

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 12 de Setembro de 2002¹

1. Por despacho que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 2 de Fevereiro de 2001, o Oberster Gerichtshof de Viena submeteu a este tribunal diversas questões prejudiciais sobre a interpretação da Directiva 84/450/CE², relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa, na versão alterada pela Directiva 97/55/CE³, para incluir a publicidade comparativa (a seguir refiro a Directiva 84/450/CEE na versão alterada simplesmente como «Directiva 84/450» ou «directiva»). Com estas questões o órgão jurisdicional *a quo* pretende saber, nomeadamente, em que condições deve considerar-se lícita a publicidade comparativa nos termos da directiva e dentro de que limites os Estados-Membros podem introduzir medidas mais restritivas a esse respeito.

Enquadramento legal

Regulamentação comunitária

2. A Directiva 84/450 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 suas consequências desleais, e estabelecer as condições em que a publicidade comparativa é considerada lícita» (artigo 1.º).

3. Por publicidade enganosa entende-se, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º, «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»; nessa apreciação, precisa o artigo 3.º, devem ter-se em

1 — Língua original: italiano.

2 — Directiva 84/450/CE 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).

3 — Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Outubro de 1997 que altera a Directiva 84/450/CE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa (JO L 290, p. 18; limite de transposição 23 de Abril de 2000).

conta todos os elementos da publicidade⁴. O artigo 7.º, n.º 1, estabelece, todavia, que a directiva «não prejudica a manutenção ou adopção, pelos Estados-Membros, de disposições que assegurem uma protecção mais ampla dos consumidores, das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e do público em geral em matéria de publicidade enganosa».

4. O artigo 2.º-A da directiva define a publicidade comparativa como «a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente». A esse respeito, o artigo 3.º-A prevê:

«1. A publicidade comparativa é autorizada, no que se refere exclusivamente à

4 — Entre os elementos a ter em conta, o referido artigo indica, nomeadamente:

- a) as «características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, o modo e a data de fabrico ou de prestação, o carácter adequado, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre os bens ou serviços»;
- b) o «preço ou (o) seu modo de estabelecimento, e (as) condições de fornecimento dos bens ou de prestação dos serviços»; e
- c) a «natureza, (as) qualidades e (os) direitos do anunciador, tais como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual ou os prémios que recebeu ou as suas distinções».

comparação, quando se reúnam as seguintes condições:

- a) Não ser enganosa nos termos do n.º 2 do artigo 2.º, do artigo 3.º e do n.º 1 do artigo 7.º;
- b) Comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos;
- c) Comparar objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço;
- d) Não gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e do concorrente;
- e) Não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente;

- f) Referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação; publicidade comparativa, no que se refere exclusivamente à comparação», o n.º 1 do referido artigo, que, como se viu, permite assegurar a nível nacional uma protecção mais ampla dos consumidores, das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e do público em geral em matéria de publicidade enganosa. A razão de ser dessa disposição é referida, nomeadamente, no décimo oitavo considerando da Directiva 97/55, onde se esclarece que a cláusula sobre a introdução de medidas nacionais mais restritivas «não pode ser aplicad[a] à publicidade comparativa, já que o objectivo da alteração desta directiva é estabelecer as condições em que é permitida a publicidade comparativa».
- g) Não retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;
- h) Não apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.

Regulamentação nacional

2. Qualquer comparação que faça referência a uma oferta especial deve indicar de forma clara e inequívoca o seu termo ou, se necessário, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços; quando a oferta especial ainda não se tenha iniciado, a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica deve também ser indicada».

6. Na Áustria, a Directiva 97/55 foi transposta mediante uma alteração da lei sobre a concorrência desleal (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; a seguir «UWG») que entrou em vigor em 1 de Abril de 2000. Todavia, já anteriormente as normas da UWG eram interpretadas pela jurisprudência à luz do disposto na Directiva 84/450 relativa à publicidade comparativa.

5. Para os efeitos do caso vertente, é importante salientar que, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, «não é aplicável à

7. Segundo resulta do despacho de reenvio, antes da entrada em vigor da alteração

acima referida, o § 2.º, n.º 1, segunda frase, da UWG declarava lícita a publicidade comparativa que nele se baseasse⁵, na condição de não ter sido violado o disposto na primeira frase do n.º 1 do § 2.º da UWG. A primeira dessas disposições previa, nomeadamente, a adopção de procedimentos inibitórios relativamente aos operadores comerciais que tivessem fornecido indicações susceptíveis de induzir em erro os consumidores a fim de obter vantagens concorrenciais; a segunda, tal como nos é dado a entender, impunha, pelo contrário, uma obrigação geral de correcção (entendida como respeito dos usos correntes) no âmbito das relações comerciais.

8. A partir de 1 de Abril de 2000, para dar plena execução à directiva, foi alterado parcialmente o n.º 2 do § 2 da UWG, que na nova versão declara lícita a publicidade comparativa que não viole além dos os §§ 1 e 2, n.º 1, também os §§ 7 e 9, n.ºs 1 a 3, relativos à proibição de desacreditar os concorrentes, de criar confusão com os seus sinais distintivos e de tirar indevidamente partido da sua notoriedade. Entretanto, acrescentou-se um novo parágrafo ao § 2 (o terceiro parágrafo), em que se precisa que, em qualquer caso, a publicidade comparativa deve referir-se apenas a produtos com a mesma denominação de ori-

gem e que qualquer comparação que faça referência a uma oferta especial deve indicar de forma inequívoca o período em que é válida a oferta e especificar, se for caso disso, que a sua duração é limitada aos bens e serviços disponíveis.

Matéria de facto e tramitação processual

9. O litígio principal opõe a sociedade Pippig Augenoptik GmbH & Co. (a seguir «Pippig») à sociedade Hartlauer Handelsgesellschaft mbH (a seguir «Hartlauer») e aos sucessores *mortis causa* do antigo administrador desta última, Franz Josef Hartlauer.

10. A Pippig é uma empresa de óptica especializada, proprietária de três estabelecimentos em Linz que vendem óculos de marcas de renome. Fornece-se directamente junto dos produtores de óculos, com os quais mantém relações regulares; dispõe, em todos os seus estabelecimentos, de um conjunto representativo dos óculos das diversas marcas que negocia.

11. A Hartlauer, ao invés, é uma importante cadeia de distribuição com grandes lojas dispersas por todo o território austríaco, onde são comercializados produtos

5 — Do despacho de reenvio parece resultar que a disposição em causa foi interpretada em sentido lato na jurisprudência austríaca, que na prática estendeu o seu âmbito de aplicação a qualquer tipo de publicidade comparativa.

de vários géneros (artigos electrónicos, informáticos, telefónicos, fotográficos, ópticos, etc.). Nas lojas Hartlauer encontram-se secções especiais de óptica (mais de 100 no total), onde são vendidos sobretudo óculos de marcas pouco conhecidas a preços convenientes. No que respeita aos óculos de marcas mais famosas (cerca de 5% do total), a Hartlauer não tem relações directas com os produtores, mas fornece-se através de importações paralelas; por conseguinte, nas suas secções de óptica existem geralmente poucos modelos disponíveis de cada marca e um número limitado de exemplares.

12. Em Setembro de 1997, a Hartlauer distribuiu em toda a Áustria um folheto publicitário, com um tiragem de quase dois milhões de exemplares, para fazer publicidade aos seus produtos de óptica por meio de comparações com óculos à venda em lojas ópticas especializadas. No folheto afirmava-se, nomeadamente, que 52 comparações de preços com diversos oculistas austríacos mostravam que os óculos vendidos pela Hartlauer custavam no seu conjunto menos 204 777 ÖS (em média menos 3 900 ÖS por par de óculos). No folheto indicava-se, além disso, que o lucro de um oculista com a comercialização de lentes de marca Zeiss era de 717% e que os baixos preços praticados pela Hartlauer constituíam o motivo dos permanentes ataques da indústria óptica contra a Hartlauer.

13. Além dessas comparações de carácter geral com os oculistas especializados, no

mesmo folheto efectuava-se uma comparação específica entre o preço praticado pela Pippig para uma armação Eschenbach em titânio flexível com lentes bifocais Zeiss, no valor de 5 785 ÖS, e o preço pedido pela Hartlauer para a mesma armação com lentes Optimed (uma marca menos conhecida) de características equivalentes, no valor de ÖS 2 000. Também se procedeu à mesma comparação em alguns anúncios publicitários transmitidos em Setembro de 1997 em diversos canais radiofónicos e televisivos, nos quais, todavia, não eram indicadas as marcas das lentes dos óculos comparados e também não se precisava que se tratava de marcas diferentes⁶. Nos anúncios televisivos mostrava-se ainda um estabelecimento da Pippig com o respectivo logotipo.

