

PUBLICIDADE COMPARATIVA E PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS*

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA

Sumário: I. A publicidade comparativa como prática comercial das empresas face aos consumidores. 1. O novo regime comunitário da publicidade comparativa como prática comercial das empresas face aos consumidores. 2. A utilização publicitária de comparações no Código da Publicidade e na Directiva 97/55/CE. 3. A história da publicidade comparativa em Portugal. 4. A história da publicidade comparativa no direito comparado: a) A sentença *Betonzusatmittel* do BGH; b) O Código da Actividade Publicitária italiano; c) Da decisão de 22/7/1986 da *Cour de cassation* à lei francesa da publicidade comparativa. 5. A publicidade comparativa como instrumento de transparência do mercado interno. 6. A publicidade comparativa entre a protecção do consumidor e a concorrência desleal. 7. A utilização publicitária de testes comparativos. II. A directiva sobre práticas comerciais desleais (2005/29/CE). 1. A defesa dos consumidores no âmbito da concorrência desleal. 2. A harmonização completa e a liberdade de circulação de bens no mercado interno. 3. Proibição de práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores antes, durante e após uma transacção comercial. 4. Os sujeitos das práticas comerciais. 5. A cláusula geral e os tipos de práticas comerciais desleais. 6. Práticas comerciais enganosas. 7. A noção de informação substancial. 8. Práticas comerciais agressivas. 9. Protecção dos menores e outros grupos específicos de consumidores. 10. Códigos de conduta e meios de controlo. 11. Dos actos de concorrência às práticas comerciais desleais? 12. A salvaguarda da liberdade de publicidade comparativa e o Acórdão *Pippig Augenoptik* do TJCE.

I. A publicidade comparativa como prática comercial das empresas face aos consumidores

1. O novo regime comunitário da publicidade comparativa como prática comercial das empresas face aos consumidores

A «directiva sobre práticas comerciais desleais»¹ alterou a Directiva 84/450/CEE² em diversos aspectos (art. 14.º). Um deles é o regime da publicidade comparativa introduzido

* Estudos de Direito do Consumidor, CDC/FDUC, nº 7, 2005, 341-378.

¹ 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 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»), Jornal Oficial nº L 149 de 11/06/2005, 22-39. Sobre esta directiva ver José de Oliveira Ascensão, *Problemas actuais da concorrência desleal*, in *Congresso Empresas e Sociedades*, Homenagem da FDUC aos Professores Doutores A. Ferrer Correira, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, nos vinte anos do Código da Sociedades Comerciais, 30 e 31 de Março de 2006 (em publicação).

pela Directiva 97/55/CE³, dando nova redacção ao art. 3.º-A da directiva sobre publicidade enganosa e comparativa (art. 14.º, 3).

De acordo com o novo regime, a utilização de comparações passa a ser autorizada quando a publicidade comparativa: 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 directiva sobre publicidade enganosa e comparativa ou dos artigos 6.º e 7.º da directiva sobre práticas comerciais desleais (1); compare bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos (2); compare objectivamente uma ou mais características substanciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço (3); não desacredite ou denigra marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente (4); em caso de produtos com denominação de origem, se refira, em cada caso, a produtos com a mesma denominação (5); 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 (6); não apresente um bem ou serviço como uma imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida (7); 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 (8).

Ora, o novo regime comunitário da publicidade comparativa, enquanto prática comercial das empresas face aos consumidores, continua a ancorar a licitude da utilização de comparações na proibição da publicidade enganosa. Todavia, os Estados-Membros já não podem estabelecer um regime mais restritivo por razões de protecção do consumidor, já que, nos termos do art. 7.º, 1, da directiva sobre publicidade enganosa e comparativa, com a redacção que lhe foi dada pela directiva sobre práticas comerciais desleais (art. 14.º, 5), se ressalva a possibilidade de “manutenção ou adopção, pelos Estados-Membros, de disposições que assegurem uma protecção mais ampla dos profissionais e dos concorrentes em matéria de publicidade enganosa.”. Ou seja, os Estados-Membros podem manter ou adoptar medidas mais rigorosas de protecção dos profissionais e dos concorrentes, mas já não de protecção dos consumidores. Donde decorre que o regime da publicidade comparativa, enquanto prática comercial das empresas face aos consumidores, é plenamente regulado pelo direito comunitário.

² Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa.

³ Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997 (que altera a Directiva n.º 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa).

A data de transposição da directiva sobre práticas comerciais desleais é 12 de Junho de 2007, com efeitos a partir de 12 de Dezembro desse mesmo ano. A transposição desta directiva é visada pelo Anteprojecto do Código do Consumidor⁴, o qual integra o direito publicitário, estabelecendo o regime da publicidade comparativa no art. 101.º, que se preenche por remissão para a norma relativa às acções enganosas que inclui a publicidade enganosa (art. 132.º).

2. A utilização publicitária de comparações no Código da Publicidade e na Directiva 97/55/CE

Por enquanto, a publicidade comparativa está regulada, entre nós, no art. 16.º do Código da Publicidade.⁵ A publicidade comparativa é aí definida como a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente (1), sendo consentida, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, no que respeita à comparação, na medida em que respeite um conjunto de condições de aplicação cumulativa (2), a saber: não deverá ser enganosa, nos termos do artigo 11.º (a); deverá comparar bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objectivos (b); deverá comparar objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço (c); não deverá gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante ou de um concorrente (d); não deverá desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente (e); deverá referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação (f); não deverá retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos

⁴ Nas palavras do Presidente da Comissão do Código do Consumidor, na *Apresentação* do Anteprojecto: "Aproveita-se a oportunidade para transpor a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização a distância de *serviços financeiros* prestados a consumidores, assim como a 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. Tarefa que não foi fácil, particularmente neste segundo caso, perante uma directiva de harmonização plena que condiciona fortemente o trabalho de transposição e que pode deixar algo perplexo quem mais se preocupa com o rigor jurídico e a precisão que um texto normativo deve sempre ter." (António Pinto Monteiro, *Código do Consumidor – Anteprojecto*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 2006, 7-8). O regime das práticas comerciais desleais da directiva 2005/29/CE está previsto especificamente na subsecção II do capítulo IV do título II. A propósito deste Anteprojecto, apenas uma palavra para saudar a sua elaboração. Trata-se, na generalidade, de um marco da ciência jurídica portuguesa que permitirá, desde logo, suprir insuficiências da actual legislação do consumo resultantes nomeadamente da sua dispersão algo "caótica".

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, segundo a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de Setembro, que *inter alia* transpõe a directiva sobre publicidade comparativa. Para desenvolvimentos sobre o direito da publicidade, incluindo a problemática da publicidade comparativa, ver Paulo Mota Pinto, *Direito da Publicidade*, polic., Coimbra 1999.

concorrentes (g); não deverá apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida (h); deverá, de forma clara e inequívoca, conter a indicação do seu termo ou, se for o caso, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços, sempre que a comparação faça referência a uma oferta específica, devendo também indicar a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica quando tal oferta ainda não se tenha iniciado (i). Finalmente, dispõe-se ainda que o ónus da prova da veracidade da publicidade comparativa recai sobre o anunciante (5).⁶

Este regime decorre da transposição da Directiva 97/55/CE. Com efeito, esta directiva veio estabelecer, a nível comunitário, as condições em que a publicidade comparativa é considerada lícita, inserindo um novo preceito, o art. 3.º-A, na directiva sobre publicidade enganosa e comparativa, segundo o novo título. Para o efeito, a publicidade comparativa é definida como a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente. Trata-se de uma medida considerada necessária à realização do mercado interno, tendo em conta o aumento exponencial da variedade da oferta e a importância da publicidade enquanto meio muito importante para os consumidores em ordem a criar em toda a Comunidade oportunidades reais de mercado para todos os bens e serviços. Nesse sentido, considera-se que a harmonização do regime da publicidade comparativa contribuirá para demonstrar objectivamente as vantagens dos diferentes produtos comparáveis, podendo servir de estímulo à concorrência entre fornecedores de bens e serviços no interesse dos consumidores (cons. 2). Depois, umas das preocupações do regime instituído é evitar que, nomeadamente, as empresas sejam expostas a formas de publicidade desenvolvidas por concorrentes os quais não estão em posição de poder responder em pé de igualdade, assegurando-se, por outro lado, a liberdade de prestação de serviços em matéria de publicidade comparativa (cons. 3). A harmonização da licitude da publicidade comparativa tinha sido ressaltada na directiva sobre publicidade enganosa⁷, correspondendo a uma orientação comunitária no

⁶ Satisfazendo as referidas condições, a publicidade comparativa não constituirá concorrência desleal nos termos do art. 317.º do Código da Propriedade Industrial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março), que prevê como exemplos de actos de concorrência desleal, *inter alia*, os actos susceptíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue (a), as falsas afirmações feitas no exercício de uma actividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes (b), e as invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios (c).

