CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 17 de Setembro de 1996 *

1. Os presentes processos, que são objecto de um reenvio prejudicial do Marknadsdomstol (tribunal de comércio) de Estocolmo, dizem respeito à compatibilidade com o direito comunitário de restrições à publicidade televisiva impostas pelo direito sueco.

2. Os processos principais nos três casos são pedidos do Konsumentombudsman (provedor dos consumidores) ao Marknadsdomstol para que, essencialmente, proibisse as empresas demandadas de utilizar certas práticas publicitárias.

3. Os processos dizem respeito a anúncios televisivos que se alega infringirem as proibições contidas no direito sueco de (no primeiro caso) publicidade televisiva destinada a captar a atenção de menores de 12 anos e (em todos os casos) formas de comercialização desleais para com os consumidores ou agentes económicos. Os anúncios em questão foram emitidos em vários canais de televisão suecos, sendo alguns transmitidos do Reino Unido e outros do interior da Suécia.

* Língua original: inglês.

O direito nacional

4. O § 2 da lei sobre as práticas comerciais [1] dispõe que, se um operador económico, aquando da comercialização de um produto, de um serviço ou de qualquer outro bem, fizer publicidade ou praticar qualquer outro acto que sejam contrários à moral do comércio ou apresentem natureza desleal para com os consumidores ou os operadores económicos, o Marknadsdomstol pode proibi-lo de continuar essa actuação ou de se dedicar a práticas semelhantes.

5. Esta disposição abrange expressamente as transmissões de televisão por satélite no interior do Espaço Económico Europeu.

6. Quando um agente económico não tenha incluído na sua publicidade informações que são importantes para os consumidores, o § 3 da lei sobre as práticas comerciais autoriza o

1 — 1975: 1418. Foi dito na audiência que esta lei foi substituída, a partir de 1 de Janeiro de 1996, por uma nova lei sobre as práticas comerciais, cujas disposições correspondentes vão no mesmo sentido.

Marknadsdomstol a, designadamente, impor ao agente económico que forneça essas informações na publicidade.

7. No preâmbulo da lei sobre as práticas comerciais declara-se que essa lei é aplicável a todas as práticas comerciais dirigidas ao público sueco, mesmo que consistam, por exemplo, em anúncios produzidos no estrangeiro mas distribuídos a partir daí a destinatários na Suécia.

8. O § 11 da radiolag (lei da radiodifusão) [2] dispõe que uma sequência publicitária transmitida durante os períodos horários previstos para a publicidade televisiva não deve destinar-se a captar a atenção de menores de 12 anos. Resulta das observações do Governo sueco que essa proibição é extensiva às transmissões de televisão por cabo [3] e por satélite [4]. É pacífico entre as partes que a lei da radiodifusão não é directamente aplicável a transmissões televisivas feitas de fora da Suécia.

9. Na sua jurisprudência, o Marknadsdomstol estabeleceu os princípios de que

a) a comercialização que infrinja disposições jurídicas imperativas pode ser considerada desleal, na acepção da lei sobre as práticas comerciais, e

b) a publicidade enganosa é normalmente considerada desleal, na acepção da mesma lei.

10. Verifica-se que o Marknadsdomstol tem competência para tratar casos relacionados com determinada legislação, incluindo a lei sobre as práticas comerciais, mas não a lei da radiodifusão. Penso ser por isso que a acção do provedor dos consumidores no primeiro processo foi intentada com base em que a publicidade é desleal na acepção da lei sobre as práticas comerciais por ser contrária à proibição da lei da radiodifusão, em vez de directamente com base na própria lei da radiodifusão. Além disso, o provedor dos consumidores alega que a publicidade emitida a partir do Reino Unido é desleal, na acepção da mesma lei, apesar de ser pacífico que a lei da radiodifusão se aplica directamente apenas a publicidade transmitida a partir da Suécia.

Os factos e as questões submetidas

11. O primeiro processo diz respeito à publicidade televisiva de uma revista para crianças sobre dinossauros. O provedor dos

2 — 1966: 755.
3 — 1991: 2027.
4 — 1992: 1356.

consumidores pede ao Marknadsdomstol, em conformidade com a lei sobre as práticas comerciais, a) que proíba o editor da revista de comercializar o seu produto de forma a captar a atenção de crianças menores de 12 anos ou b), em alternativa, que o obrigue a fazer constar de modo claro na publicidade o preço de toda a série de 18 fascículos e o proíba de sugerir na publicidade que a totalidade das peças de um modelo fluorescente de dinossauro pode ser obtida pelo preço de um fascículo, em vez de pelo preço de toda a série.

12. O segundo processo diz respeito à publicidade televisiva de produtos de cuidados da pele. O provedor dos consumidores pede ao Marknadsdomstol, em conformidade com a lei sobre as práticas comerciais,

a) que proíba o anunciante de, em relação com a comercialização de produtos de cuidados da pele,

i) fazer afirmações sobre o efeito desses produtos na pele sem poder, no momento da comercialização, provar o que afirma;

ii) fazer afirmações de que os produtos têm propriedades curativas ou terapêuticas, quando os mesmos não foram autorizados como medicamentos;

iii) dar a entender que os compradores receberão produtos adicionais quando o produto não é normalmente vendido ao mesmo preço que é indicado na publicidade;

iv) fazer comparações de preços que o anunciante não pode demonstrar estarem relacionados com os mesmos produtos ou com produtos equivalentes; e

v) indicar que, para receber determinados produtos adicionais, o consumidor tem de fazer a encomenda dentro de vinte minutos ou num período igualmente curto, e

b) que imponha ao anunciante que indique claramente os custos adicionais de porte, entrega, etc.

13. O terceiro processo diz respeito à publicidade televisiva de detergentes. O provedor dos consumidores pede ao Marknadsdomstol, em conformidade com a lei sobre as práticas comerciais, que proíba o anunciante de a) fazer afirmações sobre a eficácia e efeito dos produtos no ambiente, quando essas afirmações não podem ser provadas, e b) utilizar formulações imprecisas que dêem a entender que o produto é benéfico para o ambiente.

14. Em todos os processos, a publicidade televisiva foi transmitida para a Suécia por satélite a partir do Reino Unido e foi exibida

no canal TV3. A publicidade foi, além disso, exibida em todos os processos num canal nacional (TV4 no primeiro processo, Homeshopping Channel nos segundo e terceiro processos), sem ter sido previamente transmitida de outro Estado-Membro, apesar de só em relação ao primeiro caso se pedir ao Tribunal que aprecie a compatibilidade, com o direito comunitário, de restrições requeridas contra o anunciante relativamente às emissões internas.

15. A TV3 é uma empresa estabelecida no Reino Unido. Transmite programas de televisão por satélite a partir do Reino Unido para a Dinamarca, Suécia e Noruega. Resulta das observações da demandada nos segundo e terceiro processos que o sinal transmitido por satélite pode ser recebido directamente pelos telespectadores que possuam antenas parabólicas ou por empresas de cabo, que depois o distribuem por cabo aos telespectadores. Embora os mesmos sinais de vídeo sejam transmitidos para todos os Estados destinatários, o sinal áudio é recebido na língua de cada região.

16. A demandada no primeiro processo, a De Agostini (Svenska) Förlag AB (a seguir «De Agostini»), é uma empresa sueca que pertence a um grupo italiano, o Istituto Geografico De Agostini, que tem sociedades em vários países europeus. As actividades do grupo consistem principalmente na edição, incluindo a publicação de revistas em várias línguas europeias. A revista infantil em questão é descrita pela De Agostini como uma revista enciclopédica sobre dinossauros. É publicada em séries, cada uma delas composta por vários números. Cada número é acompanhado de uma peça de um modelo de dinossauro: comprando-se toda a série, obtêm-se todas as peças do modelo. A revista, que é publicada em várias línguas, foi lançada em vários Estados-Membros desde a sua criação em 1993, aparentemente em cada caso por uma filial local do grupo De Agostini. Todas as versões linguísticas da revista são impressas em Itália.