14. Segundo as indicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, a comparação acima referida realizou-se através de uma aquisição para teste em 8 de Julho de 1997 num estabelecimento da Pippig por um empregado da Hartlauer, que pediu para montar na armação Eschenbach lentes especiais da marca Zeiss, muito caras e geralmente pouco vendidas. Os «óculos teste» foram levantados em 1 de Agosto

6 — O anúncio era o seguinte: «(...) eis os resultados desta nova comparação de preços: em 1 de Agosto, um par de óculos para miopia com o mesmo número de dioptrias e com a mesma armação Eschenbach custava 5 785 ÖS na Pippig de Linz e ÖS 2 000 na Hartlauer. O mesmo vale para qualquer outro par de óculos para presbitia e miopia. Vê-se a diferença, a diferença de preço. O vosso Franz Josef Hartlauer (...). De teor análogo era também o anúncio televisivo: «Quanto custa um par de óculos completo com lentes? Nesta Óptica da Landstrasse de Linz, mais de 5 700 ÖS. Nos meus estabelecimentos, apenas 2 000 ÖS. O mesmo vale para qualquer outro par de óculos para presbitia e miopia. O vosso Franz Josef Hartlauer (...).»

seguinte e, posteriormente, fotografados para o folheto publicitário, para representar quer o modelo da Pippig quer o da Hartlauer. Tanto quanto sabemos, à data da entrega dos «óculos teste», as armações Eschenbach em titânio flexível ainda não eram vendidas nos estabelecimentos da Hartlauer; só posteriormente é que começaram a estar disponíveis, e isto em reduzido número de exemplares e só em algumas cores e tamanhos.

15. Sentindo-se lesada por essa publicidade comparativa, a Pippig intentou uma acção judicial, pedindo que fosse declarada a sua ilicitude; que fosse ordenada a publicação da sentença condenatória em diferentes jornais nacionais; que fosse proibida a difusão no futuro de publicidade semelhante; e, finalmente, que a Hartlauer fosse condenada no pagamento de uma indemnização. Os dois primeiros pedidos da Pippig foram parcialmente acolhidos pelos órgãos jurisdicionais nacionais, por sentença que foi, em seguida, substancialmente confirmada em sede de recurso.

16. Todas as partes interpuseram recurso extraordinário de revisão do acórdão recorrido no Oberster Gerichtshof. Segundo resulta do despacho de reenvio, no âmbito desse processo foram essencialmente suscitadas quatro questões:

i) se é lícita a comparação entre óculos com lentes de marca e óculos com lentes sem ser de marca;

ii) se a comparação entre um produto de marca adquirido pelo revendedor directamente ao produtor e o mesmo produto adquirido através de importações paralelas diz respeito a objectos comparáveis entre si;

iii) se é lícita uma comparação realizada por meio de uma «compra-teste» feita ainda antes do início da oferta de quem faz a comparação de forma a demonstrar a maior diferença de preços possível;

iv) se uma comparação de que decorra a impressão geral de que os preços dos oculistas especializados são exorbitantes é susceptível de desacreditar essa categoria.

17. Tendo em consideração que existe agora uma regulamentação comunitária específica em matéria de publicidade comparativa, o Oberster Gerichtshof, a fim de resolver essas questões, entendeu ser neces-

sário submeter as seguintes questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça:

«1) O artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa (a seguir ‘directiva’) deve ser interpretado no sentido de que a expressão ‘publicidade comparativa, no que se refere exclusivamente à comparação’ tem em vista as afirmações relativas à oferta do próprio anunciante, as relativas à oferta do concorrente e as relativas à relação entre as duas ofertas (o resultado da comparação) ou de que, ao invés, apenas existe ‘comparação’, na acepção do artigo 7.º, n.º 2, quando são feitas afirmações sobre o resultado da comparação, de modo que indicações enganosas sobre outras características dos bens ou serviços comparados podem ser analisadas à luz de uma disposição nacional em matéria de publicidade enganosa eventualmente mais rigorosa?

A remissão feita no artigo 3.º-A, n.º 1, alínea b), da directiva para o seu artigo 7.º, n.º 1, constitui *lex specialis* relativamente ao artigo 7.º, n.º 2, da directiva, de modo que uma disposição nacional em matéria de publicidade enganosa eventualmente mais rigorosa pode ser aplicada a todos os termos da comparação?

O artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da directiva deve ser interpretado no sentido de que a comparação do preço de um produto de marca com o preço de um produto sem marca, de qualidade idêntica, é proibida se não forem indicados os nomes dos produtores, ou o artigo 3.º-A, n.º 1, alíneas c) e g), da directiva obstam à indicação dos produtores? A imagem de um produto (de marca) é uma característica essencial dos bens ou serviços na acepção do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da directiva? A (eventual) resposta negativa a tais questões implica a ilicitude de qualquer comparação (baseada no preço) entre um produto de marca e um produto sem marca de qualidade idêntica?

2) O artigo 7.º, n.º 2, da directiva deve ser interpretado no sentido de que mesmo as diferenças em termos de fornecimento dos bens ou serviços cujas características são comparadas com as dos bens ou serviços do anunciante apenas devem ser analisadas à luz do artigo 3.º-A da directiva?

Caso seja dada resposta afirmativa a esta questão, o artigo 3.º-A da directiva deve ser interpretado no sentido de que uma comparação (baseada no preço) apenas é autorizada se os bens compa-

rados forem fornecidos através dos mesmos canais de distribuição e, consequentemente, se tanto o anunciante como a concorrência oferecerem uma gama de produtos idêntica?

baseadas no preço são efectuadas frequentemente, de modo a suscitar a impressão que os preços da concorrência são, em geral, excessivos?

- 3) Também se deve considerar ‘comparação’, na acepção do artigo 7.º, n.º 2, da directiva, a criação das bases da comparação mediante uma aquisição para teste?

O artigo 3.º-A, n.º 1, alínea e), da directiva deve ser interpretado no sentido de que as indicações relativas à identidade do concorrente se devem limitar ao estritamente necessário, pelo que não é permitido mostrar, além do nome, o (eventual) logotipo e o estabelecimento do concorrente?»

Caso seja dada resposta afirmativa a esta questão, o artigo 3.º-A da directiva deve ser interpretado no sentido de que não é permitido utilizar intencionalmente uma comparação (baseada no preço) favorável ao anunciante, mediante uma aquisição para teste efectuada antes do início da oferta de tal operador e deliberadamente realizada com esse objectivo?

18. No processo que assim corre os seus termos no Tribunal de Justiça intervieram, além das partes no processo principal, o Governo austríaco e a Comissão; as partes intervenientes, com excepção do Governo austríaco, foram ouvidas na audiência em 23 de Abril de 2002.

Análise jurídica

- 4) Uma comparação desacredita uma marca, na acepção do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea e), da directiva, quando o anunciante escolhe o bem adquirido ao concorrente de modo a existir uma diferença de preço superior à diferença média e/ou quando as comparações

Quanto à primeira questão

19. A primeira questão prejudicial articula-se em vários pontos, relativos, por um lado, à possibilidade de aplicar em

matéria de publicidade comparativa uma legislação nacional mais restritiva do que a comunitária e, por outro, à necessidade de indicar os nomes dos produtores para poder realizar comparações de preços entre produtos de marca e produtos «sem marca» qualitativamente análogos. Importa analisar em separado estes dois aspectos, começando, por razões de coerência de exposição, pelo segundo.

a) A indicação dos nomes dos produtores como condição para a comparação de preços entre produtos de marca e produtos «sem marca» qualitativamente análogos

20. Quanto a este aspecto, o órgão jurisdicional *a quo* parte, na prática, da conclusão de que a nível nacional os tribunais de primeira e segunda instância julgaram ilícitas, na falta de indicações sobre o nome dos produtores, as comparações de preços entre produtos de marca e produtos «sem marca» (ou melhor, de uma marca menos conhecida⁷) qualitativamente análogos. Nomeadamente, tanto quanto nos é dado entender, esses órgãos jurisdicionais entenderam que a comparação publicitária entre

7 — Das observações apresentadas por todas as partes intervenientes no presente processo (também em resposta a um pedido específico do Tribunal de Justiça no decurso da audiência) e do próprio despacho de reenvio resulta claramente que quando o órgão jurisdicional nacional fala de produtos «sem marca» pretende na realidade referir-se a produtos de uma marca pouco conhecida (no caso vertente, as lentes Optimed). A esse respeito, refiro-me aqui de forma não técnica à «marca» dos produtos para indicar genericamente o sinal distintivo dos mesmos, não sendo claro se no caso vertente se trata de marcas registadas, de marcas de facto, de nomes comerciais ou de outros sinais distintivos.

o preço praticado pela Pippig para a armação Eschenbach com lentes bifocais Zeiss e o preço pedido pela Hartlauer para a mesma armação com lentes Optimed (marca precisamente menos conhecida) de características equivalentes é ilícita sempre que não seja indicada a marca das diferentes lentes montadas nos óculos comparados⁸. A esse respeito, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, em substância, saber: em primeiro lugar, se nos termos do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da directiva deve considerar-se ilícita, na medida em que é enganosa, esta comparação publicitária; em segundo lugar, se, numa situação semelhante, o disposto nas alíneas c) e g) do artigo 3.º-A, n.º 1, se opõem à indicação da marca das lentes montadas nos óculos comparados.