⁷ Ver M. Nogueira Serens, *A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou protecção (de alguns) dos concorrentes?*, Coimbra, 1994, Separata do Boletim de Ciências Económicas — Vol. XXXVII (Comunicação apresentada no Congresso Internacional sobre *Comunicação e Defesa do Consumidor* promovido pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Novembro de 1993).

sentido de promover o direito à informação como um dos direitos fundamentais do consumidor.⁸

Com efeito, entende-se que a publicidade comparativa, quando compara características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas e não é enganosa, pode constituir um meio legítimo de informar os consumidores dos seus interesses. Nesse sentido, considera-se desejável prever uma definição ampla de publicidade comparativa que cubra todos os tipos de publicidade comparativa (cons. 4, 5). Ao mesmo tempo, porém, procura-se impedir que a publicidade comparativa seja usada de uma forma anti-concorrencial e desleal, autorizando-se apenas comparações entre bens e serviços de natureza idêntica e ressalvando a aplicabilidade das convenções internacionais sobre o direito de autor e as disposições nacionais sobre responsabilidade contratual e não contratual quando, na publicidade comparativa, se referem ou reproduzem os resultados de testes comparativos levados a cabo por terceiros (cons. 9, 10).

Por outro lado, em ordem a assegurar o efeito útil da publicidade comparativa, entende-se que é indispensável identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular, não infringindo a utilização da marca, da designação comercial ou de qualquer outra marca distintiva de outrem o direito exclusivo do titular, na medida em que cumpra as condições estabelecidas na directiva, já que o objectivo consiste unicamente em acentuar objectivamente as respectivas diferenças (cons. 14, 15). Um outro aspecto a destacar é o facto de que a licitude da publicidade comparativa pressupõe a licitude da publicidade a produtos ou serviços (cons. 21, 22) e, finalmente, que a directiva consagra uma harmonização completa do regime da publicidade comparativa, não permitindo aos Estados-membros manterem ou adoptarem disposições para assegurar uma protecção mais ampla dos consumidores, das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e do público em geral (cons. 18).⁹ A esta solução precedeu um processo legislativo demorado e complexo.¹⁰

⁸ Resolução do Conselho, de 14 de Abril de 1975, relativa a um programa preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma política de protecção e informação do consumidor, alínea d) do ponto 3 do anexo d; Resolução do Conselho, de 19 de Maio de 1981, relativa a um segundo programa da Comunidade Económica Europeia para uma política de protecção e informação do consumidor, anexo, ponto 40.

⁹ Todavia, esta harmonização completa era falaciosa, já que a licitude das comparações publicitárias dependia da natureza não enganosa da publicidade, o que cada Estado-Membro poderia definir em termos mais rigorosos do que os mínimos comunitários. Não obstante, no Acórdão do Tribunal de 8 de Abril de 2003, proferido no Processo C-44/01 (*Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH e Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*, Colectânea da Jurisprudência 2003, I-03095), em pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Oberster Gerichtshof* (Áustria), o TJCE determinou que “o artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, na redacção dada pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, opõe-se à aplicação à publicidade comparativa de disposições nacionais mais rigorosas em matéria de protecção contra a publicidade enganosa no que diz respeito à forma e ao conteúdo da comparação,

3. A história da publicidade comparativa em Portugal

Até ao final da década de 70 a utilização de comparações na publicidade não foi, entre nós, objecto de tratamento legislativo especial.

Perante este "vácuo" legal levantava-se a questão de saber se não seria a publicidade comparativa um acto constitutivo de concorrência desleal proibido pelo então art. 212.º do Código da Propriedade Industrial. As opiniões dividiam-se. Enquanto uns respondiam pela afirmativa¹¹, outros admitiam a sua licitude se objectiva e dirigida a uma finalidade de esclarecimento¹², ou na medida em que não contivesse falsas afirmações.¹³

Com o art. 18.º do Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de Setembro, diploma que, como se pode ler no respectivo preâmbulo, veio "colmatar uma grave lacuna do nosso ordenamento jurídico", "é autorizada a publicidade comparativa". Porém, o legislador faz depender a sua licitude da verificação de dois requisitos positivos e de quatro requisitos negativos. No que respeita aos primeiros (requisitos positivos), a comparação publicitária deverá: 1º ser rigorosamente objectiva; 2º ter por escopo principal o esclarecimento ou defesa do consumidor. No que respeita aos segundos (requisitos negativos), a comparação publicitária não poderá: 1º induzir em engano quanto ao valor do produto, mediante comparações exageradas ou irrealistas com outros produtos ou serviços; 2º estabelecer confusão entre produtos e marcas concorrentes; 3º dar lugar a concorrência desleal ou denegrimiento do produto comparado; 4º utilizar produtos com níveis e custos diferentes ou de épocas distintas.

Este regime foi alterado com o art. 18.º do Decreto-Lei n.º 303/83, de 28 de Junho. São eliminados da letra da lei os dois anteriores requisitos positivos. Nos termos do novo texto, "a publicidade que se socorra de comparações, explícitas ou implícitas, deverá abster-se de: a) induzir o consumidor em erro quanto à qualidade e preço do bem publicitado; b) utilizar expressões ou imagens denegridoras dos produtos comparados; c) fazer uso de mensagens cujo uso, não sendo susceptível de comprovação" a todo o momento perante as instâncias competentes, "possa influenciar, pelo seu tom hiperbólico ou superlativo, a

não cabendo distinguir os diferentes elementos da comparação, ou seja, as indicações relativas à oferta do anunciante, as indicações relativas à oferta do concorrente e a relação entre essas ofertas."

¹⁰ Nesta análise histórica seguiremos, de perto, o estudo sobre publicidade comparativa, que realizámos no âmbito das actividades de investigação do IJC entre 1992 e 1993. Para mais indicações sobre este interessante tema ver, por ex., W. Kilian, *Vergleichende Werbung in Deutschland (Auswirkung der geplanten Richtlinie der EU)*, Aachen: Shaker, 1995, Adelaide Menezes Leitão, *Publicidade comparativa e concorrência desleal* (www.apdi.pt).

¹¹ J. Cruz, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª ed., 1985, p. 381.

¹² Moitinho de Almeida, *Publicidade Enganosa*, 1974, p. 69, *apud* Ferreira de Almeida, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, 1982, p. 81.

¹³ J. Calvão da Silva, *La publicité et le consommateur, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Paris, 1981, p. 205 e nota 28.

escolha do público; d) estabelecer confusão entre marcas, produtos, serviços ou entidades concorrentes; e) incorrer, de um modo geral, em práticas de concorrência desleal."

Será interessante notar que em ambos os textos o legislador teve a preocupação de expressamente enunciar como requisitos negativos da comparação publicitária certos actos tipificados de concorrência desleal expressamente proibidos: a comparação publicitária que, em concreto, crie confusão com concorrentes ou que os denigre, não bastando, porém, que seja susceptível de criar tal confusão ou o seu fim o denegrimiento do concorrente. Depois, curiosamente, não menciona de forma expressa a citação do sinal distintivo do "concorrente-alvo" da comparação, antes remetendo para o conceito geral de concorrência desleal. Ora, parece ter querido o legislador "autorizar" a citação de sinal distintivo do concorrente, sem a respectiva autorização, na publicidade comparativa, encarregando o intérprete de determinar, no caso concreto, se tal utilização constitui ou não um acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo da actividade económica. O que implicaria por parte do juiz uma maior ponderação na aplicação do então n.º 3 do art. 212.º CPI: apesar de o agente ter pretendido beneficiar do crédito ou da reputação do "concorrente", teria o intérprete que atender a outras circunstâncias do caso concreto, designadamente as vantagens de esclarecimento dos consumidores que, de algum modo, "compensassem" ou "justificassem", excluindo a ilicitude de tal "publicidade parasitária".

Na sua versão original, o art. 16.º do Decreto-Lei n.º 330/90 de 23 de Outubro, actual Código da Publicidade, alterou o regime do conteúdo publicitário comparativo. Limitou-se a dispor que as comparações devem apoiar-se em características essenciais, afins e objectivamente demonstráveis dos bens ou serviços, não permitindo que estes sejam contrapostos com outros não similares ou desconhecidos. A referência à possibilidade de a publicidade comparativa constituir um acto de concorrência desleal foi omitida. Ora, esta "omissão" levantava o problema de saber se o legislador tinha consagrado um regime mais restritivo que o anterior, designadamente no que respeita à citação de sinal distintivo de um concorrente na comparação publicitária. Trata-se, portanto, de um problema de interpretação, de determinação do sentido e alcance desta norma. O Código da Publicidade contemplava então a harmonização com a legislação comunitária, designadamente com a Directiva n.º 84/450/CEE de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa.

A harmonização das disposições legais em matéria de "publicidade desleal bem como, em caso de necessidade, da publicidade comparativa", como se pode ler no *considerando 6* desta Directiva, foi deixada para uma segunda fase. Porém, como dispõe o art. 7.º, "a

presente Directiva não obsta à manutenção ou à adopção pelos Estados-membros de disposições que visem assegurar uma protecção mais ampla dos consumidores, das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, assim como do público em geral". Era o caso da publicidade comparativa.¹⁴ Isto significa que o nosso legislador ao regular a publicidade comparativa procurou assegurar uma protecção mais ampla, entre outros, aos consumidores.