17. O anúncio do primeiro processo, antes de ser exibido na TV3 em Setembro de 1993, já tinha sido exibido em diferentes versões linguísticas em todos os então Estados-Membros da CE, com excepção da Grécia, onde só foi lançado em Janeiro de 1995 e onde aparentemente tem sido exibido desde então. Em parte alguma, a não ser no Reino Unido, se sugeriu que o anúncio poderia constituir violação da legislação interna. No Reino Unido, a Independent Television Commission visionou-o e entendeu não haver fundamentos para se lhe opor.

18. A empresa demandada nos segundo e terceiro processos, a TV-Shop i Sverige AB («TV-Shop»), é uma sociedade sueca pertencente a um grupo internacional com filiais em toda a Europa (em Estados-Membros e não membros) e fora dela. A actividade da TV-Shop consiste na comercialização televisiva e venda por telefone de produtos importados: os potenciais clientes encomendam

por telefone os produtos depois de estes terem sido anunciados na televisão e recebem as encomendas pelo correio. A principal forma de comercialização utilizada — e aparentemente a que está em causa nos presentes processos — consiste em «infomercials», programas apresentados por um apresentador, por vezes com a colaboração de nomes conhecidos, e que constam de demonstrações de produtos, entrevistas com clientes satisfeitos, etc.

19. A De Agostini e a TV-Shop alegam essencialmente que as proibições em questão, contidas na lei sueca, são contrárias aos artigos 30.° e 59.° do Tratado CE e à Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (a seguir «directiva televisão») [5].

20. Os reenvios foram inicialmente feitos para o Tribunal EFTA através de pedidos de parecer do Marknadsdomstol de 30 de Agosto de 1994. Os mesmos pedidos foram retirados depois da adesão da Suécia à União Europeia em 1 de Janeiro de 1995. Por despachos de 7 de Fevereiro de 1995, o Marknadsdomstol pediu a este Tribunal uma decisão prejudicial sobre a questão de saber se o artigo 30.° ou o artigo 59.° do Tratado CE ou a directiva televisão i) (em todos os processos) impedem que um Estado-Membro tome medidas contra um anúncio de televisão que um anunciante emite a partir de outro Estado-Membro ou ii) (no primeiro processo) impedem a aplicação de uma lei nacional que proíbe publicidade destinada às crianças.

21. Deve notar-se que o Tribunal EFTA proferiu decisões em dois processos apensos que envolviam a Noruega e que foram intentados ao abrigo da directiva televisão e dos artigos 11.° e 13.° do Acordo EEE, que são equivalentes aos artigos 30.° e 59.° do Tratado [6]. Estes processos são idênticos ao processo C-34/95, De Agostini, porque dizem respeito a uma proibição norueguesa de publicidade televisiva especificamente destinada às crianças. O Tribunal EFTA entendeu que a directiva se opunha a uma proibição imposta a um anunciante e que o impede de exibir um anúncio contido num programa de televisão de um radiodifusor estabelecido noutro Estado do EEE, se isso surgisse como consequência de uma proibição geral, de direito nacional, de publicidade especificamente destinada às crianças [7]. Na audiência dos presentes processos no Tribunal de Justiça, foi afirmado pelo Governo norueguês (que apresentou observações nos termos do artigo 20.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça) que a proibição norueguesa não fora aplicada desde esse acórdão.

5 — JO L 298, p. 23.

6 — Acórdão de 16 de Junho de 1995, nos processos apensos E-8/94 e E-9/94, Forbrukerombudet/Mattel Scandinavia e Lego Norge.

7 — N.° 57 e dispositivo do acórdão.

A directiva televisão

22. O principal objectivo da directiva televisão (frequentemente referida como directiva «televisão sem fronteiras»), adoptada com base nos artigos 57.°, n.° 2, e 66.° do Tratado, é o de facilitar a livre circulação das transmissões de televisão no interior da Comunidade. Essencialmente, pretende alcançar esse objectivo fixando exigências mínimas que devem ser respeitadas pelos radiodifusores que dependam de um Estado-Membro e, de um modo geral, proibindo os Estados-Membros de sujeitarem as transmissões de outro Estado-Membro a mais controlos antes da recepção ou retransmissão.

23. O preâmbulo dispõe:

«... por consequência, é necessário e suficiente que todas as emissões respeitem a legislação do Estado-Membro de onde provêm [8];

... que é necessário, no âmbito do mercado comum, que todas as emissões provenientes da Comunidade e destinadas a ser captadas no seu interior e, nomeadamente, as emissões destinadas a um outro Estado-Membro respeitem a legislação do Estado-Membro de origem aplicável às emissões destinadas ao público desse Estado-Membro, bem como as disposições da presente directiva [9];

... a obrigação do Estado-Membro de origem de se assegurar de que as emissões são conformes com a legislação nacional, tal como coordenada pela presente directiva, é suficiente, no que diz respeito ao direito comunitário, para garantir a livre circulação das emissões, sem que seja necessário um segundo controlo pelos mesmos motivos nos Estados-Membros receptores [10];

... a presente directiva, ao limitar-se a uma regulamentação que visa especificamente a radiodifusão televisiva, não prejudica os actos comunitários de harmonização em vigor ou futuros que tenham nomeadamente por objecto fazer respeitar os imperativos relativos à defesa dos consumidores, à lealdade das transacções comerciais e à concorrência [11];

... para assegurar de forma completa e adequada a protecção dos interesses dos consumidores que são os telespectadores, é essencial que a publicidade televisiva seja submetida a um determinado número de normas mínimas e de critérios, e que os Estados-Membros tenham a faculdade de fixar normas mais rigorosas ou mais porme-

8 — Décimo segundo considerando.

9 — Décimo quarto considerando.

10 — Décimo quinto considerando.

11 — Décimo sétimo considerando.

norizadas e, em determinados casos, condições diferentes para os organismos de radiodifusão televisiva sob a sua jurisdição [12];

... é necessário, além disso, prever normas para a protecção do desenvolvimento físico, mental e moral dos menores nos programas e na publicidade televisiva [13].»

24. O artigo 1.°, alínea a), da directiva define «radiodifusão televisiva» como «a transmissão primária, com ou sem fio, terrestre ou por satélite, codificada ou não, de programas televisivos destinados ao público».

25. O artigo 1.°, alínea b), define «publicidade televisiva» como «qualquer forma de mensagem televisiva a troco de remuneração ou de outra forma de pagamento similar por uma empresa pública ou privada no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou de profissão liberal, com o objectivo de promover o fornecimento, a troco de pagamento, de bens ou serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações.

Salvo para os efeitos contemplados no artigo 18.°, não se consideram abrangidas as ofertas directivas ao público com vista à venda, compra ou locação de produtos ou com vista ao fornecimento de serviços a troco de remuneração [14]».

26. A pedra angular da estrutura concebida pela directiva é o «princípio do Estado de transmissão». Este princípio, elegantemente expresso no décimo segundo considerando acima citado, é definido no artigo 2.°, que dispõe, na parte que nos interessa:

«1. Cada Estado-Membro velará por que todas as emissões de radiodifusão televisiva transmitidas:

— por organismos de radiodifusão televisiva sob a sua jurisdição

...

respeitem a legislação aplicável às emissões destinadas ao público nesse Estado-Membro.

2. Os Estados-Membros assegurarão a liberdade de recepção e não colocarão entraves à retransmissão nos seus territórios de programas de radiodifusão televisiva provenientes

12 — Vigésimo sétimo considerando.

13 — Trigésimo segundo considerando.

14 — O artigo 18.° diz respeito ao tempo de publicidade autorizado e não é relevante para os presentes processos.

de outros Estados-Membros por razões que caiam dentro dos domínios coordenados pela presente directiva...»

27. A única excepção ao princípio previsto na directiva é a de reiteradas infracções manifestas e graves do artigo 22.°, que procura essencialmente proteger os menores de programas que contenham pornografia, violência gratuita ou outro conteúdo ofensivo especificado. Embora nenhuma das situações aí descritas interesse para os presentes processos, o facto de só nessas circunstâncias muito específicas e extremas um Estado-Membro ser autorizado pela directiva a suspender a transmissão de emissões provenientes de outro Estado-Membro demonstra a importância que o princípio do Estado de transmissão tem no sistema da directiva.