21. Quanto ao primeiro ponto, a Hartlauer sustenta que o artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da directiva não impõe que se indique a marca dos produtos comparados, até porque semelhante obrigação tornaria em muitos casos excessivamente difícil, se não impossível, a publicidade comparativa. Pelo contrário, a Pippig e a Comissão sublinham que a marca das lentes é um elemento determinante para a escolha dos consumidores no momento da aquisição de um par de óculos; por este motivo, em sua opinião, mensagens publicitárias como as em análise, que comparam o preço dos óculos sem fornecer nenhuma indicação

8 — Ao que parece, nos anúncios radiofónicos e televisivos não se especificava que a comparação de preços se referia a óculos com lentes de marcas diferentes.

sobre a marca das lentes, devem considerar-se enganosas. O Governo austríaco pronunciou-se também posteriormente, em substância, nesse mesmo sentido, embora de forma menos clara.

22. A segunda das teses em confronto parece-me sem dúvida mais convincente. Recordo com efeito que, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º da directiva, é enganosa «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». Para que uma publicidade seja considerada enganosa nos termos do n.º 2 do artigo 2.º, é, portanto, suficiente a *possibilidade* de induzir em erro os consumidores e de afectar⁹ o seu comportamento económico ou de, por este

motivo, prejudicar um concorrente¹⁰. A jurisprudência comunitária precisou, posteriormente, que para apreciar o carácter enganoso das mensagens publicitárias deve, em princípio, ter-se «em consideração a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido»¹¹.

23. Aplicando estes critérios¹², parece-me, portanto, evidente o carácter enganoso de mensagens publicitárias como as do caso vertente, nas quais se compara o preço de venda de um par de óculos por dois comerciantes, precisando que a armação é a mesma e que as lentes têm as mesmas características, mas sem indicar que estas últimas são de duas marcas diferentes, uma de muito renome e outra pouco conhecida do público¹³. Essas mensagens podem, com efeito, induzir em erro um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, que pode ser levado a crer que a comparação de preços se refere ao mesmo par de óculos, com a mesma armação e as mesmas lentes. Uma vez que, de facto, a marca das lentes é um

9 — Relativamente ao verbo «pregiudicare» empregado na versão italiana dessa disposição julgo que deve ser entendido no sentido neutro de «afectar» (como nas outras versões linguísticas: em inglês «affect», em francês «affecter», em espanhol «afectar», em alemão «beeinflussen», etc.), sem conferir uma conotação negativa à afectação do comportamento económico dos consumidores (quanto à necessidade de ter em conta as diversas versões linguísticas na interpretação de uma disposição comunitária, v., entre outros, acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Novembro de 2001, Aldona Malgorzata Jany, C-268/99, Colect., p. I-8615, n.º 47, e os acórdãos aí referidos).

10 — O possível prejuízo dos concorrentes não parece, na verdade, um requisito necessário para considerar enganosa uma mensagem publicitária, dado que a regra parece exigir que esse prejuízo decorra da indução em erro dos consumidores e da afectação do seu comportamento económico, e, portanto, de dois elementos que valem já, por si sós, para considerar enganosa uma publicidade.

11 — Acórdão de 16 de Julho de 1998, Gut Springenheide e Tusky (C-210/96, Colect., p. I-4637, n.º 31).

12 — Quanto à problemática conexa com a possível aplicação de uma legislação nacional mais restritiva v. *infra*, n.º 34 a 47.

13 — V. a esse respeito a mensagem dos anúncios televisivos e radiofónicos da Hartlauer, referida acima na nota 6.

elemento que pode sem dúvida afectar a escolha dos consumidores na aquisição de um par de óculos, deve entender-se que o carácter enganoso dessas mensagens pode afectar o comportamento económico dos consumidores e prejudicar, deste modo, os concorrentes a que se referem. O silêncio quanto à marca das lentes equivale, portanto, em minha opinião, a tornar enganosas mensagens publicitárias do tipo em análise.

24. Por outro lado, também não me parece que tenha mérito a objecção da Hartlauer, segundo a qual a obrigação de indicar a marca dos produtos comparados tornaria excessivamente difícil, se não impossível, a realização de publicidade comparativa: seria, por exemplo, impossível comparar o preço de dois automóveis da mesma marca se fosse obrigatório indicar em detalhe a marca de todos os acessórios (pneus, rádio, alarme, etc.). Creio, com efeito, que embora essa obrigação possa ser excessiva quando se trata de indicar a marca de um grande número de acessórios de pouca importância para as escolhas dos consumidores, o mesmo não se pode dizer relativamente a componentes essenciais e qualificativos dos produtos publicitados, tais como, justamente, as lentes dos óculos. No caso vertente, portanto, é evidente que a indicação da marca das lentes não tornou impossível a comparação, como se demonstrou pelo facto de esta estar claramente indicada nos folhetos publicitários.

25. Uma vez esclarecido que, em minha opinião, mensagens do tipo da em análise são consideradas enganosas por falta de indicação da marca das lentes montada nos óculos comparados, deve ainda apreciar-se, para responder ao órgão jurisdicional de reenvio, se a essas indicações se opõe, em casos semelhantes, o disposto nas alíneas c) e g) do artigo 3.º-A, n.º 1, da directiva. Nomeadamente, dado que a alínea c) dispõe que a publicidade comparativa, para ser lícita, deve comparar objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas dos produtos em questão, o órgão jurisdicional quer saber se a marca pode incluir-se entre essas características. O órgão jurisdicional pergunta, em seguida, se o disposto na alínea g), que prevê que o produto publicitado não deve retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes, não se opõe à indicação da marca.

26. Quanto a este ponto as partes intervenientes concordam que as duas disposições em questão não obstam à indicação da marca dos produtos concorrentes. A Hartlauer e o Governo austríaco observam, nomeadamente, que a possibilidade de incluir essa indicação nas mensagens publicitárias é implicitamente admitida pelas disposições da directiva que declaram lícita a publicidade comparativa na condição de não criar confusão com as marcas, denominações comerciais ou outros sinais distintivos dos concorrentes; não desacreditar ou depreciar essas marcas, denominações comerciais ou sinais distintivos; não retirar

partido indevido do seu renome; e não apresentar um bem ou serviço como imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida [artigo 3.º-A, n.º 1, alíneas d), e), g) e h)]. A Hartlauer e o Governo austríaco sublinham, além disso, que a possibilidade de indicar a marca dos produtos dos concorrentes é expressamente reconhecida pelos décimos quarto e quinto considerados da directiva, que precisam, respectivamente:

- i) que «pode ser indispensável, para uma efectiva publicidade comparativa, identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular»; e
- ii) que «a utilização da marca, da designação comercial ou de qualquer outra marca distintiva de outrem não infringe o direito exclusivo do titular, na medida em que cumpra as condições estabelecidas na presente directiva, já que o objectivo consiste unicamente em acentuar objectivamente as respectivas diferenças».

27. Com efeito, parece-me também que as referidas disposições do artigo 3.º-A, n.º 1, da directiva pressupõem a possibilidade de indicar a marca dos produtos comparados; e justamente por este motivo, como se viu, essas disposições subordinam a licitude das comparações publicitárias a uma série de condições destinadas a evitar que dêem

lugar a situações de concorrência desleal. Concordo, em seguida, também que a possibilidade de indicar a marca dos produtos concorrentes encontra uma confirmação clara nos décimos quarto e quinto considerados da directiva, que sublinham que nalguns casos essa indicação é mesmo indispensável para a realização de uma comparação publicitária eficaz e que, se forem respeitadas as condições estabelecidas na directiva, essa comparação não se opõe às regras de protecção das marcas.