Restava saber se a "protecção mais ampla" se traduzia num regime mais restritivo ou, se pelo contrário, num regime mais "generoso" na utilização de comparações na publicidade. Em nosso entender, o regime do art. 16.º do Código da Publicidade tinha seguido a segunda via, como resulta da interpretação mais razoável, em nosso entender, da "omissão" atrás referida. Com efeito, o art. 16.º devia ser interpretado no sentido segundo o qual o legislador teria considerado que a publicidade comparativa só constituiria concorrência desleal quando efectivamente, no caso concreto, se provasse que se tratava de um acto que criara confusão com um "concorrente", ou que o desacreditara gratuitamente, ou que se tratava de um acto cujo escopo principal era beneficiar do crédito ou da reputação daquele. Donde resultava que a comparação publicitária directa não seria por si só, em abstracto, um acto contrário às normas e usos honestos de qualquer actividade económica. Os requisitos de licitude previstos no art. 16.º não tutelavam directamente, em primeira linha, os interesses da "leal concorrência", mas antes aqueles dos consumidores. E daí que a sua violação se traduzisse, não no desrespeito pelas normas e usos honestos do meio profissional, mas antes dos direitos dos consumidores.

4. A história da publicidade comparativa no direito comparado

Uma breve excursão pelo direito comparado (Alemanha, Itália e França) fornecia fundamentos para tal interpretação.

a) A sentença *Betonzusatmittel* do BGH

Para começar, o critério interpretativo do §1 UWG, estabelecido pelo BGH na sentença de 14 de Julho de 1961 («*Betonzusatmittel*»), permitiu à jurisprudência alemã afirmar como não contrária à cláusula geral dos «*guten Sitten*», a comparação publicitária de preços e de produtos de concorrentes reconhecíveis, bem como o confronto directo de produtos concorrentes quando e na medida em que tenha sido pedido espontaneamente pelo cliente.

¹⁴ A. Frignani, *Riflessioni in ordine ai progetti di legge sulla disciplina della pubblicità*, Rivista di Diritto Industriale, 36 (1987), Parte I, pp. 103 ss.

Assim, existindo razões sérias para realizar a comparação — o interesse dos consumidores no esclarecimento da oferta («*Aufklarungsinteresse*») — e mantendo-se esta nos limites do necessário, a «*vergleichende Werbung*» seria lícita, para além dos grupos de casos já antes admitidos: a "comparação-defesa" («*Abwehrvergleich*»), a "comparação-de-sistemas" («*Systemvergleich*») e a "comparação-progressos" («*Fortschrittvergleich*»). Por outro lado, a «*Testwerbung*» ou publicidade que utilizasse testes comparativos («*Warentests*»), seria admitida, desde logo, se o único produto reconhecível fosse aquele que é publicitado, não se tendo pronunciado o BGH sobre a possibilidade de a «*Testwerbung*» identificar expressamente o concorrente comparado ou de este ser geralmente reconhecível. Depois, a responsabilidade pela utilização de testes comparativos com dados erróneos era configurada como uma espécie de responsabilibidade objectiva daquele que utiliza tais dados na sua publicidade.

De notar que tal critério jurisprudencial interpretativo resultava do facto de tanto a doutrina como a jurisprudência terem progressivamente abandonado a velha imagem do UWG como puro mecanismo regulador dos conflitos entre empresários concorrentes, passando a valorizar os aspectos de "*Sozialrecht*". Tal deveu-se à constatação da complexidade do fenómeno concorrencial, que incide não apenas sobre os interesses dos empresários do meio profissional, mas também sobre os interesses de outros operadores do mercado e, em particular, sobre os consumidores. Porém, a licitude da "comparação-informação", designadamente da comparação directa que identifique expressamente o sinal distintivo do "concorrente" comparado, continuava a deparar, como vimos, com os princípios constitutivos do critério interpretativo jurisprudencial, tal como ele se configurava antes da "*Betonzusatzmittel*": 1º a falta de objectividade da mensagem susceptível de ser "*Richter in eigener Sache*"; 2º a sua tendencial idoneidade para confundir o público; 3º a pretensão legítima dos concorrentes em não servir de instrumento da publicidade de outros. Em suma, o chamado "*Informationsinteressen der Verbraucher*" não justificaria, para a jurisprudência alemã, a licitude da comparação directa ou nominativa, excepto nos casos em que o confronto é solicitado pelo cliente.¹⁵

b) O Código da Actividade Publicitária italiano

No que ao direito italiano diz respeito, o art. 15.º C.A.P. dispunha textualmente que "la comparazione indiretta non è consentita se non quando sia intesa ad illustrare sotto l'aspetto tecnico ed economico le caratteristiche e i vantaggi reali dell'attività e del

¹⁵ G. Cuonzo / K.-J. Schaltenberg, *Disciplina Concorrenziale e Autodisciplina della Pubblicità in Germania Occidentale*, Rivista di Diritto Industriale 36 (1987), Parte I, pp. 39 ss; Gerhard Schricker, *Die Wettbewerbsliche Beteiligung der vergleichen Werbung in Deutschland*, in Problemi Attuali del Diritto Industriale, Milano, 1977, pp. 1037 ss; K. Sedelmeyer, *Vergleichende Werbung auch in Deutschland?*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Jahr. 24, Heft 10 (1991), pp. 370 ss.

prodotto pubblicizzato". Segundo a interpretação da jurisprudência italiana, que conferira gradualmente mais atenção aos interesses dos consumidores no esclarecimento das condições de oferta no mercado, este preceito significava que, por um lado, *a contrariis*, a proibição da comparação directa através do "confronto nominativo" (a comparação directa ou nominativa era antes expressamente proibida por força do art. 21 do C.L.P.)¹⁶; por outro lado, a permissão da comparação indirecta nos limites do estritamente necessário para informar os consumidores sobre as vantagens reais que o produto publicitado oferece relativamente ao produto concorrente comparado, e desde que não "ridicularizasse" este último. Neste último caso tratar-se-ia de um denegrimto publicitário, proibido pelo art. 14 («*denigrazione*») do C.A.P., e susceptível de constituir concorrência desleal, nos termos do art. 2598, n.º 2 do *Codice Civile*. Ainda neste país estava projectada a adopção de uma norma, no sentido de autorizar expressamente a comparação directa, com a seguinte redacção: "la pubblicità che raffronti aspetti di beni o di servizi oggettivamente verificabili e rilevanti ai fini della scelta dei consumatori, è ammessa purché non sia ingannevole e sleale". Era uma medida inovadora que parte da concepção da publicidade comparativa como um instrumento de informação-protecção dos consumidores e de estímulo da livre concorrência. Tratava-se, em suma, de uma norma "di autorizzazione della pubblicità comparativa *tout court* e quindi necessariamente anche di quella che viene realizzata mediante un confronto nominativo fra prodotti e/o servizi concorrenti."¹⁷

c) Da decisão de 22/7/1986 da *Cour de cassation* à lei francesa da publicidade comparativa

Em França, a *Cour de cassation* quebrou, com a decisão de 22 de Julho de 1986¹⁸, o entendimento tradicional segundo o qual a publicidade comparativa seria um acto constitutivo de concorrência desleal prevista pelo art. 1382º do *code civil*, para além de poder constituir um crime de utilização da marca sem autorização do respectivo titular punido pelo art. 424º do *code pénal*. Nas palavras daquele tribunal, « n'est pas illicite une publicité qui se borne à la comparaison des prix auxquels des produits identiques sont vendus, dans les mêmes conditions, par des commerçants différents, contribuant ainsi à assurer la transparence d'un marché soumis à la concurrence. »¹⁹

Antes desta "decisão histórica", era tida como ilícita toda a comparação publicitária de concorrentes reconhecíveis (não autorizada por estes), ou que constituísse um

¹⁶ M. Fusi, *Il Nuovo Codice di Lealtà Pubblicitaria nella Giurisprudenza del Giuri*, Milano, 1971, pp. 83-84.

¹⁷ G. Florida, *Legge e Autodisciplina Pubblicitaria in Italia: prospettive dopo la direttiva CEE*, Rivista di Diritto Industriale, 36 (1987), Parte I, p. 135.

¹⁸ Para uma apreciação crítica desta "brecha" jurisprudencial vide G. Cas, *Recueil Dalloz Sirey*, 1986, Jurisp., p. 436.

¹⁹ *Lamy droit économique: "Publicité"*, 1991, nº 3425, p. 786.