28. O artigo 3.°, n.° 1 (que infelizmente está incorrectamente traduzido na versão inglesa da directiva), permite que os Estados-Membros prevejam disposições mais rigorosas ou mais pormenorizadas nos domínios abrangidos pela directiva, para os organismos de radiodifusão televisiva sob a sua jurisdição. O artigo 3.°, n.° 2, exige que os Estados-Membros assegurem que os organismos de radiodifusão televisiva sob a sua jurisdição cumprem o disposto na directiva.

29. A directiva contém no capítulo IV disposições pormenorizadas sobre publicidade televisiva e patrocínio, algumas das quais serão adiante mencionadas. O artigo 16.°, que diz respeito à protecção dos menores, dispõe:

«A publicidade televisiva não deve causar qualquer prejuízo moral ou físico aos menores, pelo que terá de respeitar os seguintes critérios para a protecção desses mesmos menores:

a) não deve incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, à compra de um determinado produto ou serviço;

b) não deve incitar directamente os menores a persuadir os seus pais ou terceiros a comprar os produtos ou serviços em questão;

c) não deve explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, professores ou noutras pessoas;

d) não deve, sem motivo, apresentar menores em situação de perigo.»

30. Deve recordar-se que nos três processos o tribunal nacional pergunta, entre outras coisas, se a directiva televisão proíbe um Estado-Membro de tomar medidas contra publicidade televisiva transmitida a partir de outro Estado-Membro. Além disso, no processo De Agostini, aquele tribunal pergunta designadamente se a mesma directiva impede a aplicação de legislação nacional que proíbe a publicidade destinada às crianças. Resulta do despacho de reenvio que a última questão se prende especificamente com publicidade transmitida no canal nacional, TV4. Começarei por apreciar a primeira questão, que se prende com a publicidade transmitida a partir do Reino Unido no canal TV3.

31. Antes de abordar a questão específica de saber se o artigo 2.°, n.° 2, da directiva televisão proíbe que um Estado-Membro restrinja a retransmissão, no seu território, de transmissões do tipo em questão, apreciarei três argumentos aduzidos por vários interessados, no sentido de que a directiva televisão não é de modo algum aplicável nas circunstâncias dos presentes processos.

O argumento de que a TV3 é um canal sueco

32. Em primeiro lugar, o provedor dos consumidores alega, com efeito, que a TV3 deve na prática ser considerada um canal sueco de televisão, do mesmo modo que a TV4, porque a) todos os seus programas exibidos na Suécia são produzidos na Suécia; b) todos os programas são dobrados ou legendados em sueco; c) todos os locutores falam sueco e d) os anúncios são exclusivamente concebidos para o mercado sueco, atendendo à lingua em que são preparados e aos produtos comercializados (deve todavia observar-se que esta última afirmação é contraditória com as explicações dadas pela De Agostini e pela TV-Shop quanto à sua estratégia de comercialização).

33. Tanto quanto diz respeito à directiva televisão, o provedor dos consumidores pretende presumivelmente sustentar que a Suécia tem o direito de adoptar, relativamente à TV3, disposições mais rigorosas que as contidas na directiva, com fundamento em que, pelas razões acima enumeradas, a TV3 está sob a sua jurisdição, na acepção do artigo 3.°, n.° 1, da directiva.

34. A meu ver, esta tese é insustentável. Pelas razões dadas pelo Tribunal no acórdão Comissão/Reino Unido [15], relativamente ao sentido a dar à mesma expressão no artigo 2.°, n.° 1, da directiva televisão, considero que o Estado-Membro sob cuja jurisdição um radiodifusor se encontra é o Estado-Membro onde esse radiodifusor está estabe-

15 — Acórdão de 10 de Setembro de 1996 (C-222/94, Colect., p. I-4025, n.os 35 a 42): v. também os n.os 32 a 75 das conclusões do advogado-geral C. O. Lenz.

lecido. Como a TV3 está estabelecida no Reino Unido, está sob a jurisdição deste Estado, para efeitos da directiva. Pode observar-se que a tese aduzida pelo Reino Unido e rejeitada pelo Tribunal naquele processo, de que devem entender-se como «radiodifusores sob a jurisdição de um Estado-Membro» aqueles que transmitem os seus programas de televisão a partir do interior do território desse Estado-Membro, nenhuma utilidade teria para o provedor dos consumidores no presente caso, uma vez que a publicidade televisiva em questão foi transmitida a partir do Reino Unido.

O argumento de que a directiva não abrange os anunciantes

35. Em segundo lugar, o provedor dos consumidores e os Governos sueco, finlandês e norueguês alegam que a directiva, em geral, e o princípio do Estado de transmissão, em especial, abrangem apenas o comportamento dos radiodifusores e não o dos anunciantes, de modo que a directiva não impede um Estado-Membro de tomar medidas, como neste caso, contra um anunciante a respeito de publicidade televisiva transmitida de outro Estado-Membro.

36. A meu ver, este argumento não colhe, por várias razões.

37. Se a directiva fosse considerada inaplicável aos anunciantes, isso afectaria seriamente o objecto e o efeito do princípio do Estado de transmissão: o Estado de recepção poderia livremente restringir a transmissão de publicidade a partir de outro Estado-Membro, o que, *ex hypothesi*, «(colocaria) entraves à retransmissão nos seus territórios de programas de radiodifusão televisiva», em violação do n.º 2 do artigo 2.º

38. Além disso, seria incongruente a directiva não ser aplicável aos anunciantes, atendendo a que contém numerosas disposições sobre a forma e o conteúdo da publicidade televisiva.

39. Por fim, considerar a actividade de radiodifusão como sendo intrinsecamente distinta de outras actividades acessórias, como a publicidade, poderia abrir o caminho aos Estados-Membros para elaborarem medidas legislativas que se aplicassem apenas aos produtores, anunciantes, patrocinadores, etc., criando assim de facto limitações às actividades de radiodifusão televisiva, embora sem formalmente violarem a directiva. Esta concepção não pode ser compatível com os objectivos da directiva ou com as intenções do legislador.

O argumento de que se aplica a jurisprudência Van Binsbergen

40. O terceiro argumento para sustentar que a directiva não é aplicável no presente caso, sustentado pelo Provedor dos Consumidores e pelos Governos sueco, finlandês, norueguês e belga, vai no sentido de que ela não se aplica a publicidade em transmissões de televisão que se destinam especificamente apenas ao Estado de recepção.

41. Este argumento baseia-se no acórdão Van Binsbergen [16], em que o Tribunal formulou pela primeira vez o princípio de que um Estado-Membro tem o direito de tomar medidas para evitar que um prestador de serviços, cuja actividade está total ou principalmente orientada para o seu território, utilize a liberdade de prestação de serviços para tornear a legislação aplicável no Estado de destino.

42. Ainda recentemente (embora relativamente a factos ocorridos antes de decorrido o prazo para transposição da directiva televisão), o Tribunal aplicou esse princípio ao sector da radiodifusão televisiva nos acórdãos Veronica Omroep Organisatie [17] e TV10 [18].

43. No acórdão Veronica Omroep Organisatie, o Tribunal confirmou a validade de uma legislação nacional que proíbe os organismos nacionais de radiodifusão de ajudar a criar sociedades comerciais de rádio e televisão no estrangeiro com o objectivo de aí prestarem serviços destinados ao Estado legislador, tendo observado que essa legislação, com a finalidade de proteger o exercício das liberdades garantidas pelo Tratado, tinha o efeito específico de garantir que aqueles organismos não podiam subtrair-se indevidamente às obrigações decorrentes da legislação nacional relativas ao conteúdo pluralista e não comercial dos programas [19].

44. No acórdão TV10, o Tribunal declarou que as disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços não impediam um Estado-Membro de equiparar a um organismo de radiodifusão nacional um organismo de radiodifusão constituído ao abrigo da legislação de outro Estado-Membro e estabelecido neste Estado, cujas actividades eram inteira ou principalmente dirigidas para o território do primeiro Estado-Membro, se o referido organismo de radiodifusão se tivesse estabelecido aí para poder subtrair-se às normas que lhe seriam aplicáveis no caso de se ter estabelecido no território do primeiro Estado [20].

45. O princípio afirmado no acórdão Van Binsbergen pode ser encarado simplesmente como uma aplicação do princípio geral do abuso de direito, reconhecido na maior parte

16 — Acórdão de 3 de Dezembro de 1974 (33/74, Colect., p. 543).