28. Além disso, salienta-se que a possibilidade de indicar os sinais distintivos dos produtos considerados na publicidade comparativa foi expressamente admitida nas conclusões do advogado-geral Léger no processo Toshiba, onde se precisou que, «para ser efectiva e leal, a publicidade comparativa deve permitir aos seus destinatários identificar os produtos apresentados e diferenciar os produtos propostos por uma empresa dos do seu concorrente. Não se pode assim excluir toda e qualquer referência por um operador a sinais distintivos utilizados pelos seus concorrentes»¹⁴. Este raciocínio foi depois implicitamente confirmado pelo acórdão do Tribunal de Justiça, que, em substância, admitiu, em determinadas condições, a possibilidade de

14 — Conclusões do advogado-geral Léger no processo Toshiba (C-112/99, Colect., p. I-7945, n.º 65, em que se refere em nota o décimo quinto considerando da directiva).

indicar na publicidade comparativa os sinais distintivos de um concorrente¹⁵. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça quis precisar, além disso, que «decorre da alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º da Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho de 21 de Dezembro de 1988 que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO 1989, L 40, p. 1), e da jurisprudência do Tribunal de Justiça (acórdão de 23 de Fevereiro de 1999, BMW, C-63/97, Colect., p. I-905, n.ºs 58 a 60) *que o uso da marca de outrem pode ser legítimo quando necessário para informar o público da natureza dos produtos ou do destino dos serviços oferecidos*»¹⁶.

29. Quanto, mais especificamente, à questão relativa à possibilidade de considerar a marca de um produto como uma característica essencial, pertinente, comprovável e representativa do mesmo, e portanto como um elemento que pode ser comparado na acepção do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da directiva, devo observar que a questão suscitada a esse respeito pelo órgão jurisdicional austríaco parece fruto de um equívoco. Com efeito, parece basear-se na ideia de que a indicação da marca dos produtos mencionados em publicidade do tipo da em análise dá lugar a uma comparação entre as diversas marcas que constituem precisamente o objecto da comparação publicitária. Ao invés, é claro que nessa publicidade a comparação é essencialmente relativa ao preço dos produtos (e, eventualmente, à sua qualidade, que é assumida como equivalente), enquanto que a referida indicação da marca dos

produtos serve simplesmente para a sua identificação, como precisa o décimo quarto considerando da directiva. Sendo assim, não creio, portanto, que se possa considerar que o artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da directiva se opõe à indicação da marca dos produtos considerados em publicidade do tipo da em análise.

30. Enfim, quanto à alínea g) do artigo 3.º-A, n.º 1, segundo a qual o produto publicitado não deve retirar partido indevido do renome da marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente, parece-me evidente que essa disposição não se opõe em linhas gerais à indicação da marca dos produtos dos concorrentes (que até admite implicitamente), mas destina-se apenas a evitar possíveis abusos.

31. A esse respeito, observo que no acórdão Toshiba, já referido, o Tribunal de Justiça precisou que, para apreciar o cumprimento da disposição em questão, há que «atender ao décimo quinto considerando da Directiva 97/55, nos termos do qual a utilização de um sinal distintivo não infringe o direito à marca quando cumpra as condições estabelecidas na Directiva 84/450 alterada, sendo que o objectivo consiste unicamente em distinguir os produtos e os serviços do anunciador dos do seu concorrente e, assim, acentuar objectivamente as respectivas diferenças»¹⁷. Com base nisso, o Tribunal de Justiça esclareceu

15 — Acórdão de 25 de Outubro de 2001, Toshiba (C-112/99, Colect., p. I-7945).

16 — N.º 34, sublinhado nosso.

17 — N.º 53. Como é fácil verificar, a referência na versão italiana ao décimo primeiro considerando é fruto de um engano, porque o Tribunal de Justiça refere-se na realidade ao décimo quinto considerando, várias vezes referido.

que «não pode entender-se que um anunciador beneficie indevidamente da notoriedade de que gozam os sinais distintivos do seu concorrente se a referência a tais sinais for condição de uma efectiva concorrência no mercado em causa»¹⁸. O Tribunal de Justiça acrescentou, em seguida, que a indicação numa publicidade comparativa do sinal distintivo de um concorrente permite «beneficiar indevidamente da notoriedade de que gozam quando tal menção tiver por efeito criar no espírito do público visado pela publicidade uma associação entre o fabricante cujos produtos são identificados e o fornecedor concorrente, por o público transferir a reputação dos produtos do fabricante para os do fornecedor concorrente. Para verificar se esta condição está preenchida, cabe atender à apresentação global da publicidade impugnada bem como à natureza do público a que essa publicidade se destina.»¹⁹.

sivamente destinada a tirar partido do renome da marca, denominação comercial ou de outro sinal distintivo do concorrente. Isto, a menos que, tendo em conta as particularidades do caso vertente, se verifique que essa indicação é efectuada de forma a criar no público uma associação entre o autor da publicidade e o concorrente, transferindo o renome dos produtos do segundo para o primeiro²¹. Não creio, portanto, que no caso vertente a indicação da marca das lentes se oponha ao artigo 3.º-A, n.º 1, alínea g), da directiva, na medida em que, por um lado, já se esclareceu que essa indicação era necessária para identificar com precisão os produtos objecto dos anúncios publicitários e evitar possíveis erros dos consumidores; por outro lado, não parece que essa indicação pudesse determinar uma associação entre as lentes Zeiss e Optimed, transferindo o renome das primeiras para as segundas.

32. Também à luz desse acórdão, entendo, portanto, que a indicação da marca dos produtos de um concorrente não se opõe ao artigo 3.º-A, n.º 1, alínea g), desde que tal indicação seja justificada pela exigência objectiva de identificar os produtos do concorrente e pôr em relevo as qualidades dos produtos publicitados (eventualmente por meio de uma comparação directa com os mesmos²⁰) e não seja, portanto, exclu-

33. Concluindo quanto a este ponto, entendo que são enganosas, e portanto ilícitas nos termos do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da directiva, mensagens publicitárias do tipo das em análise, nas quais se compara o preço de venda de um par de óculos por dois comerciantes, precisando que a armação é a mesma e que as lentes têm as mesmas características, mas sem se indicar que estas últimas são de duas

18 — N.º 54.

19 — N.º 60.

20 — A esse respeito observo que no acórdão Toshiba se precisa que «para que exista publicidade comparativa na acepção do artigo 2.º, ponto 2-A, da Directiva 84/450 alterada, basta que exista uma comunicação, seja sob que forma for, que faça, ainda que implicitamente, referência a um concorrente ou aos bens e serviços por ele oferecidos. A este respeito, pouco importa que exista uma comparação entre os bens e serviços oferecidos pelo anunciador e os do concorrente.» (n.º 31).

21 — Nesta última hipótese, a indicação da marca dos concorrentes poderia, aliás, opor-se ao artigo 3.º-A, n.º 1, alínea d), segundo o qual a publicidade comparativa não deve gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante ou do concorrente.

marcas diferentes, uma de renome e outra pouco conhecida do público. Em semelhantes casos, o disposto nas alíneas c) e g) do artigo 3.º-A, n.º 1, da directiva não se opõe à indicação da marca das lentes montadas nos óculos em questão.

b) A possibilidade de aplicar em matéria de publicidade comparativa uma regulamentação nacional mais restritiva do que a comunitária

34. Partindo provavelmente da ideia de que a apreciação dos órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instância sobre a questão analisada supra decorre da aplicação de uma legislação nacional que acolhe um conceito de publicidade enganosa mais restritivo do que o comunitário, com esta parte da questão o órgão jurisdicional *a quo* pretende, na prática, saber se é possível aplicar semelhante regra nacional mais restritiva à publicidade comparativa.

