Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 29 de junho de 2017 [1]

Processo C-295/16

Europamur Alimentación SA
contra
Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia (Tribunal Administrativo Provincial n.º 4 de Múrcia, Espanha)]

«Reenvio prejudicial — Proteção dos consumidores — Diretiva 2005/29/CE — Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores — Vendas de um grossista a retalhistas — Competência do Tribunal de Justiça — Legislação nacional que proíbe genericamente as vendas com prejuízo — Exceções fundadas em critérios não previstos na Diretiva 2005/29/CE»

I. Introdução

1. O pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia (Tribunal Administrativo Provincial n.º 4 de Múrcia, Espanha) diz respeito à interpretação da Diretiva 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 Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva relativa às práticas comerciais desleais») [2].

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio relativo à sanção administrativa que foi aplicada a um profissional que se dedica ao comércio grossista, em consequência de uma infração à proibição de venda com prejuízo prevista, exceto em duas hipóteses específicas, pela legislação espanhola relativa ao comércio retalhista.

3. Dado que a prática comercial que é objeto deste litígio respeita não diretamente aos consumidores, mas a um grossista e a retalhistas e que, por conseguinte, não se enquadra no âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29, importa analisar, mais especificamente, se o Tribunal de Justiça se pode, todavia, pronunciar sobre as questões prejudiciais.

1 Língua original: francês.

2 JO 2005, L 149, p. 22.

4. No caso de o Tribunal de Justiça se declarar competente, como preconizo, afigura-se-me que a resposta às questões suscitadas decorre de forma clara da sua jurisprudência segundo a qual a Diretiva 2005/29 se opõe às regulamentações de Estados-Membros que proíbem genericamente práticas comerciais desleais como as vendas com prejuízo, ainda que essas regulamentações prevejam exceções, na medida em que estas não respeitam as condições de proibição definidas pela referida diretiva.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

5. Nos termos dos considerandos 6, 8 e 17 da Diretiva 2005/29:

«(6) […] a presente diretiva aproxima as legislações dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal, que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores e consequentemente prejudicam indiretamente os interesses económicos de concorrentes legítimos […] Não abrange nem afeta as legislações nacionais relativas às práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transação entre profissionais; na plena observância do princípio da subsidiariedade, os Estados-Membros continuarão a poder regulamentar tais práticas, em conformidade com a legislação comunitária, se assim o desejarem. […]

[…]

(8) A presente diretiva protege diretamente os interesses económicos dos consumidores das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. Consequentemente, protege também indiretamente os interesses legítimos das empresas face aos concorrentes que não respeitam as regras da presente diretiva e garante assim a concorrência leal no domínio por ela coordenado. […]

[…]

(17) É desejável que essas práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias sejam identificadas por forma a proporcionar segurança jurídica acrescida. Por conseguinte, o anexo I contém uma lista exaustiva dessas práticas. Estas são as únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem recurso a uma avaliação casuística nos termos dos artigos 5.º a 9.º A lista só poderá ser alterada mediante revisão da presente diretiva.»

6. Nos termos do seu artigo 1.º, esta diretiva tem por objetivo «contribuir para o funcionamento correto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais que lesam os interesses económicos dos consumidores».

7. O artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 2005/29 define as «[p]ráticas comerciais das empresas face aos consumidores», na aceção desta, como «qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores».

8. O artigo 3.º da referida diretiva prevê que esta «é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5.º, antes, durante e após uma transação comercial relacionada com um produto».

9. O seu artigo 4.º, com a epígrafe «Mercado interno», determina que «[o]s Estados-Membros não podem restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objeto de aproximação por força da presente diretiva».

10. O artigo 5.º da Diretiva 2005/29, com a epígrafe «Proibição de práticas comerciais desleais», está redigido nos seguintes termos:

«1. São proibidas as práticas comerciais desleais.

2. Uma prática comercial é desleal se:

a) For contrária às exigências relativas à diligência profissional;

e

b) Distorcer ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afeta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

[…]

4. Em especial, são desleais as práticas comerciais:

a) Enganosas, tal como definido nos artigos 6.º e 7.º,

ou

b) Agressivas, tal como definido nos artigos 8.º e 9.º

5. O anexo I inclui a lista das práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias. A lista é aplicável em todos os Estados-Membros e só pode ser alterada mediante revisão da presente diretiva.»

B. Direito espanhol

1. Legislação relativa ao comércio retalhista

11. Nos termos da exposição de motivos da Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (Lei 7/1996, relativa à regulamentação do comércio retalhista), de 15 de janeiro de 1996[3] (a seguir «LOCM»), esta lei visa, nomeadamente, «corrigir os desequilíbrios entre as grandes e as pequenas empresas comerciais, e, sobretudo, assegurar uma concorrência livre e leal. É supérfluo reiterar que os efeitos mais imediatos e tangíveis de uma situação de concorrência livre e leal se concretizam por uma melhoria contínua dos preços e da qualidade bem como das outras características da oferta e do serviço ao público, o que representa, afinal, a ação mais eficaz a favor dos consumidores».

3 BOE n.º 15, de 17 de janeiro de 1996, p. 1243.

12. O artigo 14.º da LOCM, com a epígrafe «Proibição da venda com prejuízo», prevê, nos seus n.os 1 e 2:

«1. Não obstante o disposto no artigo anterior [que estabelece um princípio de liberdade dos preços], não podem ser oferecidas nem realizadas vendas ao público com prejuízo, fora dos casos regulados nos capítulos IV [relativo às vendas em saldos] e V [relativo às vendas em liquidação] do relativo título II da presente Lei, a menos que, quem a realize, tenha por objetivo alcançar os preços de um ou de diversos concorrentes com capacidade para afetar, significativamente, as suas vendas, ou no caso de produtos perecíveis em datas próximas da sua inutilização.