17 — Acórdão de 3 de Fevereiro de 1993 (C-148/91, Colect, p. I-487).

18 — Acórdão de 5 de Outubro de 1994 (C-23/93, Colect., p. I-4795).

19 — N.º 13.

20 — N.º 2 do dispositivo do acórdão.

dos sistemas jurídicos. Como tal, seria de esperar que continuasse a poder ser aplicado no âmbito da radiodifusão televisiva independentemente da transposição da directiva televisão, e o advogado-geral C. O. Lenz subscreveu recentemente esta posição [21]. Contudo, como o advogado-geral deixou bem claro, esta tese não deve ser entendida de modo demasiado amplo: não deve ignorar-se que, como excepção a uma das liberdades que constituem o mercado interno, o alcance da intervenção que este princípio confere ao Estado-Membro de recepção deve ter interpretação restritiva [22]. Embora, no acórdão Comissão/Bélgica, o Tribunal tenha deixado em aberto a questão de saber se o princípio continuava a ser aplicável no domínio da radiodifusão televisiva, decidiu que, de qualquer modo, ele não autoriza um Estado-Membro a excluir de forma genérica que determinados serviços possam ser fornecidos por operadores estabelecidos noutros Estados-Membros, uma vez que isso significaria suprimir a livre prestação de serviços [23].

46. Além disso, permitir que o princípio seja invocado num caso como o presente, em que os interesses protegidos pelas normas que alegadamente se pretendeu contornar estão incluídos no âmbito da directiva, enfraqueceria gravemente o princípio do Estado de transmissão, que é a expressão principal do objectivo da directiva de eliminar os obstáculos à livre circulação de serviços, tendo em vista a conclusão do mercado interno [24].

É presumivelmente por essa razão que a directiva não contém nenhuma disposição como a do artigo 16.° da Convenção Europeia sobre a Televisão Transfronteiras de 5 de Maio de 1989 (em que o capítulo V da directiva, relativo à publicidade televisiva e ao patrocínio, se inspirou em grande medida), que dispõe expressamente que as mensagens publicitárias «dirigidas específica e frequentemente à audiência de uma única parte que não a parte de transmissão não devem contornar as regras sobre publicidade televisiva naquela parte». A opinião da Comissão, de que essa omissão foi deliberada, foi recentemente subscrita pelo advogado-geral C. O. Lenz, que observa, nas suas conclusões no processo Comissão/Reino Unido [25], que uma disposição como o artigo 16.° da Convenção seria inadequada num conjunto de normas que se destina a realizar o mercado interno. Além do mais, tal opinião é coerente com a decisão do Tribunal EFTA nos processos noruegueses, acima mencionados [26].

47. De qualquer modo, nada no presente processo indica que a TV3 se tenha estabelecido no Reino Unido para evitar as disposições suecas em questão. Não pode inferir-se do simples facto de um radiodifusor estabelecido num Estado-Membro transmitir emissões destinadas a serem captadas noutro Estado-Membro que esse radiodifusor pretende eximir-se à legislação aplicável no Estado-Membro de recepção: o radiodifusor

21 — V. o n.° 74 das suas conclusões no processo C-11/95 (acórdão de 10 de Setembro de 1996, Comissão/Bélgica, Colect., p. I-4115).

22 — *Ibidem*, n.° 75.

23 — N.° 65 do acórdão.

24 — V. o segundo considerando do preâmbulo.

25 — Referido na nota 15; v. o n.° 55 das conclusões.

26 — Referidos na nota 6, n.^{os} 51 a 53 do acórdão.

deve agir *wrongfully* [27] ou *improperly* [28] para que se aplique a princípio da jurisprudência Van Binsbergen. Esta tese é confortada pelo facto de a própria directiva indicar no décimo quarto considerando que «é necessário que todas as emissões provenientes da Comunidade e destinadas a ser captadas no seu interior e, nomeadamente, as emissões destinadas a um outro Estado-Membro respeitem a legislação do Estado-Membro de origem»: portanto, um Estado-Membro não pode partir do princípio de que todas as transmissões de radiodifusores estrangeiros destinadas especificamente ao seu público constituem, só por isso, um abuso [29]. Além disso, o ónus da prova do comportamento incorrecto recai sobre o Estado-Membro que pretende beneficiar da excepção [30].

48. Acresce que o facto de nos presentes processos as transmissões da TV3, como resulta das observações apresentadas, serem emitidas (embora com sinal sonoro diferente) para a Dinamarca e Noruega, além da Suécia, sugere que a aplicação do princípio — concebido para evitar o recurso ao direito comunitário por um prestador de serviços cuja actividade é dirigida total ou principalmente para o Estado-Membro que pretende invocá-lo — não é adequada.

49. Por fim, abordarei o argumento aduzido pela TV-Shop no sentido de que o princípio da jurisprudência Van Binsbergen só pode ser invocado quando as legislações em questão — concretamente, a legislação que uma entidade pretendeu tornear e a legislação a que, em vez dela, a mesma entidade fica sujeita — sejam significativamente diferentes. Atendendo a que as normas relacionadas com a publicidade televisiva são em termos gerais semelhantes na Suécia e em Inglaterra, sustenta que não é possível aplicar o princípio.

50. É óbvio que, quando as legislações em questão sejam iguais para todos os efeitos, não haverá na prática margem para aplicar o princípio, uma vez que nada se ganhará em evitar um sistema para se optar pelo outro. Quando as diferenças entre legislações sejam suficientes para justificar que uma sociedade se estabeleça noutro Estado-Membro apenas para explorar essas diferenças, então, *ex hypothesi*, haverá a possibilidade de se aplicar o princípio. A meu ver, não é desejável nem praticável estabelecer qualquer regra geral quanto ao grau de paridade juridicamente necessário para afastar ou desencadear a aplicação do princípio.

27 — Acórdão TV10, referido na nota 18, n.º 21 do acórdão. A expressão utilizada na versão francesa, «de manière abusive», é talvez mais forte. Contudo, parece não existir advérbio equivalente em neerlandês, língua do processo.

28 — Acórdão Veronica, referido na nota 17, n.º 13 do acórdão. A expressão utilizada em francês é «abusivement»; mais uma vez, parece não existir equivalente em neerlandês, língua do processo.

29 — V. o n.º 74 das conclusões do advogado-geral C. O. Lenz no processo Comissão/Bélgica, referido na nota 21. V. também a análise do advogado-geral C. O. Lenz no processo TV10, referido na nota 18 (n.ºs 62 a 68 das conclusões), dos factores relevantes para determinar a fuga às disposições jurídicas por parte de uma pessoa colectiva.

30 — V. as conclusões do advogado-geral C. O. Lenz no processo Comissão/Bélgica, referido na nota 21, n.º 75.

51. O efeito cumulativo das observações feitas acima é, a meu ver, suficiente para afastar, nos presentes processos, qualquer argumento baseado na jurisprudência Van Binsbergen.

52. De qualquer modo, não estou convencido de que o princípio, ainda que aplicável, fosse útil aos que o invocam no presente caso. Um aspecto distintivo é o de que, em contraste com os processos Veronica Omroep Organisatie e TV10, a aplicação da medida aqui em questão não é pedida contra a TV3, o prestador de serviços que está estabelecido noutro Estado-Membro, mas contra o anunciante que está claramente estabelecido na Suécia. Seria necessário um desenvolvimento adicional do princípio do acórdão Van Binsbergen para que ele fosse aplicável nas presentes circunstâncias. Além disso, qualquer tentativa de sustentar que o anunciante pretendia utilizar uma sociedade estabelecida noutro Estado-Membro apenas para se eximir à legislação nacional fracassaria, atendendo a que os anúncios em questão foram também transmitidos em canais nacionais (a TV4, no caso De Agostini, e o Homeshopping Channel, no caso TV-Shop).

53. Assim, não estou convencido por qualquer dos argumentos de ordem geral destinados a demonstrar que a directiva televisão não é aplicável nas circunstâncias dos presentes processos. Abordarei agora a questão específica submetida pelo tribunal nacional, concretamente a de saber se aquela directiva impede um Estado-Membro de tomar medidas contra publicidade televisiva transmitida de outro Estado-Membro. A resposta a esta questão é, a meu ver, em todos os processos, que a directiva televisão se opõe a que um Estado-Membro tome tais medidas.

