CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN MISCHO

apresentadas em 12 de Março de 1998 *

1. O Regulamento (CEE) n.º 2771/75 do Conselho, de 29 de Outubro de 1975, que estabelece a organização comum de mercado no sector dos ovos [1], prevê a fixação de normas de comercialização que podem incidir, nomeadamente, sobre a classificação por categoria de qualidade e classe de peso, a embalagem, a armazenagem, o transporte, a apresentação e a marcação dos ovos.

2. Com base neste regulamento, o Conselho adoptou, em 26 de Junho de 1990, o Regulamento (CEE) n.º 1907/90 relativo a certas normas de comercialização aplicáveis aos ovos [2]. Este define, no seu artigo 10.º, o regime jurídico aplicável às indicações que podem ser apostas nas embalagens em que os ovos são comercializados. Esta disposição está redigida da forma seguinte:

«1. As embalagens grandes e as embalagens pequenas, mesmo quando colocadas em embalagens grandes, ostentarão numa das faces exteriores em letras claramente visíveis e perfeitamente legíveis:

a) O nome ou a firma e o endereço da empresa que embalou ou mandou embalar os ovos; o nome, a firma ou a marca comercial utilizada por essa empresa, que pode ser uma marca comercial utilizada colectivamente por várias empresas, podem ser indicados desde que essas indicações não contenham qualquer menção incompatível com o presente regulamento relativa à qualidade ou ao estado de frescura dos ovos, ao modo de criação adoptado para a sua produção ou à origem dos ovos;

...

2. Tanto as embalagens pequenas como as grandes podem todavia ostentar, numa ou em várias faces interiores ou exteriores, as seguintes menções suplementares:

a) ...

* Língua original: francês.

1 — JO L 282, p. 49.

2 — JO L 173, p. 5.

e) Indicações destinadas à promoção das vendas, desde que essas indicações e o modo por que são feitas não sejam de molde a induzir o comprador em erro.

3. Só podem ser utilizadas datas suplementares e menções relativas ao modo de criação e à origem dos ovos desde que estejam em conformidade com as regras a definir de acordo com o processo previsto no artigo 17.° do Regulamento (CEE) n.° 2771/75. Essas regras dirão respeito, nomeadamente, aos termos utilizados nas menções do tipo de criação e aos critérios relativos à origem dos ovos.»

3. O artigo 14.° do Regulamento n.° 1907/90 precisa que as embalagens só podem apresentar as menções previstas no presente regulamento.

4. As regras de execução deste regulamento foram adoptadas pela Comissão através do Regulamento (CEE) n.° 1274/91, de 15 de Maio de 1991 [3], cujo artigo 18.° enumera as menções relativas ao modo de criação referidas no artigo 10.°, n.° 3, do Regulamento n.° 1907/90, já referido.

3 — JO L 121, p. 11.

5. A sociedade Gut Springenheide GmbH, recorrente no processo principal (a seguir «Gut Springenheide»), comercializa ovos previamente embalados sob a menção «6-Korn — 10 frische Eier» (6-cereais — 10 ovos frescos), com um folheto publicitário incluído em cada caixa de ovos.

Este último está redigido da forma seguinte:

«Os ovos-6-cereais provêm de galinhas que são alimentadas com seis tipos diferentes de cereais. A albumina vegetal também constitui um elemento natural da ração — um gosto essencialmente são. Cada um dos seis tipos de cereais... contém vitaminas particularmente importantes, sais minerais e oligo-elementos. A ração das galinhas é preparada de forma a aproveitar plenamente esta composição. Os ovos-6-cereais distinguem-se por um sabor característico e uma qualidade natural.»

6. Após ter comunicado repetidamente à Gut Springenheide as suas reticências quanto à menção «ovos-6-cereais» e ao folheto publicitário, o Serviço de Controlo dos Géneros Alimentícios notificou esta sociedade, em 24 de Julho de 1989, através do seu gerente, R. Tusky, para suprimir a menção e o folheto em questão. Além disso, em 5 de Setembro de 1990, foi aplicada uma multa a R. Tusky.

7. A Gut Springenheide e o seu gerente interpuseram então recurso para o Verwaltungsgericht, para que este tribunal declarasse que a menção e o folheto em questão não violavam a regulamentação aplicável. Vencidos em primeira instância e na instância de recurso, interpuseram recurso da última decisão para o Bundesverwaltungsgericht.

8. O Bundesverwaltungsgericht considerou que a solução do litígio depende da interpretação do artigo 10.°, n.° 2, alínea c), do Regulamento n.° 1907/90, já referido. Por conseguinte, decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Para apreciar, nos termos do n.° 2, alínea c), do artigo 10.° do Regulamento (CEE) n.° 1907/90, se as indicações destinadas à promoção das vendas são de molde a induzir o comprador em erro, devem ser averiguadas as expectativas reais dos consumidores em causa, ou basear-se-á a norma indicada num conceito normativo de comprador, a interpretar em termos exclusivamente jurídicos?

2) Caso se opte pelas expectativas reais dos consumidores, colocam-se as seguintes questões:

a) É determinante o entendimento do consumidor médio esclarecido ou o do consumidor casual?

b) É possível determinar percentualmente a quota de consumidores necessária para considerar existente uma expectativa por parte destes?

3) Caso se opte por um conceito normativo de comprador, a interpretar em termos exclusivamente jurídicos, coloca-se a questão da forma de determinação deste conceito.»

Considerações prévias

9. O Governo francês sustenta que o Tribunal de Justiça não tem que responder às questões colocadas, por duas razões.

10. O Governo francês pede antes de mais ao Tribunal de Justiça que verifique a sua competência. Explica, com efeito, com razão, que os factos do caso vertente decorreram todos antes de 1 de Outubro de 1990, que é a data de entrada em vigor do Regulamento n.º 1907/90, nos termos do artigo 24.º deste regulamento.