Em todo o caso, deve ser respeitado o disposto na Ley sobre Competencia Desleal [Lei relativa à concorrência desleal].

2. Para os efeitos referidos no número anterior, considera-se que existe venda com prejuízo quando o preço aplicado a um produto seja inferior ao preço de aquisição de acordo com a fatura, deduzida a parte proporcional dos descontos que figurem na mesma, ou ao preço de reposição se este for inferior àquele, ou ao custo efetivo de produção, se o produto tiver sido fabricado pelo próprio comerciante, acrescidos dos impostos indiretos que agravem a operação.»

13. Esta proibição de venda com prejuízo também é aplicável «às entidades, qualquer que seja a sua natureza jurídica, que se dediquem ao comércio grossista», nos termos da sexta disposição adicional da LOCM que foi aditada a esta lei em 1999 [4].

14. A LOCM foi implementada na Comunidade Autónoma da Região de Múrcia através de uma lei regional adotada em 2006 [5]. O seu artigo 54.º prevê que as infrações graves são sancionadas com uma coima de 3 001 a 15 000 euros. Para determinar a ocorrência de uma «infração grave», a referida lei remete para a LOCM, cujo artigo 65.º, n.º 1, alínea c), qualifica assim as vendas com prejuízo. Os fatores a tomar em consideração para calcular o montante da sanção são enunciados no artigo 55.º desta lei regional, a qual refere, nomeadamente, a gravidade do prejuízo «causado aos interesses dos consumidores».

2. Legislação relativa à concorrência desleal

15. Nos termos do preâmbulo da Ley 3/1991 de Competencia Desleal (Lei 3/1991, relativa à concorrência desleal), de 10 de janeiro de 1991 [6] (a seguir «LCD»):

«[A presente] lei obedece à necessidade de adequar o ordenamento concorrencial aos valores aglutinados na nossa constituição económica. A Constituição espanhola de 1978 faz gravitar o nosso sistema económico em torno do princípio da liberdade de empresa e, consequentemente, no plano institucional, em torno do princípio da liberdade de concorrência. Deste facto resulta, para o legislador ordinário, a obrigação de estabelecer os mecanismos concretos para impedir que tal princípio possa ser distorcido por comportamentos desleais, suscetíveis de, eventualmente, perturbar o funcionamento concorrencial do mercado.

Esta exigência constitucional é completada e reforçada pela exigência que resulta do princípio da proteção do consumidor, na sua qualidade de parte fraca nas relações típicas de mercado, acolhido no artigo 51.º do texto constitucional.

4 Disposição aditada na LOCM pelo artigo 56.º, n.º 1, ponto 8, da Ley 55/1999 de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (Lei 55/1999, que estabelece medidas fiscais, administrativas e sociais), de 29 de dezembro de 1999 (BOE n.º 312, de 30 de dezembro de 1999, p. 46095, a seguir «Lei 55/1999)».

5 Ley 11/2006 Sobre régimen del comercio minorista de la región de Murcia (Lei 11/2006, que regula o comércio retalhista da Região de Múrcia), de 22 de dezembro de 2006 (BORM n.º 2, de 3 de janeiro de 2007, p. 141, a seguir «Lei Regional 11/2006)».

6 BOE n.º 10, de 11 de janeiro de 1991, p. 959.

Esta nova vertente do problema, desconhecida em geral pelo direito tradicional espanhol da concorrência desleal, constituiu um estímulo adicional da máxima importância para a elaboração da nova legislação.»

16. O artigo 17.º da LCD, com a epígrafe «Venda com prejuízo», enuncia:

«1. Salvo disposição contrária das leis ou dos regulamentos, a fixação de preços é livre.

2. Não obstante, a venda realizada a custo reduzido, ou a preço reduzido de aquisição, é considerada desleal nos seguintes casos:

a) Quando seja suscetível de induzir os consumidores em erro acerca do nível de preços de outros produtos ou serviços do mesmo estabelecimento.

b) Quando tenha por efeito desacreditar a imagem de um produto ou de um estabelecimento alheios.

c) Quando faça parte de uma estratégia para eliminar um concorrente ou grupo de concorrentes do mercado.»

3. Lei 29/2009

17. A Diretiva 2005/29 foi transposta para o direito espanhol pela Ley 29/2009 por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (Lei 29/2009, relativa à alteração do regime legal da concorrência desleal e da publicidade para a melhoria da proteção dos consumidores e dos utilizadores), de 30 de dezembro de 2009[7] (a seguir «Lei 29/2009»).

18. Esta lei alterou, entre outros instrumentos, a LOCM e a LCD. As disposições supramencionadas destas últimas[8] permaneceram inalteradas.

19. O órgão jurisdicional de reenvio salienta que a Lei 29/2009 aditou um terceiro número ao artigo 18.º da LOCM, nos termos do qual a promoção das vendas «é considerada desleal quando se verifiquem as circunstâncias previstas no artigo 5.º da [LCD]»[9].

20. Sublinha também que a Lei 29/2009 alterou o artigo 4.º da LCD de forma que este enuncia os critérios que permitem qualificar uma prática comercial de «desleal» conforme definidos no artigo 5.º da Diretiva 2005/29. Acrescenta que a nova redação dos artigos 5.º e 7.º da LCD, reproduz, respetivamente, a do artigo 6.º (com a epígrafe «Ações enganosas») e a do artigo 7.º (com a epígrafe «Omissões enganosas») desta diretiva[10].

7 BOE n.º 315, de 31 de dezembro de 2009, p. 112039.

8 V. n.ºs 11 a 16 das presentes conclusões.

9 V. artigo 4.º da Lei 29/2009. Observo que este também remete para as disposições da LCD no artigo 22.º (relativo à venda a multiníveis), no artigo 23.º (relativo à proibição das vendas em pirâmide) e no artigo 32.º (relativo às vendas com oferta ou brinde) da LOCM, conforme alterados.