«*dénigrement collectif*». Apenas a "comparação-de-sistemas", "a comparação-de-progressos", a "comparação-defesa", as documentações informativas internas das empresas, não levadas ao conhecimento de terceiros, as meras referências à semelhança de preços e à desconformidade com os regulamentos do material utilizado por concorrentes, eram tidas como não constitutivas de concorrência desleal.²⁰ Porém, era sentido o desconforto resultante do recurso pelos tribunais ao conceito de «*usages professionnels*» para proibir a publicidade comparativa, como forma de concorrência desleal. A referência aos usos do meio profissional seria uma referência a abusos, na medida em que certas práticas comerciais seriam cultivadas em detrimento dos consumidores e da colectividade.²¹

Posteriormente, o art. 10 da *loi n. 92-60 du 18 janvier 1992*, reforçando a protecção dos consumidores, "revolucionária" esta matéria.²² Assim, resumidamente: 1º é autorizada, em princípio, a publicidade comparativa de bens ou serviços que identifique expressamente o "alvo da comparação" através da citação do seu sinal distintivo; 2º porém, para ser lícita, a comparação publicitária deve ser leal e verídica e não ser de natureza a induzir em erro o consumidor (enganosa). Portanto, a comparação publicitária não deve constituir um acto de "denegrimiento" ou de "parasitismo concorrencial", designadamente "aucune comparaison ne peut avoir pour *objet principal* de tirer avantage de la notoriété attachée à une marque" nem "présenter des produits ou des services comme l'imitation ou la réplique de produits ou des services revêtus d'une marque préalablement déposée"; 3º a publicidade deve ainda limitar-se a uma comparação objectiva que recaia sobre características essenciais, relevantes, afins e verificáveis de bens ou serviços da mesma natureza e disponíveis sobre o mercado. Porém, "la publicité comparative ne peut pas s'appuyer sur des *opinions ou des appréciations individuelles ou collectives*"; 4º se a comparação recair sobre os preços, no seguimento da prévia decisão da *Cour de cassation*, ela deve respeitar a produtos idênticos vendidos nas mesmas condições e indicar o período durante o qual são mantidos os preços como seus pelo anunciante; 5º depois, a comparação de produtos que gozem de uma denominação de origem controlada só é permitida se os produtos em confronto gozarem da mesma denominação; 6º a publicidade comparativa é sempre interdita em embalagens, facturas, bilhetes de transporte, meios de pagamento ou bilhetes de acesso a espectáculos ou a locais abertos ao público; 7º por

²⁰ Cfr. P. Greffe / F. Greffe, *La publicité et la loi*, 7ª ed., 1990, pp. 212 ss; V. Chantérac / R. Fabre, *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, 1986, p. 128 ss; J.-J. Biolay, *Promotion des ventes et droit de la publicité*, Paris, 1991, pp. 137 ss; R. Fourés, *Le droit et la publicité*, 1ª ed., pp. 36 ss.

²¹ G. Schricker, *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la C.E.E.*, 1970, p. 170, *apud* A. Pirovano, *Publicité comparative et protection des consommateurs*, Recueil Dalloz Sirey 1974, Chr., XLIX, pp. 279 ss.

²² Ver *La semaine juridique*, n. 5, 1992, III, 65332, p. 100 ss.

último, recai sobre o anunciante o ónus da prova da verdade das suas afirmações, devendo também *comunicar* sempre aos "concorrentes-alvo" da comparação, antes da difusão da publicidade, o anúncio comparativo, não gozando aqueles do direito de *resposta* pela comunicação audiovisual ou pela imprensa escrita.²³

O *Conseil constitutionnel* deste país, chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade desta norma em face do direito de propriedade, considerou, na decisão n.º 91-303 DC, 15-1-92, « dans ces conditions, que le fait pour le législateur d'autoriser la citation de la marque d'autrui dans le cadre de la publicité comparative ne porte pas au droit de propriété une atteinte qui serait contraire à la Constitution ». ²⁴ Esta decisão encontra os seus fundamentos na compreensão da evolução do direito de propriedade, caracterizada por limitações ao seu exercício em nome do interesse geral: a lealdade nas transacções e a defesa dos interesses dos consumidores no domínio da comercialização dos bens e dos serviços. Neste sentido, teria sido intenção do legislador, ao introduzir a publicidade comparativa, melhorar a informação dos consumidores e estimular a concorrência, no respeito pelas regras aí definidas.

5. A publicidade comparativa como instrumento de transparência do mercado interno

Desta excursão pelo direito comparado podiam extrair-se duas conclusões. Por um lado, a crescente admissibilidade da licitude da publicidade comparativa resultava da necessidade de tutelar os interesses dos consumidores e da livre concorrência, através de uma melhor informação sobre as condições da oferta. Por outro lado, os conceitos tradicionais de propriedade e de concorrência desleal sofreram, conseqüentemente, neste domínio, uma certa relativização aos interesses dos consumidores e da livre concorrência, no sentido da licitude do conteúdo publicitário comparativo. A este propósito cumpre ainda referir duas notas históricas ao nível do direito comunitário.

a) O caso 362/88, GB-INNO-BM v. CCL

Para começar, com a decisão de 7 de Março de 1990 relativa ao caso 362/88, GB-INNO-BM v. CCL²⁵ o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, considerando, *inter alia*, que "under Community law concerning consumer protection the *provision of information* to the consumer is considered one of the principal requirements", pronunciou-se no sentido de que "under Articles 30 and 36 EEC, properly interpreted, advertising lawfully distributed

²³ Para mais desenvolvimentos sobre a lei francesa, vide Yolande Serandour, *L'avènement de la publicité comparative en France (Article 10 de la loi n. 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs)*, *La Semaine Juridique*, n. 27, 1992, I., 3596, pp. 295 ss.

²⁴ *La Semaine Juridique*, cit., pp. 102-103.

²⁵ C.J.E.C. 7 March 1990, case 362/88, GB-INNO-BM v. CCL, *Common Market Law Review*, 1991, 812.

in another member-State cannot be made subject to national legislation prohibiting the inclusion, in advertisements relating to a special purchase offer, of a statement showing the duration of the offer or the previous price". Ou seja, ao negar aos consumidores o acesso à informação sobre os preços praticados antes e depois da redução pelo oferente, o Regulamento do Grão-Ducado do Luxemburgo sobre concorrência desleal, proibindo esta forma de comparação publicitária, seria contrário às regras comunitárias da livre circulação de mercadorias. Seria legítimo concluir que o Tribunal de Justiça das Comunidades se pronunciara pela licitude da publicidade comparativa no interesse da informação dos consumidores.

b) A proposta de Directiva sobre publicidade comparativa

A Comissão apresentou, em 28 de Maio de 1991, uma proposta de Directiva do Conselho relativa à publicidade comparativa, no sentido de modificar a Directiva 84/450/CEE sobre a publicidade enganosa. Esta proposta visava a harmonização completa do regime da publicidade comparativa, autorizando-a nas mesmas condições e a um nível elevado de protecção dos consumidores em todos os Estados-membros (*vide* art. 7.º, n.º 2, e *considerando* 14). Parte-se do princípio de que a publicidade comparativa, em certas condições, é um instrumento de estímulo da concorrência e de informação-protecção dos consumidores no Mercado Interno. Assim, é permitida a publicidade comparativa que compare objectivamente características essenciais, afins, verificáveis e lealmente escolhidas de bens ou serviços concorrentes, e desde que: não seja enganosa; não gere a confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente, ou respectivos sinais distintivos, bens ou serviços; não cause o descrédito, o denegrimento ou o desprezo de um concorrente ou dos seus sinais distintivos, bens serviços ou actividades; não tenha por *objectivo principal* tirar partido da notoriedade ligada a uma marca ou ao nome comercial de um concorrente. Como se pode ler nos *considerandos* 11 e 12 da referida proposta de directiva, entendeu-se que para se fazer uma publicidade comparativa efectiva pode ser indispensável identificar os produtos ou serviços de um concorrente fazendo referência a uma marca de que este último é titular ou ao seu nome comercial. E que, uma tal utilização da marca ou nome comercial de outrem, se feita no respeito pelas condições acima referidas, e, em especial, se não tiver por finalidade (principal) tirar partido da notoriedade de uma outra marca, não viola o direito exclusivo do outro²⁶, pois neste caso não visa equiparar-se à outra marca, mas a distanciar-se desta, colocando objectivamente em relevo as diferenças.

²⁶ Ver Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988 (art. 5.º).

Por outro lado, a proposta visava também autorizar a utilização publicitária de resultados comparativos de bens ou serviços, efectuados por terceiros, se estes tiverem consentido expressamente a sua utilização. Considerando que os testes comparativos podem constituir uma base válida para a publicidade comparativa (*vide considerando 9*), entendia-se, porém, que o anunciante assume a responsabilidade pelo teste comparativo como se tivesse sido efectuado por ele próprio ou sob a sua direcção, mesmo se a sua utilização tivesse sido autorizada pela entidade que o efectuou. A directiva sobre publicidade comparativa seria adoptada em 1997²⁷.

6. A publicidade comparativa entre a protecção do consumidor e a concorrência desleal

Ora, regressando ao então art. 16.º do nosso Código da Publicidade, importava considerar o seu enquadramento sistemático, destacando-se, desde logo, no plano constitucional, a consagração do direito dos consumidores à protecção-informação como direito constitucionalmente garantido, a protecção do consumidor como incumbência prioritária do Estado e como objectivo da política comercial, juntamente com a concorrência salutar dos agentes mercantis (arts. 60.º da C.R.P., e o art. 81.º, al. j) da C.R.P., art. 102.º, al. a) e b) da C.R.P). Depois, densificando o direito constitucional dos consumidores à protecção-informação seria adoptada uma série de legislação avulsa, destacando-se a Lei de Defesa do Consumidor²⁸ e o próprio Código da Publicidade, consagrando a subordinação da publicidade ao princípio do respeito pelos direitos do consumidor. Além disso, densificando o objectivo da concorrência salutar dos agentes mercantis, apontava-se a Lei de Defesa da Concorrência.²⁹

Ora, sendo a publicidade comparativa, dentro de certas condições, um instrumento privilegiado de informação-protecção dos direitos dos consumidores e de estímulo da livre concorrência, afigurava-se-nos como uma exigência constitucional a possibilidade da licitude, em certos termos, da comparação directa de concorrentes. Pelo que, face ao art. 16.º do Código da Publicidade na sua versão original parecia-nos lícita a comparação publicitária apoiada em características essenciais, afins e objectivamente demonstráveis dos bens ou dos serviços e que não os contrapusesse com outros não similares ou desconhecidos, não sendo constitutiva de concorrência desleal na medida em que não criasse a confusão com, ou denegrise ou depreciasse gratuitamente, o estabelecimento, os produtos, os serviços ou a reputação dos "concorrentes-alvo" da comparação, e na medida

²⁷ Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997 (que altera a Directiva n.º 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa).