54. O artigo 2.°, n.° 2, da directiva, acima citado, proíbe os Estados-Membros de colocarem entraves à transmissão, nos seus territórios, de emissões de radiodifusão televisiva provenientes de outros Estados-Membros por motivos que se incluam nos domínios coordenados pela directiva. Assim sendo, a resposta à questão do tribunal nacional depende de saber se a regulamentação da publicidade em causa se inclui nesses domínios. O processo De Agostini diz principalmente respeito a publicidade dirigida às crianças; além disso, a providência requerida pelo provedor dos consumidores em alternativa parece basear-se no entendimento de que a publicidade é em parte enganosa e, portanto, contrária à lei sobre as práticas comerciais. No processo TV-Shop, o fundamento com que o provedor dos consumidores pretende proibir o anunciante de fazer determinadas afirmações e sugestões na sua publicidade parece ser o de que a publicidade é enganosa e, portanto, contrária à lei sobre as práticas comerciais. Vou analisar separadamente os dois tipos de publicidade.

A publicidade dirigida às crianças

55. O provedor dos consumidores e os Governos sueco, finlandês, norueguês e grego procuram justificar a restrição às transmissões em causa no processo De Agostini com o fundamento de que essa restrição se destina a proteger as crianças da publicidade televisiva.

56. A meu ver, tal objectivo, por muito louvável que seja, inclui-se claramente nos domínios coordenados pela directiva televisão, caso em que se aplica o n.º 2 do artigo 2.º e o Estado de recepção não deve colocar entraves no seu território às transmissões provenientes de outros Estados-Membros. A meu ver, esta conclusão resulta do sistema da directiva e das suas disposições relativas à publicidade.

57. Resulta claro do vigésimo sétimo considerando que a directiva fixa «um determinado número de normas mínimas e de critérios» para a publicidade televisiva, no interesse da protecção do consumidor. Os vigésimo nono, trigésimo e trigésimo segundo considerandos fornecem vários motivos adicionais para se proibir ou limitar determinados tipos de publicidade televisiva, como a do tabaco e de medicamentos; esses motivos incluem (no trigésimo segundo considerando) a protecção do desenvolvimento físico, mental e moral dos menores nos programas e na publicidade televisiva.

58. O capítulo IV da directiva televisão, «Publicidade televisiva e patrocínio», estabelece disposições gerais e específicas para a regulamentação da publicidade feita nas transmissões televisivas. Este capítulo, que consiste nos artigos 10.º a 21.º, fixa regras sobre quando, onde e como os anúncios podem ser passados (artigos 10.º, 11.º, 18.º a 20.º) e regras sobre o conteúdo e a apresentação dos anúncios (artigos 12.º a 16.º).

59. O artigo 12.º impõe que sejam respeitados determinados padrões gerais de ordem ética e de interesse público. O artigo 13.º contém uma proibição rigorosa de toda e qualquer forma de publicidade televisiva de cigarros e de outros produtos à base de tabaco. O artigo 14.º proíbe a publicidade televisiva de determinados medicamentos e tratamentos. O artigo 15.º estabelece um certo número de critérios que a publicidade de bebidas alcoólicas deve respeitar, entre os quais o de ela não se dirigir especificamente aos menores nem apresentar menores a consumir tais bebidas. Por fim, o artigo 16.º dispõe que a publicidade televisiva não deve causar qualquer prejuízo moral ou físico aos menores e deve, portanto, respeitar determinados critérios para a sua protecção.

60. O artigo 21.° exige que os Estados-Membros assegurem que, no caso de transmissões televisivas que não respeitem o disposto no capítulo IV, sejam aplicadas medidas adequadas destinadas a assegurar o cumprimento dessas disposições.

61. A meu ver, resulta claro do efeito conjugado das disposições acima consideradas que a directiva televisão fixa normas mínimas e critérios para regular a publicidade televisiva, incluindo normas sobre a protecção dos menores.

62. Em conformidade, concluo que o tipo de publicidade aqui em causa, ou seja, a publicidade dirigida às crianças, se inclui no âmbito da directiva televisão, e assim, por força do n.° 2 do artigo 2.°, um Estado-Membro não pode criar entraves à transmissão no seu território.

63. Deve notar-se que o Tribunal EFTA chegou à mesma conclusão quanto ao efeito conjugado dos artigos 16.° e 2.°, n.° 2, nos processos noruegueses acima mencionados [31].

A publicidade enganosa

64. Embora os anúncios na TV-Shop sejam aquilo que é designado por «televendas», não sendo assim abrangidos pela definição de «publicidade televisiva» para efeitos do capítulo IV da directiva televisão, elas são todavia indiscutivelmente emissões de radiodifusão televisiva para efeitos do capítulo II da directiva, «Disposições gerais»; assim, o artigo 2.°, n.° 2, da directiva proíbe as restrições às transmissões por razões que caiam dentro dos domínios coordenados pela directiva.

65. O provedor dos consumidores, os Governos sueco e finlandês e a Comissão sustentam que a regulamentação da publicidade enganosa não é abrangida pelo âmbito da directiva televisão. São aduzidos diversos argumentos em apoio desta tese.

66. Antes de analisar esses argumentos, será adequada uma breve referência à Directiva 84/450/CEE, de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa [32] (a seguir «directiva sobre publici-

31 — Referidos na nota 6; v. os n.os 31 a 41 do acórdão e o dispositivo.

32 — JO L 250, p. 17; EE 15 F5 p. 55.

dade enganosa»), uma vez que ela é invocada por vários interessados.

67. A directiva sobre publicidade enganosa visa melhorar a protecção do consumidor e pôr fim às distorções de concorrência e aos entraves à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços decorrentes das disparidades entre as legislações dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa [33]. Tendo presentes estes objectivos, pretende fixar critérios objectivos mínimos para determinar se a publicidade é enganosa e exigências mínimas para que seja proporcionada protecção contra esse tipo de publicidade. «Publicidade» e «publicidade enganosa» são amplamente definidas [34] e abrangeriam indiscutivelmente informações incorrectas do tipo alegadamente feito num «infomercial» televisivo.

68. O primeiro argumento quanto à razão por que a directiva televisão não se aplica à publicidade enganosa é adiantado pelo provedor dos consumidores, que afirma que a proposta inicial da Comissão para a directiva televisão [35] indica claramente que a legislação nacional sobre publicidade pode ser aplicada a publicidade transfronteiriça.

69. Uma vez que nada nesse sentido consta da proposta de directiva — que, pelo contrário, faz referência ao efeito negativo que as disparidades no domínio da publicidade radiodifundida têm na livre circulação das mercadorias e dos serviços [36] —, deve entender-se que o provedor dos consumidores se refere à nota explicativa da Comissão relativa à proposta de directiva [37].

70. De facto, refere-se nessa nota que os Estados-Membros deveriam continuar a poder aplicar, às transmissões transfronteiriças, legislação nacional não discriminatória relativa à publicidade em geral, desde que essa legislação fosse necessária no interesse público, para satisfazer exigências imperativas referentes, em especial, à protecção da saúde pública, à lealdade das transacções comerciais e à protecção do consumidor [38]. A nota prossegue, contudo, especificando que essa possibilidade se destinava a ser utilizada em domínios em que não houvesse harmonização [39]. Como o domínio da publicidade enganosa foi harmonizado pela directiva sobre publicidade enganosa, não existe a possibilidade de um Estado-Membro invocar

33 — Acórdão de 16 de Janeiro de 1992 (C-373/90, Inquérito preliminar contra X, Colect., p. I-131, n.° 9).

34 — V. o artigo 2.°

35 — Proposta de directiva do Conselho relativa à coordenação de determinadas disposições dos Estados-Membros respeitantes à prossecução de actividades de radiodifusão (JO 1986, C 179, p. 4).

36 — V. o décimo sexto considerando do preâmbulo.

37 — COM(86) 146 final.

38 — N.° 47.

39 — N.° 48.

a legislação nacional nesse domínio para restringir as transmissões transfronteiriças.

71. Esta interpretação é compatível não só com a nota explicativa a que o provedor dos consumidores faz referência, mas também com os objectivos de harmonização em geral.