10 V. artigo 1.º da Lei 29/2009.

III. Litígio no processo principal, questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

21. A Europamur Alimentación SA (a seguir «Europamur») é um grossista que vende produtos de uso doméstico e alimentares a supermercados e lojas de bairro. Estando associada a uma central de compras, a Europamur pode propor aos pequenos comerciantes que são seus clientes produtos a preços competitivos, que lhes permitem enfrentar a concorrência das grandes superfícies e das grandes cadeias de distribuição.

22. Por decisão de 23 de fevereiro de 2015, a Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Direção-Geral do Comércio e Proteção do Consumidor da Comunidade Autónoma da Região de Múrcia, Espanha), anteriormente designada «Dirección General de Consumo, Comercio y Artesanía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia» (Direção-Geral do Consumo, do Comércio e do Artesanato da Comunidade Autónoma da Região de Múrcia, a seguir «Administração Regional»), aplicou uma coima de 3 001 euros à Europamur por ter infringido a proibição que resulta do artigo 14.º da LOCM ao vender com prejuízo alguns dos produtos que comercializa.

23. A Administração Regional fundamentou essa decisão, nomeadamente, em diversas considerações relativas à proteção dos consumidores [11]. Além disso, quando fixou o montante da sanção, a Administração Regional tomou em consideração o critério do «grave prejuízo causado aos interesses dos consumidores» enunciado no artigo 55.º da Lei Regional 11/2006. Em contrapartida, não esclareceu em que medida o comportamento da Europamur tinha prejudicado *in concreto* os interesses dos consumidores, uma vez que, segundo a interpretação dominante do artigo 14.º da LOCM, a venda com prejuízo é, por si só, suscetível de causar prejuízo aos interesses dos consumidores e dos clientes.

24. A Europamur interpôs recurso contra a referida decisão, alegando, entre outros fundamentos, que era necessário que os pequenos comerciantes pudessem alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes, que o regime da prova que resulta do artigo 17.º da LCD devia ter sido cumprido no que lhe diz respeito e que o comportamento sancionado não causava nenhum prejuízo aos consumidores. Também alegou que a sanção aplicada era contrária ao direito da União, uma vez que a Diretiva 2005/29 tinha sido insuficientemente transposta para a ordem jurídica interna pela Lei 29/2009, na medida em que não alterou a redação do artigo 14.º da LOCM.

25. Na contestação, a Administração Regional sustentou, nomeadamente, que o regime de sanções da LOCM, que foi previsto especialmente para defender os interesses dos consumidores, é independente em relação à LCD, que visa sobretudo as relações dos operadores económicos entre si, pelo que a proibição estabelecida pelo artigo 14.º da LOCM podia ser aplicada sem que estivessem reunidas as circunstâncias previstas no artigo 17.º da LCD. Acrescenta que não havia nenhum conflito entre a legislação nacional e a legislação da União.

11 Assim, esta Administração salientou que as reduções «não devem prejudicar a boa formação do consentimento, em detrimento dos consumidores e dos clientes no que se refere ao verdadeiro nível dos preços de uma empresa ou de um estabelecimento determinados». Também sublinhou «a importância social da infração, que respeita a todos os comerciantes e consumidores da região de Múrcia […] dado que os fins económicos prosseguidos pelo infrator […] comportam, nomeadamente, o de criar ofertas que funcionam como chamariz ou engodo com produtos como os do caso em apreço, com o objetivo de incitar os consumidores a comprar produtos ou serviços do mesmo estabelecimento, bem como com a intenção secreta de dissuadir ou eliminar concorrentes».

26. Neste contexto, por decisão de 27 de abril de 2016, entrada no Tribunal de Justiça em 25 de maio de 2016, o Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia (Tribunal Administrativo Provincial n.º 4 de Múrcia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) Deve a Diretiva [2005/29] ser interpretada no sentido de que se opõe a uma disposição nacional, como o artigo 14.º da [LOCM], que tem um caráter mais restritivo do que a diretiva em questão, ao proibir em geral a venda com prejuízo — mesmo aos grossistas — por considerar esta prática uma infração administrativa, aplicando-lhe consequentemente uma sanção, tendo em conta que a Lei espanhola visa, além da regulação do mercado, proteger os interesses dos consumidores?

2) Deve a Diretiva [2005/29] ser interpretada no sentido de que se opõe ao referido artigo 14.º da LOCM, mesmo que a disposição nacional permita excluir da proibição genérica a venda com prejuízo nos casos em que (i) o infrator prove que a venda com prejuízo tinha como objetivo alinhar-se pelos preços de um ou diversos concorrentes com capacidade para afetar significativamente as suas vendas, ou (ii) se trate de produtos perecíveis em datas próximas do termo do período em que podem ser consumidos?»

27. A Europamur e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. Na audiência de 6 de abril de 2017, a Europamur, o Governo espanhol e a Comissão apresentaram observações orais.

IV. Análise

A. Quanto ao conteúdo da regulamentação em causa no processo principal

28. Na fundamentação da sua decisão de reenvio, o Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia (Tribunal Administrativo Provincial n.º 4 de Múrcia) refere que a LOCM visa proteger os consumidores, incluindo quando, como no litígio do processo principal, as vendas se realizam entre um grossista e pequenos comerciantes, uma vez que tais operações entre profissionais têm repercussões nos consumidores. Com efeito, o consumidor beneficia, nas suas compras no pequeno comerciante, do agrupamento de encomendas, realizado pelo grossista, sem o qual o retalhista não seria competitivo em relação às cadeias e às grandes superfícies comerciais que têm uma capacidade de compra claramente superior.