11. Resulta, todavia, dos autos que o recurso submetido ao órgão jurisdicional de reenvio não visa directamente a anulação das medidas tomadas pelas autoridades nacionais mas a declaração de que a actuação da recorrente no processo principal é conforme com a regulamentação em vigor. Não é contestável que as questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio dizem respeito à regulamentação em vigor no momento do recurso. Considero, pois, que não se põe, neste caso concreto, o problema da admissibilidade da questão prejudicial.

12. Seria necessário, todavia, esclarecer que o Regulamento n.º 1907/90 foi alterado em 1993 [4] e em 1994 [5]. Só a primeira destas modificações nos interessa neste caso concreto, uma vez que a outra não diz respeito ao artigo 10.º Na sequência desta modificação, o artigo 10.º, n.º 1, alínea a), está actualmente redigido da forma seguinte:

«a) O nome ou a firma e o endereço da empresa que embalou ou mandou embalar os ovos; o nome, a firma ou a marca comercial utilizada por essa empresa, que pode ser uma marca comercial utilizada colectivamente por várias empresas, podem ser indicados desde que não contenham qualquer menção ou símbolo incompatível com o presente regulamento relativamente à qualidade ou ao estado de frescura dos ovos, ao modo de criação adoptado para a sua produção ou à origem dos ovos.»

O artigo 10.º, n.º 2, alínea e), está actualmente redigido da forma seguinte:

«e) Indicações ou símbolos destinados a promover as vendas de ovos ou de outros produtos, desde que tais indicações ou símbolos e o modo por que são apostas não sejam susceptíveis de induzir o comprador em erro.»

4 — Regulamento (CEE) n.º 2617/93 do Conselho, de 21 de Setembro de 1993 (JO L 240, p. 1).

5 — Regulamento (CE) n.º 3117/94 do Conselho, de 12 de Dezembro de 1994 (JO L 330, p. 4).

Estas alterações não têm, todavia, qualquer influência nos termos em que se põem as questões do Bundesverwaltungsgericht.

13. O Governo francês invoca uma segunda razão pela qual considera que o Tribunal de Justiça não deve responder às questões submetidas.

14. Argumenta que a menção «ovos-6-cereais» é, em todo o caso, proibida nos termos dos artigos 10.°, n.° 1, alínea a), e n.° 3, e 14.° do Regulamento n.° 1907/90. Por conseguinte, a questão da interpretação da noção de «induzir o comprador em erro», na acepção do artigo 10.°, n.° 2, alínea c), do regulamento, nem sequer se coloca.

15. O raciocínio do Governo francês é o seguinte: a menção controvertida respeita ao modo de criação, uma vez que visa chamar a atenção dos compradores para a alimentação das galinhas poedeiras, que constitui uma das características do modo de criação dos animais. O Governo francês admite que o Regulamento n.° 1907/90 não define em si mesmo a noção de modo de criação, mas considera poder remeter para o Regulamento (CEE) n.° 1538/91 da Comissão, de 5 de Junho de 1991, que estatui regras de execução do Regulamento (CEE) n.° 1906/90 que estabelece normas de comercialização para as aves de capoeira [6], do qual resulta que as menções relativas à alimentação fazem parte daquelas que se ligam ao modo de criação das aves.

16. Ora, o Regulamento n.° 1907/90, no seu artigo 10.°, n.° 3, já referido, estabelece que as menções relativas ao modo de criação só podem ser utilizadas desde que estejam em conformidade com as regras a definir de acordo com o processo previsto no artigo 17.° do Regulamento n.° 2771/75. Neste contexto, a Comissão adoptou o Regulamento n.° 1274/91, já referido.

17. O seu artigo 18.° enumera, de forma limitativa, as menções relativas ao modo de criação susceptíveis de constar das embalagens em que os ovos são comercializados. Não figurando a menção «6-cereais» entre as consideradas no regulamento, o seu uso é, portanto, segundo o Governo francês, ilícito. Por isso, já nem sequer seria necessário responder às questões colocadas pelo Bundesverwaltungsgericht.

18. O Governo francês precisa que, se a menção em questão é uma marca comercial, está sujeita aos termos do artigo 10.°, n.° 1, alínea a), que estabelece que «... o nome, a firma ou a marca comercial utilizada por essa empresa... podem ser indicados desde que não contenham qualquer menção ou símbolo incompatível com o presente regulamento

6 — JO L 143, p. 11.

relativamente à qualidade ou ao estado de frescura dos ovos, ao modo de criação adoptado para a sua produção ou à origem dos ovos», e as considerações expostas anteriormente também são, por isso, aplicáveis.

19. Neste contexto, parece, com efeito, resultar dos autos que a menção em causa é também uma marca comercial. O órgão jurisdicional de reenvio não coloca todavia qualquer questão sobre a interpretação do artigo 10.°, n.° 1, alínea a), que é a disposição do regulamento relativa às marcas comerciais. Isto poderia, contudo, ser devido ao facto de, como sublinha muito justamente o Governo francês, a questão de saber se a menção «6-cereais» é utilizada ou não como marca comercial no caso concreto não ter qualquer consequência quanto ao regime jurídico aplicável a essa menção: em todo o caso, a mesma deve ser compatível com o regulamento e, em particular, com as outras prescrições do seu artigo 10.°

20. É incontestável que a menção «6-cereais» não faz parte das menções relativas ao modo de criação admitidas pela regulamentação. Deve, por isso, concluir-se necessariamente que a sua utilização é ilícita?

21. O sistema instituído pelo Regulamento n.° 1907/90 assenta numa distinção entre três categorias de menções, destinadas a constar nas embalagens em que os ovos são comercializados.

