

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)
13 de Janeiro de 2000 *

No processo C-220/98,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE), pelo Landgericht Köln (Alemanha), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG

e

Lancaster Group GmbH,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 30.º e 36.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 28.º CE e 30.º CE) e 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos (JO L 262, p. 169; EE 15 F1 p. 206), tal como alterada pela Directiva 88/667/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988 (JO L 382, p. 46), e pela Directiva 93/35/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993 (JO L 151, p. 32),

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: D. A. O. Edward, presidente de secção, J. C. Moitinho de Almeida (relator), C. Gulmann, J.-P. Puissochet e P. Jann, juízes,

advogado-geral: N. Fennelly,

secretário: H. A. Rühl, administrador principal,

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação da Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG, por K. Henning Jacobsen, advogado em Berlim,
- em representação da Lancaster Group GmbH, por A. Lubberger, advogado em Francoforte do Meno,
- em representação do Governo alemão, por A. Dittrich, Ministerialrat no Ministério Federal da Justiça, e C.-D. Quassowski, Ministerialrat no Ministério Federal da Economia, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo francês, por K. Rispal-Bellanger, subdirectora na Direcção dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, e R. Loosli-Surrans, encarregada de missão na mesma direcção, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo finlandês, por H. Rotkirch, embaixador, chefe do Serviço dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, e T. Pynnä, consultora jurídica no mesmo ministério, na qualidade de agentes,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por H. Støvlbæk, membro do Serviço Jurídico, e K. Schreyer, funcionária nacional destacada junto do mesmo serviço, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações da Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG, representada por K. Kleinschmidt, advogado no foro de Berlim, da Lancaster Group GmbH, representada por A. Lubberger, do Governo francês, representado por R. Loosli-Surrans, e da Comissão, representada por K. Schreyer, na audiência de 17 de Junho de 1999,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 16 de Setembro de 1999,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por despacho de 24 de Março de 1998, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 15 de Junho seguinte, o Landgericht Köln submeteu, em aplicação do artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE), uma questão prejudicial relativa à interpretação dos artigos 30.º e 36.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 28.º CE e 30.º CE) e 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos (JO L 262, p. 169;

EE 15 F1 p. 206), tal como alterada pela Directiva 88/667/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988 (JO L 382, p. 46), e pela Directiva 93/35/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993 (JO L 151, p. 32, a seguir «Directiva 76/768»).

- 2 Esta questão foi suscitada no quadro de um litígio que opõe a Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG (a seguir «Estée Lauder») à Lancaster Group GmbH (a seguir «Lancaster») a propósito da comercialização do produto cosmético «Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme», em cuja denominação figura o termo «lifting».

A regulamentação comunitária

- 3 A Directiva 76/768 dispõe, no seu artigo 6.º, n.º 3:

«Os Estados-Membros tomarão todas as disposições necessárias para que, na rotulagem, a apresentação para venda e publicação relativa aos produtos cosméticos, o texto, as denominações, marcas, imagens ou outros sinais, figurativos ou não, não sejam utilizados para atribuir a esses produtos características que não possuem.

Além disso, qualquer referência a experiências em animais deve indicar claramente se os ensaios efectuados incidiram no produto acabado e/ou nos seus ingredientes.»

- 4 A Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos

Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa (JO L 250, p. 17; EE 15 F5 p. 55), define, no artigo 1.º, o seu objectivo nestes termos:

«A presente directiva tem por objectivo proteger os consumidores e as pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, bem como os interesses do público em geral, contra a publicidade enganosa e as suas consequências desleais.»

- 5 O artigo 2.º, ponto 2, da Directiva 84/450 define a «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».
- 6 O artigo 3.º da Directiva 84/450 precisa que, para determinar se uma publicidade é enganosa, devem ter-se em conta todos os seus elementos e enumera um determinado número de indicações a ter em conta a este título.
- 7 Nos termos do artigo 4.º da Directiva 84/450, «Os Estados-Membros velarão para que existam meios adequados e eficazes para controlar a publicidade enganosa no interesse dos consumidores bem como dos concorrentes e do público em geral.» Este artigo precisa, além disso, o tipo de disposições jurídicas que tais meios devem comportar, nomeadamente a competência dos tribunais para ordenar a cessação duma publicidade enganosa.

- 8 Segundo o artigo 7.º da Directiva 84/450, esta não obsta à manutenção ou à adopção pelos Estados-Membros de disposições que visem assegurar uma protecção mais ampla das pessoas em causa.

A regulamentação alemã

- 9 A Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb de 7 de Junho de 1909 (lei sobre a luta contra a concorrência desleal, a seguir «UWG») dispõe, no seu artigo 1.º:

«Quem, no âmbito de relações comerciais, praticar, com uma finalidade concorrencial, actos contrários aos bons costumes pode ser intimado a abster-se dessa prática e a indemnizar.»