72. O provedor dos consumidores refere também o artigo 11.° da Convenção Europeia sobre a Televisão Transfronteiras, que dispõe no seu n.° 2 que a publicidade não deve ser enganosa nem afectar os interesses dos consumidores. Embora não tenha sido mais desenvolvido, pode inferir-se que o argumento do provedor dos consumidores é o de que o facto de a publicidade enganosa ser expressamente tratada na Convenção, mas não referida na directiva, sugere que a omissão neste diploma foi deliberada e por isso reforça a sua tese de que a directiva não se aplica à publicidade enganosa.

73. A meu ver, este argumento não colhe.

74. A Convenção sobre a Televisão Transfronteiras deve ser considerada no seu contexto específico: contrariamente à directiva televisão, não foi adoptada tendo como pano de fundo medidas de harmonização existentes. Os autores da Convenção consideraram presumivelmente que, para beneficiar da liberdade de recepção que a Convenção pretendia instituir, a publicidade devia respeitar uma exigência genérica de não ser enganosa e não afectar os interesses dos consumidores. Como não existia nenhum diploma que impusesse tal exigência, esta foi incluída na Convenção. Por seu lado, os autores da directiva televisão não tinham necessidade de legislar nesse sentido, uma vez que a directiva sobre publicidade enganosa, adoptada cinco anos antes da directiva, já impunha que os Estados-Membros adoptassem legislação que protegesse os consumidores contra a publicidade enganosa. Portanto, o facto de a Convenção contemplar a publicidade enganosa não apoia, a meu ver, o argumento de que a directiva não abrange tal publicidade.

75. O provedor dos consumidores, o Governo sueco e a Comissão invocam o décimo sétimo considerando da directiva televisão em apoio da sua tese de que aquela directiva não impede as restrições à transmissão com base em legislação sobre publicidade enganosa. O considerando afirma que a directiva não prejudica actos comunitários de harmonização em vigor ou futuros, nomeadamente que tenham por objecto fazer respeitar imperativos relativos à defesa do consumidor, à lealdade das transacções comerciais e à concorrência.

76. Nem sempre é fácil separar as várias argumentações sobre o significado e efeitos do décimo sétimo considerando. Contudo, o elemento comum parece ser o de «os actos comunitários de harmonização» nele referidos incluírem em especial a directiva sobre publicidade enganosa, e o efeito é o de um Estado-Membro poder continuar a proibir a transmissão de publicidade que é enganosa, na acepção desta directiva, e, presumivelmente, da legislação nacional que dá cumprimento à mesma directiva.

77. O considerando que diz que a directiva televisão não prejudica os actos comunitários de harmonização em vigor ou futuros significa, a meu ver, apenas isso: tais actos de harmonização não serão afectados por ela. Assim sendo, a directiva sobre publicidade enganosa permanece em vigor na sua versão *original: os Estados-Membros continuam* a estar obrigados a assegurar que a legislação nacional confere pelo menos, contra a publicidade enganosa, a protecção mínima exigida pela directiva. Todavia, não vejo que existam quaisquer fundamentos para a interpretar como significando que um domínio que tenha sido objecto de harmonização está *ipso facto* excluído do âmbito da directiva televisão.

78. No preâmbulo da directiva sobre publicidade enganosa, que explica os objectivos da directiva, declara-se que as diferenças entre as legislações dos Estados-Membros entravam a realização de campanhas publicitárias para além das fronteiras nacionais, afectando assim a livre circulação de mercadorias e serviços [40]: por esta razão, entre outras, pretende aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros sobre publicidade enganosa. Seria perverso que uma directiva que pretende expressamente incentivar a livre circulação de mercadorias e serviços facilitando a publicidade transfronteiras pudesse ser utilizada para o efeito oposto.

79. Por fim, o provedor dos consumidores, o Governo sueco e a Comissão alegam que a publicidade enganosa não se inclui nos domínios coordenados pela directiva televisão, na acepção do artigo 2.°, n.° 2, de modo que um Estado-Membro pode restringir a transmissão de publicidade emitida de outro Estado-Membro com o fundamento de que ela viola a legislação do Estado de recepção sobre publicidade enganosa. Este argumento reproduz claramente, em certa medida, o anterior. Contudo, a Comissão sustenta além disso que, como não existe na directiva televisão uma disposição específica que a regule, a publicidade enganosa não se inclui entre os domínios coordenados.

80. A meu ver, esta posição confunde duas questões distintas, concretamente os domínios coordenados pela directiva e as matérias específicas reguladas por ela. É o primeiro

40 — Quarto considerando.

aspecto que é fundamental para determinar se se aplica o artigo 2.°, n.° 2.

81. Os domínios coordenados pela directiva incluem a promoção da distribuição e da produção de programas televisivos (capítulo III), a publicidade televisiva e o patrocínio (capítulo IV), a protecção dos menores (capítulo V) e o direito de resposta (capítulo VI). A meu ver, esta interpretação resulta claramente do sistema e objectivos da directiva; a confirmação de que é a interpretação correcta resulta também dos trabalhos preparatórios, que indicam que a directiva se destinava a coordenar os domínios acima referidos (acrescidos, originariamente, do direito de autor) através, entre outros aspectos, da coordenação das legislações nacionais que podem ser invocadas para entravar a recepção de transmissões transfronteiriças [41]. Portanto, uma interpretação restritiva do conceito de «domínios coordenados» pela directiva não é adequada.

82. Além disso, esta posição encontra apoio nas conclusões do advogado-geral C. O. Lenz no processo Comissão/Bélgica [42], no contexto de um argumento de que, uma vez que os conceitos de ordem pública, moralidade e segurança não são expressamente — ou exaustivamente — mencionados na directiva, não se incluem entre os domínios coordenados pela directiva para efeitos do artigo 2.°, n.° 2, pelo que um Estado-Membro pode restringir a transmissão por razões que se prendem com esses conceitos. O advogado-geral C. O. Lenz rejeitou este argumento com o fundamento de que tal interpretação destruiria em larga medida a liberalização prosseguida pela directiva, que se baseia no princípio fundamental da confiança mútua dos Estados-Membros. A proibição de um segundo «controlo» das transmissões pelo Estado de recepção é a expressão desse princípio [43]. O Tribunal acolheu o entendimento do advogado-geral [44].

83. É certo que o advogado-geral C. O. Lenz parece sugerir, num ponto anterior das suas conclusões [45], que o efeito do décimo sétimo considerando é o de os aspectos nele mencionados não se incluírem entre os domínios coordenados para efeitos do artigo 2.°, n.° 2. Contudo, esta sugestão foi feita no contexto de vários argumentos que não colhiam, baseados em aspectos que claramente não se incluem nesses domínios, a saber,

i) uma disposição da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que especifica não constituir violação do direito à livre expressão o facto de os Estados exigirem o licenciamento de empresas de radiodifusão, entre outras,

ii) o direito de autor (que, embora inicialmente se destinasse a ser um domínio coordenado, que constituía o capítulo V

41 — V., em especial, os n.os 1 a 3 e 24 a 30 da nota explicativa da proposta da Comissão, referida na nota 37.

42 — Referido na nota 21.

43 — V. n.os 99 a 101 das conclusões.

44 — V. n.os 88 e 92 do acórdão.

45 — V. n.° 53.

da proposta da Comissão [46], foi retirado do âmbito da directiva durante o processo legislativo),

iii) o artigo 128.°, n.° 4, do Tratado, que exige que a Comunidade tenha em conta os aspectos culturais na sua acção ao abrigo do Tratado, e

iv) o princípio da subsidiariedade.

Portanto, a observação incidental do advogado-geral sobre o efeito do décimo sétimo considerando talvez não deva ser interpretada de modo demasiado amplo.

84. Por fim, pode notar-se de que o entendimento de que as legislações nacionais sobre publicidade enganosa podem ser invocadas para impedir a transmissão de emissões de outro Estado-Membro não apenas afectariam gravemente o princípio do Estado de transmissão, mas também gerariam importantes dificuldades práticas [47]. É pacífico que nos presentes processos os anunciantes são suecos, pelo que as medidas para a publicidade enganosa existentes em direito sueco lhes poderiam ser aplicadas sem dificuldades de princípio. Contudo, pode frequentemente conceber-se que numa situação análoga o anunciante estará estabelecido noutro Estado-Membro. Nessas circunstâncias, são perfeitamente óbvias as dificuldades práticas de aplicar medidas previstas pela legislação do Estado de recepção.