22. O seu artigo 10.°, n.° 1, enumera as menções cujo uso é obrigatório. O n.° 3 do mesmo artigo disciplina certas menções cujo uso é facultativo. Trata-se das datas adicionais, bem como das menções relativas ao modo de criação e à origem dos ovos. As menções referidas no n.° 3 só podem ser utilizadas respeitando condições estritas, previstas no Regulamento n.° 1274/91 da Comissão, já referido. Finalmente, o artigo 10.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1907/90 enumera um certo número de menções cujo uso é autorizado, entre as quais as «indicações destinadas à promoção das vendas, desde que essas indicações e o modo por que são feitas não sejam de molde a induzir o comprador em erro», que estão em causa no presente processo.

23. Este sistema é completado pelo artigo 14.° do Regulamento n.° 1907/90, que estipula que «As embalagens só podem apresentar as menções previstas no presente regulamento.»

24. A questão que resulta da argumentação do Governo francês é a de saber se as menções que não respeitam as condições estritas que decorrem do artigo 10.°, n.° 3, e do seu regulamento de execução, já referido, podem todavia ser consideradas como «previstas no

presente regulamento», na acepção do artigo 14.°, pelo facto de estarem abrangidas pela categoria das «indicações destinadas à promoção das vendas», regulada pelo artigo 10.°, n.° 2, alínea c).

25. Parece-me que a resposta a esta questão deve ser positiva. Com efeito, um dos objectivos da regulamentação é assegurar que o consumidor seja informado da forma mais completa possível, a fim de ficar em condições de fazer a sua escolha nas melhores condições. Além disso, permitindo o recurso a indicações destinadas a promover as vendas, a regulamentação dá explicitamente aos produtores a possibilidade de diferenciarem, aos olhos dos consumidores, os seus produtos em relação aos dos seus concorrentes. Assim, os produtores são incitados a apresentar aos consumidores uma oferta mais diversificada.

26. O décimo terceiro considerando do Regulamento n.° 1907/90 aponta, aliás, no mesmo sentido, já que o mesmo precisa que

«... deve ser permitido a qualquer pessoa que comercialize ovos frescos apor nesses ovos outras menções com fins publicitários».

27. Trata-se nesse caso, sem dúvida, dos ovos e não das embalagens, mas não se vê por que razão a mesma observação não seria válida para estas últimas.

28. Antes de mais, «as indicações destinadas à promoção das vendas» devem poder individualizar os ovos do produtor que recorre a estas indicações. Além disso, as mesmas devem presumir-se lícitas, a menos que a regulamentação as proíba expressamente ou possam induzir em erro o comprador.

29. Ora, o Regulamento n.° 1274/91, já referido, que rege as menções relativas ao modo de criação, não menciona de forma nenhuma o modo de alimentação. Com efeito, apenas faz uma referência ao modo de criação, no seu artigo 18.° Este enumera as formas lícitas de descrever o *habitat* das galinhas poedeiras e nada diz sobre o modo de alimentação das aves.

30. Deve concluir-se daí que o legislador comunitário quis implicitamente proibir qualquer referência a este último? Tendo em conta os princípios acima expostos, parece-me, pelo contrário, que o mesmo legislador apenas pretendeu regulamentar nestas disposições as menções respeitantes ao ambiente em que as aves são criadas. Pelo contrário, o silêncio do legislador quanto ao modo de alimentação implica que os produtores são livres de informar os produtores a esse

respeito, observando as disposições do artigo 10.°, n.° 2, alínea c).

31. O principal argumento invocado contra esta tese é o que o Governo francês extrai do Regulamento n.° 1538/91, já referido. É certo que este, no seu artigo 10.°, consagrado aos modos de criação, inclui as menções relativas ao modo de alimentação. Isto não me parece, todavia, determinante.

32. Com efeito, as definições deste regulamento resultam da necessidade de definir normas aplicáveis à comercialização de aves, o que constitui uma actividade económica distinta da comercialização dos ovos. Além disso, o Regulamento n.° 1538/91 prevê, no que respeita ao *habitat* das aves, menções diferentes das previstas sobre o mesmo assunto no artigo 18.° do Regulamento n.° 1274/91, já referido. É, portanto, claro que não se pode recorrer sem reservas às disposições do Regulamento n.° 1538/91 para interpretar o Regulamento n.° 1274/91.

33. É especialmente esse o caso no que respeita ao modo de alimentação dos animais. Com efeito, este desempenha um grande papel na percepção dos compradores de carne de aves e, como a Comissão sublinhou no decurso da audiência, existem informações suficientemente claras e indiscutíveis sobre o impacto da alimentação animal nas características da carne. Neste contexto, era inevitável que o legislador pretendesse regulamentar o uso das menções relativas ao modo de alimentação dos animais, a fim de assegurar uma informação e uma protecção máximas do consumidor num domínio importante para este último.

34. É o que resulta, aliás, do sétimo considerando do Regulamento n.° 1538/91, já referido, nos termos do qual:

«Considerando que, dentre as indicações a utilizar facultativamente na rotulagem, se encontram as respeitantes ao método de refrigeração e aos tipos especiais de criação; que, no intuito da protecção do consumidor, a utilização destes últimos deve ser sujeita ao respeito de critérios definidos estritamente relativos tanto às condições de produção animal como aos limiares quantitativos para a definição de certos critérios, tais como a idade de abate, a duração do período de engorda ou o teor de determinados ingredientes dos alimentos.»

35. Pelo contrário, o contexto da comercialização dos ovos apresentava-se de forma diferente aos olhos do legislador. Este pensou que o aspecto do processo de criação que mais preocupava os criadores, relativamente ao qual pretendeu prioritariamente assegurar a protecção, era o percurso. Concentrou-se por isso na necessidade de regulamentar as menções relativas ao percurso, relativamente às quais tinha razões para supor que os consumidores lhe atribuiriam particular importância.