35. A este respeito, esse órgão jurisdicional observa antes de mais que, ao enumerar as condições de licitude da publicidade comparativa, o artigo 3.º-A, n.º 1, da directiva, precisa, na alínea a), que essa publicidade não deve ser enganosa nos termos do n.º 2 do artigo 2.º, do artigo 3.º e do n.º 1 do artigo 7.º: não o deve ser, nem de acordo com o conceito de carácter «enganoso» acolhido nos artigos 2.º, n.º 2, e 3 da directiva, nem de acordo com eventuais disposições nacionais que, em virtude da

faculdade concedida aos Estados-Membros pelo artigo 7.º, n.º 1, definam de modo mais restritivo a publicidade enganosa, a fim de assegurar «uma protecção mais ampla dos consumidores, das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e do público em geral (...)». O órgão jurisdicional sublinha, todavia, que o artigo 7.º, n.º 2, da directiva, parece excluir que essas disposições nacionais mais restritivas possam ser aplicáveis à publicidade comparativa, declarando inaplicável o n.º 1 anterior a esse tipo de publicidade «no que se refere exclusivamente à comparação». Perante esta aparente contradição, o órgão jurisdicional pergunta, assim, ao Tribunal de Justiça se os Estados-Membros podem subordinar a licitude da publicidade comparativa ao cumprimento de regras nacionais mais restritivas do que as da directiva quanto à definição de publicidade enganosa. Em caso afirmativo, em seguida, o órgão jurisdicional nacional pretende ainda saber se as regras nacionais mais restritivas podem aplicar-se apenas relativamente à descrição dos produtos/serviços comparados (os dois termos de comparação) ou podem também dizer respeito ao resultado da comparação (a relação entre os produtos/serviços comparados).

36. A Pippig e o Governo austríaco pronunciaram-se a favor da aplicabilidade de regras nacionais mais restritivas à publicidade comparativa, invocando evidentemente a remissão do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), para o artigo 7.º, n.º 1. A Pippig sustenta, nomeadamente, com a intenção de superar a aparente contradição entre aquela disposição e o artigo 7.º, n.º 2, da

directiva, que, por força desta última disposição, a possibilidade de comparar produtos e serviços não deveria ser subordinada a mais condições do que as previstas na directiva, excepto se se tratar de publicidade enganosa nos termos do artigo 7.º, n.º 1. Em sentido análogo, o Governo austríaco entende que os Estados-Membros podem aplicar regras mais restritivas no que respeita ao carácter enganoso das mensagens publicitárias, mas não no que respeita à definição de publicidade comparativa e às condições de licitude da mesma fixadas no artigo 3.º-A, n.º 1, alíneas b) a h). Parece entender-se, embora o Governo austríaco não o diga expressamente, que ambas as partes entendem que as regras nacionais mais restritivas em matéria de publicidade enganosa podem aplicar-se a todos os elementos da comparação.

*o objectivo da alteração desta directiva é estabelecer as condições em que é permitida a publicidade comparativa.»*²². Na prossecução desse objectivo (reforçado na nova redacção do artigo 1.º da Directiva 84/450), o legislador comunitário definiu, portanto, de modo taxativo as condições de licitude da publicidade comparativa, adoptando uma regulamentação exaustiva sobre todos os elementos da comparação publicitária. Assim se explicaria, em sua opinião, a proibição de aplicar regras nacionais mais restritivas «à publicidade comparativa, no que se refere exclusivamente à comparação» (artigo 7.º, n.º 2)²³. Quanto à remissão para o artigo 7.º, n.º 1, contida no artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), a Comissão esclareceu na audiência que em sua opinião só pode tratar-se de um engano do legislador comunitário.

37. As observações da Comissão e da Hartlauer são, no entanto, em sentido oposto, invocando nomeadamente o décimo oitavo considerando da Directiva 97/55, que precisa, com efeito, que «o artigo 7.º da Directiva 84/450/CEE, que autoriza os Estados-Membros a manterem ou adoptarem disposições para assegurar um protecção mais ampla dos consumidores, das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e do público em geral não pode ser aplicado à publicidade comparativa, já que

38. Pela minha parte, devo antes de mais sublinhar que o despacho de reenvio tem lacunas, não explicando claramente em que medida a legislação nacional acolheu um conceito de publicidade enganosa mais restritivo do que o comunitário. A ambiguidade do despacho a esse respeito resulta, de resto, de modo evidente, das seguintes passagens: «No presente caso, é importante determinar qual o alcance do artigo 7.º, n.º 2, a fim de poder concluir se a eventual legalidade da publicidade das recorridas deve ser avaliada, no todo ou em parte, à

22 — Sublinhado nosso.

23 — Quanto ao alcance desta expressão, a Hartlauer esclareceu que em sua opinião diz simultaneamente respeito às indicações sobre a oferta de quem faz o anúncio publicitário, sobre a oferta do concorrente e sobre a relação entre as duas ofertas.

luz de uma legislação vinculativa nacional *eventualmente mais rigorosa*»²⁴. Daí poderia, com efeito, deduzir-se que o órgão jurisdicional austríaco interrogou o Tribunal de Justiça sem ter estabelecido primeiro se, e em que medida, a legislação nacional em matéria de publicidade enganosa é em concreto mais restritiva do que a comunitária. A falta de clareza e precisão do despacho de reenvio quanto ao quadro jurídico nacional e o aparente carácter hipotético dessa parte da questão poderiam inclusivamente conduzir à declaração da respectiva inadmissibilidade²⁵.

Mesmo que assim fosse, no entanto, dado o exposto anteriormente, não seria assim necessário responder sobre este ponto ao órgão jurisdicional nacional. Se se entender, com efeito, que em casos como o vertente a falta de indicação da marca das lentes equivale a tornar enganosa, e portanto ilícita, a publicidade comparativa já com base no disposto no artigo 2.º, n.º 2, da directiva, daí resulta que não é necessário apreciar se em semelhantes casos as autoridades nacionais podem aplicar um conceito de carácter «enganoso» mais restritivo do que o da referida disposição da directiva. Só a título subordinado, ou seja, para o caso de o Tribunal de Justiça não acolher a solução a que cheguei na alínea a), analisarei, portanto, em seguida, essa questão.

39. Todavia, a fim de superar as lacunas do despacho e investigar com espírito de colaboração as razões do reenvio prejudicial também à luz das observações das partes, pode supor-se que o órgão jurisdicional *a quo* fez suas as apreciações dos tribunais inferiores, segundo os quais a comparação entre óculos com lentes de marca e óculos com lentes «sem marca» seria, por si só, enganosa, e entendeu assim que essas apreciações se fundam num conceito de carácter «enganoso» mais rigoroso do que o conceito comunitário.

40. A esse respeito, reconheço que parece subsistir uma contradição entre o artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da directiva, que ao definir as condições de licitude da publicidade comparativa remete para o artigo 7.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 2, que exclui, pelo contrário, a aplicação do n.º 1 anterior «à publicidade comparativa, no que se refere exclusivamente à comparação». Não creio, todavia, que esse problema possa ser torneado, como a Hartlauer e a Comissão tentam fazer, ignorando uma das duas disposições [o artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a)], considerada simplesmente como fruto de um erro ou de um engano do legislador. Entendo, pelo contrário, que é necessário procurar uma interpretação das duas disposições em

24 — Sublinhado nosso.

25 — A propósito v., entre outros, acórdãos de 16 de Julho de 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Colect., p. I-4673, n.º 17 e 18); de 16 de Julho de 1992, Meilicke (C-83/91, Colect., p. I-4871, n.º 25); de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 61); de 9 de Março de 2000, EKW e Wein & Co. (C-437/97, Colect., p. I-1157, n.º 52); e de 13 de Julho de 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Colect., p. I-6049, n.º 20).

causa que permita superar a aparente contradição que referimos e conciliar as diferentes exigências que estão na origem das disposições em causa.

diferente e menor dos consumidores, dos operadores económicos e do público em geral contra o perigo de enganos nas mensagens publicitárias apenas nos casos em que efectuam uma comparação entre produtos ou serviços concorrentes.

41. Para esse fim, começo por observar que a Directiva 84/450 propõe-se antes de mais o objectivo de «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 suas consequências desleais» (artigo 1.º). Justamente por esse motivo, o artigo 7.º, n.º 1, precisa que a directiva «não prejudica a manutenção ou adopção, pelos Estados-Membros, de disposições que assegurem uma protecção mais ampla dos consumidores, das pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e do público em geral em matéria de publicidade enganosa», como por exemplo disposições nacionais que acolham um conceito de publicidade enganosa mais restritivo do que o dos artigos 2.º, n.º 2, e 3.º da directiva.