²⁸ Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, entretanto revogada pela Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

²⁹ Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.

em que não tivesse por fim principal beneficiar do crédito ou reputação do nome, do estabelecimento ou da marca do "concorrente-alvo" da comparação. O requisito "não os contraponha com outros não similares ou desconhecidos", embora não estivesse presente nas soluções de direito comparado analisadas, nem na proposta de directiva, fundava-se, a nosso ver, na própria ideia que permitiria afirmar a licitude da publicidade comparativa, a saber a protecção-informação dos consumidores, pois que se se permitisse o confronto com produtos similares mas com uma participação muito reduzida ou insignificante no mercado, estar-se-ia a desvirtuar o sentido da própria licitude da publicidade comparativa, na medida em que os consumidores seriam de todo privados da possibilidade de proceder a uma avaliação objectiva das diferenças por desconhecimento do produto ou serviço comparado.

Assim, dentro destes limites parecia-nos lícita a comparação publicitária directa ou nominativa. De resto, a protecção-informação dos consumidores requer, *inter alia*, "a afirmação da lealdade, é dizer, da licitude, sem restrições de qualquer espécie, do reclame comparativo, baseado em factos verdadeiros — *maxime*, o que utilizasse os dados de experimentações e controlos dos produtos (os chamados "*Warentests*") — , que, sem dúvida, contribuiria para uma maior transparência e, nessa medida, possibilitaria aos consumidores escolhas mais racionais".³⁰

Em suma, era com base nesta compreensão que deveria ser abordado o problema do alcance e sentido da (i)licitude da publicidade comparativa. Teria assim o intérprete que seguir uma espécie de *soft approach* para determinar se, no caso concreto, a comparação publicitária constituiria concorrência desleal. Em especial, deveria o intérprete ter sempre presente que na interpretação da cláusula geral da concorrência, no domínio da publicidade comparativa, estavam em jogo interesses de natureza pública (a protecção do consumidor e a livre concorrência) "excluindo a ilicitude" ou "justificando a licitude" de práticas que, *prima facie*, noutras situações, seriam constitutivas de concorrência desleal, sendo esse o sentido da "omissão" do então regime da publicidade comparativa à disciplina da concorrência desleal.³¹

Em suma, em abstracto, por princípio, a publicidade comparativa não seria susceptível de constituir concorrência desleal, embora em concreto, atendendo a todas as circunstâncias do caso, tal hipótese pudesse não ser excluída, quando se verificasse que os

³⁰ M. Nogueira Serens, *Publicidade e Concorrência*, Coimbra 1991, p. 58.

³¹ Como "pano de fundo" desta temática encontra-se o problema da determinação do âmbito da tutela jurídica das marcas. Sucintamente, entendendo-se que o direito de exclusivo (o direito de propriedade sobre a marca) incide tão só sobre a "função indicadora de origem ou de proveniência dos produtos", deixando-se à disciplina da lealdade dos actos de concorrência a *protecção lateral* da "função de garantia de qualidade" e da "função publicitária ou sugestiva" das marcas; então ter-se-ia de reconhecer que essa disciplina aproveita, em primeira linha (senão mesmo apenas), às marcas célebres e de grande prestígio. Ver Nogueira Serens, *A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou protecção (de alguns) dos concorrentes?*, cit.

interesses de informação dos consumidores e de transparência do mercado não foram prosseguidos, e que a comparação publicitária apenas gerou a confusão com o, ou o denegrimento do, "concorrente-alvo", ou apenas beneficiou da notoriedade do seu nome ou da sua marca, sendo esse o seu principal objectivo.

7. A utilização publicitária de testes comparativos

Recaindo sobre o anunciante o ónus da verdade da publicidade comparativa, o problema oferece-se com especial acuidade quando o anunciante utiliza na sua publicidade testes comparativos («*Warentests*») efectuados por terceiros (por ex., uma Associação de Defesa dos Consumidores): *quid iuris* quando a violação do art. 16.º (e/ou do preceito do Código da Propriedade Industrial relativo à concorrência desleal) resulta de dados contidos num "*Warentest*" deste tipo?

No direito francês, apesar da inovação introduzida pelo art. 10.º da lei mencionada, proibia-se toda a publicidade comparativa que se baseie em opiniões ou apreciações individuais ou colectivas, parecendo interditar, *tout court*, o uso de testes comparativos. Por seu turno, como vimos, no direito alemão tendia-se para uma responsabilidade objectiva do anunciante pela utilização de «*Warentests*» na sua publicidade. Também a Directiva responsabiliza o anunciante quando este utiliza testes comparativos com autorização das entidades que os realizaram.

Ora, entre nós, em princípio, o anunciante não deveria ser exclusivamente responsabilizado pela utilização autorizada de testes comparativos efectuados por entidades imparciais segundo critérios objectivos em nome da protecção dos interesses dos consumidores e do público em geral. De facto, devidamente interpretado, o art. 16.º, 2, teria o sentido de se responsabilizar apenas o anunciante quando este não provasse a veracidade dos testes comparativos por si ou sob sua direcção efectuados ou efectuados por terceiros, mas cuja utilização publicitária não tivesse sido autorizada. Porquanto, ao autorizar a utilização publicitária dos testes comparativos, a entidade terceira — *maxime* quando se trate, por exemplo de uma Associação de Defesa dos Consumidores — geraria no anunciante a confiança de que os dados aí contidos não violariam direitos de terceiros (consumidores, concorrentes). Daí que, não tendo o anunciante provado a verdade dos dados contidos no teste comparativo, parecia razoável sustentar, em certos casos, a responsabilidade solidária do anunciante e da entidade terceira que efectuou e autorizou a utilização publicitária do teste comparativo, mobilizando para o efeito os critérios vazados no art. 30.º, 1, do Código da Publicidade, e no art. 513.º do Código Civil.³²

³² Para mais desenvolvimentos sobre a utilização de «*Warentests*» na mensagem publicitária *vide*, por ex., especialmente sobre o problema na experiência jurídica germânica, Rudolf Karpf, *Werbung mit Testergebnissen*,

II. A directiva sobre práticas comerciais desleais (2005/29/CE)

1. A defesa dos consumidores no âmbito da concorrência desleal

A directiva sobre práticas comerciais desleais foi adoptada como um instrumento do funcionamento correcto do mercado interno, por via da eliminação de custos de transacção (considerando 4), e visando a prossecução de um elevado nível de defesa dos consumidores (art. 1.º).³³

O regime estabelecido destina-se, directamente, a proteger os interesses económicos dos consumidores e, indirectamente, os interesses económicos de concorrentes legítimos. Nos termos do considerando 8, a "directiva protege directamente os interesses económicos dos consumidores das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. Consequentemente, protege também indirectamente os interesses legítimos das empresas face aos concorrentes que não respeitam as regras da presente directiva e garante assim a concorrência leal no domínio por ela coordenado. É sabido que há outras práticas comerciais que, embora não prejudiquem os consumidores, podem prejudicar os concorrentes e clientes das empresas. A Comissão deverá ponderar cuidadosamente a necessidade de acções comunitárias no domínio da concorrência desleal para além do âmbito da presente directiva e se necessário fazer uma proposta legislativa para cobrir esses outros aspectos da concorrência desleal."

Assim, a directiva sobre práticas comerciais desleais harmoniza as legislações nacionais no que respeita a uma faceta da concorrência desleal que consiste nas práticas comerciais que lesam os interesses económicos dos consumidores.³⁴ Este entendimento significa a consagração, a nível comunitário, da inserção dos consumidores no círculo de beneficiários directos da proibição da concorrência desleal. Aos Estados-Membros é deixada a regulação da concorrência desleal ao nível das relações entre concorrentes.³⁵

München/Florentz, 1983; Rolf Sack, *Werbung mit vergleichen Warentests*, in *RWW: Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung* (hrsg. von Joachim Amann, Roland Jaspers), Stuttgart, 1982, Rdnr. 800-841.

³³ Sobre o tema ver Luís M. T. de Menezes Leitão, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, cit., pp. 163 ss.

³⁴ Por consumidor entende-se qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional (art. 2.º-a).