29. Esse tribunal não refere as razões específicas pelas quais o artigo 14.º da LOCM, que proíbe a venda com prejuízo, foi declarado também aplicável às entidades que se dedicam ao comércio grossista, nos termos da sexta disposição adicional inserida na LOCM pela Lei 55/1999, e, que seja do meu conhecimento, a exposição de motivos desta não dá nenhuma indicação a esse respeito. A decisão de reenvio refere simplesmente que «a proteção dos consumidores visada pela [LOCM] é justificada na medida em que a venda com prejuízo do grossista afeta o consumidor e influencia o seu comportamento relativamente ao produto ou ao bem de consumo em questão».

30. Afirma que o artigo 14.º da LOCM proíbe a venda com prejuízo em si mesma, sem exigir que a Administração sancionadora prove que a prática do infrator prejudicou os interesses dos consumidores na aceção do artigo 5.º da Diretiva 2005/29, mas que a referida disposição nacional autoriza, contudo, o interessado a legitimar os seus comportamentos por dois motivos específicos, a saber, pelo objetivo de alinhar os seus preços pelos de concorrentes que prejudicam as suas vendas de forma significativa, ou pelo caráter perecível dos produtos vendidos com prejuízo.

31. A recorrente no processo principal sustenta que essa inversão do ónus da prova, da qual resulta que incumbe ao suposto infrator demonstrar a lealdade dos comportamentos censurados, não está em conformidade com a Diretiva 2005/29, dado que a venda com prejuízo não figura na lista das práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias constante do anexo I desta diretiva.

32. A este propósito, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que embora o profissional em questão demonstre que a venda com prejuízo em causa não cumpre nenhum dos critérios do caráter desleal de uma prática comercial previstos pela Diretiva 2005/29 [12], essa venda continua, contudo, proibida pelo artigo 14.º da LOCM e é, consequentemente, sancionada, a menos que o comerciante possa demonstrar a existência de uma das duas causas de justificação enunciadas neste último.

33. Por último, esse órgão jurisdicional salienta que o artigo 14.º da LOCM, que não foi alterado aquando da transposição da Diretiva 2005/29, «mantém uma referência ambígua ao facto de 'em todo o caso, as disposições da [LCD] são aplicáveis'», embora o regime de proibição das vendas com prejuízo previsto no artigo 17.º da LCD se oponha ao que resulta da LOCM [13].

B. Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

34. Tendo em conta quer o quadro factual quer o regulamentar do litígio do processo principal, o Governo espanhol e a Comissão formularam objeções no que se refere à aplicabilidade da Diretiva 2005/29 nesse contexto.

35. Antes de mais, refiro que o presente pedido de decisão prejudicial, que apresenta um aspeto inédito relacionado com uma combinação específica de regras nacionais [14], é na minha opinião admissível, considerando as indicações dadas pelo órgão jurisdicional de reenvio das quais resulta que a interpretação solicitada lhe será necessária para decidir o presente litígio, mesmo que este tenha por objeto vendas com prejuízo entre profissionais, as quais, consequentemente, não são abrangidas pelo âmbito de aplicação desta diretiva, tendo em conta o facto de que, nos termos das disposições pertinentes do direito espanhol, tal situação é equiparada às vendas de um profissional a um consumidor, as quais se enquadram no referido âmbito de aplicação.

36. A este propósito, observo, *em primeiro lugar*, que é pacífico que o Tribunal de Justiça declarou reiteradamente que ações de *vendas com prejuízo*, como as que estão em causa no processo principal, constituem «práticas comerciais» na aceção do artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 2005/29, estando, assim, sujeitas às disposições nela previstas [15].

12 Mais especificamente, a falta de diligência profissional, a alteração do comportamento dos consumidores e o engano ou a prática agressiva, em conformidade com o artigo 5.º, n.os 1 e 4 desta diretiva.

13 O órgão jurisdicional de reenvio refere que, nos termos do artigo 17.º da LCD, são consideradas desleais não todas as vendas com prejuízo, como nos termos do artigo 14.º da LOCM, mas apenas as que preenchem as condições enunciadas no referido artigo 17.º (a saber, induzir os consumidores em erro, denegrir a imagem de um produto ou de um estabelecimento ou tentar excluir os concorrentes) e que, por conseguinte, é necessário demonstrar o caráter desleal de tal venda para a poder sancionar.

14 Com efeito, o presente processo suscita uma questão de direito nova relativa à admissibilidade do pedido, na medida em que se trata de determinar se o Tribunal de Justiça deve responder à questão de saber se o direito da União se opõe a uma disposição nacional (a saber, o artigo 14.º da LOCM) que se enquadra inequivocamente no âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29, mas que, através de outra disposição nacional (a saber, a sexta disposição adicional da LOCM), se torna aplicável num caso concreto não abrangido pelo âmbito de aplicação da referida diretiva. Sobre esta questão, v. n.os 41 e segs. das presentes conclusões.

15 V. despacho de 7 de março de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, n.os 20 a 22 e jurisprudência referida), onde se salienta que tais vendas, que «têm por objetivo atrair os consumidores aos locais de venda dos comerciantes e incitá-los à compra», «[se inscrevem] claramente no quadro da estratégia comercial de um operador e visam diretamente a promoção e o escoamento das suas vendas». No acórdão de 4 de maio de 2017, Vanderborght (C-339/15, EU:C:2017:335, n.º 23), o Tribunal de Justiça recordou que é utilizada uma «formulação particularmente ampla» no referido artigo 2.º, alínea d), para definir o conceito de «prática comercial».

37. *Em segundo lugar*, não obstante o parecer contrário emitido pelo Governo espanhol na audiência, afigura-se-me que as disposições nacionais aplicáveis ao litígio do processo principal, em especial, as do artigo 14.º da LOCM, têm efetivamente por finalidade a *proteção dos consumidores*, de modo que essas disposições são suscetíveis de ser abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria [16].