85. É certo que o Tribunal EFTA, nos processos noruegueses referidos acima [48], manifestou o entendimento de que a directiva televisão não se destinava a impedir um Estado de tomar medidas nos termos da directiva sobre publicidade enganosa relativamente a um anúncio que deva ser considerado enganoso nos termos desta directiva [49]. Contudo, tratou-se claramente de uma observação incidental, e resulta dos termos do acórdão e do relatório para audiência nesses processos que nenhuma das partes apresentou ao Tribunal EFTA argumentos sobre esse aspecto. Num domínio em que as legislações já foram harmonizadas, é difícil encontrar uma justificação para a posição de que essas leis podem ser invocadas contra transmissões relativamente às quais a directiva televisão garante a liberdade de recepção e de transmissão. Além disso — como aliás esses processos demonstram —, o resultado de tal posição seria insatisfatório e anómalo, exigindo que as transmissões individuais fossem conceptualmente decompostas, para determinar quais as partes que se incluíam no âmbito da directiva e quais as que não se incluíam.

86. A meu ver, portanto, o artigo 2.°, n.° 2, da directiva televisão impede um Estado-

46 — Referida na nota 35.

47 — Este aspecto também é referido, embora de modo breve, pelo advogado-geral C. O. Lenz nas suas conclusões no processo Comissão/Bélgica, referido na nota 21; v. o n.° 103 das conclusões.

48 — Referidos na nota 6.

49 — V. n.os 54 a 56 e 58 do acórdão.

-Membro de restringir a transmissão no seu território de emissões televisivas de outros Estados-Membros com o fundamento de que essas emissões violam a legislação nacional sobre publicidade enganosa.

87. Assim, concluo que a directiva televisão proíbe um Estado-Membro de tomar medidas contra anúncios televisivos transmitidos de outro Estado-Membro que sejam dirigidos às crianças ou que sejam alegadamente enganosos, na acepção da directiva sobre publicidade enganosa.

88. Esta conclusão seria a mesma ainda que — como se sugeriu no processo De Agostini [50] — o Reino Unido, apesar de aparentemente impor normas mais rigorosas que as exigidas pela directiva no que respeita à publicidade dirigida às crianças [51], não fiscalize de facto o respeito desses controlos no caso das emissões transmitidas para o estrangeiro, violando assim os artigos 2.°, n.° 1, e 21.° da directiva. A via adequada nesse caso seria a de o Estado de recepção intentar uma acção contra o Estado de recepção nos termos do artigo 170.° do Tratado, ou submeter o assunto à Comissão para efeitos de procedimento nos termos do artigo 169.° [52].

89. Esta via será também adequada se o Estado de recepção considerar que o Estado de transmissão não assegura, como se exige no artigo 2.°, n.° 1, da directiva televisão, que as transmissões feitas por radiodifusores sob a sua jurisdição respeitam a sua própria legislação aplicável às emissões destinadas ao seu público, que no caso da publicidade, na acepção muito ampla da directiva sobre publicidade enganosa, incluirá a sua legislação sobre publicidade enganosa.

90. Note-se que a Comissão intentou recentemente uma acção contra o Reino Unido, nos termos do artigo 169.°, pedindo que fosse declarado que o Reino Unido não transpôs correctamente a directiva televisão [53]. Uma das acusações da Comissão dizia respeito ao facto de no Reino Unido existirem dois regimes distintos para os serviços de satélite internos e não internos; as normas aplicáveis a estes são menos rigorosas que as aplicáveis aos primeiros (e, além disso, resulta de uma troca de cartas com a United Kingdom Independent Television Commission, junta às observações da TV-Shop, que o respeito dessas normas não é de modo algum verificado no Reino Unido quando as emissões não são em inglês). A Comissão alegou que essa distinção constitui violação dos artigos 2.°, n.° 1, e 3.°, n.° 2, da directiva.

50 — V. o n.° 90 das presentes conclusões.

51 — V. n.° 40 do acórdão do Tribunal EFTA nos processos noruegueses, referidos na nota 6.

52 — V. o acórdão Comissão/Bélgica, referido na nota 21, n.os 34 a 37 e n.os 50 e 51 das conclusões do advogado-geral C. O. Lenz. V. também o acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Maio de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Colect., p. I-2553, em especial os n.os 19 e 20).

53 — V. nota 15.

91. O Tribunal proferiu o acórdão no processo Comissão/Reino Unido em 10 de Setembro de 1996, tendo decidido que essa acusação da Comissão era procedente [54].

92. Por fim, no contexto do processo De Agostini, posso abordar sucintamente a segunda questão do tribunal nacional relacionada com o efeito da directiva televisão, concretamente a de saber se ela se opõe à aplicação, ao canal interno TV4, da legislação nacional que proíbe a publicidade dirigida às crianças. A meu ver, é claro que ela não proíbe as restrições à publicidade por ele difundida, uma vez que, nos termos do artigo 3.°, n.° 1, os Estados-Membros têm a faculdade de prever normas mais rigorosas para os organismos de radiodifusão televisiva sob a sua jurisdição. A questão de saber se essa proibição é contrária ao artigo 30.° do Tratado é abordada a seguir.

As disposições do Tratado

O artigo 30.°

93. Além disso, o tribunal nacional pergunta, em primeiro lugar, relativamente aos três processos, se o artigo 30.° ou o artigo 59.° do Tratado se opõem a que um Estado-Membro tome medidas contra publicidade televisiva que um anunciante faz transmitir de outro Estado-Membro e, em segundo lugar, em relação apenas ao primeiro processo, se algum daqueles artigos se opõe à aplicação de uma lei nacional que proíbe a publicidade dirigida às crianças.

94. A primeira dessas questões já não é relevante, atendendo à minha opinião de que a publicidade em questão é abrangida pela directiva televisão, cujo artigo 2.°, n.° 2, impede um Estado-Membro de tomar tais medidas. Assim, abordarei a segunda questão, que, como acima se disse [55], resulta do pedido prejudicial referir-se especificamente à publicidade transmitida no canal interno TV4. Recorde-se que a legislação nacional proíbe toda a publicidade dirigida às crianças, que as revistas em causa no processo De Agostini eram impressas em Itália e que a TV4 é um canal sueco que transmite para o público sueco e que oferece serviços (tempo de antena para publicidade) a uma empresa sueca.

95. A De Agostini alega em substância que as restrições nacionais à publicidade que o

54 — V. n.os 70 a 75 do acórdão. V. também os n.os 84 e 85 das conclusões do advogado-geral C. O. Lenz.

55 — N.° 30.

provedor dos consumidores pretende invocar contra ela são contrárias ao artigo 30.°, que proíbe as restrições quantitativas à importação e todas as medidas de efeito equivalente.

96. O Tribunal decidiu no acórdão Keck e Mithouard [56] que as disposições nacionais que limitam ou proíbem determinadas modalidades de venda não são abrangidas pelo artigo 30.° do Tratado, desde que se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional e desde que afectem da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-Membros [57]. Saber se as medidas em questão são contrárias ao artigo 30.° depende, portanto, no estado actual do direito, de elas preencherem essas exigências.

97. Quanto ao primeiro aspecto, o de saber se as medidas limitam ou proíbem modalidades de venda, o Tribunal decidiu no acórdão Leclerc-Siplec [58] que a proibição de publicidade televisiva num determinado sector (distribuição) dizia respeito a modalidades de venda, uma vez que proibia uma certa forma de promoção (publicidade televisiva) de um determinado método de comercialização (distribuição) de produtos [59]. Uma medida que proíba essa forma de promoção em relação a uma categoria particular de potenciais consumidores, ou a uma categoria particular de bens, deve ser considerada nessa base uma modalidade de venda, admitindo que existam outras formas de promoção para a categoria em causa, e que sejam eficazes. Compete ao tribunal nacional determinar se assim é: note-se que isto é fortemente contestado pela De Agostini.

98. Além disso, para se incluir na categoria das medidas que, com base no acórdão Keck e Mithouard, devem ser consideradas não abrangidas pelo artigo 30.°, a medida em questão deve aplicar-se a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional e deve afectar da mesma forma, juridicamente e de facto, a comercialização dos produtos nacionais e a dos produtos de outros Estados-Membros.