³⁵ Regulando as práticas comerciais desleais apenas face aos consumidores, já não nas relações entre empresas, faz sentido a sua transposição, incluindo o regime da publicidade (que há muito é informado, entre nós, pela protecção do consumidor, pense-se nas regras da publicidade comparativa), no âmbito do Código do Consumidor, tal como previsto no referido *Anteprojecto* (em especial, subsecção II do capítulo IV do título II). De todo o modo, sobre a possibilidade de integração destes regimes nos Códigos tradicionais, cumpre referir que, ao invés da sua integração no Código Civil e tendo em conta a autonomia do direito comercial no sistema

2. A harmonização completa e a liberdade de circulação de bens no mercado interno

A directiva estabelece a harmonização completa ou plena, salvo em domínios expressamente ressalvados³⁶. Lê-se no considerando 10, que a harmonização “completa o acervo comunitário aplicável às práticas comerciais lesivas dos interesses económicos dos consumidores” (considerando 10).³⁷ A harmonização completa permite dar expressão máxima às exigências do mercado interno, já que os Estados-Membros ficam impedidos de restringir a livre prestação de serviços e a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objecto de harmonização pela directiva (art. 4.º).³⁸

Um outro efeito da harmonização plena traduz-se na aferição do carácter enganoso por omissão das práticas comerciais segundo os mínimos de informação exigidos pela

jurídico português, o direito do consumidor aproxima-se mais do direito comercial ou, pelo menos, do direito das empresas, já que as relações jurídicas de consumo pressupõem a existência de um profissional (ainda que não comercial) e o direito do consumidor não entra nas relações entre “consumidores”, sendo por isso uma forma de regulação de actividades económicas e fonte de respectivos custos de transacção, isto é, em suma, «direito do mercado» (ver C. Lucas de Leyssac / P. Gilbert, *Droit du marché*, PUF, Paris, 2002). Como tivemos oportunidade de observar recentemente (*Comércio electrónico e consumidor*, EDC 2004, 376-7, n. 59), poderia localizar-se o direito do consumidor numa eventual revisão «empresarialista» do Código Comercial, no sentido de abranger a regulação das práticas comerciais desleais ou, ao menos, numa lei destinada a regular as práticas mercantis desleais e agressivas. Nesta via, a cláusula geral da concorrência desleal, tradicionalmente inserida entre nós no Código da Propriedade Industrial, seria re-localizada numa eventual revisão do Código Comercial (à semelhança do Código Comercial de Macau – ver o nosso *Business Law: A Code Study – The Commercial Code of Macau*, Coimbra, 2004, pp. 26-7), ou então autonomizada num regime das práticas mercantis, à semelhança da experiência germânica. De resto, no direito alemão a protecção do consumidor foi incluída também no círculo de protecção (*Schutzzwecktrias*) do direito da concorrência (H. Köhler, *UWG-Reform und Verbraucherschutz*, GRUR 4/2003, pp. 265 ss), falando-se a propósito de uma “mudança de função” do direito da concorrência desleal (H.-W. Micklitz / J. Keßler, *Funktionswandel des UWG*, WRP 8/2003, pp. 919 ss).

³⁶ Por exemplo, para além de domínios ressalvados como a saúde e a segurança dos produtos, o art. 3.º, 9, permite, em relação aos serviços financeiros, tal como definidos na Directiva 2002/65/CE, e bens imóveis, que os Estados-Membros imponham requisitos mais restritivos ou prescritivos do que os previstos na directiva no domínio que é objecto de aproximação por esta.

³⁷ Ver também considerando 14 (“A abordagem de harmonização plena definida na presente directiva...”).

³⁸ A base legal da competência comunitária para adoptar instrumentos de harmonização destinados à defesa do consumidor está prevista no Tratado (de Roma) que Institui a Comunidade Europeia, na versão actualizada pelo Tratado de Amesterdão (arts. 3.º, 95º e, em especial, o artigo 153º que compõe o Título XIV (ex-Título XI) relativo expressamente à defesa dos consumidores). Estes articulados plasmam os seguintes princípios: a competência comunitária para adoptar medidas directamente destinadas à defesa dos consumidores (art. 153.º, 1); o dever de consideração das questões de defesa dos consumidores no que respeita a outras matérias não directamente levadas a cabo para o efeito (art. 153.º, 2); o princípio do elevado nível de protecção dos consumidores (art. 95.º, 3); tratando-se de medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-Membros, o princípio da harmonização não completa, podendo os Estados-Membros adoptar medidas de protecção mais estritas, de acordo com o direito comunitário primário (art. 153.º, 3/a, e 5); o princípio da possível harmonização completa, relativamente a medidas adoptadas em aplicação do artigo 95º no âmbito da realização do mercado interno (art. 153.º, 3/b). A harmonização completa significa que os Estados-Membros não podem manter nem adoptar medidas de protecção mais estrita do que as previstas pelos actos comunitários. Como válvula de escape, o direito comunitário primário dispõe, no art. 95.º, 4, que, após adopção de uma medida de harmonização pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro que considere necessário manter disposições nacionais justificadas por exigências importantes a que se refere o artigo 30º ou relativas à protecção do meio de trabalho ou do ambiente, notificará a Comissão dessas medidas, bem como das razões que motivam a sua manutenção. O art. 30 (ex art. 36.º) diz respeito às excepções admissíveis à proibição das restrições quantitativas entre os Estados-membros. Apesar de não prever expressamente a protecção dos consumidores, é considerada válida neste domínio, com todas as cautelas que se prevêem para o recurso a esta disposição de salvaguarda.

legislação comunitária. Segundo o preâmbulo, em virtude de a directiva introduzir “uma harmonização plena, só as informações exigidas na legislação comunitária são consideradas substanciais para efeitos do n.º 5 do seu artigo 7.º Sempre que os Estados-Membros tiverem introduzido requisitos de informação que vão além do que é especificado na legislação comunitária, com base nas cláusulas mínimas, a omissão dessas informações adicionais não constitui uma omissão enganosa na acepção da presente directiva. Em contrapartida, os Estados-Membros poderão, se tal lhes for permitido pelas cláusulas mínimas da legislação comunitária, manter ou introduzir disposições mais restritivas conformes com o direito comunitário para garantir um nível elevado de protecção dos direitos contratuais individuais dos consumidores.” (cons. 15).

3. Proibição de práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores antes, durante e após uma transacção comercial

O regime harmonizado assenta na proibição de práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, antes, durante e após uma transacção comercial³⁹ relacionada com um produto⁴⁰ (art. 3.º, 1). A noção de práticas comerciais das empresas face aos consumidores, designadas também por “práticas comerciais” abrange qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores (art. 2.º-d).

4. Os sujeitos das práticas comerciais

Esta noção de práticas comerciais refere um profissional como sujeito. Por seu turno, a noção de profissional abrange qualquer pessoa singular ou colectiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pela directiva, actue no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem actue em nome ou por conta desse profissional (art. 2.º-b). Ou seja, o sujeito das práticas comerciais não tem que ser necessariamente um sujeito comercial, tal como sucede relativamente a actividades cuja

³⁹ Nos termos do considerando (13): A fim de realizar os objectivos comunitários através da supressão dos entraves ao mercado interno, é necessário substituir as cláusulas gerais e princípios jurídicos divergentes em vigor nos Estados-Membros. Deste modo, a proibição geral comum e única estabelecida na presente directiva abrange as práticas comerciais desleais que distorcem o comportamento económico dos consumidores. A fim de estimular a confiança dos consumidores, a proibição geral deverá aplicar-se da mesma forma a práticas comerciais desleais que ocorram fora de qualquer relação contratual entre um profissional e um consumidor, ou na sequência da celebração de um contrato e durante a sua execução. A proibição geral é concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe as mais comuns, ou seja, as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas.

⁴⁰ Apesar de utilizar a terminologia produto, a directiva sobre práticas comerciais desleais aplica-se também às coisas incorpóreas e aos serviços, já que por produto se entende qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações (art. 2.º-c). Os serviços da sociedade da informação e, em especial, o comércio electrónico directo (e.g. compra e venda em linha de programas de computador) ficam sujeitos a este regime.

qualificação comercial é excluída por lei e não obstante podem ser exercidas por profissionais. Parece assim que a natureza comercial das práticas, cuja qualificação comercial resulta da lei no caso por exemplo da publicidade, não pressupõe a qualidade comercial do sujeito. Pense-se, por exemplo, nos sujeitos que exercem profissões regulamentadas, isto é, nos termos da directiva, actividades ou conjunto de actividades profissionais cujo acesso, exercício ou modalidade de exercício se encontram directa ou indirectamente subordinados, por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, à posse de determinadas qualificações profissionais (art. 2.º-l). Se a lei exclui a qualificação comercial da actividade que exercem (e.g. advocacia), então mesmo que permita práticas comerciais como a publicidade (o que deverá acontecer nos termos da directiva sobre comércio electrónico) tal não significa que esses profissionais adquiram, só por isso, a qualidade de sujeitos comerciais. De resto, a directiva sobre práticas comerciais desleais ressalva quaisquer condições de estabelecimento ou de regimes de autorização, ou os códigos de conduta deontológicos ou outras normas específicas que regem as profissões regulamentadas destinados a preservar elevados padrões de integridade por parte do profissional, que os Estados-Membros podem, em conformidade com o direito comunitário, impor aos profissionais (art. 3.º, 8). Assim, a directiva sobre práticas comerciais desleais aplica-se também às práticas comerciais destes profissionais, sem prejuízo das restrições a que estejam sujeitos por força dos respectivos códigos deontológicos ou outras normas específicas.

5. A cláusula geral e os tipos de práticas comerciais desleais

A caracterização das práticas comerciais desleais é feita mediante uma cláusula geral e a previsão de dois tipos especiais.

