Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 19 de outubro de 2016[1]

Processo C-562/15

Carrefour Hypermarchés SAS
contra
ITM Alimentaire International SASU

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela cour d'appel de Paris (Tribunal de Recurso de Paris, França)]

«Reenvio prejudicial — Publicidade enganosa — Publicidade comparativa — Diretiva 2006/114/CE — Artigo 4.º, alíneas a) e c) — Publicidade que compara os preços de produtos vendidos em estabelecimentos de dimensões e de tipologia diferentes — Licitude — Práticas comerciais desleais — Diretiva 2005/29/CE — Artigo 7.º — Omissão enganosa — Informação substancial»

I – **Introdução**

1. O Tribunal de Justiça já se debruçou, várias vezes, sobre a publicidade comparativa, ao precisar as condições de licitude dessa publicidade[2], enumeradas no artigo 4.º da Diretiva 2006/114/CE[3]. O presente pedido de decisão prejudicial insere-se na sequência dessa jurisprudência. A cour d'appel de Paris (Tribunal de Recurso de Paris, França) suscita aspetos inéditos relativamente à interpretação das alíneas a) e c) do referido artigo, que exigem que a publicidade comparativa não seja enganosa e que compare objetivamente uma ou várias características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas dos bens e serviços comparados.

2. O litígio no processo principal, que deu origem a este pedido, opõe duas sociedades concorrentes na grande distribuição, a saber, a ITM Alimentaire International SASU (a seguir «ITM»), sociedade responsável pela estratégia e pela política comercial dos estabelecimentos da cadeia Intermarché, e a Carrefour Hypermarchés SAS (a seguir «Carrefour»), sociedade pertencente ao grupo Carrefour. O objeto do litígio é uma campanha publicitária, lançada pela Carrefour em 2012, que comparava o preço dos produtos de grandes marcas praticado nos estabelecimentos da cadeia Carrefour e em estabelecimentos concorrentes, entre os quais estabelecimentos da cadeia Intermarché. A ITM alega, designadamente, que a Carrefour não respeitou as disposições nacionais relativas à neutralidade e à objetividade de qualquer campanha comparativa, ao proceder a uma comparação dos preços praticados nos *hipermercados* da cadeia Carrefour com os praticados nos *supermercados* da cadeia Intermarché, sem informar o público dos critérios de seleção dos estabelecimentos e da diferença de tipologia dos pontos de venda comparados.

1 — Língua original: francês.

2 — V., designadamente, acórdãos de 25 de outubro de 2001, Toshiba Europe (C-112/99, EU:C:2001:566); de 8 de abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, EU:C:2003:205); de 19 de setembro de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585); e de 18 de novembro de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696).

3 — Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa (JO 2006, L 376, p. 21).

3. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, nos termos do artigo 4.º, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/114, uma comparação do preço de produtos vendidos por cadeias de distribuição só é lícita se os produtos forem vendidos em estabelecimentos de tipologia ou dimensões idênticas. Além disso, este órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se o facto de os estabelecimentos cujos preços são comparados serem de dimensões ou de tipologia diferentes constitui uma informação substancial na aceção do artigo 7.º da Diretiva 2005/29/CE[4] e, em caso afirmativo, qual deve ser o grau de difusão desta informação junto do consumidor. A este respeito, o presente processo suscita a questão da interação entre a Diretiva 2006/114 e a Diretiva 2005/29.

II – **Quadro jurídico**

A – *Direito da União*

1. Diretiva 2006/114

4. O artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 2006/114 dispõe:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[…]

b) 'Publicidade enganosa': a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é suscetível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que atinge e cujo comportamento económico pode afetar, em virtude do seu caráter enganador, ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente.»

5. O artigo 4.º, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/114 dispõe:

«No que se refere à comparação, a publicidade comparativa é permitida se estiverem reunidas as seguintes condições:

a) Não ser enganosa na aceção da alínea b) do artigo 2.º, do artigo 3.º e do n.º 1 do artigo 8.º, da presente diretiva ou dos artigos 6.° e 7.° da Diretiva 2005/29 […]

[…]

c) Comparar objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço.»

4 — 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 (JO 2005, L 149, p. 22).

2. Diretiva 2005/29

6. O artigo 6.º da Diretiva 2005/29, sob a epígrafe «Ações enganosas», dispõe, no seu n.º 1, alínea d):

«É considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correta, em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo:

[…]

d) O preço ou a forma de cálculo do preço, ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço.»

7. O artigo 7.º da Diretiva 2005/29, sob a epígrafe «Omissões enganosas», dispõe, nos seus n.ºs 1 e 2:

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

2. Também é considerada uma omissão enganosa a prática comercial em que o profissional, tendo em conta os aspetos descritos no n.º 1, oculte a informação substancial referida no mesmo número ou a apresente de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, ou quando não refira a intenção comercial da prática em questão, se esta não se puder depreender do contexto e, em qualquer dos casos, conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.»

B – *Direito francês*

8. O artigo L. 121-8 do Código do Consumo dispõe:

«Qualquer publicidade que compare bens ou serviços, identificando, tácita ou expressamente, um concorrente ou bens ou serviços oferecidos por um concorrente só será lícita se:

1.° não for enganosa ou suscetível de induzir em erro;

2.° respeitar a bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos fins;

3.° comparar objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço.»

9. Resulta da decisão de reenvio que os artigos L. 121-8 e seguintes do Código do Consumo constituem a transposição da Diretiva 2006/114 para o direito francês.

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

10. Durante o mês de dezembro de 2012, a Carrefour lançou uma campanha publicitária televisiva de grande dimensão intitulada «Garantia do preço mais baixo» comparando os preços de 500 produtos de grandes marcas praticados nos seus estabelecimentos e nos estabelecimentos concorrentes e oferecendo ao consumidor o dobro da diferença de preço se o encontrasse mais barato noutro lado. Esta campanha, que foi objeto de oito anúncios publicitários, mostrava diferenças de preço favoráveis aos estabelecimentos Carrefour em relação aos estabelecimentos concorrentes, entre os quais os estabelecimentos Intermarché.

11. A partir do segundo anúncio televisivo, os estabelecimentos Intermarché selecionados para a comparação eram todos supermercados enquanto os estabelecimentos Carrefour eram todos hipermercados. Nos anúncios televisivos, aparecia debaixo do nome Intermarché, em letras mais pequenas, a menção «super».