38. Com efeito, como refere o órgão jurisdicional de reenvio, resulta da exposição de motivos da LOCM que esta lei visa explicitamente, entre outros objetivos, assegurar a proteção dos consumidores [17]. A jurisprudência espanhola maioritária parece confirmar este objetivo em relação, mais especificamente, ao artigo 14.º da LOCM, relativo à proibição das vendas com prejuízo, que é visado nas questões prejudiciais [18]. Acresce que a decisão administrativa que é objeto do litígio no processo principal se baseou expressamente nessa mesma finalidade [19].

39. Mesmo admitindo que, como sustentou o Governo espanhol na audiência, a proteção dos consumidores não tenha constituído o principal objetivo visado pelo legislador espanhol aquando da adoção da LOCM, tal consideração é, na minha opinião, irrelevante para determinar se uma disposição nacional se enquadra ou não no âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29. Aliás, o Tribunal de Justiça declarou que, uma vez que este instrumento procede a uma harmonização completa das regras relativas às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, um governo não pode validamente afirmar que uma disposição nacional não é abrangida pelo referido âmbito de aplicação na medida em que esta vise essencialmente objetivos diferentes dos da proteção dos consumidores [20]. O Tribunal de Justiça também já admitiu que uma legislação nacional possa ter repercussões nas relações entre operadores económicos, ao mesmo tempo que tem por finalidade proteger os consumidores, e, assim, enquadrar-se na Diretiva 2005/29 [21]. Afigura-se-me ser também o caso no presente processo.

40. Em todo o caso, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio, e não ao Tribunal de Justiça, determinar o conteúdo e as finalidades das disposições de direito nacional aplicáveis ao litígio do processo principal [22], de modo que o Tribunal de Justiça está vinculado pelo ponto de vista expresso a esse propósito pelos tribunais nacionais, e não pelas observações apresentadas perante si [23].

16 V., nomeadamente, acórdão de 17 de janeiro de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, n.os 28 a 33), e despachos de 7 de março de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, n.º 17), e de 8 de setembro de 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, n.º 29).

17 Depois de ter citado um extrato da referida exposição de motivos, o órgão jurisdicional de reenvio indica que «a LOCM tem, nomeadamente, por *finalidade manifesta* a proteção do consumidor» (o sublinhado é meu) e reafirma essa análise no fim da sua primeira questão prejudicial. V., também, n.os 11 e 28 das presentes conclusões.

18 Segundo a decisão de reenvio, uma tomada de posição quase unânime dos Tribunales Superiores de Justicia (Supremos Tribunais de Justiça) das comunidades autónomas espanholas refere que é «com vista a proteger mais eficazmente os consumidores e os clientes no seu próprio âmbito de aplicação material [que] a [LOCM, em especial o seu artigo 14.º,] é efetivamente mais restritiva que a [LCD, em especial o seu artigo 17.º,] no que se refere à prática da venda com prejuízo».

19 V. n.º 23 e nota 11 das presentes conclusões.

20 V. acórdão de 9 de novembro de 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660, n.os 25 a 28), quanto às alegações do Governo austríaco segundo as quais a disposição nacional em causa no processo principal visava essencialmente objetivos relativos à preservação do pluralismo da imprensa.

21 V. despacho de 7 de março de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, n.º 18). Neste sentido, v., igualmente, considerando 8 da Diretiva 2005/29, nos termos do qual esta protege também indiretamente os interesses legítimos das empresas face aos concorrentes que não respeitam as regras fixadas por este instrumento.

22 Com efeito, no âmbito de um reenvio prejudicial, não compete ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a interpretação do direito interno de um Estado-Membro nem declarar se a interpretação que dele faz o órgão jurisdicional de reenvio está correta (nomeadamente, despacho de 30 de junho de 2011, Wamo, C-288/10, EU:C:2011:443, n.os 26 e segs.; acórdãos de 13 de junho de 2013, Kostov, C-62/12, EU:C:2013:391, n.os 24 e 25; de 21 de setembro de 2016, Établissements Fr. Colruyt, C-221/15, EU:C:2016:704, n.º 15; e de 4 de maio de 2017, HanseYachts, C-29/16, EU:C:2017:343, n.º 34).

23 V., nomeadamente, acórdãos de 8 de junho de 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, n.º 36), e de 21 de junho de 2016, New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464, n.º 25).

41. Contudo, *em terceiro lugar*, penso que as considerações que precedem não são suficientes para que o Tribunal de Justiça se possa declarar competente para responder às questões submetidas no presente processo [24], tendo em conta o facto de a prática comercial em causa no processo principal apresentar a particularidade de dizer respeito não diretamente a vendas a consumidores mas a *vendas de um grossista a retalhistas*, que, por sua vez, revendem aos consumidores.

42. Ora, à semelhança do Governo espanhol e da Comissão, constato que o âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29 é limitado às práticas comerciais desleais das empresas que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores, como indicam quer o título desta diretiva quer diversas das suas disposições [25]. Por conseguinte, não é aplicável enquanto tal às práticas comerciais desleais que prejudicam «apenas» os interesses económicos de concorrentes ou que, como no caso em apreço, digam respeito a uma transação entre profissionais [26].

43. Todavia, em conformidade com jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça pode declarar-se competente para responder às questões prejudiciais que lhe são submetidas mesmo quando as disposições do direito da União, cuja interpretação é pedida, não são aplicáveis aos factos do litígio do processo principal, no caso em que as referidas disposições foram tornadas aplicáveis de forma direta e incondicional pelo direito nacional. Com efeito, quando uma legislação nacional se adequa, para as soluções que dá a situações que não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do ato da União em causa, às soluções adotadas pelo referido ato, existe um interesse manifesto da União em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições retomadas desse ato sejam interpretadas de modo uniforme. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça é chamado a verificar se existem indicações suficientemente precisas para poder estabelecer esta remissão para o direito da União, tendo em atenção informações prestadas sobre esse assunto pelo pedido de decisão prejudicial [27].