A cláusula geral (art. 5.º) das práticas comerciais desleais considera como tais as práticas comerciais contrárias às exigências relativas à diligência profissional⁴¹ que distorçam ou sejam susceptíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico⁴², em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um

⁴¹ Por "diligência profissional" entende-se o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional (art. 2.º-h).

⁴² "Distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores" significa, nos termos do glossário da directiva, a utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo (art. 2.-e).

determinado grupo de consumidores.⁴³ Os tipos especiais de práticas comerciais desleais proibidas são as práticas comerciais enganosas e as agressivas.

De todo o modo, a directiva estabelece uma “lista negra” de 31 práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias, tais como, por exemplo: exibir uma marca de confiança (trust mark), uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária⁴⁴; declarar falsamente que o produto estará disponível apenas durante um período muito limitado ou que só estará disponível em condições especiais por um período muito limitado, a fim de obter uma decisão imediata e privar os consumidores da oportunidade ou do tempo suficientes para tomarem uma decisão esclarecida; criar a impressão de que o consumidor não poderá deixar o estabelecimento sem que antes tenha sido celebrado um contrato (art. 5.º, 5, e Anexo, 2, 7 e 24).

6. Práticas comerciais enganosas

As práticas comerciais podem ser enganosas por acção ou por omissão.

Quanto às primeiras (art. 6.º), consideram-se enganosas as práticas comerciais que contiverem informações falsas, que sejam inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induzam ou sejam susceptíveis de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correcta, em relação a um ou mais de um catálogo de elementos⁴⁵ 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.⁴⁶ São ainda consideradas enganosas por acção as

⁴³ Segundo o considerando 18, o “critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso.”

⁴⁴ Esta prática da “lista negra” deve ter em conta que a autorização pode resultar da lei, como sucede na publicidade comparativa.

⁴⁵ A saber: a existência ou natureza do produto (a) as características principais do produto, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina, 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 substanciais dos testes ou controlos efectuados sobre o produto (b); o alcance dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como qualquer afirmação ou símbolo fazendo crer que o profissional ou o produto beneficiam de um patrocínio ou apoio directos ou indirectos (c); o preço ou a forma de cálculo do preço, ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço (d); a necessidade de um serviço, de uma peça, de uma substituição ou de uma reparação (e); a natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o seu estatuto, a sua aprovação, a sua inscrição ou as suas relações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido (f); os direitos do consumidor, em particular o direito de substituição ou de reembolso nos termos do disposto na Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, e os riscos a que pode estar sujeito (g).

⁴⁶ Por decisão de transacção entende-se a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir (art. 2.º-k).

práticas comerciais que, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, conduzam ou sejam susceptíveis de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo, e envolva: 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 (a); incumprimento por parte do profissional dos compromissos contidos em códigos de conduta aos quais esteja vinculado, desde que o compromisso não seja uma mera aspiração mas seja firme e verificável, e que o profissional indique, na prática comercial, que está vinculado pelo código (b).

Quanto às segundas, consideram-se omissões enganosas (art. 7.º) quando, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, as práticas comerciais omitam uma informação substancial que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transacção esclarecida, e, portanto, conduzam ou sejam susceptíveis de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo. Além disso, é também considerada uma omissão enganosa a prática comercial em que o profissional, tendo em conta os referidos aspectos, oculte a informação substancial referida no mesmo número ou a apresente de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, ou quando não refira a intenção comercial da prática em questão, se esta não se puder depreender do contexto e, em qualquer dos casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.⁴⁷

7. A noção de informação substancial

A noção de informação substancial é definida para dois tipos de situações: existindo “convite a contratar” ou fora de qualquer relação contratual com consumidores.⁴⁸ Existindo um “convite a contratar”⁴⁹, consideram-se substanciais, se não se puderem

⁴⁷ As limitações de espaço ou de tempo impostas pelo meio utilizado para comunicar a prática comercial e quaisquer medidas tomadas pelo profissional para disponibilizar a informação aos consumidores por outros meios são tomadas em conta ao decidir-se se foi omitida informação (art. 7.º, 3).

⁴⁸ Segundo o considerando 14, relativamente “às omissões, a presente directiva estabelece um número limitado de elementos essenciais de informação para que o consumidor possa tomar uma decisão de transacção esclarecida. Tal informação não terá de ser comunicada em toda a publicidade, mas apenas quando o profissional efectue um ‘convite a contratar’, conceito que é claramente definido nesta directiva.”

⁴⁹ Segundo a directiva, existe convite a contratar se se tratar de uma comunicação comercial que indique as características e o preço do produto de uma forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efectue uma aquisição (art. 2.º-i). O *Anteprojecto* de Código do Consumidor é fiel a esta terminologia da directiva (art. 133.º, 3 e 4). Todavia, tendo em conta o disposto no art. 4.º, 1-h, da Directiva n.º 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância (transposta pelo Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril) - em que o profissional é considerado em situação de oferta ou proposta negocial -, mais do que “convite a contratar” tratar-se-á, ao menos nos contratos à distância abrangidos por aquele preceito, de oferta

depreender do contexto, as informações relativas às características principais do produto, na medida adequada ao meio e ao produto (a); ao endereço geográfico e à identidade do profissional, tal como a sua designação comercial e, se for caso disso, o endereço geográfico e a identidade do profissional por conta de quem actua (b); ao preço, incluindo impostos e taxas, ou, quando, devido à natureza do produto, o preço não puder ser razoavelmente calculado de forma antecipada, a maneira como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, de expedição e entrega e postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de forma antecipada, a indicação de que esses custos suplementares ficarão a cargo do consumidor (c); às modalidades de pagamento, expedição ou execução e o mecanismo de tratamento das reclamações, se se afastarem das obrigações de diligência profissional (d); e à existência de tal direito, relativamente aos produtos e transacções que impliquem um direito de retractação ou de anulação (e).⁵⁰

Não existindo “convite a contratar”, são considerados substanciais os requisitos de informação estabelecidos pela legislação comunitária relativamente às comunicações comerciais, incluindo a publicidade ou o marketing, cuja lista não exaustiva, consta do anexo II (e.g. os deveres de prestação de informações estabelecidos nos artigos 5.º e 6.º da directiva sobre o comércio electrónico).

O preâmbulo esclarece, ainda, que se os Estados-Membros tiverem estabelecido obrigações de informação “que vão além do que é especificado na legislação comunitária, com base nas cláusulas mínimas, a omissão dessas informações adicionais não constitui uma omissão enganosa” na aceção da directiva sobre práticas comerciais desleais (considerando 15).

8. Práticas comerciais agressivas

No que respeita às práticas comerciais agressivas, pretende-se evitar que a liberdade de escolha do consumidor seja significativamente prejudicada (considerando 16). Para o efeito, consideram-se agressivas as práticas comerciais se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicarem ou forem susceptíveis de prejudicar significativamente, devido a assédio, coacção — incluindo o recurso à força

ou proposta contratual. Semelhante enquadramento valerá para a publicidade domiciliária, já que esta parece ser apenas admitida na medida em que o anunciante se coloque em situação de proposta contratual.

⁵⁰ A referência a direito de retractação ou de anulação não deverá obstar a que se inclua nestas figuras indefinidas do direito comunitário a conversão que delas foi feita no direito interno tal como sucedeu para o “direito de retractação” com o recurso à figura do direito de livre resolução nos regimes dos contratos à distância, incluindo o Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio (art. 19.º), que transpõe a Directiva n.º 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro, relativa a comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores.

física — ou influência indevida⁵¹, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduzam ou sejam susceptíveis de o conduzir a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo (art. 8.º).

O art. 9.º prevê os elementos que devem ser tidos em conta, para determinação, no caso concreto, da utilização de meios agressivos (e.g. assédio), a saber, a: o momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência (a); o recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos (b); aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objectivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto (c); qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional (d); qualquer ameaça de intentar uma acção quando tal não seja legalmente possível (e).

9. Protecção dos menores e outros grupos específicos de consumidores

Sem prejuízo da prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente, as práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo (art. 5.º, 3), que não é estatístico (cons. 18).

Além disso, com vista à protecção das crianças, é incluída na lista das práticas que são desleais em qualquer circunstância uma disposição que, sem impor uma abolição total da publicidade dirigida às crianças, as protege de exortações directas à aquisição. Trata-se da prática, prevista no ponto 28 do anexo I que consiste em fazer num anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados, sem prejuízo do art. 16.º da Directiva 89/552/CEE relativa ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva. Na “lista negra” inclui-se também a prática de alegar falsamente que um produto é capaz de

⁵¹ Por influência indevida entende-se “a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida” (art. 2.º-j).

curar doenças, disfunções e malformações (anexo I, 17), cuja proibição absoluta se destina a proteger especialmente grupos de consumidores particularmente mais vulneráveis.

10. Códigos de conduta e meios de controlo

A directiva permite que o regime das práticas concorrenciais desleais seja efectuado mediante códigos de conduta⁵² e meios alternativos de resolução de litígios. Ressalva expressamente, todavia, que o recurso ao controlo extrajudicial pelos titulares de um código de conduta⁵³ “não implica nunca a renúncia às vias de recurso judicial ou administrativo” (art. 10.º).