42. Em coerência com esse objectivo, ao ditar as condições de licitude da publicidade comparativa, o artigo 3.º-A, n.º 1, dispõe, na sua alínea a), que essa publicidade não deve ser enganosa nem na acepção das disposições pertinentes da directiva, nem na acepção de eventuais disposições nacionais mais rigorosas adoptadas por força do artigo 7.º, n.º 1. Desse modo, portanto, o legislador comunitário quis evitar que fosse assegurada uma protecção

43. Como observam justamente a Hartlauer e a Comissão, todavia, na sequência das alterações introduzidas pela Directiva 97/55, a Directiva 84/450 destina-se também a harmonizar a legislação dos Estados-Membros em matéria de publicidade comparativa, a fim de eliminar os obstáculos à livre circulação de mercadorias decorrentes das disparidades nas regulamentações nacionais na matéria e de assegurar a livre prestação de serviços (terceiro considerando da Directiva 97/55). Nesta óptica, na Directiva 84/450 foi inserido um novo artigo 3.º-A, nos termos do qual, «no que se refere exclusivamente à comparação», a publicidade comparativa é autorizada em todos os Estados-Membros, quando estejam preenchidas determinadas condições aí especificadas²⁶. E justamente porque as alterações introduzidas pela Directiva 97/55 se destinam a estabelecer as condições de licitude das comparações publicitárias, como resulta também do décimo oitavo considerando, estabeleceu-se no artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 84/450, que o n.º 1 do artigo «não é aplicável à publicidade comparativa, no que se refere exclusivamente à comparação».

26 — Na sequência das alterações introduzidas com a Directiva 97/55, o objectivo de estabelecer as condições de licitude da publicidade comparativa foi expressamente mencionado no artigo 1.º da directiva.

44. No entanto, ao contrário da Hartlauer e da Comissão, não creio que o artigo 7.º, n.º 2, da directiva obste à aplicação de uma legislação nacional mais restritiva do que a comunitária na definição de publicidade enganosa às comparações publicitárias. Em minha opinião, com efeito, esse artigo visa apenas evitar que a licitude da publicidade comparativa «no que se refere exclusivamente à comparação» seja sujeita a outras condições para além das estabelecidas no artigo 3.º-A. Por outras palavras, o artigo 7.º, n.º 2, da directiva visa precisar o carácter taxativo das condições de licitude das comparações publicitárias, exactamente porque a directiva visa assegurar que, nas condições especificadas, essas comparações podem ser realizadas e difundidas em todos os Estados-Membros. Mas, dado que entre as condições expressamente previstas pelo artigo 3.º-A, n.º 1, se encontra a condição segundo a qual as comparações publicitárias não devem ser enganosas nem na acepção de carácter «enganoso» acolhida nos artigos 2.º, n.º 2, e 3, nem na acepção de eventuais disposições nacionais mais restritivas adoptadas por força do artigo 7.º, n.º 1, deduzo daí que o artigo 7.º, n.º 2, não preclui a aplicação de tais disposições nacionais às comparações publicitárias.

45. A interpretação segundo a qual o artigo 7.º, n.º 2, se opõe exclusivamente à introdução de condições não previstas pelo artigo 3.º-A pode, aliás, encontrar uma confirmação indirecta no facto de ambas as normas se referirem apenas à comparação publicitária. Pode, com efeito, entender-se que o artigo 7.º, n.º 2, da directiva declare inaplicável o n.º 1 desse artigo à publi-

dade comparativa «no que se refere exclusivamente à comparação», até porque o artigo 3.º-A fixa as condições de licitude dessa publicidade apenas «no que se refere exclusivamente à comparação», sem exigir o cumprimento das mesmas condições para a publicidade comparativa que, mesmo fazendo referência a um concorrente ou a bens ou serviços oferecidos por um concorrente, não realize propriamente uma comparação entre esses bens/serviços e os do operador publicitário²⁷.

46. Mas, sobretudo, a solução aqui acolhida é preferível porque, além de permitir ultrapassar a aparente contradição entre as diferentes disposições da directiva, consegue conciliar eficazmente os dois objectivos que a directiva se propõe: por um lado, proteger os consumidores, os operadores económicos e o público em geral contra as armadilhas da publicidade enganosa (o que justifica a aplicação em sede nacional de normas ainda mais severas contra eventuais «enganos» escondidos nas mensagens publicitárias); por outro lado, fixar de modo taxativo as condições de licitude das comparações publicitárias, de forma a assegurar a realização e a difusão dessas comparações em todos os Estados-Membros. A tese contrária, que a Hartlauer e a

27 — Recordo a esse respeito que, como já indiquei na nota 20, no acórdão Toshiba, o Tribunal de Justiça precisou que «para que exista publicidade comparativa na acepção do artigo 2.º, ponto 2-A, da Directiva 84/450 alterada, basta que exista uma comunicação, seja sob que forma for, que faça, ainda que implicitamente, referência a um concorrente ou aos bens e serviços por ele oferecidos. A este respeito, pouco importa que exista uma comparação entre os bens e serviços oferecidos pelo anunciador e os do concorrente» (n.º 31).

Comissão defendem, apresenta, ao invés, o defeito de supor, sem justificação objectiva, uma protecção diferente e menor dos consumidores, dos operadores económicos e do público em geral contra o perigo de «enganos» nas mensagens publicitárias apenas nos casos em que essas mensagens efectuam uma comparação entre produtos ou serviços concorrentes. Se se quisesse seguir esta tese, por outro lado, ficaria ainda por explicar porque é que a alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º-A precisa que as comparações publicitárias não devem ser enganosas na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da directiva.

47. À luz das considerações precedentes, entendo, portanto, que as autoridades nacionais podem aplicar às comparações publicitárias uma legislação nacional que acolha um conceito de publicidade enganosa mais restritivo do que o comunitário. Com base nessas considerações pode, em seguida, resolver-se facilmente também o problema seguinte suscitado pelo órgão jurisdicional austríaco, sobre os elementos da comparação publicitária a que pode aplicar-se essa legislação nacional mais restritiva. Embora seja verdade que o artigo 7.º, n.º 2, visa apenas excluir a introdução nos Estados-Membros de outras condições de licitude das comparações publicitárias, é evidente que essa disposição não põe obstáculos à aplicação dessa legislação nacional relativamente a todos os elementos da comparação: nesta óptica,

não é, portanto, necessário distinguir entre a descrição dos produtos/serviços comparados e o resultado da comparação.

Segunda questão

48. A segunda questão prejudicial tem origem no facto de a Pippig manter relações directas com a sociedade Eschenbach, junto da qual adquire regularmente as armações publicitadas em diversas cores e tamanhos, enquanto que a Hartlauer adquire essas armações, num sortido menor, através de importações paralelas. A esse respeito, tanto quanto nos é dado a entender, o órgão jurisdicional austríaco pretende saber, na prática, se, por força do artigo 7.º, n.º 1, da directiva, os Estados-Membros podem estabelecer autonomamente que uma comparação de preços é lícita apenas se o operador que a efectua e os seus concorrentes adquirirem as mercadorias comparadas através do mesmos canais de distribuição e as oferecerem, portanto, num sortido análogo, ou se, pelo contrário, nos termos do n.º 2 desse artigo, tal condição de licitude da comparação publicitária pode ser legitimamente imposta apenas na medida em que se encontre entre as condições previstas no artigo 3.º-A da directiva. Nesta segunda hipótese, o órgão jurisdicional nacional pretende então saber se a referida condição se encontra efectivamente prevista no artigo 3.º-A.

49. Nenhuma das partes intervenientes sustenta que o artigo 3.º-A da directiva

permite, em geral, comparar o preço de determinados produtos apenas se provierem dos mesmos canais de distribuição, tal como nenhuma das partes sustenta que semelhante condição pode ser autonomamente imposta pelos Estados-Membros por força do artigo 7.º, n.º 1. Mesmo entendendo que isso não se verifica no caso vertente, o Governo austríaco e a Comissão observam, contudo, que teoricamente a falta de indicação de um canal de distribuição diferente poderia constituir um caso de publicidade enganosa, e portanto tornar ilícita a comparação publicitária na acepção do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), especialmente em casos em que é importante para os consumidores a existência de uma relação directa entre revendedor e produtor. De maneira mais confusa, a Pippig entende, em seguida, que quando os diversos canais de distribuição ou o diferente sortido dos produtos afectam sensivelmente o preço, quando a publicidade faz referência a esses elementos ou quando o consumidor é levado a crer que os canais de distribuição são os mesmos, a comparação publicitária é considerada lícita apenas se não induzir em erro os consumidores relativamente a esses elementos.

50. Por minha parte, devo antes de mais reconhecer que nenhuma disposição do artigo 3.º-A da directiva prevê que o preço de determinados produtos possa ser comparado apenas se estes provierem dos mesmos canais de distribuição. Tendo em conta que, como já disse, as condições de licitude da comparação publicitária são estabelecidas de modo taxativo por esse

artigo da directiva, parece-me evidente que os Estados-Membros não podem proibir indiscriminadamente qualquer publicidade que compare o preço pedido para determinados produtos pelos operadores concorrentes que se fornecem através de canais de distribuição diferentes²⁸.