36. O décimo sétimo considerando do Regulamento n.º 1274/91 da Comissão, já referido, o único relativo aos modos de criação, é particularmente claro a esse respeito:

«Considerando que, atendendo às práticas comerciais actuais, parece desnecessário prever quaisquer indicações específicas para os ovos de galinhas poedeiras mantidas em baterias; que, no entanto, se deve prever um número limitado de indicações para os ovos de galinhas poedeiras que não sejam criadas em baterias, de modo a impedir a confusão entre os consumidores no que diz respeito aos principais sistemas de produção que não utilizem as baterias.»

37. É, pois, evidente que a disposição do Regulamento n.º 1274/91 que se refere aos modos de criação não encarou muito simplesmente a necessidade de regulamentar as indicações relativas ao modo de alimentação, contrariamente ao que aconteceu em relação à carne.

38. Neste contexto, não se pode deduzir do silêncio do legislador a sua vontade de proibir qualquer referência ao modo de alimentação quando, relativamente à carne, onde o risco de induzir o consumidor em erro se presumia superior, essa referência era possível, ainda que em condições estritamente definidas.

39. Concluo daí, por conseguinte, que a menção «6-cereais», mesmo que faça efectivamente alusão ao modo de alimentação das aves, não é necessariamente ilícita à luz do artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1907/90, mas, pelo contrário, que a mesma é susceptível de beneficiar das disposições do n.º 2, alínea c), deste artigo.

40. Por conseguinte, é necessário analisar as questões que nos foram submetidas pelo Bundesverwaltungsgericht.

41. As três questões que nos foram colocadas podem ser resumidas da forma seguinte. O órgão jurisdicional nacional pergunta-nos se o conceito de comprador susceptível de ser induzido em erro, na acepção do Regulamento n.º 1907/90, já referido, se refere à efectiva expectativa dos compradores, considerados portanto concretamente, ou, pelo contrário, a uma noção objectiva, abstracta, de comprador, que só pode ser interpretada juridicamente.

42. No primeiro caso, o órgão jurisdicional nacional pergunta se, para estabelecer o conteúdo dessa expectativa efectiva, é necessário fazer referência à concepção do consumidor médio e informado ou à do consumidor superficial, e se se pode determinar a percentagem a partir da qual um grupo de consumidores serve para estabelecer uma expectativa de referência do consumidor.

43. No segundo caso, o órgão jurisdicional nacional pede a interpretação jurídica da noção objectiva de comprador.

Quanto à primeira questão

44. Trata-se, antes de mais, de fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio esclarecimentos quanto à noção de comprador susceptível de ser induzido em erro na acepção do Regulamento n.° 1907/90.

45. O artigo 10.°, n.° 2, alínea e), do Regulamento n.° 1907/90, já referido, utiliza, na verdade, o termo «comprador» e não o de «consumidor», que é, porém, o termo utilizado nos considerandos do regulamento. Por conseguinte, considerarei as duas palavras como substituíveis entre si e referir-me-ei, portanto, à jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à noção de consumidor.

46. Os recorrentes no processo principal lembram que, nos termos do artigo 129.°-A do Tratado CE, o consumidor deve receber uma informação adequada. A noção de consumidor não é, portanto, puramente jurídica. É também baseada nas expectativas reais dos compradores, entendendo-se que se trata de compradores médios esclarecidos.

47. O Governo francês considera que compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar se as indicações podem induzir em erro os compradores e determinar, para esse efeito, segundo os métodos que considerar apropriados (por exemplo, mas não necessariamente, pelo recurso a uma sondagem), o consumidor de referência. É assim que, em França, o órgão jurisdicional nacional aprecia o carácter enganoso de uma indicação por referência ao «consumidor médio».

48. O Governo austríaco considera que as disposições do artigo 10.°, n.° 2, alínea e), remetem para uma noção objectiva de comprador, que exige uma interpretação puramente jurídica. Com efeito, na opinião deste Governo, a expressão «induzir o comprador em erro», que consta desta disposição, é uma questão de direito e não de facto.

49. Segundo o Governo sueco, neste caso concreto, as indicações em litígio respeitam a um produto de consumo corrente e o grupo alvo a que se dirigem é, portanto, a colectividade dos consumidores no seu conjunto. Na Suécia, o carácter enganoso destas indicações seria, portanto, apreciado tendo em conta o presumível sentido em que os consumidores em geral podiam entendê-las, sem necessidade de organizar junto deles um inquérito destinado a determinar as suas efectivas expectativas. O Governo sueco considera que não se deve aplicar diferentemente a disposição em questão no litígio no processo principal.

50. Segundo a Comissão, para apreciar se as indicações destinadas a promover as vendas de ovos podem induzir o comprador em erro, devemos basear-nos nos critérios contidos no regulamento, tendo simultaneamente em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a outras disposições destinadas a proibir a publicidade enganosa. Nestas condições, não é absolutamente indispensável estabelecer, por meio de sondagem ou de prova pericial, a percepção real que o comprador tem da indicação publicitária controvertida. Todavia, se o órgão jurisdicional nacional continuar a ter dúvidas quanto ao carácter enganoso ou não de uma indicação para este último, pode ordenar uma prova por peritos ou encomendar uma sondagem junto dos consumidores.

51. O Governo alemão expôs na audiência que interessa saber se a norma em causa se dirige a um grupo de pessoas bem determinado ou se se trata de proteger o conjunto da Comunidade do perigo de ser induzida em erro.