12. Em 2 de outubro de 2013, depois de ter notificado a Carrefour para cessar a difusão desta publicidade, a ITM propôs uma ação contra a Carrefour no tribunal de commerce (Tribunal do Comércio de Paris, França) destinada a obter, entre outros, a condenação desta última no pagamento do montante de 3 milhões de euros a título de indemnização em reparação do prejuízo sofrido pela ITM e a proibição da difusão na televisão e na internet da publicidade em causa bem como de qualquer prática de publicidade comparativa assente em modalidades de comparação semelhantes.

13. Por decisão de 31 de dezembro de 2014, o tribunal de commerce de Paris (Tribunal do Comércio de Paris) condenou a Carrefour a pagar à ITM o montante de 800 000 euros em reparação do prejuízo sofrido, julgou procedentes os pedidos de proibição de difusão da publicidade e ordenou a publicação da decisão.

14. Com efeito, este órgão jurisdicional considerou, entre outros, que a Carrefour adotou um modo de seleção dos pontos de venda que era enganoso, falseando a representatividade dos levantamentos de preços e não respeitando as exigências de objetividade que decorrem do artigo L. 121-8 do Código do Consumo, e que esta inobservância da objetividade de uma campanha publicitária comparativa constitui um ato de concorrência desleal [5].

15. A este respeito, o referido órgão jurisdicional teceu as seguintes considerações:

«Tendo em conta que os estabelecimentos CARREFOUR selecionados são hipermercados, facto de que o consumidor não tem claramente conhecimento uma vez que esta informação apenas figura no sítio internet – e não nos anúncios televisivos, com uma referência em pequenos carateres na página de início do sítio Carrefour que precisa que a garantia do preço mais baixo 'é válida unicamente nos estabelecimentos CARREFOUR e CARREFOUR PLANET. Por conseguinte, não é válida nos estabelecimentos CARREFOUR Market, CARREFOUR Contact, CARREFOUR City';

Que os estabelecimentos INTERMARCHÉ selecionados são todos, a partir do segundo anúncio, supermercados e que a base de comparação evoluiu sem que o consumidor seja disso informado;

5 — Além disso, o tribunal de commerce de Paris (Tribunal do Comércio de Paris) também considerou que a Carrefour não tinha cumprido as suas obrigações, resultantes do artigo L. 121-12 do Código do Consumo, de provar a exatidão material dos anúncios e indicações que figuram nas publicidades em causa. Este tribunal também considerou que a utilização de levantamentos de preços realizados vários meses antes da difusão dos anúncios televisivos era enganosa à luz do referido artigo.

Que esta alteração da dimensão dos pontos de venda INTERMARCHÉ selecionados (quando a INTERMARCHÉ detém 1336 supermercados e 79 hipermercados, isto é, 5% do total), em que são realizados os levantamentos de preços, ilustra o caráter tendencioso do método de comparação dos preços que carece totalmente de objetividade, uma vez que a CARREFOUR compara, sem o dizer explicitamente, os seus 223 hipermercados com os 1336 supermercados da INTERMARCHÉ;»

16. A Carrefour interpôs recurso da decisão do tribunal de commerce de Paris (Tribunal do Comércio de Paris) na Cour d'appel de Paris (Tribunal de Recurso de Paris), que decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve o artigo 4.º, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/114/CE, de 12 de dezembro de 2006 […] ser interpretado no sentido de que uma comparação do preço de produtos só é lícita se os produtos forem vendidos em estabelecimentos de tipologia […] ou de dimensões idênticas?

2) O facto de os estabelecimentos cujos preços foram comparados serem de dimensões e tipologias diferentes constitui uma informação substancial, na aceção da Diretiva 2005/29/CE, que deve necessariamente ser levada ao conhecimento do consumidor?

3) Em caso afirmativo, qual deve ser o grau e/ou o suporte de difusão desta informação junto do consumidor?»

17. Foram apresentadas observações escritas pela Carrefour, pela ITM, pelo Governo francês e pela Comissão Europeia, que participaram na audiência realizada em 6 de julho de 2016.

IV – **Análise jurídica**

A – *Quanto à interpretação do artigo 4.º, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/114 (primeira questão)*

1. Interpretações propostas

18. As duas partes no processo principal consideram que a primeira questão prejudicial exige uma resposta negativa, ou seja, que o artigo 4.º, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/114 não exige que uma comparação do preço dos produtos vendidos por cadeias de distribuição diga respeito a produtos vendidos em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões idênticas.

19. O Governo francês considera que uma comparação de preços realizada para produtos vendidos em estabelecimentos de tipologia e de dimensões diferentes constitui uma comparação objetiva na aceção do artigo 4.º, alínea c), da Diretiva 2006/114, mas pode constituir uma publicidade comparativa enganosa na aceção do artigo 4.º, alínea a), desta diretiva, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

20. A Comissão considera que, na maior parte dos casos, uma assimetria de dimensão e de tipologia entre o anunciante e o concorrente não é suscetível de induzir em erro o consumidor e de afetar o seu comportamento. Todavia, na opinião da Comissão, não se pode excluir que, em certas circunstâncias, essas diferenças possam ser suscetíveis de apresentar um caráter enganoso na aceção do artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2006/114, o que dependeria designadamente do nível de informação dado ao consumidor. Do mesmo modo, a verificação da condição de objetividade enunciada na alínea c) deste artigo dependeria de uma análise casuística.

21. Pela minha parte, considero, pelos motivos acima expostos, que o artigo 4.º, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/114 não se opõe, em princípio, a que o anunciante proceda a uma comparação para fins publicitários dos preços praticados em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões diferentes (parte A.2) [6]. Todavia, em meu entender, uma publicidade como que está em causa no processo principal pode, em certas circunstâncias, revestir um caráter enganoso na aceção do referido artigo 4.º, alínea a) (parte A.3) e violar a condição de objetividade enunciada na alínea c) desse artigo (parte A.4).