51. Isso não impede, todavia, como observaram, a justo título, o Governo austríaco e a Comissão, que em casos especiais essa comparação possa ser enganosa, e portanto ilícita na acepção do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), se não for acompanhada de nenhuma indicação sobre os diferentes canais de distribuição. Poderia ser assim, por exemplo, quando for importante para os consumidores poder adquirir a qualquer momento peças sobressalentes ou acessórios originais junto do próprio revendedor ou servir-se de uma assistência pós-venda especial que exija uma relação directa com o produtor. Não me parece, no entanto, que essas circunstâncias especiais ocorram em casos como o vertente, dado que, segundo o próprio despacho de reenvio, «para o comprador (...) é objectivamente indiferente que o vendedor tenha obtido os óculos com base numa relação comercial estável com o produtor ou de qualquer outro modo».

52. Observo, além disso, que se os diversos canais de distribuição comportassem dife-

28 — Também quanto a essa questão, devo salientar, aliás, as lacunas do despacho de reenvio, que deixa subsistir uma certa ambiguidade quanto à existência de uma legislação nacional que proíba as comparações de preços entre produtos provenientes de canais de distribuição diferentes.

renças significativas no sortido dos produtos oferecidos ao público, uma comparação de preços poderia igualmente considerar-se enganosa se as mensagens publicitárias indicassem (ou dessem a entender) que os revendedores oferecem um sortido análogo dos produtos em questão. Nesse caso, com efeito, as mensagens poderiam induzir em erro os consumidores quanto ao sortido oferecido pelos operadores concorrentes, e portanto quanto a um elemento que pode afectar a escolha entre dois ou mais revendedores do mesmo produto. Não creio, todavia, que mensagens do tipo das em análise, que comparam o preço de um modelo específico de armações sem fornecer qualquer indicação, mesmo indirecta ou implícita, quanto ao sortido oferecido pelos operadores interessados, sejam por si sós susceptíveis de induzir em erro os consumidores quanto a esse aspecto.

53. Por-se-ia um problema diverso, enfim, se o operador que se fornece através de importações paralelas adquirisse apenas esporadicamente os produtos publicitados, oferecendo-os em seguida a um preço conveniente por breves períodos, até ao esgotamento de cada stock disponível. Nesse caso, seria, com efeito, aplicável a disposição específica do artigo 3.º-A, n.º 2, da directiva, segundo a qual «qualquer comparação que faça referência a uma oferta especial deve indicar de forma clara e inequívoca o seu termo ou, se necessário, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços; quando a oferta especial ainda não se tenha iniciado, a data de início do período

durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica deve também ser indicada».

54. Para os efeitos do presente processo, salienta-se, no entanto, que nas três hipóteses acima referidas a eventual ilicitude da publicidade comparativa não seria determinada, por si só, pela comparação do preço pedido para produtos provenientes de canais de distribuição diferentes, mas antes pela eventual insuficiência ou carácter «enganoso» das indicações fornecidas nas mensagens publicitárias. Entendo, portanto, que se deve responder à presente questão prejudicial no sentido de que nenhuma disposição do artigo 3.º-A da directiva subordina a licitude das comparações publicitárias relativas ao preço pedido para determinados produtos por operadores concorrentes à condição de estes se fornecerem através dos mesmos canais de distribuição. Tendo em consideração o carácter taxativo das condições de licitude da comparação publicitária previstas nesse artigo, tal condição não pode ser autonomamente imposta pelas autoridades nacionais.

Quanto à terceira questão

55. A terceira questão refere-se à aquisição para teste com que a Hartlauer realizou a comparação publicitária, em especial ao facto de:

- i) essa aquisição ter sido efectuada ainda antes de os óculos comparados estarem à venda na Hartlauer; e

ii) para esse efeito terem sido escolhidos cuidadosamente óculos (armações e lentes) que dessem como resultado a maior diferença de preços possível, ou pelo menos uma diferença superior à média.

A esse propósito, o órgão jurisdicional austríaco quer antes de mais saber se, relativamente às formas de realização de uma comparação publicitária, o artigo 7.º, n.º 2, da directiva permite aos Estados-Membros impor condições de licitude não previstas no artigo 3.º-A; em caso afirmativo, quer, em seguida, saber se uma comparação realizada mediante uma aquisição para teste do tipo em análise deve ser considerada ilícita na acepção desse artigo da directiva.

56. A esse respeito, a Hartlauer observa, por um lado, que o artigo 7.º, n.º 2, da directiva abrange também as formas de realização das comparações publicitárias e, por outro lado, o artigo 3.º-A não exige que, à data da aquisição para teste, quem efectua a comparação já venda os produtos publicitados, bastando que estes sejam vendidos no momento da difusão da publicidade. Em sentido análogo, a Comissão entende que a questão deve ser analisada exclusivamente à luz do artigo 3.º-A da directiva, que não se opõe ao facto de que, para realizar uma comparação publicitária, um operador obtenha os preços dos concorrentes por qualquer meio lícito (incluindo uma aquisição para teste) ainda antes de oferecer no mercado os produtos em questão. O Governo austríaco entende igualmente que a licitude de semelhante comparação publicitária deve ser exclusivamente avaliada à luz das condições

ditadas pelo artigo 3.º-A da directiva, mas acrescenta que compete ao órgão jurisdicional nacional estabelecer se o facto de provocar voluntariamente uma comparação de preços mais vantajosa para quem a efectua através de uma aquisição para teste realizada ainda antes do lançamento da campanha publicitária pode constituir um caso de publicidade enganosa. As observações da Pippig também vão neste sentido, mas, embora reconheça que o artigo 7.º, n.º 2, da directiva abrange as formas de realização das comparações publicitárias, considera que este não é o verdadeiro problema que se coloca no caso vertente e propõe ao Tribunal de Justiça que esclareça se o carácter enganoso das comparações publicitárias também deve ser avaliado relativamente a essas formas.

57. Em resposta a esta questão, devo antes de mais confirmar que, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, da directiva, os Estados-Membros não podem subordinar a licitude das comparações publicitárias a condições não previstas no artigo 3.º-A, nem que essas condições digam respeito às formas de realização das comparações²⁹. Portanto, uma vez que, como as partes intervenientes também admitiram, em substância, nenhuma das disposições do artigo 3.º-A subordina a licitude das comparações publicitárias ao facto de não serem realizadas mediante uma aquisição para teste do

29 — Também quanto a este ponto devo, no entanto, salientar as lacunas do despacho de reenvio, que deixa subsistir uma certa ambiguidade quanto à existência de uma legislação nacional que proíba as comparações publicitárias realizadas mediante uma aquisição para teste do tipo da em análise.

tipo da que está em análise, tal condição não pode ser autonomamente imposta pelas autoridades nacionais.

58. Quanto ao possível carácter enganoso das mensagens publicitárias, entendo que uma comparação de preços do tipo da em análise poderia eventualmente ser enganosa, e, deste modo, ilícita nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º-A da directiva, se os anúncios fossem difundidos ainda antes da oferta dos produtos em questão ao preço indicado ou se a comparação fosse apresentada de forma a dar a entender erradamente que a diferença de preço indicada subsistia também para outros produtos. Não creio, pelo contrário, que uma comparação possa ser considerada enganosa pelo simples facto de ter sido realizada através de uma aquisição para teste efectuada antes da oferta dos produtos em questão por parte de quem faz a comparação ou pelo facto de terem sido escolhidos produtos vendidos a preços significativamente diferentes pelos operadores concorrentes. Quanto ao segundo aspecto, parece-me até lógico e natural que os revendedores apenas comparem só os preços dos produtos que vendem em condições especialmente vantajosas relativamente aos seus concorrentes.

59. Em conclusão, entendo que deve responder-se à terceira questão que nenhuma disposição do artigo 3.º-A subordina a licitude das comparações publicitárias relativas ao preço exigido para determinados produtos por operadores concorrentes à condição de essas comparações não serem realizadas mediante uma aquisição para

teste efectuada antes da oferta dos produtos em questão por parte de quem faz as comparações e de não terem por objecto produtos escolhidos propositadamente para demonstrar uma diferença de preço significativa. Tendo em consideração o carácter taxativo das condições de licitude da comparação publicitária previstas por esse artigo da directiva, tal condição não pode ser autonomamente imposta pelas autoridades nacionais.