44. Resulta também de jurisprudência do Tribunal de Justiça que, mesmo que a legislação que transpõe uma diretiva para o direito nacional não tenha transcrito textualmente as disposições do direito da União que são objeto das questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça pode ser competente para decidir a título prejudicial, quando a decisão de reenvio admite que qualquer que seja a interpretação que o Tribunal de Justiça dê dessas disposições essa interpretação vincula o órgão jurisdicional de reenvio no que respeita à resolução do processo principal [28].

45. No presente processo, considero que há um interesse real em que o Tribunal de Justiça proceda a uma interpretação das disposições da Diretiva 2005/29, tendo em conta o facto de que resulta de indicações suficientemente precisas, que emanam do órgão jurisdicional de reenvio, que as disposições da referida diretiva foram tornadas aplicáveis — ainda que de uma maneira errada, na minha opinião [29] — pelo direito nacional a situações como as em causa no litígio no processo principal, que não se enquadram no âmbito de aplicação desta diretiva [30].

24 V., por analogia, acórdão de 17 de outubro de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, n.os 34 e 35).

25 V., em especial, considerandos 6 a 8, artigo 1.º, artigo 2.º, alínea d), e artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29.

26 V., nomeadamente, conclusões da advogada-geral V. Trstenjak no processo Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:161, n.os 43 e segs.); despacho de 30 de junho de 2011, Wamo (C-288/10, EU:C:2011:443, n.º 22); acórdão de 17 de janeiro de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, n.º 30); e despacho de 8 de setembro de 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, n.º 26).

27 V., nomeadamente, acórdãos de 18 de outubro de 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, n.os 45 e segs.); de 7 de novembro de 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, n.os 21 e segs.); despacho de 12 de maio de 2016, Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343, n.os 27 e segs.); e acórdão de 15 de novembro de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, n.os 53 e segs.).

28 V., neste sentido, acórdão de 7 de janeiro de 2003, BIAO (C-306/99, EU:C:2003:3, n.os 90 e segs.).

29 V. n.os 53 e segs. das presentes conclusões.

30 Em contrapartida, na audiência, a Comissão referiu não ter encontrado indicações suficientemente precisas para considerar que o legislador espanhol teve a intenção de alargar o regime de proteção previsto pela Diretiva 2005/29 às transações entre profissionais.

46. É certo que resulta do despacho de reenvio que as disposições nacionais que foram aplicadas pela decisão impugnada no litígio do processo principal — a saber, o artigo 14.º da LOCM, que proíbe a venda com prejuízo no comércio retalhista, e a sexta disposição adicional da LOCM, que alarga essa proibição aos grossistas — não foram alteradas, sem motivos específicos, pela Lei 29/2009 que transpôs a Diretiva 2005/29 para o ordenamento jurídico espanhol [31].

47. No entanto, outras disposições da LOCM foram alteradas pela Lei 29/2009, de onde se infere que o legislador nacional decidiu conscientemente manter a redação do referido artigo 14.º e da sexta disposição adicional, aquando dessa transposição, muito provavelmente porque considerou que estas últimas eram conformes com a Diretiva 2005/29. Do meu ponto de vista, a opção de conservar disposições nacionais constitui um ato de transposição de uma diretiva, da mesma forma que alterações substanciais, como uma reformulação ou uma supressão de disposições de direito interno.

48. Além disso, observo que a sanção contestada foi baseada no artigo 14.º da LOCM, expressamente referido nas questões prejudiciais, e que se o litígio no processo principal incidisse sobre as vendas não entre um grossista e retalhistas, mas diretamente entre um profissional e consumidores, não haveria nenhuma dúvida de que o Tribunal de Justiça era competente para responder a essas questões. É apenas em consequência da extensão do âmbito de aplicação do referido artigo 14.º às vendas entre profissionais, ao abrigo da sexta disposição adicional da LOCM, que há incerteza no presente processo. Ora, resulta da decisão de reenvio que as implicações da interpretação da Diretiva 2005/29 aqui pedida são juridicamente as mesmas nos dois casos concretos, na medida em que, se o Tribunal de Justiça declarasse que a referida diretiva se opõe a normas nacionais como as previstas no artigo 14.º da LOCM, isso teria como consequência direta que a decisão impugnada e, por conseguinte, a coima aplicada não estão devidamente fundamentadas nos termos do direito espanhol.

49. Por outro lado, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que o artigo 14.º da LOCM contém, no seu n.º 1, segundo parágrafo, uma referência expressa às disposições da LCD [32], da mesma maneira que, nomeadamente, o artigo 18.º, n.º 3, da LOCM, conforme alterado pela Lei 29/2009 [33]. Ora, esta última lei reformulou diversos artigos da LCD, em especial, para incorporar nesta os critérios que permitem qualificar uma prática comercial de «desleal» na aceção da Diretiva 2005/29 [34], e a recorrente no processo principal sustenta, precisamente, que esses critérios deveriam ser respeitados pela Administração Regional competente [35].

50. Neste contexto específico, o órgão jurisdicional de reenvio considera que «[se põe, neste caso,] a questão de saber se a Diretiva 2005/29 [deve ser interpretada no sentido de que] obsta a uma interpretação do artigo 14.º da LOCM[, dominante na jurisprudência espanhola,] nos termos da qual a própria venda com prejuízo é proibida e pode ser sancionada, sem que seja necessário demonstrar a existência concreta de omissões enganosas ou práticas comerciais agressivas ou em geral desleais», ao passo que «a Diretiva [2005/29] não inclui a venda com prejuízo entre as práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias [36].