2. Quanto à possibilidade, em princípio, de proceder a uma comparação dos preços dos produtos vendidos em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões diferentes

22. O artigo 4.º da Diretiva 2006/114 enumera as condições que devem estar reunidas cumulativamente para que uma publicidade comparativa seja permitida [7]. Entre essas condições figura, designadamente, na alínea a) deste artigo, a exigência de que a publicidade comparativa não seja enganosa, e, na alínea c), a de que a publicidade compare objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço.

23. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à Diretiva 84/450/CEE [8], que foi revogada e substituída pela Diretiva 2006/114 [9], que esta primeira diretiva procedeu a uma harmonização exaustiva dos requisitos de licitude da publicidade comparativa nos Estados-Membros, o que implica que a licitude da publicidade comparativa em toda a União Europeia deva ser apreciada exclusivamente à luz dos critérios fixados pelo legislador da União [10].

24. Uma vez que a Diretiva 2006/114 procedeu a uma codificação da Diretiva 84/450 [11], considero que a jurisprudência do Tribunal de Justiça quanto à interpretação desta última diretiva é totalmente transponível para as situações abrangidas pela Diretiva 2006/114.

25. Pelos motivos seguintes, considero que o artigo 4.º, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/114 não se opõe, em princípio, a que uma comparação do preço para efeitos publicitários respeite a produtos vendidos em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões diferentes, desde que a comparação não seja enganosa na aceção da referida alínea a) e seja objetiva na aceção da referida alínea c).

6 — Não resulta da decisão de reenvio em que sentido o órgão jurisdicional de reenvio utiliza os conceitos de «tipologia» e de «dimensão». Com base nas observações apresentadas ao Tribunal de Justiça, pressuponho que o conceito de «tipologia» se refere ao tipo de estabelecimento (por exemplo um hipermercado, um supermercado ou um estabelecimento local), ao passo que o conceito de «dimensão» se refere à superfície de venda do estabelecimento.

7 — V. considerando 11 da Diretiva 2006/114. Nos termos do artigo 2.º, alínea c), desta diretiva, entende-se por «publicidade comparativa» «a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente». V., quanto ao conceito de «publicidade comparativa», acórdão de 19 de abril de 2007, De Landtsheer Emmanuel (C-381/05, EU:C:2007:230, n.ºs 14 a 24).

8 — Diretiva 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 1984, L 250, p. 17, EE 15 F5 p. 55), conforme alterada pela Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de outubro de 1997 (JO 1997, L 290, p. 18) e pela Diretiva 2005/29.

9 — V. considerando 1 e artigo 10.º da Diretiva 2006/114.

10 — V. acórdãos de 8 de abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, EU:C:2003:205, n.º 44), e de 18 de novembro de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010: 696, n.º 22). V., igualmente, artigo 8.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2006/114 e artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 84/450.

11 — V. considerando 1 da Diretiva 2006/114 e n.º 4 da exposição de motivos da proposta da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à publicidade enganosa e comparativa, de 19 de maio de 2006 [COM(2006) 222 final] que levou à sua adoção.

26. Em primeiro lugar, uma proibição geral das comparações de preço dos produtos vendidos em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões diferentes não tem qualquer fundamento no texto da Diretiva 2006/114. Enquanto o artigo 4.º, alínea b), desta diretiva exige que os bens e serviços que são objeto da publicidade comparativa sejam comparáveis [12], esta exigência não está prevista relativamente aos pontos de venda em que esses bens são vendidos [13].

27. Em segundo lugar, essa proibição é, em meu entender, contrária aos objetivos prosseguidos pelo artigo 4.º da Diretiva 2006/114, a saber, nas palavras do Tribunal de Justiça, «*estimular a concorrência* entre fornecedores de bens e serviços, no interesse dos consumidores, ao permitir que os concorrentes ponham em destaque, de forma objetiva, as vantagens dos vários produtos comparáveis e ao proibir, simultaneamente, práticas que possam distorcer a concorrência, causar prejuízo aos concorrentes e influenciar negativamente a escolha dos consumidores» [14].

28. É nesta ótica de estimular a concorrência que o Tribunal de Justiça constatou que os requisitos de licitude da publicidade enganosa «devem ser interpretados *no sentido mais favorável*, de forma a permitir as publicidades que comparem objetivamente as características de bens ou serviços devendo-se, ao mesmo tempo, garantir que a publicidade comparativa não é usada de uma forma anticoncorrencial e desleal ou de forma a prejudicar os interesses dos consumidores» [15]. Uma interpretação restritiva do artigo 4.º, alíneas a) e c), que conduza a proibir, de maneira geral, comparações de preços dos produtos vendidos em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões diferentes, não seria, evidentemente, a mais favorável à publicidade comparativa e poderia comprometer a concorrência através dos preços.

29. Em terceiro lugar, essa proibição seria dificilmente conciliável com a evocação pelo Tribunal de Justiça, na sua jurisprudência sobre a publicidade comparativa, da liberdade económica do anunciante no que respeita às modalidades da comparação. O Tribunal de Justiça sublinhou, nomeadamente, que a escolha do número de comparações que o anunciante pretende fazer entre os produtos que oferece e aqueles que são oferecidos pelos seus concorrentes resulta do exercício da liberdade económica do anunciante [16]. Além disso, o Tribunal de Justiça admitiu a licitude, sob determinadas condições, de uma publicidade comparativa respeitante coletivamente a gamas de produtos de consumo corrente comercializados por duas cadeias de grandes estabelecimentos concorrentes respeitante ao nível geral dos preços no que respeita à sua gama comparável [17].

30. Na minha opinião, nada permite *a priori* considerar que a liberdade económica do anunciante não se estende também à possibilidade de proceder a uma comparação dos preços praticados em estabelecimentos de tipologia e de dimensões diferentes. Na medida em que o anunciante seja capaz de realizar economias de escala, graças à dimensão, à tipologia ou ao número de estabelecimentos de que dispõe, e, por conseguinte, praticar preços inferiores aos praticados pelos seus concorrentes, deve ter a possibilidade de daí tirar vantagens para efeitos de marketing.

12 — Nos termos deste artigo 4.º, alínea b), a publicidade comparativa é permitida se «[c]omparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos fins». V., no que respeita a esta condição, acórdão de 19 de setembro de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, n.os 24 a 39), e de 18 de novembro de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, n.os 25 a 40).

13 — V., no que respeita à comparação dos produtos comprados por canais de distribuição diferentes, acórdão de 8 de abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, EU:C:2003:205, n.º 65).