Quanto à quarta questão

60. Com a quarta questão o órgão jurisdicional austríaco quer, enfim, saber se as comparações de preços desacreditam os concorrentes, e se são, portanto, ilícitas na acepção da alínea e) do n.º 1 do artigo 3.º-A da directiva: i) se para esse fim forem escolhidos produtos para os quais subsiste uma diferença de preço superior à média e/ou quando as comparações forem repetidas continuamente, de modo a dar a impressão que os preços da concorrência são, em geral, exorbitantes; e ii) se as indicações relativas à identidade dos concorrentes não se limitarem ao estritamente necessário e, em especial, se, além dos seus nomes, forem mostrados os seus (eventuais) logotipos e os seus estabelecimentos.

61. A essa questão, a Pippig sugere que se dê resposta afirmativa, sublinhando que os

concorrentes podem ser desacreditados quer pela impressão enganosa suscitada nos anúncios publicitários, quer pela indicação dos seus sinais distintivos se isso não for indispensável para realizar comparações objectivas de preços.

62. As observações da Hartlauer são obviamente no sentido oposto. Quanto ao primeiro ponto, observa nomeadamente que um consumidor normalmente informado e advertido não será levado a considerar que a diferença de preço indicada nos anúncios publicitários relativamente a alguns produtos corresponde à diferença média entre o preço de todos os produtos vendidos pelos operadores concorrentes. Acrescenta, em seguida, que seria contrário ao artigo 3.º-A permitir comparações de preços relativas a determinados produtos apenas se a diferença existente corresponder a essa média ou introduzir restrições especiais quanto ao número e à frequência das possíveis comparações. Quanto ao segundo ponto, a Hartlauer observa, em seguida, que o facto de mostrar um estabelecimento de um concorrente com o respectivo logotipo não equivale, por si só, a desacreditar indevidamente esse concorrente ou a depreciá-lo, mas constitui, pelo contrário, um modo eficaz de identificar o concorrente.

63. O Governo austríaco observa, pelo contrário, que o facto de escolher para a comparação um artigo especialmente caro, dando assim a impressão que toda a gama de produtos tem um preço, em média,

excessivo, sem precisar as características objectivas que distinguem essa gama (incluindo a marca dos produtos vendidos), poderia desacreditar o concorrente. Em sua opinião, compete, no entanto, ao órgão jurisdicional nacional efectuar essa verificação, tendo especialmente em conta a definição de publicidade enganosa constante do artigo 2.º, n.º 2, da directiva.

64. A Comissão, enfim, sustenta que a publicidade não é susceptível de desacreditar os concorrentes no sentido da alínea e) do n.º 1 do artigo 3.º-A da directiva pelo simples facto de comparar o preço de produtos não comparáveis ou de realizar uma comparação não objectiva ou até enganosa, mas que nesses casos a licitude das comparações publicitárias deveria antes ser avaliada relativamente ao disposto nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 3.º-A. A Comissão observa, além disso, que, em princípio, nas comparações de preço podem ser mostrados (sem deformações) os estabelecimentos e os logotipos dos concorrentes, mas precisa que essas comparações podem ser ilícitas na acepção da alínea e) do n.º 1 do artigo 3.º-A, se indicarem ao acaso um ou mais concorrentes para pôr em evidência o elevado nível dos preços normalmente pedidos no âmbito de uma profissão.

65. Começando pela primeira parte da questão em análise, devo antes de mais confirmar que uma comparação do preço pedido para determinados produtos por

dois ou mais operadores concorrentes pode ser considerada enganosa se for apresentada de forma a dar a entender erradamente que a diferença de preço indicada subsiste também para outros produtos. Nesse caso, no entanto, o eventual descrédito causado aos concorrentes decorre directamente do carácter enganoso da comparação publicitária, que deve assim ser declarada ilícita com base na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º-A da directiva.

66. Não creio, todavia, como já observei, que o simples facto de comparar produtos vendidos a preços significativamente diferentes pelos diversos operadores possa, por si só, dar a impressão que a mesma diferença subsiste também para outros produtos, tal como não creio que essa impressão possa, por si só, decorrer da especial frequência com que os anúncios publicitários são difundidos. Se, deste modo, os anúncios publicitários não fazem supor que a mesma diferença de preço subsiste também para outros produtos, e assim não suscitam a impressão errada de que os preços dos concorrentes são, em geral, exorbitantes, deixa de existir o próprio pressuposto do referido descrédito dos concorrentes, que na hipótese formulada na questão decorre precisamente dessa impressão.

67. Em seguida, quanto ao segundo aspecto da questão, entendo, tal como a Hartlauer e a Comissão, que o facto de

identificar um concorrente também com a imagem de um seu estabelecimento (com o respectivo logotipo) não equivale, por si só, a desacreditar o concorrente na acepção da alínea e) do n.º 1 do artigo 3.º-A da directiva. Com efeito, o eventual descrédito que pode, por hipótese, decorrer de comparações publicitárias do tipo das em análise não depende da identificação dos concorrentes (para além de através do nome e endereço) também com imagens de um seu estabelecimento, mas antes do conteúdo e da apresentação das comparações. E, com efeito, das duas uma: ou as comparações desacreditam os concorrentes, e nesse caso, são ilícitas no sentido da alínea e) do n.º 1 do artigo 3.º-A, mesmo que os concorrentes sejam identificados apenas com o nome e o endereço; ou as comparações não desacreditam os concorrentes, e então não se tornam ilícitas na acepção da referida disposição pelo simples facto de identificarem os concorrentes também com imagens dos seus estabelecimentos.

68. Entendo, portanto, que se deve responder à quarta questão que as comparações de preços do tipo das em análise não desacreditam os concorrentes e, portanto, não são ilícitas na acepção do alínea e) do n.º 1 do artigo 3.º-A da directiva, pelo simples facto: i) de serem escolhidos os produtos para os quais subsiste uma diferença de preço superior à média e/ou de as comparações serem repetidas continuamente; e ii) de os concorrentes a que se referem estas comparações serem identificados, não só pelo nome e endereço, mas também por imagens dos estabelecimentos com os respectivos logotipos.

Conclusões

69. À luz das considerações precedentes proponho, portanto, responder ao Oberster Gerichtshof nos seguintes termos:

«1) Devem considerar-se enganosos, e portanto ilícitos na acepção do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da Directiva 84/450/CEE, na versão alterada pela Directiva 97/55, os anúncios publicitários nos quais se compara o preço de venda de um par de óculos por dois comerciantes, precisando que a armação é a mesma e que as lentes têm as mesmas características, mas sem se indicar que estas são de duas marcas diferentes, uma de renome e outra pouco conhecida do público. Em semelhantes casos, o disposto nas alíneas c) e g) do artigo 3.º-A, n.º 1, da directiva não se opõe à indicação da marca das lentes montadas nos óculos em questão.

2) Nenhuma disposição do artigo 3.º-A da Directiva 84/450/CEE, na versão alterada pela Directiva 97/55, subordina a licitude das comparações publicitárias relativas ao preço pedido para determinados produtos por operadores concorrentes à condição de estes se fornecerem através dos mesmos canais de distribuição. Tendo em consideração o carácter taxativo

das condições de licitude da comparação publicitária previstas nesse artigo, tal condição não pode ser autonomamente imposta pelas autoridades nacionais.

- 3) Nenhuma disposição do artigo 3.º-A da Directiva 84/450/CEE, na versão alterada pela Directiva 97/55, subordina a licitude das comparações publicitárias relativas ao preço exigido para determinados produtos por operadores concorrentes à condição de essas comparações não serem realizadas mediante uma aquisição para teste efectuada antes da oferta dos produtos em questão por parte de quem faz as comparações e de não terem por objecto produtos escolhidos propositadamente para demonstrar uma diferença de preços significativa. Tendo em consideração o carácter taxativo das condições de licitude da comparação publicitárias previstas por esse artigo da directiva, tal condição não pode ser autonomamente imposta pelas autoridades nacionais.

- 4) Comparações de preços do tipo das em análise não desacreditam os concorrentes e, portanto, não são ilícitas na acepção do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea e), da Directiva 84/450/CEE, na versão alterada pela Directiva 97/55, pelo simples facto:
 - i) de serem escolhidos os produtos para os quais subsiste uma diferença de preço superior à média e/ou de as comparações serem repetidas continuamente; e

 - ii) de os concorrentes a que se referem estas comparações serem identificados, não só pelo nome e endereço, mas também por imagens dos estabelecimentos com os respectivos logotipos.»