52. Só quando, por um lado, a norma jurídica se dirige a todos os consumidores e visa protegê-los do perigo de serem induzidos em erro e, por outro lado, a expressão que se deve apreciar se dirige, também ela, a todos os consumidores, é que a questão jurídica tem a primazia sobre a questão factual. Os órgãos jurisdicionais podem saber se a expressão é susceptível de induzir em erro, uma vez que fazem parte do grupo das pessoas abrangidas. Mas devem afastar-se da compreensão geral do conjunto dos consumidores e basear-se num critério objectivo. Devem proceder a uma apreciação jurídica dos factos e, neste quadro, ver também qual é o objectivo da disposição em questão e o seu papel na economia do direito comunitário.

53. Segundo o Governo alemão, só será necessário proceder a medidas de instrução se a expressão a apreciar se dirige a um grupo de pessoas bem preciso, tal como os peritos, ou a pessoas que podem facilmente ser induzidas em erro, por exemplo, as crianças. Num caso como o dos autos, as normas editadas dirigem-se a todos os consumidores de ovos. Mesmo a expressão que este Tribunal deve apreciar dirige-se a todos os consumidores. Por conseguinte, não é verdadeiramente necessário proceder a medidas de instrução.

54. Pela minha parte, proponho ao Tribunal que retenha uma solução um pouco mais próxima da preconizada pelo Governo francês e pela Comissão, que pode decompor-se em dois elementos:

— em presença de indicações publicitárias que se dirigem a todos os consumidores (que é o caso das que estão em causa no processo principal), o órgão jurisdicional nacional poderá reportar-se a uma noção objectiva de consumidor;

— todavia, o direito comunitário não lhe veda que proceda a um inquérito sobre as reais expectativas do consumidor, se continuar a ter dúvidas quanto ao grau de erro que a indicação controvertida pode suscitar no consumidor.

55. Resulta, antes de mais, bastante claro da jurisprudência do Tribunal de Justiça que esta fez sempre referência a uma noção abstracta, jurídica, do consumidor. Trata-se do consumidor médio, «normalmente informado», segundo os termos utilizados pelo Tribunal de Justiça no n.º 24 do acórdão Mars [7].

56. Parece-me que esta definição é idêntica, em substância, à que dá o Bundesverwaltungsgericht, na parte 2 do pedido prejudicial, do «consumidor médio esclarecido, que verifica com atenção a informação sobre o produto comercializado e, assim, o conjunto das indicações do produto», por oposição ao consumidor que «só toma um conhecimento superficial e acrítico das afirmações publicitárias, sem se preocupar com a veracidade do conteúdo de tais afirmações».

57. Pode ainda citar-se, no mesmo sentido, o acórdão Langguth [8], respeitante à utilização, numa marca comercial, de indicações cujo uso estava regulamentado.

58. O facto de, no direito comunitário, a noção de consumidor ser definida de forma geral e abstracta decorre não apenas da jurisprudência já referida, relativa ao artigo 30.º do Tratado, mas também das decisões respeitantes mais especificamente às disposições aplicáveis anteriormente à comercialização dos ovos [9], idênticas às do caso dos autos.

59. Tendo o Tribunal de Justiça, por conseguinte, considerado de forma geral, como consumidores, o conjunto dos «consumidores médios normalmente informados», recorreu necessariamente a uma concepção abstracta dessa noção.

60. Todavia, no seu acórdão X (ou Nissan) [10], o Tribunal combinou a sua concepção abstracta de consumidor com a indicação, dada ao juiz nacional, de que este tinha, apesar disso, também o direito de decidir o litígio, tomando em consideração a reacção concreta dum número significativo de compradores a uma certa publicidade.

7 — Acórdão de 6 de Julho de 1995 (C-470/93, Colect., p. I-1923).

8 — Acórdão de 29 de Junho de 1995 (C-456/93, Colect., p. I-1737).

9 — Acórdãos de 15 de Janeiro de 1991, Gold-Ei Erzeugerverbund (C-372/89, Colect., p. I-43); de 25 de Fevereiro de 1992, Gutshof-Ei (C-203/90, Colect., p. I-1003); e de 13 de Dezembro de 1989, Paris (C-204/88, Colect., p. 4361, n.º 11).

10 — Acórdão de 16 de Janeiro de 1992 (C-373/90, Colect., p. I-131).

61. Na parte decisória deste acórdão, o Tribunal declarou, com efeito, que a Directiva 84/450/CEE do Conselho [11], relativa à publicidade enganosa, não obsta a que a publicidade apresente veículos vendidos noutro Estado-Membro:

— como sendo novos, apesar de estes veículos serem matriculados apenas por exigências de importação, sem nunca terem circulado na estrada;

— como sendo mais baratos, quando não se mencionava na publicidade que o número de acessórios com que estão equipados é menor que o que equipa os veículos no Estado-Membro de importação.

62. Ao decidir desta forma, o Tribunal de Justiça considerou portanto que, em princípio, essa publicidade não podia induzir em erro ou afectar o comportamento do consumidor abstractamente considerado.

63. Mas, na fundamentação do mesmo acórdão [12], o Tribunal declarou que competia, todavia, ao órgão jurisdicional nacional *verificar* [13], face às circunstâncias do caso concreto, e atendendo aos consumidores a que se dirige, se tal publicidade pode assumir uma natureza enganosa na medida em que, por um lado, tenha por objecto esconder o facto de tais veículos anunciados como novos terem sido matriculados antes da importação e em que, por outro, tal facto seja susceptível de levar um número significativo de consumidores a renunciar à sua decisão de compra.

64. Em segundo lugar, no que respeita à publicidade relativa ao preço menos elevado dos veículos, o Tribunal declarou, no n.º 16 que, «... apenas se pode qualificá-la de enganosa no caso de *se provar* [14] que a decisão de compra de um número significativo de consumidores a que a publicidade em causa se dirige é tomada na ignorância de que o preço reduzido desses veículos é acompanhado de menor número de acessórios que equipam os veículos vendidos pelo importador paralelo».