- 10 Nos termos do artigo 3.º da UWG:

«Quem, no âmbito de relações comerciais, fornecer, com uma finalidade concorrencial, indicações enganosas sobre as condições negociais, em especial sobre as características, a origem, o modo de fabrico ou o cálculo do preço de alguns ou de todos os produtos ou prestações, sobre as tabelas de preços, sobre o modo ou a fonte de abastecimento, sobre as distinções que lhes foram atribuídas, sobre as razões ou a finalidade da venda ou sobre o estado dos *stocks* pode ser intimado a abster-se destas indicações.»

- 11 A Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz de 15 de Agosto de 1974 (lei federal sobre os produtos alimentares e os produtos de consumo corrente, a seguir «LMBG»), determina, no seu artigo 27.º, n.º 1:

«É proibido comercializar a título profissional produtos cosméticos sob uma designação enganosa ou com indicações ou uma apresentação enganosa, bem como fazer a publicidade de produtos cosméticos, em geral ou num caso particular, com descrições ou outras menções enganosas. Em especial, existe indução em erro

1. quando se atribui a produtos cosméticos efeitos que eles não têm no actual estado do conhecimento científico ou que, do ponto de vista científico, não estão suficientemente comprovados,

2. quando a denominação, as indicações, a apresentação, a descrição ou qualquer outra menção dão a impressão de êxito garantido.

3. quando as denominações, indicações, apresentações, representações, ou outras menções susceptíveis de induzir em erro

a) sobre a pessoa, a qualificação, a aptidão ou o sucesso do fabricante, do inventor ou das pessoas que trabalham para eles,

- b) sobre a origem dos produtos cosméticos, a sua quantidade, o seu peso ou a data do seu fabrico ou da sua embalagem, sobre o seu período de validade ou sobre outros elementos determinantes para a apreciação,

foram utilizadas.»

O litígio no processo principal

- 12 A Lancaster comercializa o creme restaurador da pele «Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme», em cuja denominação figura o termo «lifting».
- 13 No processo principal, a Estée Lauder argumenta que o termo «lifting» é enganoso, uma vez que dá a impressão ao comprador de que o produto tem efeitos idênticos ou comparáveis, sobretudo quanto à duração, a uma operação cirúrgica de *lifting* da pele, quando não é esse o caso do referido creme. A Estée Lauder pede que sejam proibidas a colocação no mercado para fins comerciais, a distribuição e a promoção dos produtos cosméticos cuja denominação englobe o termo «lifting», em especial o referido creme, por incompatibilidade com os artigos 3.º da UWG e 27.º, n.º 1, da LMBG, bem como com a Directiva 76/768.
- 14 A Lancaster admite que o creme em causa no processo principal não tem a mesma acção a longo prazo que uma operação de *lifting*, mas indica que tem no entanto uma acção restauradora significativa. Considera que as expectativas do público relativamente ao referido produto não correspondem ao alegado pela Estée Lauder. De qualquer modo, a sua eventual condenação seria contrária aos artigos 30.º e 36.º do Tratado. A Lancaster indica que nada justificaria as despesas a que deveria fazer face para denominar diferentemente o produto se

tivesse de proceder à modificação da embalagem apenas para o distribuir na Alemanha, uma vez que a utilização dessa denominação não é contestada nos outros Estados-Membros. A proibição solicitada constituiria um entrave desproporcionado, tendo em conta a reduzida importância do interesse geral a proteger, que é o de evitar um erro dos consumidores unicamente sobre a duração dos efeitos do produto em causa.

- 15 O Landgericht Köln considera que a utilização da palavra «lifting» na denominação do produto cosmético em causa no processo principal é contrária ao artigo 27.º, n.º 1, da LMBG, que proíbe a comercialização de produtos cosméticos sob denominações enganosas e, em especial, a atribuição a esses produtos de efeitos que eles não possuem, desde que, de acordo com a jurisprudência, uma parte não negligenciável dos consumidores, isto é, cerca de 10% a 15%, seja induzida em erro.
- 16 O órgão jurisdicional de reenvio precisa, por um lado, que, no seu acórdão de 12 de Dezembro de 1996, «Lifting creme», o Bundesgerichtshof decidiu que a declaração, por um órgão jurisdicional inferior, da natureza enganosa da designação «lifting» não era «contrária à experiência» e, por outro, que, na ausência de uma sondagem de opinião, não dispõe de provas materiais suficientes para chegar à conclusão contrária.
- 17 A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio levanta a questão de saber se, em razão do conceito de consumidor que se extrai da jurisprudência do Tribunal de Justiça no domínio das directivas aplicáveis, segundo o qual o consumidor deve ter um determinado grau de atenção e de discernimento, deve ser tida em conta uma percentagem de pessoas induzidas em erro superior à de 10% a 15% consagrada pela jurisprudência alemã.
- 18 O órgão jurisdicional nacional coloca seguidamente a questão de saber se, no caso de, em conformidade com o direito comunitário, o consumidor ser induzido em erro no presente caso, o entrave à livre circulação das mercadorias resultante