14 — O sublinhado é meu. Acórdão de 18 de novembro de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, n.º 20 e jurisprudência referida), que respeita à disposição correspondente ao artigo 3.º-A da Diretiva 84/450. V., igualmente, considerandos 6, 8 e 9 da Diretiva 2006/114 e acórdão de 19 de setembro de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, n.º 33).

15 — O sublinhado é meu. Acórdão de 18 de novembro de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, n.º 21 e jurisprudência referida). V., igualmente, acórdão de 25 de outubro de 2001, Toshiba Europe (C-112/99, EU:C:2001:566, n.º 37). Esta jurisprudência respeita à interpretação do artigo 3.º-A da Diretiva 84/450 que é, em substância, retomado no artigo 4.º da Diretiva 2006/114.

16 — Acórdão de 19 de setembro de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, n.º 29 e jurisprudência referida).

17 — Acórdão de 19 de setembro de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, n.º 39).

31. Além disso, publicidades respeitantes a tais diferenças de preço podem revelar-se úteis para o consumidor, permitindo-lhe, segundo o Tribunal de Justiça, tirar o máximo partido do mercado interno, uma vez que a publicidade constitui um meio muito importante para criar em toda a Comunidade oportunidades reais de mercado para todos os bens e serviços [18]. Considero que o consumidor médio é inteiramente capaz de decidir se uma diferença de preço justifica, aos seus olhos, o facto de comprar um produto num ou noutro estabelecimento, quando estes apresentem diferenças de tipologia ou de dimensão, o que pode igualmente implicar diferenças em termos de proximidade geográfica dos estabelecimentos.

32. Assim, considero que o artigo 4.º, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/114 não se opõe, em princípio, a que um explorador de um hipermercado proceda a uma comparação dos preços praticados no seu próprio estabelecimento com os praticados em estabelecimentos concorrentes de tipologia ou de dimensões diferentes, desde que os produtos escolhidos para a comparação sejam comparáveis e a comparação não seja enganosa na aceção da referida alínea a) e seja objetiva na aceção da referida alínea c).

33. Esta conclusão vale igualmente para as cadeias da grande distribuição, como a Carrefour e a Intermarché [19]. Deste modo, não vejo nenhuma base legal que permita impor a essas cadeias condições mais restritivas ou adicionais, no que respeita à publicidade comparativa, relativamente às que se impõem aos outros atores económicos nos termos da Diretiva 2006/114.

34. Contudo, à semelhança do Governo francês e da Comissão, considero que, em circunstâncias particulares, uma diferença de dimensão ou de tipologia entre os estabelecimentos do anunciante e os do concorrente pode ter uma incidência na licitude da publicidade comparativa tendo em conta as condições previstas no artigo 4.º, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/114.

35. Tal pode nomeadamente ser o caso sempre que, como no caso em apreço, o anunciante proceda a uma comparação dos preços praticados em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões diferentes, quando o anunciante e o concorrente fazem parte de cadeias de distribuição que dispõem cada uma de estabelecimentos de tipologia e de dimensões idênticas ou semelhantes.

36. Nesse caso, existe um risco de a publicidade comparativa ter um caráter enganoso na aceção do artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2006/114 e violar a condição de objetividade, prevista na alínea c) deste artigo, o que será desenvolvido nas partes seguintes (partes A.3 e A.4).

3. Quanto à condição prevista no artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2006/114 de que a publicidade comparativa não seja enganosa

37. O artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2006/114 prevê, como condição de licitude, que a publicidade comparativa não seja enganosa na aceção, designadamente, do artigo 2.º, alínea b), desta diretiva ou dos artigos 6.º e 7.º da Diretiva 2005/29 [20].

18 — Acórdão de 23 de fevereiro de 2006, Siemens (C-59/05, EU:C:2006:147, n.º 22 e jurisprudência referida). V., igualmente, considerando 6 da Diretiva 2006/114. V., quanto à utilidade de uma informação comparativa incidindo sobre o nível geral dos preços praticados pelas cadeias de grandes estabelecimentos, acórdão de 19 de setembro de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, n.º 35).

19 — Para efeitos das presentes conclusões, o termo «cadeia de distribuição» refere-se a um grupo de estabelecimentos que operam sob marcas idênticas ou semelhantes. Na audiência, a Carrefour salientou que a marca Carrefour é utilizada para os hipermercados que fazem parte do grupo Carrefour, enquanto os supermercados pertencentes a este grupo operam sob a marca Carrefour Market. Resulta das observações apresentadas pela ITM que os hipermercados que pertencem ao grupo Intermarché operam sob a marca Intermarché Hyper, enquanto os supermercados utilizam a marca Intermarché Super.

20 — O artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2006/114 remete igualmente para o artigo 3.º desta diretiva que enumera os elementos que devem ser tomados em conta para determinar se uma publicidade é enganosa, incluindo, de acordo com a sua alínea b), «[o] preço ou [o] seu modo de estabelecimento, e [as] condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços», bem como para o artigo 8.º da referida diretiva, nos termos do qual esta não prejudica a manutenção ou adoção, pelos Estados-Membros, de disposições que assegurem uma proteção mais ampla em matéria de publicidade enganosa de negociantes e concorrentes.

38. Resulta de uma leitura combinada das referidas disposições [21] que a aferição do caráter enganoso de uma publicidade comparativa na aceção do artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2006/114, depende, por um lado, da sua capacidade em induzir em erro o consumidor, seja por ação seja por omissão, e, por outro, da sua capacidade em afetar o comportamento económico deste, designadamente, afetando a sua decisão de transação [22], ou em causar prejuízo a um concorrente. Uma publicidade comparativa tem igualmente um caráter enganoso na aceção deste artigo se o anunciante omitir uma informação substancial na aceção do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29, desde que essa omissão seja suscetível de levar o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que de outro modo não tomaria [23].

39. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, face às circunstâncias do caso concreto e atendendo aos consumidores a que se dirige, se um anúncio pode assumir tal caráter enganoso na aceção do artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2006/114 [24]. O caráter enganoso de uma publicidade comparativa depende assim de uma avaliação casuística [25].

40. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio deve, por um lado, tomar em consideração a perceção que o consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, tem dos produtos ou dos serviços que são objeto da publicidade em causa. Para proceder à apreciação exigida, este órgão jurisdicional deve, por outro lado, tomar em conta todos os elementos pertinentes do processo, atendendo, como resulta do artigo 3.º da Diretiva 2006/114, às indicações contidas na publicidade controvertida e, de forma mais geral, a todos os seus elementos [26].

41. No caso em apreço, a Carrefour procedeu a uma comparação dos preços praticados em estabelecimentos que são, a partir do segundo anúncio televisivo, unicamente hipermercados da cadeia Carrefour e supermercados da cadeia Intermarché, quando cada uma das duas cadeias possui tanto hipermercados como supermercados.

42. Considero que tal comparação assimétrica apresenta o risco de induzir em erro o consumidor médio quanto à diferença real dos preços praticados nos estabelecimentos do anunciante e nos do concorrente, dando a impressão a esse consumidor que todos os estabelecimentos que fazem parte das cadeias foram tomados em consideração para calcular as indicações de preço apresentadas na publicidade, quando essas indicações são válidas unicamente para determinados tipos de estabelecimentos das cadeias.

43. A este respeito, há que considerar que, geralmente os preços dos bens de consumo corrente são suscetíveis de variar em função da tipologia e da dimensão do estabelecimento [27] e que essa comparação assimétrica pode, assim, ter como efeito criar ou aumentar artificialmente a diferença dos preços entre o anunciante e o concorrente, em função da seleção dos estabelecimentos que são objeto da comparação.

21 — V. n.os 4, 6 e 7 das presentes conclusões.

22 — V., no que respeita ao conceito de «decisão de transação», artigo 2.º, alínea k), da Diretiva 2005/29.

23 — V., relativamente à interpretação do conceito de «informação substancial» na aceção do referido artigo 7.º, n.º 1, n.os 62 a 71 das presentes conclusões.

24 — V. acórdão de 18 de novembro de 2010 (C-159/09, EU:C:2010:696, n.º 46 e jurisprudência referida).

25 — V., em sentido análogo, a propósito da determinação do caráter «desleal» de uma prática comercial à luz dos critérios enunciados nos artigos 5.º a 9.º da Diretiva 2005/29, despacho de 8 de setembro de 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, n.º 38 e jurisprudência referida).

26 — V., neste sentido, acórdão de 18 de novembro de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, n.os 47 e 48 e jurisprudência referida). V., igualmente, considerando 18 da Diretiva 2005/29.

27 — No entanto, as informações apresentadas ao Tribunal de Justiça não permitem determinar a correlação exata entre, por um lado, a tipologia e a dimensão do estabelecimento e, por outro, o nível de preço.

44. Além disso, considero que essa publicidade que evidencia o nível geral dos preços mais baixos do anunciante relativamente aos seus concorrentes é geralmente suscetível de exercer uma influência sensível sobre o comportamento económico do consumidor, designadamente sobre a sua decisão de entrar nos estabelecimentos de uma ou outra cadeia [28].

45. Daí resulta que uma publicidade como a que está em causa no processo principal pode ter um caráter enganoso na aceção do artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2006/114, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Este órgão jurisdicional de reenvio deve, designadamente, determinar se, tendo em conta todas as circunstâncias pertinentes do caso em apreço, e nomeadamente as indicações ou as omissões que acompanham a publicidade controvertida [29], a decisão de transação de um número significativo de consumidores aos quais de dirige esta publicidade é suscetível de ser tomada no pressuposto errado de que todos os estabelecimentos que fazem parte das cadeias foram tomados em consideração para calcular o nível geral dos preços e o montante das economias evidenciadas pela publicidade e que, por conseguinte, estes consumidores realizarão mais economias do nível das evidenciadas pela referida publicidade ao efetuar regularmente as suas compras de bens de consumo corrente nos estabelecimentos da cadeia do anunciante do que nos estabelecimentos da cadeia concorrente [30].

46. Se for esse o caso, presume-se, em meu entender, que a publicidade é enganosa na aceção do artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2006/114, a menos que o anunciante não esteja em condições de demonstrar que as indicações de preços contidas na publicidade valem, com efeito, para todos os estabelecimentos das cadeias [31].

4. Quanto à condição prevista no artigo 4.º, alínea c), da Diretiva 2006/114 de que a comparação deve ser objetiva

47. Nos termos do artigo 4.º, alínea c), da Diretiva 2006/114, a publicidade comparativa é permitida se comparar objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço.

48. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, esta disposição estabelece duas ordens de exigências relativamente à objetividade da comparação. Por um lado, os critérios cumulativos da natureza essencial, pertinente, comprovável e representativa da característica de um produto, sob a perspetiva da qual se efetua a comparação que esta disposição impõe, contribuem para garantir que a referida comparação tenha um caráter objetivo. Por outro lado, este artigo sublinha expressamente que as características que preenchem os quatro critérios atrás referidos devem ainda ser objetivamente comparadas. Esta última exigência destina-se, em substância, a excluir as comparações resultantes sobretudo da apreciação subjetiva do seu autor e não tanto de uma apreciação de ordem objetiva [32].

28 — Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o conceito de «decisão de transação», na aceção da Diretiva 2005/29, inclui não apenas a decisão de adquirir ou não um produto, mas igualmente a que apresenta uma relação direta com esta, nomeadamente a de entrar na loja. V. acórdão de 19 de dezembro de 2013, Trento Sviluppo et Centrale Adriatica (C-281/12, EU:C:2013:859, n.º 36).

29 — No caso em apreço, a referência «super» figurava, nos anúncios televisivos, debaixo do nome «Intermarché», em letras mais pequenas. V. n.º 11 das presentes conclusões.

30 — V., em sentido análogo, acórdãos de 19 de setembro de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, n.ºs 83 a 85), e de 18 de novembro de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696, n.ºs 50 e 56).

31 — V., no que respeita à obrigação do anunciante de provar a exatidão material dos dados de facto contidos na sua publicidade, considerando 19 da Diretiva 2006/114 e acórdão de 19 de setembro de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, n.º 68 e 70). No caso em apreço, parece ser indiscutível que as indicações das diferenças de preços apresentadas na campanha publicitária controvertida apenas valiam para os hipermercados da cadeia Carrefour relativamente aos supermercados da cadeia Intermarché.