65. O Tribunal não precisou de que forma o órgão jurisdicional nacional deveria «verificar» ou «provar» que as decisões de compra dos consumidores tinham sido afectadas ou podiam ser afectadas por este tipo de publicidade.

11 — Directiva de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa (JO L 250, p. 17; EE 15 F5 p. 55).

12 — N.ºs 15 e 16.

13 — Sublinhado nosso.

14 — Sublinhado nosso.

66. Segundo o acórdão citado, podia tratar-se tanto da conclusão a que o órgão jurisdicional chegaria após ter ouvido simplesmente as partes e, sendo caso disso, um perito, como de uma conclusão a que chegaria na sequência de um inquérito junto dos consumidores.

67. Seja como for, este acórdão implica que o direito comunitário não obriga o juiz a dilucidar as expectativas reais dos consumidores, se chegar à conclusão de que uma determinada publicidade, tendo em conta a forma como é feita e a reacção previsível do consumidor médio, «normalmente informado», pode ou não induzir o comprador em erro.

68. Pelo contrário, o direito comunitário não impede o juiz de recorrer a sondagens, quando considerar que a publicidade não é francamente incorrecta e que a sua influência sobre o consumidor «normalmente informado» possa deixar dúvidas.

69. Tendo assim chegado à conclusão de que o direito comunitário não impede que se averigúe o que esperam efectivamente os compradores solicitados, proponho, por conseguinte, que o Tribunal de Justiça responda à primeira questão que, para apreciar se uma indicação destinada à promoção das vendas pode induzir o comprador em erro, se deve ter como referência uma noção objectiva de comprador, que apenas exige uma interpretação jurídica. O órgão jurisdicional nacional tem, todavia, o direito de mandar efectuar *inquéritos ou sondagens* quanto à expectativa dos consumidores, se o considerar necessário.

70. No âmbito da terceira questão, o Bundesverwaltungsgericht pergunta ao Tribunal como se deve definir a noção objectiva comprador.

71. É, portanto, aconselhável passar imediatamente à análise desta questão.

Quanto à terceira questão

72. O Bundesverwaltungsgericht considera que, se se tiver de considerar uma noção objectiva de comprador, esta deve ser elaborada a partir da interpretação literal e teleológica de uma condição de aplicação de uma norma comunitária, no âmbito da qual será necessário ponderar os valores que a norma protege.

73. Tendo em conta o que já expus acima, parece-me lícito reformular a terceira questão da forma seguinte.

74. Se se entender que o consumidor a proteger é o comprador médio, «normalmente informado», em que critérios se pode basear o juiz para decidir que esse consumidor é susceptível de ser induzido em erro por um *slogan* publicitário determinado?

75. A questão de saber se mesmo o consumidor normalmente informado corre o risco de ser induzido em erro depende evidentemente, antes de mais, do conteúdo do *slogan* publicitário de que se trata. Tal como a Comissão, considero que o juiz deve, antes de mais, averiguar a acepção do texto publicitário segundo o uso linguístico e a sua conformidade com a realidade nessa acepção.

76. Em seguida, o juiz deverá chegar a uma avaliação da ressonância que o texto publicitário pode suscitar junto do consumidor normalmente informado.

77. Na opinião da recorrente no processo principal, a indicação «10-ovos — 6-cereais» tal como as indicações que constam do folheto incluído nas caixas de ovos constituem informações exactas que não podem, por definição, induzir o comprador em erro, quaisquer que sejam as conclusões que este possa daí tirar.

78. Mas as coisas não são assim tão simples. Parece-me, com efeito, que se deve distinguir entre

— as indicações objectivamente correctas;

— as indicações objectivamente incorrectas;

— as indicações objectivamente correctas, mas que podem enganar o consumidor, porque não reflectem completamente a realidade.

79. No que diz respeito às indicações objectivamente correctas, o Tribunal de Justiça considera, tal como a Comissão recordou, que as indicações que são conformes com a verdade não podem, em princípio, induzir o consumidor em erro [15].

80. Deve, porém, notar-se que, por vezes, mesmo indicações promocionais exactas

15 — Acórdãos de 7 de Março de 1990, GB INNO/BM (C-362/88, Colect., p. I-667, n.° 17); X (ou Nissan), já referido, n.° 17; v. também as conclusões do advogado-geral P. Léger no processo Mars, já referido, n.° 51, que remete para os acórdãos do Tribunal de Justiça nos processos X (ou Nissan) e de 18 de Maio de 1993, Yves Rocher (C-126/91, Colect., p. I-2361).

podem induzir o consumidor em erro. Isso pode acontecer, nomeadamente, quando estas indicações implicam um risco de confusão com as menções previstas pelo Regulamento n.° 1907/90 [16].

81. Outro critério a considerar é o da natureza controlável ou não das indicações em causa. A importância desta consideração resulta nomeadamente da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à aposição da data de postura nos ovos. Assim, no processo Paris, já referido, o Tribunal de Justiça sublinhou a importância da exactidão da informação fornecida ao consumidor. No caso vertente, seria, pois, necessário confirmar que as autoridades estão em condições de controlar, se necessário, afirmações como as que estão em causa, relativas à alimentação das aves que puseram os ovos.

82. Além disso, deve considerar-se que são abrangidas pela categoria de informações correctas que não dão lugar a qualquer contestação as indicações apelativas mas não pertinentes. Por exemplo, se um produtor fizesse constar nas embalagens a menção «frango criado com os bons ares da montanha» ou «frango criado ao sol do Sul», estar-se-ia em presença de uma informação provavelmente exacta, mas sem qualquer relação com a qualidade dos ovos. A mesma poderia influenciar o consumidor superficial, mas faria sorrir o consumidor informado.