da proibição da denominação em litígio é compatível com o artigo 30.º do Tratado, quando tal denominação é licitamente utilizada noutro Estado-Membro e a comercialização do referido produto nos outros Estados-Membros é considerada legal ao abrigo do mesmo artigo.

- 19 Deve realçar-se que, no processo mencionado pelo órgão jurisdicional nacional, o Bundesgerichtshof considerou que o erro por parte de um número não negligenciável de consumidores que esperavam que o creme em causa, o «Horphag Lifting Creme», produzisse efeitos restauradores da pele com uma certa duração, quando tais efeitos desapareciam de 2 a 24 horas após a aplicação do referido creme, era susceptível de justificar a proibição da sua comercialização, ao abrigo do artigo 27.º, n.º 1, da LMBG, uma vez que a denominação do creme condicionava a sua aquisição.

- 20 Nestas condições, o Landgericht Köln decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Devem interpretar-se os artigos 30.º e 36.º do Tratado CE e/ou o n.º 3 do artigo 6.º da Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos, no sentido de que se opõem à aplicação de disposições nacionais em matéria de protecção da concorrência desleal que permitem proibir a importação e comercialização de um produto cosmético legalmente produzido ou legalmente comercializado num Estado-Membro da União Europeia, baseando-se a referida proibição no facto de a designação ‘lifting’, entendida como indicação dos efeitos do produto, induzir os consumidores no erro de entenderem que produz um efeito permanente, sendo que o referido produto se distribui legalmente e sem suscitar censura noutros países da União Europeia, ostentando na embalagem a mencionada indicação dos seus efeitos?»

- 21 Resulta do processo principal que o engano de que os consumidores podem eventualmente ser vítimas no caso concreto não consiste na sua convicção de que

o produto tem efeitos idênticos ou comparáveis aos de uma operação cirúrgica, antes se limitando à convicção de que o produto tem efeitos de uma certa duração.

Quanto à questão prejudicial

- 22 Pela sua questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta em substância se os artigos 30.º e 36.º do Tratado e a Directiva 76/768 se opõem a uma regulamentação nacional que, tal como interpretada pela jurisprudência nacional, proíbe a importação e a comercialização de um produto cosmético que compreende o termo «lifting» na sua denominação, quando os consumidores desse Estado possam ser enganados por esse termo quanto à duração dos efeitos do produto, quando este é legalmente comercializado noutros Estados-Membros sob essa mesma denominação, sem dar lugar a qualquer contestação.
- 23 Deve recordar-se que a Directiva 76/768 procedeu a uma harmonização exaustiva das normas nacionais de embalagem e de rotulagem dos produtos cosméticos (acórdãos de 23 de Novembro de 1989, Parfümerie-Fabrik 4711, C-150/88, Colect., p. 3891, n.º 28, e de 2 de Fevereiro de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, dito «Clinique», C-315/92, Colect., p. I-317, n.º 11).
- 24 De entre as regras definidas pela Directiva 76/768 consta a obrigação, enunciada no seu artigo 6.º, n.º 3, segundo a qual os Estados-Membros devem tomar todas as disposições necessárias para que, na rotulagem, apresentação para venda e publicação relativas aos produtos cosméticos, o texto, as denominações, marcas, imagens ou outros sinais, figurativos ou não, não sejam utilizados para atribuir a esses produtos características que não possuem.