Para o efeito, os Estados-Membros devem configurar a legislação orgânico-processual de modo a que as pessoas ou organizações que, de acordo com a legislação nacional, tenham um interesse legítimo em combater as práticas comerciais desleais, incluindo os concorrentes, possam recorrer às vias judiciais ou administrativas, consoante a escolha do Estado-Membro, a quem competirá também decidir se as acções podem ser intentadas individual ou colectivamente contra diversos profissionais do mesmo sector económico, e contra o titular de um código, caso o código relevante promova o não cumprimento das prescrições legais. De todo o modo, a legislação interna deverá tornar possível ordenar a cessação de uma prática comercial desleal ou proibi-la, mesmo na ausência de prova de ter havido uma perda ou prejuízo real, ou de uma intenção ou negligência da parte do profissional, cabendo à legislação determinar se a título de procedimento cautelar ou apenas como decisão definitiva.

11. Dos actos de concorrência às práticas comerciais desleais?

A directiva sobre práticas comerciais desleais é mais do que um “regulamento” comunitário da concorrência desleal. O regime estabelecido parece alargar o círculo tradicional de proibição da concorrência desleal.

Com efeito, a proibição de práticas comerciais desleais deixa de depender da prática de actos de concorrência, tal como estes são tradicionalmente entendidos e delimitados por referência a um sector de actividade (“mercado relevante”). Em nome da protecção dos consumidores, todos são considerados potencialmente concorrentes de todos e, por conseguinte, a proibição das práticas comerciais desleais projecta-se tendencialmente

⁵² Por código de conduta entende-se o acordo ou conjunto de normas não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas de um Estado-Membro que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou sectores de actividade específicos (art. 2.º-f).

⁵³ Ou seja, qualquer entidade, incluindo um profissional ou grupo de profissionais, responsável pela elaboração e a revisão de um código de conduta e/ou o controlo do cumprimento deste código por aqueles que se comprometeram a ficar vinculados por ele (art. 2.ºg).

erga omnes entre profissionais, ao invés da tradicional concorrência desleal que produz efeitos *inter partes*, no sentido de operadores (*maxime* empresas) que actuam e concorrem num determinado sector de mercado.

Não obstante, desde logo, a legitimidade processual dos “concorrentes” deveria continuar a ser mediada por referência ao critério do sector de mercado.⁵⁴ Isto é, os “concorrentes” só deveriam ter legitimidade processual, na medida em que fossem, desde logo, “concorrentes”, sob pena de o regime estabelecido se traduzir num sistema objectivo de “concorrência desleal” entre profissionais, independentemente do sector de actividade em que operem. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para as práticas negligentes entre concorrentes.⁵⁵

Se a protecção do consumidor poderá justificar um regime objectivo de práticas comerciais desleais⁵⁶, já a proibição da concorrência desleal entre concorrentes *proprio sensu* não deverá ir tão longe, em vista das suas consequências negativas em matéria de liberdade de concorrência.⁵⁷ De resto, mesmo outros instrumentos jurídicos ao dispor dos “profissionais”, nomeadamente o direito das marcas e afins, não conferem privilégios mercantis absolutos, i.e. oponíveis *erga omnes*, já que o seu âmbito de protecção é, nos termos da lei, mediado pelo princípio da especialidade, salvo os regimes excepcionais de protecção reforçada das marcas notórias e de grande prestígio. A menos que se considere que as razões que estão na base destes regimes excepcionais justificam o alargamento do âmbito de protecção da concorrência desleal em benefício desde logo dos titulares daquelas marcas, com base no entendimento de que, parafraseando Orwell, “os

⁵⁴ Ver, por exemplo, Ac. STJ 21/02/1969 (BMJ n.º 184(1969), 310: “Sendo totalmente diferentes, quer pela natureza, quer pela aplicação, os produtos protegidos pela mesma marca, não ocorre a figura da concorrência desleal, uma vez que não há possibilidade de confusão para o consumidor aquando da aquisição”), Ac. STJ 31/01/1991 (“Não há concorrência desleal se os produtos são totalmente diferentes, quer pela sua natureza, quer pela sua aplicação, embora protegidos pela mesma marca, uma vez que não há possibilidade de confusão para o consumidor quando da sua aquisição, tanto mais se não são produtos substituíveis entre si, sucedâneos, complementares ou de procura conjunta.”); Ac. TRC 12/21/2001 (“É de excluir a concorrência desleal quando as empresas em confronto se dedicam a indústrias completamente diferentes, o que pressupõe que duas empresas disputem entre si uma posição de vantagem relativa, face a uma clientela comum.”); v. tb. mais latamente, ainda que circunscrevendo a concorrência a um “mesmo sector de mercado”, Ac. TRP 12/01/1998 (“Deve entender-se que pode haver concorrência desleal entre quaisquer actividades económicas que se insiram no mesmo sector de mercado, independentemente de existir entre elas qualquer relação de identidade, substituição ou complementaridade”).

⁵⁵ O novo Código da Propriedade Industrial descriminalizou a concorrência desleal, mas, ao mesmo tempo, a sua proibição deixa de exigir uma intenção especial do agente. Não obstante, apesar da formulação ampla da cláusula geral, nos termos da qual constitui concorrência desleal todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica (art. 317.º), o regime continua a pressupor a prática de actos de concorrência e, por conseguinte, a referência a um sector de mercado, que serve assim de “filtro” para apurar a ilicitude dos exemplos de actos de concorrência desleal previstos no catálogo (e.g. actos de confusão, afirmações enganosas e depreciativas, parasitismo), bem como de outros *actos de concorrência* contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica.

⁵⁶ Embora não imponha necessariamente o recurso a essa via de excepção, tendo em conta a disponibilidade no arsenal jurídico de outros instrumentos, nomeadamente o sistema de presunções em princípio relativas e a consequente inversão do ónus da prova.

⁵⁷ Ac. TRP 7/2/1994 (“O princípio da concorrência é um princípio caracterizador da ordem constitucional portuguesa”).

concorrentes são todos iguais, mas uns são mais iguais que outros”, e que é de justiça “tratar o igual de modo igual, na medida da igualdade”, e “tratar o diferente de modo diferente, na medida da diferença”.

12. A salvaguarda da liberdade de publicidade comparativa e o Acórdão *Pippig Augenoptik* do TJCE

Seja como for, o novo regime das práticas comerciais desleais não deverá ter por efeito anular a liberdade de publicidade comparativa, que já só é admitida dentro de limites bem apertados, não obstante o seu valor enquanto instrumento de concorrência ao nível da transparência do mercado e da informação do consumidor. Numa palavra, a lealdade da concorrência não deverá custar a eliminação da sua liberdade, sob pena de negação do próprio mercado interno. Tal como no passado, terá o TJCE aqui um papel importante para limar as arestas da letra da directiva à luz dos princípios do direito comunitário que animam o funcionamento do mercado interno.

A julgar pela jurisprudência já firmada pelo TJCE sobre publicidade comparativa, quer no caso *GB-INNO-BM* quer no caso *Pippig Augenoptik*, pode antecipar-se, com alguma segurança, que o tribunal não permitirá que a publicidade comparativa, enquanto instrumento da liberdade de concorrência e informação do consumidor no mercado interno, seja eclipsada pelo regime das práticas comerciais desleais. Trata-se de uma orientação consolidada e com especial projecção no segundo caso (*Pippig Augenoptik*).

Com efeito, no Acórdão do Tribunal de 8 de Abril de 2003⁵⁸, em pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Oberster Gerichtshof* (Áustria), o TJCE determinou, *inter alia*, que o “artigo 3.º -A, n.º 1, alínea a), da Directiva 84/450, alterada, deve ser interpretado no sentido de que, embora o anunciante, em princípio, seja livre de indicar ou não numa publicidade comparativa a marca dos produtos concorrentes, compete, no entanto, ao órgão jurisdicional nacional verificar se, em circunstâncias determinadas, caracterizadas pela importância da marca na escolha do comprador e pela diferença importante, em termos de renome, entre as marcas dos produtos comparados, a omissão da marca mais conhecida é susceptível de se revelar enganosa.” Isto é, não apenas a jurisprudência comunitária confirma a licitude de utilização da marca do produto concorrente comparado, como acrescenta que a omissão dessa marca pode ser uma prática enganosa. Além disso, o TJCE considerou que o “artigo 3.º -A, n.º 1, da Directiva 84/450, alterada, não se opõe nem a que os produtos comparados sejam comprados através de canais de distribuição diferentes, nem à realização pelo anunciante de uma aquisição para teste num concorrente

⁵⁸ Processo C-44/01 (*Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH e Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*), Colectânea da Jurisprudência 2003, I-3095.

mesmo antes de iniciar a sua própria oferta, desde que estejam preenchidas as condições de licitude da publicidade comparativa aí previstas.”

Finalmente, o TJCE respondeu ainda que “uma comparação de preços não desacredita um concorrente, na acepção do artigo 3.º -A, n.º 1, alínea e), da Directiva 84/450, alterada, nem pelo facto de a diferença de preços entre os produtos comparados ser superior à diferença média de preços, nem devido ao número de comparações efectuadas. O artigo 3.º -A, n.º 1, alínea e), da Directiva 84/450, alterada, não se opõe a que uma publicidade comparativa reproduza, para além do nome do concorrente, a sua sigla e uma imagem da fachada do seu estabelecimento, se essa publicidade respeitar as condições de licitude definidas pelo direito comunitário.”