83. Quanto às indicações objectivamente incorrectas, são, em princípio, enganosas e proibidas, desde que, como declara a Comissão, o efeito enganador não seja eliminado por especiais circunstâncias.

84. Cabe ao órgão jurisdicional nacional competente para apreciação da matéria de facto decidir se a descrição dos ovos da Gut Springenheide, fornecida no folheto incluído na embalagem, é objectivamente inexacta, pelo facto de estes ovos não serem diferentes dos ovos comuns.

85. Recordemos, neste contexto, o artigo 2.°, n.° 1, alínea a), da Directiva 79/112/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1978, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à rotulagem, apresentação e publicidade dos géneros alimentícios destinados ao consumidor final [17], que tem a seguinte redacção:

«1. A rotulagem e as modalidades em que é realizada não devem:

a) Ser de natureza a induzir em erro o comprador, nomeadamente:

i) ...

16 — V. Gutshof-Ei, já referido, n.os 17 a 19.

17 — JO 1979, L 33, p. 1; EE 13 F9 p. 162.

ii) atribuindo ao género alimentício efeitos ou propriedades que não possua;

iii) sugerindo que o género alimentício possui características especiais quando todos os géneros alimentícios similares possuem essas mesmas características.»

86. Resta, finalmente, a categoria das indicações objectivamente correctas, mas que não reflectem toda a realidade. É aí que se situam os problemas mais difíceis.

87. Se a parte da informação omitida pudesse fazer aparecer a informação fornecida a uma luz totalmente diferente, haveria a obrigação de concluir que o consumidor é induzido em erro.

88. A menção «6-cereais» poderia cair nesta categoria, se se viesse a provar definitivamente que os seis cereais só entram na composição dos alimentos das galinhas da Gut Springenheide na percentagem de 60%, quando a mesma daria a impressão de que as galinhas são alimentadas exclusivamente com estes seis cereais.

89. O órgão jurisdicional de segunda instância, citado pelo Bundesverwaltungsgericht, é de opinião de que esta indicação se coloca na esteira da «moda dos cereais» e dá a impressão de que os ovos têm qualquer coisa de particular, quando este órgão jurisdicional tem a convicção de que não apresentam qualquer vantagem em relação aos outros ovos (p. 5 do pedido de decisão prejudicial).

90. Resta, por conseguinte, determinar se, tendo em conta a influência que a «moda dos cereais» exerce sobre os consumidores alemães, até um consumidor normalmente informado poderia ser vítima dessa impressão e ser levado, por essa razão, a comprar os ovos em questão.

91. O Bundesverwaltungsgericht poderá decidir ele próprio esta questão, se estiver convencido de que é esse o caso. Na hipótese contrária, o direito comunitário não proíbe que se recorra a uma sondagem sobre uma amostra representativa de consumidores ou a um parecer de peritos.

92. Proponho, por conseguinte, que se responda à terceira questão que a noção objectiva de comprador a reter é a do consumidor médio, normalmente informado. Para apreciar se uma indicação destinada a promover as vendas, na acepção do artigo 10.°, n.° 2, alínea c), do Regulamento n.° 1907/90, já referido, pode induzir esse comprador em erro, deve ter-se em conta os termos e o

objectivo do regulamento, a exactidão factual da indicação, a inexistência de ambiguidade nela, bem como a possibilidade de as autoridades controlarem a informação que contém.

Quanto à segunda questão

93. Esta questão é colocada ao Tribunal de Justiça para a hipótese de a resposta à primeira revelar a necessidade de determinar de forma concreta as expectativas efectivas dos consumidores.

94. Como já concluí anteriormente que o órgão jurisdicional nacional não tem a obrigação de proceder a essa averiguação, mas que o direito comunitário não lhe proíbe fazê-lo nos casos em que lhe pareça adequado, considero que é útil dar resposta à segunda questão.

Quanto à segunda questão, alínea a)

95. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça, antes de mais, se é a concepção de consumidor médio informado que conta ou a do consumidor superficial.

96. Proponho que o Tribunal conclua que, mesmo na hipótese a que se refere a segunda questão, é o parecer do consumidor médio informado que conta.

97. Com efeito, o consumidor superficial não presta atenção suficiente às indicações que constam num produto, mas, pelo contrário, é susceptível de se deixar influenciar pela cor da embalagem, o desenho que figura nela, ou os *slogans* de tal forma exagerados que não é mesmo necessário proibi-los, tais como «o ovo que o porá em forma durante todo o dia».

98. Também já vimos anteriormente que a jurisprudência do Tribunal de Justiça recorreu sempre a uma interpretação da noção de consumidor que corresponde a um indivíduo normalmente informado, capaz de registar com um certo grau de atenção as informações que figuram nos produtos postos à venda.

99. Foi com razão que o advogado-geral G. Tesauro lembrou, nas suas conclusões relativas ao processo X (ou Nissan), já referido, que «vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt» [18].

18 — Colect. 1992, p. I-145.

100. É, aliás, claro que os diversos regulamentos já referidos supõem também um consumidor razoavelmente atento, porque capaz de notar as distinções, por vezes subtis, entre diversas indicações, tais como «criados ao ar livre» e «criados em parque» [19].

Quanto à segunda questão, alínea b)

101. Esta subquestão está redigida da forma seguinte:

«É possível determinar percentualmente a quota de consumidores necessária para considerar existente uma expectativa por parte destes?»

102. A jurisprudência do Tribunal de Justiça apenas dá uma indicação a este respeito. Trata-se do acórdão X (ou Nissan), já referido, no qual o Tribunal de Justiça utilizou a expressão de «número significativo de consumidores». No entanto, o Tribunal de Justiça não precisou, nem neste acórdão nem noutros, a partir de que limiar o número de consumidores enganados é significativo.