31 As razões da inexistência de reforma das referidas disposições não resultam da decisão de reenvio e não me parece que o preâmbulo da Lei 29/2009 não contenha considerações que respeitem, em especial, ao regime jurídico das vendas com prejuízo. Nas suas observações orais, o Governo espanhol afirmou, sem referir nenhuma fonte pertinente, que isso se devia ao facto de o legislador ter considerado que o artigo 14.º da LOCM não se enquadrava na proteção dos consumidores que não alterou esse artigo aquando da transposição da Diretiva 2005/29.

32 Salientando-se que, tendo em atenção o seu preâmbulo, a LCD também tem por finalidade a proteção dos consumidores (v. n.º 15 das presentes conclusões).

33 V. n.º 19 e nota 9, bem como n.º 33 das presentes conclusões.

34 V. n.º 20 das presentes conclusões.

35 Na audiência, a Europamur invocou que, de acordo com o preâmbulo da Lei 29/2009, esta tinha como objetivo unificar os regimes jurídicos aplicáveis em matéria de práticas comerciais desleais, independentemente do destinatário — profissional ou consumidor — do bem em questão e que, por conseguinte, importava fazer uma leitura conjugada das disposições da LOCM e da LCD.

36 V., também, n.º 32 das presentes conclusões.

51. Por conseguinte, importa que, na minha opinião, as disposições da Diretiva 2005/29 que foram, pelo menos em parte, reproduzidas nas normas pertinentes do direito espanhol tenham uma interpretação uniforme por parte do Tribunal de Justiça, para evitar o risco de interpretações divergentes sobre este assunto e dado que a resposta às questões submetidas parece determinante para a solução do litígio do processo principal.

52. Tendo em conta todos estes elementos, entendo que o pedido de decisão prejudicial é admissível e que o Tribunal de Justiça se deve declarar competente para responder às questões que lhe são submetidas no presente processo.

C. Quanto à admissibilidade de uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal tendo em conta a Diretiva 2005/29

53. Com as suas duas questões prejudiciais, que, na minha opinião, devem ser analisadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva 2005/29 se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que proíbe de maneira geral as vendas com prejuízo, incluindo nas transações entre grossistas e retalhistas, exceto nos casos em que o infrator prove que a venda com prejuízo tinha a finalidade de alinhar os seus preços pelos de um ou de vários concorrentes com capacidade para prejudicar significativamente as suas vendas ou que os produtos em causa são artigos perecíveis cuja data de expiração está próxima.

54. Sobre este assunto, as minhas observações serão relativamente sucintas, uma vez que resulta, do meu ponto de vista, claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria que deve ser dar uma resposta afirmativa às questões submetidas.

55. Com efeito, o Tribunal de Justiça já declarou que a Diretiva 2005/29 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a qualquer disposição nacional que proíba, de maneira geral, propor produtos para venda com prejuízo ou vender produtos com prejuízo, sem que seja necessário determinar — tendo em conta o contexto factual de cada caso concreto — se a operação comercial em causa tem caráter «desleal» à luz dos critérios enunciados nos artigos 5.º a 9.º desta diretiva e sem reconhecer aos tribunais competentes uma margem de apreciação a este propósito, na medida em que essa disposição prossegue finalidades relativas à proteção dos consumidores [37].

56. Sobre este último ponto, recordo simplesmente que, no presente processo, o órgão jurisdicional de reenvio considera, diferentemente do Governo espanhol nas suas observações orais, que a LOCM tem por finalidade, nomeadamente, a proteção dos consumidores, o que me parece resultar efetivamente da exposição de motivos dessa lei [38].

57. Para decidir conforme acima referido, o Tribunal de Justiça recordou, antes de mais, que, uma vez que a Diretiva 2005/29 procede a uma harmonização completa das regras relativas às práticas comerciais desleais das empresas relativamente aos consumidores, os Estados-Membros, como prevê expressamente o artigo 4.º desta, não podem adotar, medidas mais restritivas do que as definidas por esta diretiva, mesmo que seja com o fim de assegurar um grau mais elevado de proteção dos consumidores [39].

37 V. despacho de 7 de março de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, n.ºs 30 e 31).

38 V. também n.ºs 11 e 38 das presentes conclusões.

39 V., nomeadamente, acórdão de 9 de novembro de 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660, n.º 30); despacho de 7 de março de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, n.º 24); e acórdão de 10 de julho de 2014, Comissão/Bélgica (C-421/12, EU:C:2014:2064, n.º 61).

58. Em seguida, o Tribunal de Justiça sublinhou que o artigo 5.º da referida diretiva enuncia os critérios que permitem determinar as circunstâncias em que uma prática comercial deve ser considerada desleal e, por conseguinte, proibida. Acrescentou que a Diretiva 2005/29 estabelece, no seu anexo I, uma lista exaustiva de 31 práticas comerciais que, em conformidade com o disposto no artigo 5.º, n.º 5, são consideradas desleais «em quaisquer circunstâncias», de que resulta, como precisa o seu considerando 17 [40], que apenas as referidas práticas são suscetíveis de ser qualificadas desleais sem serem objeto de uma avaliação casuística nos termos dos artigos 5.º a 9.º desta diretiva [41].

59. Por último, salientou que práticas que consistem em propor para venda ou em vender produtos com prejuízo não figuram no anexo I da Diretiva 2005/29 e que, por conseguinte, não podem ser proibidas «em quaisquer circunstâncias», mas apenas na sequência de uma análise específica que permita demonstrar o seu caráter desleal [42].

60. À semelhança da Europamur e da Comissão, considero que este raciocínio e a conclusão que daí decorre são perfeitamente transponíveis para o presente processo. Relativamente à disposição nacional em causa no processo principal, a saber, o artigo 14.º da LOCM, resulta da decisão de reenvio que esta tem por efeito proibir de maneira geral as vendas com prejuízo, sem que seja necessário — para a autoridade com a responsabilidade de sancionar os infratores — demonstrar o caráter «desleal» da operação comercial em questão tendo em conta os critérios estabelecidos nos artigos 5.º a 9.º da Diretiva 2005/29 [43]. Ora, tal proibição é contrária às exigências desta diretiva, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça acima referida [44].