32 — Acórdão de 19 de setembro de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585, n.ºs 43 a 46), que dizia respeito ao artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da Diretiva 84/450. V., igualmente, considerando 9 da Diretiva 2006/114.

49. No processo principal, o tribunal de commerce de Paris (Tribunal do Comércio de Paris) acusou a Carrefour de ter, designadamente, adotado um modelo de seleção dos pontos de venda que falseava a representatividade dos levantamentos de preço e que não respeitava as exigências de objetividade resultantes das disposições nacionais ao comparar os preços praticados nos seus próprios hipermercados com os praticados nos seus próprios supermercados da cadeia Intermarché [33].

50. Por seu lado, a Carrefour alegou, na audiência no Tribunal de Justiça, que havia que operar uma distinção entre, por um lado, a seleção dos parâmetros de comparação, que pertence à liberdade económica do anunciante, e, por outro, a execução concreta da comparação, que está sujeita à condição de objetividade prevista no artigo 4.º, alínea c), da Diretiva 2006/114. Ainda de acordo com a Carrefour, a seleção dos concorrentes a que o anunciante se vai comparar é da liberdade deste e não pode ser limitada aos estabelecimentos de tipologia ou de dimensões idênticas.

51. Os argumentos apresentados pela Carrefour não me convencem pelas seguintes razões.

52. Em primeiro lugar, embora seja verdade que o anunciante dispõe, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, de uma ampla discricionariedade quanto às modalidades da comparação [34], não vislumbro nenhuma razão para considerar que esse poder tenha um caráter absoluto. Além disso, não vejo nenhuma base legal na Diretiva 2006/114 para operar a distinção proposta pela Carrefour. Pelo contrário, segundo a redação do artigo 4.º, as condições enumeradas nas alíneas a) a h) deste artigo aplicam-se «[n]o que se refere à comparação» e não apenas a alguns dos seus elementos.

53. Em segundo lugar, à semelhança da Comissão, considero que no caso em apreço não é tanto a escolha do concorrente que está em causa mas sobretudo a *maneira* como essa escolha é efetuada pelo anunciante e, neste contexto, a informação que é dada aos consumidores.

54. Assim, considero que se coloque, no presente processo, sobretudo a questão de saber se uma publicidade, como a publicidade controvertida, cumpre a exigência decorrente do artigo 4.º, alínea c), da Diretiva 2006/114, de a publicidade «comparar objetivamente» uma ou várias características dos bens.

55. No contexto de uma comparação na perspetiva do preço, a exigência de objetividade da comparação implica, em meu entender, que qualquer indicação de preço contida na mensagem publicitária deve refletir os preços realmente praticados pelo anunciante e pelo concorrente. Por outras palavras, a exigência de objetividade impõe ao anunciante que apresente as condições do mercado de maneira correta e leal [35]. A este respeito, recordo que a Diretiva 2006/114 visa, designadamente, proteger os negociantes contra a publicidade enganosa e as suas consequências desleais [36].

56. Como resulta do n.º 41 das presentes conclusões, no caso em apreço, a Carrefour procedeu a uma comparação dos preços praticados em estabelecimentos que eram, a partir do segundo anúncio televisivo, unicamente hipermercados da cadeia Carrefour e supermercados da cadeia Intermarché, quando as duas cadeias dispõem cada uma tanto de hipermercados como de supermercados.

33 — V. n.os 13 a 15 das presentes conclusões.

34 — V. n.º 29 das presentes conclusões.

35 — V., a este respeito, n.º 18 do anexo I da Diretiva 2005/29, nos termos do qual o facto de «[t]ransmitir informações inexatas sobre as condições de mercado […] com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o produto em condições menos favoráveis que as condições normais de mercado» constitui uma prática comercial considerada desleal em todas as circunstâncias. V., no que respeita aos instrumentos de controlo para os clientes e aos sítios web de comparação dos preços, o ponto 3.4.2 do Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação da Diretiva 2005/29.

36 — Artigo 1.º da Diretiva 2006/114. V., igualmente, acórdão de 13 de março de 2014, Posteshop (C-52/13, EU:C:2014:150, n.os 22 e 27).

57. Como indicado anteriormente, considero que, de forma geral, os preços dos bens de consumo corrente são suscetíveis de variar em função da tipologia ou da dimensão do estabelecimento e que, por conseguinte, essa comparação assimétrica poderia ter como efeito criar ou aumentar artificialmente a diferença dos preços entre o anunciante e o concorrente, em função da seleção dos estabelecimentos que são objeto da comparação [37]. Nesse caso, a comparação não refletiria as condições do mercado de maneira correta e leal e não cumpriria, consequentemente, a exigência de objetividade imposta pelo artigo 4.º, alínea c), da Diretiva 2006/114.

58. No caso em apreço, compete ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se a seleção dos estabelecimentos que são objeto da comparação controvertida tem como efeito criar ou aumentar artificialmente a diferença dos preços entre o anunciante e o concorrente.

B – *Quanto à interpretação da Diretiva 2005/29 (segunda questão)*

1. Questão prejudicial e interpretações propostas

59. Com a sua segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o facto de os estabelecimentos cujas ofertas são comparadas serem de dimensões ou de tipologia diferentes constitui uma informação substancial na aceção do artigo 7.º da Diretiva 2005/29 [38].

60. A Carrefour propõe responder a esta questão prejudicial pela negativa. Segundo esta parte, o consumidor é cliente de uma cadeia de distribuição e o seu comportamento não é determinado nem pela tipologia nem pela superfície do estabelecimento. Em contrapartida, a ITM considera que a diferença de dimensão ou de tipologia dos estabelecimentos comparados constitui uma informação substancial na aceção da Diretiva 2005/29 quando afete a representatividade dos levantamentos de preços, uma vez que é, nesse caso, suscetível de condicionar sensivelmente a decisão de compra do consumidor.

61. O Governo francês e a Comissão consideram que, no caso em apreço, o facto de o consumidor saber que os estabelecimentos cujos preços são comparados são de dimensões ou de tipologia diferentes, pode constituir uma informação substancial na aceção da Diretiva 2005/29, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

2. Quanto à interpretação do artigo 7.º da Diretiva 2005/29

62. A Diretiva 2005/29 não define o conceito de «informação substancial», salvo no caso particular de um convite a contratar na aceção do artigo 2.º, alínea i), desta diretiva [39].