19 — Anexo 2 do Regulamento n.º 1274/91, já referido.

103. Tal como a Comissão, penso, por isso, que é com base nas circunstâncias de cada caso concreto que o órgão jurisdicional nacional deverá averiguar se uma percentagem de consumidores enganados é significativa.

104. Tal como vimos, dado que o consumidor deve ser considerado *a priori* como tendo discernimento, a percentagem a encontrar deve ser fixada num nível suficientemente elevado.

105. Por maioria de razão, é esse o caso nas situações em que uma concepção muito pessimista das capacidades do consumidor, que implica por isso a fixação de uma percentagem muita baixa, pode ter por resultado falsear o equilíbrio pretendido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça entre as exigências da protecção dos consumidores e a livre circulação das mercadorias. Esta última poderia, com efeito, ser afectada quando se trata de mercadorias importadas.

106. A Comissão declara, por outro lado, que «os órgãos jurisdicionais alemães, no âmbito de uma jurisprudência com várias dezenas de anos, designadamente no domínio do direito da concorrência, desenvolveram o princípio segundo o qual uma percentagem de 10% a 15% de consumidores enganados — consoante os casos — poderia ainda ser considerada como insignificante. Naturalmente, convém aplicar critérios mais estritos aos textos publicitários que dizem respeito

aos alimentos e que se ligam à saúde e considerar que mesmo uma percentagem de menos de 10% de consumidores enganados já não é insignificante».

107. A linha orientadora assim desenvolvida pela jurisprudência alemã parece-me perfeitamente adequada. Dado que as indicações em causa no litígio no processo principal não são de molde a encorajar o consumidor a comprar um produto perigoso para a saúde, poderia ser adequada a percentagem de 15%, desde que o Bundesverwaltungsgericht considere necessário averiguar a expectativa real dos consumidores.

108. Estando completamente de acordo com os pontos de vista desenvolvidos pela Comissão no que respeita à segunda questão, alíneas a) e b), proponho também ao Tribunal que siga as respostas sugeridas por esta.

109. Resta-me fazer uma observação final quanto ao papel do órgão jurisdicional nacional. A Comissão interroga-se de forma bastante longa, com efeito, quanto à questão de saber se, neste caso, compete ao Tribunal de Justiça ou ao órgão jurisdicional nacional determinar se a indicação em litígio é ou não de molde a induzir o comprador em erro. Observa que, num certo número de casos, o Tribunal de Justiça decidiu ele próprio esta questão [20]. É necessário, todavia, sublinhar que estes casos eram um pouco diferentes da situação vertente.

110. Com efeito, tratava-se então de apreciar a licitude, à luz do direito comunitário, de medidas nacionais que restringiam a livre circulação de mercadorias e que eram pretensamente justificadas por exigências imperativas, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à livre circulação de mercadorias. Pelo contrário, no caso vertente, o problema que se põe é diferente: o Tribunal de Justiça é chamado a fornecer ao órgão jurisdicional nacional os elementos de interpretação necessários que lhe permitam aplicar um acto de direito derivado aos factos que lhe foram submetidos.

111. Não vejo, por isso, razão para nos afastarmos aqui da análise que foi sempre seguida pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência respeitante ao Regulamento n.º 1907/90, já referido, ou seja, nos processos Gutshof-Ei e Gold-Ei Erzeugerverbund, já referidos, bem como no processo Paris, já referido, respeitante a uma regulamentação semelhante anterior. Em todos estes casos, o Tribunal de Justiça contentou-se em precisar os critérios que permitiam ao órgão jurisdicional nacional determinar se as indicações controvertidas tinham ou não natureza enganosa.

20 — V. acórdãos de 13 de Dezembro de 1990, Pall (C-238/89, Colect., p. I-4827); Yves Rocher e X (Nissan), já referidos, e de 2 de Fevereiro de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb (C-315/92, Colect., p. I-317).

Conclusão

112. Dadas as considerações expostas, proponho que o Tribunal responda nos termos seguintes ao Bundesverwaltungsgericht.

Primeira questão

«O Regulamento (CEE) n.° 1907/90 do Conselho, de 26 de Junho de 1990, relativo a certas normas de comercialização aplicáveis aos ovos, e em especial o seu artigo 10.°, n.° 2, alínea e), deve ser interpretado no sentido de que, para apreciar se uma indicação destinada à promoção das vendas pode induzir o comprador em erro, deve ter-se como referência uma noção objectiva de comprador, que apenas exige uma interpretação jurídica. O direito comunitário não se opõe todavia a que um órgão jurisdicional nacional mande efectuar inquéritos ou sondagens quanto à expectativa real dos consumidores, se o julgar necessário.»

Terceira questão

«A noção objectiva de comprador a considerar é a do consumidor médio normalmente informado. Para apreciar se uma indicação destinada à promoção das vendas pode induzir um comprador dessa natureza em erro, na acepção do artigo 10.°, n.° 2, alínea e), do Regulamento n.° 1907/90, já referido, há que ter em conta os termos e o objectivo do regulamento, a exactidão factual da indicação, a inexistência de ambiguidade nela, bem como a possibilidade de as autoridades controlarem a informação que contém.»

Segunda questão

«a) O que releva apreciar se uma indicação destinada à promoção das vendas pode induzir em erro é uma concepção de consumidor normalmente informado.

b) Compete ao órgão jurisdicional nacional que decide quanto à questão de saber se uma indicação pode induzir em erro averiguar, tendo em conta as

circunstâncias de cada caso particular e o princípio segundo o qual a protecção do direito comunitário visa o consumidor médio informado, a partir de que percentagem um grupo de consumidores enganados por um anúncio publicitário deixa de ser insignificante, de forma que se justifica a proibição dessa indicação.»