61. No que se refere à eventual incidência das exceções a esta proibição previstas pela disposição nacional impugnada, incidência referida nos termos da segunda questão prejudicial [45], basta constatar que os dois fundamentos de derrogação que figuram no artigo 14.º, *in fine*, da LOCM [46], que as autoridades competentes e os órgãos jurisdicionais espanhóis podem tomar em consideração para isentar de sanção o autor de uma venda com prejuízo que as invoca, são baseadas em critérios que não figuram entre os previstos nos referidos artigos 5.º a 9.º [47], mesmo que a Diretiva 2005/29 proceda a uma harmonização exaustiva na matéria [48].

40 Nos termos deste considerando, o facto de elaborar, nesse anexo, uma «lista completa» das «práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias» permite «proporcionar segurança jurídica acrescida».

41 V. acórdãos de 23 de abril de 2009, VTB-VAB e Galatea (C-261/07 e C-299/07, EU:C:2009:244, n.os 56 e segs.); de 17 de janeiro de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, n.os 35 e segs.); despacho de 7 de março de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, n.os 25 a 28); acórdão de 3 de abril de 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, n.os 30 e segs.); e despacho de 8 de setembro de 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, n.os 38 e segs.).

42 V. despacho de 7 de março de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, n.º 29).

43 Na redação da sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio evidencia o caráter automático dessa proibição. V., também, n.os 30 a 32 e 50 das presentes conclusões.

44 V. n.os 55 a 59 das presentes conclusões.

45 O órgão jurisdicional de reenvio observa que essas causas de derrogação à proibição das vendas com prejuízo não estavam, pelo contrário, previstas pela legislação belga em causa no processo que deu origem ao despacho de 7 de março de 2013, Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154).

46 Recordo que, nos termos desta disposição, um profissional acusado de ter infringido a proibição de vender com prejuízo pode evitar a sanção em que incorre, demonstrando que a venda com prejuízo tinha o objetivo de alinhar os seus preços pelos de um ou de vários concorrentes com capacidade para prejudicar consideravelmente as suas vendas, ou invocando que os produtos em causa são artigos perecíveis cuja data de expiração está próxima.

47 Com efeito, nem a necessidade de alinhar preços pelos de concorrentes nem o caráter perecível dos produtos em causa são referidos nesses artigos da Diretiva 2005/29.

48 Quanto à natureza da harmonização realizada por esta diretiva, v., nomeadamente, conclusões da advogada-geral V. Trstenjak nos processos apensos VTB-VAB e Galatea (C-261/07 e C-299/07, EU:C:2008:581, n.os 74 e segs.).

62. Acresce que considero que a inversão do ónus da prova que é induzida por essa disposição nacional [49] não está em conformidade com o regime instaurado pela Diretiva 2005/29, que identifica uma série de práticas comerciais que podem em quaisquer circunstâncias ser consideradas «desleais» e fixa as condições a cumprir para que as autoridades competentes possam assim qualificar e sancionar práticas que não se enquadram nessa lista [50].

63. Com efeito, como foi sublinhado pela Comissão, o Tribunal de Justiça já declarou que as exceções específicas, que permitem evitar a proibição geral de uma prática, previstas pela legislação de um Estado-Membro «não podem, devido à sua natureza limitada e predefinida, substituir a análise, que deve ser necessariamente levada a cabo à luz do contexto factual de cada caso concreto, do caráter «desleal» de uma prática comercial à luz dos critérios enunciados nos artigos 5.º a 9.º da diretiva, quando se tratar […] de uma prática não referida no anexo I desta» [51].

64. Neste mesmo espírito, o Tribunal de Justiça declarou inconciliável com o regime instaurado pela Diretiva 2005/29 uma regulamentação nacional por força da qual a prática comercial em questão era submetida ao exame do seu caráter desleal só posteriormente à proibição prevista pelo incumprimento da obrigação de obter uma autorização prévia, com base em que essa prática se encontrava assim, por natureza e em particular pelo fator tempo que lhe é inerente, privada de qualquer sentido económico para o profissional [52]. Assim, é imperativo que a análise *in concreto* do caráter desleal de uma prática preceda o recurso a uma eventual sanção, exceto nos casos expressamente referidos no anexo I da referida diretiva.

65. Por conseguinte, é meu parecer que a Diretiva 2005/29 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal.

V. Conclusão

66. Tendo em conta as considerações que precedem, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Murcia (Tribunal Administrativo Provincial n.º 4 de Múrcia, Espanha) do seguinte modo:

A Diretiva 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 Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê uma proibição geral de propor ou de realizar vendas com prejuízo e que prevê motivos de derrogação a esse princípio baseados em critérios que não constam desta diretiva.

49 V. n.os 30 a 32 das presentes conclusões.

50 A este propósito, a Europamur salienta, com razão, que o ónus da prova que consiste no dever de demonstrar o caráter não desleal do comportamento censurado, a saber, um facto negativo, não está previsto pela Diretiva 2005/29 e constitui uma medida mais restritiva que as inscritas nesta última, por conseguinte, contrária ao seu artigo 4.º

51 Acórdão de 23 de abril de 2009, VTB-VAB e Galatea (C-261/07 e C-299/07, EU:C:2009:244, n.os 64 e segs.), e conclusões da advogada-geral V. Trstenjak nos processos apensos VTB-VAB e Galatea (C-261/07 e C-299/07, EU:C:2008:581, n.os 84 e segs.). V., também, neste sentido, acórdão de 11 de março de 2010, Telekomunikacja Polska (C-522/08, EU:C:2010:135, n.os 31 e 33).

52 V. acórdão de 17 de janeiro de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, n.os 48 e segs.).