- 25 Esta disposição, que se situa no quadro de uma directiva destinada, nomeadamente, como resulta em especial dos seus segundo e terceiros considerandos, a assegurar a liberdade de comércio dos produtos cosméticos, define assim as medidas a tomar no interesse da defesa dos consumidores e da lealdade das transacções comerciais, que figuram no número das exigências imperativas, por força das quais são admitidos entraves à livre circulação de mercadorias na acepção do artigo 30.º do Tratado, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Ela prossegue ainda um objectivo de protecção da saúde das pessoas, na acepção do artigo 36.º do Tratado, na medida em que uma informação enganosa sobre as características desses produtos poderia ter incidência sobre a saúde pública.
- 26 As medidas que os Estados-Membros são chamados a adoptar para efeitos da execução dessa disposição devem, no entanto, respeitar o princípio da proporcionalidade (v., designadamente, os acórdãos Clinique, já referido, n.º 16, e de 28 de Janeiro de 1999, Unilever, C-77/97, Colect., p. I-431, n.º 27).
- 27 A este respeito, há que recordar que, no quadro da interpretação da Directiva 84/450, aquando da avaliação, por um lado, do risco de engano dos consumidores e, por outro, das exigências da livre circulação das mercadorias, o Tribunal de Justiça declarou que, para determinar se uma denominação, marca ou indicação publicitária é ou não enganosa, se deve ter em conta a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido (v., nomeadamente, o acórdão de 16 de Julho de 1998, Gut Springenheide e Tuský, C-210/96, Colect., p. I-4657, n.º 31).
- 28 Este critério, baseado no princípio da proporcionalidade, aplica-se também no domínio da comercialização de produtos cosméticos quando, como no processo principal, um erro sobre as características do produto não for susceptível de prejudicar a saúde pública.

- 29 Com vista à aplicação desse critério ao caso vertente, devem ser tidos em consideração vários elementos. Há nomeadamente que verificar se factores sociais, culturais ou linguísticos podem justificar que o termo «lifting» empregado a propósito de um creme restaurador seja entendido pelos consumidores alemães de modo diferente do que é entendido pelos consumidores de outros Estados-Membros ou se as condições de utilização do produto são só por si suficientes para sublinhar a natureza transitória dos seus efeitos, neutralizando qualquer conclusão contrária que possa ser tirada do termo «lifting».
- 30 Embora, à primeira vista, o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, não deva esperar que um creme cuja denominação comporta o termo «lifting» produza efeitos duráveis, compete no entanto ao órgão jurisdicional nacional verificar, tendo em conta todos os elementos pertinentes, se esse caso aqui se verifica.
- 31 A esse respeito, não existindo qualquer disposição comunitária na matéria, compete ao órgão jurisdicional nacional, que considere indispensável ordenar um exame pericial ou encomendar uma sondagem de opinião destinada a esclarecê-lo quanto ao carácter eventualmente enganoso duma indicação publicitária, determinar, em conformidade com o seu direito nacional, a percentagem de consumidores enganados por essa indicação que lhe pareça suficientemente significativa para justificar, se necessário, a respectiva proibição (v. acórdão Gut Springenheide e Tuský, já referido, n.ºs 35 e 36).
- 32 Deve assim responder-se que:

— Os artigos 30.º e 36.º do Tratado e 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768 não se opõem à aplicação de uma regulamentação nacional que proíbe a importação

e a comercialização de um produto cosmético que compreende o termo «lifting» na sua denominação, quando, nas circunstâncias do caso, um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido é induzido em erro pela referida denominação, considerando que ela atribui ao produto características que o mesmo não possui.

- Compete ao juiz nacional pronunciar-se sobre a natureza eventualmente enganosa da denominação, tendo em consideração a presumível expectativa do referido consumidor.

- O direito comunitário não se opõe a que, se encontrar dificuldades particulares para avaliar a natureza enganosa da referida denominação, o juiz nacional recorra, nas condições previstas pelo seu direito nacional, a uma sondagem de opinião ou a um exame pericial destinados a esclarecê-lo.

Quanto às despesas

- 33 As despesas efectuadas pelos Governos alemão, francês e finlandês, bem como pela Comissão, 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 (Quinta Secção),

pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Landgericht Köln, por despacho de 24 de Março de 1998, declara:

- Os artigos 30.º e 36.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 28.º CE e 30.º CE) e 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos, tal como alterada pela Directiva 88/667/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, e pela Directiva 93/35/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, não se opõem à aplicação de uma regulamentação nacional que proíbe a importação e a comercialização de um produto cosmético que compreende o termo «lifting» na sua denominação, quando, nas circunstâncias do caso, um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido é induzido em erro pela referida denominação, considerando que ela atribui ao produto características que o mesmo não possui.
- Compete ao juiz nacional pronunciar-se sobre a natureza eventualmente enganosa da denominação, tendo em consideração a presumível expectativa do referido consumidor.

- O direito comunitário não se opõe a que, se encontrar dificuldades particulares para avaliar a natureza enganosa da referida denominação, o juiz nacional recorra, nas condições previstas pelo seu direito nacional, a uma sondagem de opinião ou a um exame pericial destinados a esclarecê-lo.

Edward

Moitinho de Almeida

Gulmann

Puissochet

Jann

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 13 de Janeiro de 2000.

O secretário

O presidente da Quinta Secção

R. Grass

D. A. O. Edward