99. A primeira condição encontra-se claramente preenchida nos presentes casos. Todavia, em meu entender, a situação já não é tão clara no que respeita à segunda condição: partilho a preocupação da Comissão de que o efeito da proibição de toda a publicidade televisiva dirigida às crianças poderia de facto ser maior nos produtos de outros Estados-Membros. Tal como disse nas minhas conclusões no acórdão Leclerc-Siplec, seria incompatível com os objectivos do Tratado interpretar o acórdão Keck e Mithouard por forma a excluir do âmbito do artigo 30.° uma proibição total da publicidade de um produto que pode ser legalmente vendido no

56 — Acórdão de 24 de Novembro de 1993 (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097).

57 — N.° 16.

58 — Acórdão de 9 de Fevereiro de 1995 (C-412/93, Colect., p. I-179).

59 — N.° 22.

Estado-Membro onde a proibição é aplicada e em outros Estados-Membros: o efeito dessa proibição seria tal que seria praticamente impossível aos fabricantes de outros Estados-Membros entrar no mercado em que a proibição é aplicada, pelo que essa medida equivaleria a uma restrição quantitativa ao comércio entre Estados-Membros [60]. Seja como for que se interprete o critério de discriminação fixado no acórdão Keck e Mithouard, *será difícil resistir à conclusão* de que na prática tal proibição terá quase de certeza um efeito visível nas importações.

100. *A fortiori*, a mesma preocupação surge relativamente a uma proibição total de publicidade televisiva de qualquer produto a um determinado sector de consumidores. Assim sendo, considero que a proibição total de publicidade dirigida às crianças é, em princípio, contrária ao artigo 30.°

101. Uma medida indistintamente aplicável que restrinja a livre circulação de mercadorias pode, contudo, ser compatível com o Tratado se for necessária para satisfazer exigências imperativas relacionadas com o interesse geral e se for proporcionada ao seu objectivo [61].

102. É pacífico que a lealdade das transacções comerciais e a protecção do consumidor em geral constam entre os objectivos que podem justificar restrições à livre circulação de mercadorias [62]. A protecção de um sector de consumidores especialmente vulnerável, como as crianças, deve por maioria de razão ser também uma razão imperativa de interesse geral susceptível de justificar essas restrições.

103. Além disso, é necessário demonstrar que a restrição não excede aquilo que é necessário para alcançar os objectivos pretendidos. No presente caso, a Comissão exprimiu dúvidas (no contexto paralelo do artigo 59.°) sobre se a proibição total de publicidade dirigida às crianças pode ser correctamente considerada proporcional ao objectivo prosseguido, sustentando que esse objectivo podia ser alcançado através de medidas menos drásticas que a proibição total, por exemplo através de normas sobre o conteúdo e a qualidade ou uma obrigação de indicar o preço de produtos dispendiosos. Outra possibilidade seria talvez isentar da proibição o material educativo.

104. Todavia, não é para mim evidente que atenuar dessa forma a proibição seria um método igualmente eficaz de corresponder à preocupação do Governo sueco de que as crianças pequenas, como não são capazes de distinguir entre documentário e publicidade, não sejam expostas a esta última. Por isso,

60 — V. o n.° 50 das minhas conclusões.

61 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, dito «Cassis de Dijon» (120/78, Recueil, p. 649).

62 — *Ibidem*, n.° 8.

não estou convencido de que a proibição seja necessariamente desproporcionada relativamente aos objectivos prosseguidos. Note-se que o Tribunal aceitou — no âmbito paralelo da justificação de medidas a que se aplica o artigo 59.° — que certos tipos de proibições de publicidade, como a proibição de anunciar determinados produtos em certos dias ou restrições destinadas a permitir aos telespectadores não confundir a publicidade com outras partes do programa, podem ser admissíveis: v. o acórdão Collectieve Antennevoorziening Gouda [63] (embora nesse processo o Tribunal tenha decidido que as restrições não se justificavam de facto, uma vez que os seus objectivo e efeito eram proteger as receitas da fundação nacional de publicidade televisiva).

105. Assim, concluo que o artigo 30.° do Tratado não se opõe a aplicação de legislação nacional que proíbe a publicidade dirigida às crianças com menos de 12 anos.

O artigo 59.°

106. Resulta claro de anteriores decisões do Tribunal que a radiodifusão televisiva em geral e a publicidade televisiva em especial são abrangidas pelas normas do Tratado relativas às prestações de serviços: v., em especial, o já antigo acórdão Sacchi [64]. Embora esse processo dissesse apenas respeito a transmissões terrestres (transmissões por feixes hertzianos) e a transmissões de televisão por cabo, o princípio que ele estabeleceu aplica-se também à forma de transmissão em questão nos presentes casos, a transmissão por satélite [65].

107. O Tribunal apreciou em diversas ocasiões a compatibilidade de restrições à publicidade televisiva com o artigo 59.° [66]. No acórdão Bond van Adverteerders e o. [67], analisou o efeito de uma proibição na publicidade e concluiu que tal proibição implica uma dupla restrição à liberdade de prestar serviços: em primeiro lugar, impede os operadores de redes de televisão por cabo estabelecidos num Estado-Membro de transmitirem programas de televisão fornecidos por radiodifusores televisivos (neste caso, via satélite) estabelecidos noutros Estados-Membros; em segundo lugar, impede esses radiodifusores de programarem — para anunciantes estabelecidos em especial no Estado-Membro onde os programas são recebidos — publicidade destinada ao público desse Estado [68].

63 — Acórdão de 25 de Julho de 1991 (C-288/89, Colect., p. I-4007, n.° 27).

64 — Acórdão de 30 de Abril de 1974 (155/73, Colect., p. 223, n.° 6). V. também o sexto considerando da directiva televisão.

65 — V., de um modo geral, as observações do advogado-geral G. F. Mancini no processo Bond van Adverteerders e o. (acórdão de 26 de Abril de 1988, 352/85, Colect., p. 2085), sobre a relevância que mantêm os princípios estabelecidos no acórdão Sacchi, apesar das posteriores evoluções técnicas nos modos de radiodifusão televisiva.

66 — V. os acórdãos Sacchi, referido na nota 64; de 18 de Março de 1980, Debauve e o. (52/79, Recueil, p. 833); Bond van Adverteerders e o., referido na nota 65, e Collectieve Antennevoorziening Gouda, referido na nota 63.

67 — Referido na nota 65.

68 — N.° 22.

108. As disposições do Tratado sobre livre prestação de serviços não podem aplicar-se, contudo, a actividades cujos elementos relevantes estejam confinados a um único Estado-Membro: saber se é esse o caso depende de apreciações de facto que compete ao tribunal nacional fazer [69].

109. No caso da publicidade transmitida na TV4, o artigo 59.° parece ser inaplicável por essa razão, nas circunstâncias do presente caso: a TV4 é um canal sueco que emite para o público sueco e oferece serviços a uma empresa sueca, embora pertencente a um grupo internacional estabelecido em Itália. Será óbvio, contudo, que esse artigo seria aplicável à legislação nacional em causa noutras circunstâncias que seria fácil conceber: por exemplo, se o anunciante ou os telespectadores não fossem apenas nacionais.

110. Assim sendo, concluo que, nas circunstâncias do processo De Agostini, o artigo 59.° do Tratado não impede a aplicação de legislação nacional que proíbe a publicidade dirigida às crianças.

Conclusão

111. Por estas razões, entendo que se deve responder do seguinte modo às questões submetidas pelo Marknadsdomstol:

«1) O artigo 2.°, n.° 2, da Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, opõe-se a que um Estado-Membro tome medidas contra publicidade televisiva emitida de outro Estado-Membro.

69 — V., por exemplo, os acórdãos Debauve e o., referido na nota 66, n.° 10, e TV10, referido na nota 18, n.° 14.

2) Nem essa directiva nem os artigos 30.° ou 59.° do Tratado se opõem à aplicação, por um Estado-Membro, de legislação nacional que proíbe a publicidade dirigida a menores de 12 anos, quando tanto o anunciante como o radiodifusor estejam estabelecidos nesse Estado e a publicidade seja emitida num canal de televisão nacional captado exclusivamente por telespectadores desse Estado.»