo de selecção dos produtos específicos destinados a constituir o «cabaz de compras» objecto de publicidade comparativa pode configurar uma publicidade enganosa. É o que poderia acontecer, designadamente, se a selecção dos produtos fosse susceptível de incutir nos consumidores a convicção errada de que *todos os produtos* do anunciante são mais baratos do que *todos os produtos* dos seus concorrentes³⁰. Note-se, porém, que esta jurisprudência não é pertinente no caso em apreço; decorre de decisões do Tribunal de Justiça numa situação em que a publicidade não comparava produtos determinados, mas o nível geral dos preços praticados por supermercados concorrentes. No caso *sub iudice*, não estamos em presença de afirmações de carácter geral relativas aos preços, que serão sempre mais baixos num supermercado do que noutra. A publicidade comparativa relativamente à qual o órgão jurisdicional de reenvio foi chamado a pronunciar-se compara um número preciso e bem

29 — Acórdão Lidl Belgium (referido na nota 17, n.º 61).

30 — *Ibidem*, n.º 83.

determinado de produtos que se encontram à venda em supermercados concorrentes. O facto de essa comparação ser acompanhada de um slogan genérico no sentido de que o supermercado anunciante oferece mais vantagens, sem qualquer indicação quantitativa e/ou numérica, parece-me absolutamente irrelevante.

V — Conclusões

63. À luz das considerações expostas, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial apresentada pelo Tribunal de commerce de Bourges nos seguintes termos:

«Na acepção da Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, é lícita uma publicidade que estabeleça a comparação, exclusivamente com base no preço, entre produtos alimentares que, não obstante a diferença de sabor, apresentam um grau suficiente de permutabilidade. Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar o respeito dessa condição, assim como das outras condições previstas no artigo 3.ºA da Directiva 84/450/CEE e, em particular, da que se refere à proibição da publicidade enganosa.»