63. Resulta do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29 que a omissão de «uma informação substancial que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transação esclarecida» é enganosa caso «conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo».

37 — V. n.º 43 das presentes conclusões.

38 — Observo que, nos termos do seu artigo 3.º, n.º 1, a Diretiva 2005/29 apenas se aplica às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. Todavia, os artigos 6.° e 7.° desta diretiva podem ser aplicados indiretamente às relações entre empresas, como as partes no processo principal, graças à referência que o artigo 4.º, alínea a), faz às referidas disposições. V. n.º 5 das presentes conclusões.

39 — As informações prestadas ao Tribunal de Justiça pelo órgão jurisdicional de reenvio não permitem determinar se a publicidade controvertida constitui um convite a contratar na aceção do artigo 2.º, alínea i), da Diretiva 2005/29. Se assim fosse, as informações enumeradas no artigo 7.º, n.º 4, alíneas a) a e), desta diretiva, seriam consideradas substanciais, se não se pudessem depreender do contexto. V., no que respeita ao conceito de «convite a contratar», acórdão de 12 de maio de 2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299).

64. Pelos motivos seguintes, considero que a circunstância de os estabelecimentos cujos preços são comparados serem de dimensões ou de tipologia diferentes, não constitui sistematicamente uma «informação substancial» na aceção do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29.

65. Em primeiro lugar, embora seja certo que não está excluído que uma diferença de tipologia ou de dimensão dos estabelecimentos possa ter uma incidência sobre a escolha do consumidor de efetuar as suas compras num ou noutro estabelecimento, o conceito de «informação substancial» na aceção do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29 visa não qualquer fator que afete, de uma maneira ou de outra, o comportamento do consumidor, mas unicamente a informação «necessária» para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transação esclarecida [40]. Com efeito, o referido artigo assenta, como resulta dos trabalhos preparatórios da Diretiva 2005/29, numa abordagem destinada a «encontrar um equilíbrio entre as necessidades de informação dos consumidores e o reconhecimento de que tanto a falta de informação, como o seu excesso podem constituir um problema para os consumidores» [41].

66. Em segundo lugar, há que recordar que o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29 impõe aos profissionais a obrigação positiva de prestar aos consumidores qualquer informação considerada substancial [42], cuja omissão está sujeita às sanções prevista no direito nacional, desde que essa omissão seja suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo [43]. O mesmo se verifica, nos termos do n.º 2 do referido artigo, caso essa informação seja dissimulada ou apresentada de forma pouco clara, ininteligível, ambígua ou tardia. Além disso, no contexto de uma publicidade comparativa, a omissão de uma informação substancial implica que a publicidade é considerada enganosa na aceção do artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2006/114, na medida em que seja suscetível de levar o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

67. Na falta de uma definição comum ao nível do direito da União dos conceitos de «tipologia» e de «dimensão», impor ao anunciante uma obrigação geral de informar o consumidor do facto de os estabelecimentos comparados serem de tipologia ou de dimensões diferentes, apresentaria, em meu entender, o risco de criar confusão em vez de contribuir para um nível elevado de proteção dos consumidores, o que constitui o objetivo visado pela Diretiva 2005/29 [44]. Tendo em conta a variedade das formas de distribuição existentes, parece-me que essa obrigação implicaria que esta informação deve ser apresentada em quase todos os casos em que o anunciante utiliza uma publicidade comparativa, o que diminuiria significativamente o valor informativo dessa indicação.

68. Contudo, sou da opinião de que, em certas circunstâncias, o facto de os estabelecimentos cujas ofertas são comparadas serem de dimensões e de tipologia diferentes pode constituir uma informação substancial na aceção do artigo 7.º da Diretiva 2005/29.

69. Esse pode ser nomeadamente o caso se, como no caso em apreço, o anunciante proceder a uma comparação dos preços praticados em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões diferentes, quando o anunciante e o concorrente fazem parte de cadeias de distribuição que dispõem cada uma de estabelecimentos de tipologia ou de dimensões idênticas ou semelhantes.

40 — V., igualmente, n.º 3.4.1 do *staff working document* da Comissão, de 25 de maio de 2016, *Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial pratiques* [SWD(2016) 163 final, p. 69].

41 — N.º 65 da exposição de motivos da proposta do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera a Diretiva 84/450/CEE, 97/7 e 98/27/CE (diretiva relativa às práticas comerciais desleais), de 18 de junho de 2003 [COM (2003) 356 final], que conduziu à aprovação da Diretiva 2005/29. V., no entanto, artigo 7.º, n.º 5, da Diretiva 2005/29, nos termos do qual são considerados substanciais os requisitos de informação estabelecidos pela legislação da União relativamente às comunicações comerciais, incluindo a publicidade ou o marketing, cuja lista não exaustiva, consta do anexo II.

42 — V., neste sentido, ponto 3.4.1 do *staff working document* da Comissão, de 25 de maio de 2016 (*op.cit.*).

43 — V. artigo 13.º da Diretiva 2005/29.

44 — V. artigo 1.º e considerandos 5 e 11 da Diretiva 2005/29. V., no que respeita à relação entre os interesses económicos dos consumidores e os interesses dos concorrentes, considerando 8 desta diretiva.

70. Como referido anteriormente [45], considero que essa comparação assimétrica pode ter como efeito criar ou aumentar artificialmente a diferença de preços entre o anunciante e o concorrente, em função da seleção dos estabelecimentos que são objeto da comparação. Se assim for, parece lógico que a diferença de dimensão e de tipologia entre os estabelecimentos do anunciante e do concorrente possa constituir uma informação substancial necessária ao consumidor médio para tomar uma decisão de transação esclarecida na aceção do artigo 7.º da Diretiva 2005/29.

71. No caso em apreço, compete ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se a seleção dos estabelecimentos que são objeto da comparação controvertida tem como efeito criar ou aumentar artificialmente a diferença dos preços praticados pelo anunciante e pelo concorrente e, neste contexto, se a diferença de dimensão e de tipologia entre os estabelecimentos do anunciante e os do concorrente constitui uma informação substancial na aceção do artigo 7.º da Diretiva 2005/29.

C – *Quanto à difusão da informação substancial ao consumidor (terceira questão)*

72. Com a sua terceira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça, em caso de resposta afirmativa à segunda questão, qual deve ser o grau e/ou o formato de difusão junto do consumidor da informação substancial de que os estabelecimentos comparados são de dimensões e de tipologia diferentes.

73. A este respeito, há que salientar, antes de mais, que a Diretiva 2005/29 não dá nenhuma indicação precisa quanto às modalidades da difusão de uma informação substancial ao consumidor. Ora, resulta do artigo 7.º, n.º 2, desta diretiva que uma informação substancial não pode ser ocultada ou apresentada «de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio». Daí resulta, *a contrario*, que essa informação deve ser difundida ao consumidor de maneira clara, inteligível, sem ambiguidade e a tempo.

74. Recorde-se que, no caso em apreço, a Carrefour procedeu a uma comparação dos preços praticados em estabelecimentos que eram, a partir do segundo anúncio televisivo, unicamente hipermercados da cadeia Carrefour e supermercados da cadeia Intermarché, quando as duas cadeias dispõem cada uma tanto de hipermercados como de supermercados.

75. Nesse caso, se o órgão jurisdicional nacional declarar que a diferença de tipologia ou de dimensão dos estabelecimentos cujas ofertas foram comparadas constitui uma informação substancial na aceção do artigo 7.º da Diretiva 2005/29 [46], considero que esta informação deve figurar na própria mensagem publicitária.

76. A este respeito, apoio-me nas considerações seguintes.

77. Em primeiro lugar, embora o artigo 7.º, n.º 3, da Diretiva 2005/29 preveja a possibilidade de o anunciante colocar uma informação substancial à disposição do consumidor por «outros meios», nomeadamente, quando o meio de comunicação principal utilizado impõe limites de espaço ou de tempo [47], considero que esta disposição não é suscetível de se aplicar, quando a obrigação de apresentar esta informação aos consumidores não se impõe em função do seu caráter intrínseco, mas unicamente em consequência da escolha do profissional de proceder a uma prática comercial que apresenta o risco de violar as exigências decorrentes da Diretiva 2006/114.

45 — V. n.os 43 e 57 das presentes conclusões.

46 — V. n.os 68 a 71 das presentes conclusões.

47 — V., igualmente, artigo 7.º, n.º 1, bem como, relativamente ao convite a contratar, artigo 4.º, alínea a), da Diretiva 2005/29 e acórdão de 12 de maio de 2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299, n.os 50 a 59).

78. Com efeito, quando, como no caso em apreço, o anunciante procede a uma comparação assimétrica dos preços praticados em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões diferentes, enquanto o anunciante e o concorrente fazem parte das cadeias de distribuição que dispõem cada uma de estabelecimentos de tipologia e de dimensões idênticas ou semelhantes, a obrigação eventual do anunciante de precisar junto dos consumidores o facto de os estabelecimentos que são objeto da comparação serem de tipologia ou de dimensões diferentes impõe-se unicamente em função da escolha do anunciante de proceder a essa comparação.

79. Em segundo lugar, considero que, no caso de as indicações de preço, que dão lugar a precisões quanto à tipologia ou à dimensão dos estabelecimentos que são objeto da comparação, figurarem na própria mensagem publicitária, o mesmo se aplica às informações destinadas a dar essa precisão. Tal solução garante, em meu entender, que a mensagem publicitária difundida aos consumidores é equilibrada.

80. Em conclusão, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à terceira questão prejudicial no sentido de que, sempre que o anunciante proceda a uma comparação dos preços praticados em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões diferentes, quando o anunciante e o concorrente fazem parte de cadeias de distribuição que dispõem cada uma de estabelecimentos de tipologia e de dimensões idênticas ou semelhantes, e que o órgão jurisdicional nacional conclua que a diferença de tipologia e de dimensão dos estabelecimentos constitui uma informação substancial na aceção do artigo 7.º da Diretiva 2005/29, esta informação deve figurar na própria mensagem publicitária.

V – **Conclusão**

81. Tendo em conta as observações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pela cour d'appel de Paris (Tribunal de Recurso de Paris) da seguinte maneira:

1) O artigo 4.º, alíneas a) e c), da Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que o anunciante proceda a uma comparação dos preços praticados nos estabelecimentos de tipologia ou de dimensões diferentes, quando o anunciante e o concorrente fazem parte de cadeias de distribuição que dispõem cada uma de estabelecimentos de tipologia e de dimensões idênticas ou semelhantes,

— caso se constate, tendo em conta todas as circunstâncias pertinentes do caso em apreço, e designadamente as indicações ou as omissões que acompanham a publicidade, que a decisão de transação de um número significativo de consumidores aos quais se dirige esta publicidade, é suscetível de ser tomada em conta com o pressuposto errado de que todos os estabelecimentos que fazem parte das referidas cadeias foram tomados em consideração para calcular o nível geral dos preços e o montante das economias evidenciadas pela referida publicidade e que, por conseguinte, estes consumidores realizarão economias do nível evidenciado pela referida publicidade, efetuando regularmente as suas compras de bens de consumo corrente nos estabelecimentos da cadeia do anunciante e não nos estabelecimentos da cadeia concorrente, ou

— caso a seleção dos estabelecimentos que são objeto da comparação tenha como efeito criar ou aumentar artificialmente a diferença dos preços praticados pelo anunciante e pelo concorrente.

2) O facto de os estabelecimentos cujas ofertas são comparadas numa publicidade comparativa serem de dimensões ou de tipologia diferentes pode constituir uma informação substancial na aceção do artigo 7.º 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 e o

Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), sempre que o anunciante proceda a uma comparação dos preços praticados em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões idênticas ou semelhantes e que a seleção dos estabelecimentos que são objeto da comparação tenha como efeito criar ou aumentar artificialmente a diferença dos preços praticados pelo anunciante e pelo concorrente.

3) Sempre que o anunciante proceda a uma comparação dos preços praticados em estabelecimentos de tipologia ou de dimensões idênticas ou semelhantes e que o órgão jurisdicional nacional constate que a diferença de tipologia e de dimensão dos estabelecimentos constitui uma informação substancial na aceção do artigo 7.º da Diretiva 2005/29, esta informação deve figurar na própria mensagem publicitária.