CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 8 de Fevereiro de 2001 [1]

1. A publicidade comparativa é uma noção nova no direito comunitário. Durante muito tempo olhado com desconfiança pelos Estados-Membros, o princípio da sua consagração nos direitos nacionais só foi reconhecido recentemente, no seguimento da adopção da Directiva 97/55/CE [2], à custa de um enquadramento muito restritivo das respectivas condições de aplicação.

2. A abordagem comparativa que pode ser adoptada por um operador económico relativamente à actividade de outros operadores, no domínio da publicidade, contém um número significativo de riscos. Poder-se-á recear que, a partir do momento em que lhes é permitido comparar qualidades e defeitos de bens ou serviços concorrentes, as empresas caiam na armadilha da depreciação ou do parasitismo.

3. À semelhança da publicidade tradicional, a publicidade comparativa visa simultaneamente favorecer o desenvolvimento da actividade da empresa e informar os consumidores. Tal como a primeira, este tipo de publicidade baseia-se na sedução, o que, numa perspectiva comparativa, faz pesar sobre as relações comerciais a constante ameaça de comportamentos desleais.

4. Assim, é difícil contestar a real necessidade de subordinar a regularidade jurídica de qualquer projecto de publicidade comparativa à observância de condições rigorosas fundadas em considerações de lealdade das relações comerciais.

5. O presente processo ilustra bem a ambiguidade que caracteriza a função desempenhada pela publicidade, dividida entre a informação objectiva e a comunicação comercial. O caso em apreço fornece um exemplo nítido de práticas que, ao mesmo tempo, são susceptíveis de serem justificadas por considerações funcionais e suspeitas de retirar partido indevido do renome de uma marca, para o qual em nada contribuiu o seu autor.

1 — Língua original: francês.

2 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa (JO L 290, p. 18).

I — Factos e tramitação processual do processo principal

6. A Toshiba Europe GmbH (a seguir «Toshiba»), requerente no processo principal, é a filial alemã da Toshiba Corporation. Na Europa, a Toshiba distribui aparelhos de fotocópia, bem como peças sobressalentes e acessórios consumíveis para esses aparelhos.

7. A Katun Germany GmbH (a seguir «Katun»), requerida no processo principal, comercializa peças sobressalentes e acessórios consumíveis que podem ser utilizados nos aparelhos de fotocópia da Toshiba.

8. A Toshiba utiliza determinadas designações para identificar os modelos dos seus aparelhos de fotocópia, por exemplo «Toshiba 5010». Para identificação dos materiais, utiliza designações abreviadas dos artigos, por exemplo «T-50 P» para o *toner*, bem como números de encomenda.

9. A Katun, no seu catálogo, utiliza as designações dos modelos e também os números de encomenda dos produtos da Toshiba. Estes números vêm mencionados ao lado dos da Katun e, tal como estes últimos, são usados para identificar os artigos da Katun utilizáveis nos aparelhos de fotocópia da Toshiba. Os números de encomenda da Toshiba encontram-se numa coluna intitulada «OEM Art.-Nr.» («Original Equipment Manufacturer»- a seguir «números de artigos»), e os da Katun numa coluna designada «Katun Art.-Nr.».

Para cada produto, o catálogo apresenta-se do seguinte modo:

KATUN

Katun-Produkte für Toshiba-Kopierer 2510/2550

OEM Art.- Nr.	Katun Art.-Nr.	Beschreibung	Modelle
T2510	43013746	Toner, schwarz; 450 g Kartusche (Preis pro Kartusche, Verkauf im 4er-Paket)	2510.2550

(extracto do catálogo)

10. A Toshiba qualifica o comportamento da Katun como contrário à concorrência e pede, nomeadamente, a condenação da requerida a cessar o comportamento controvertido e a pagar uma indemnização por perdas e danos.

11. O órgão jurisdicional de reenvio acolheu em parte este pedido e condenou a Katun por violação dos direitos de que a Toshiba é titular em matéria de marcas, por causa da etiqueta utilizada pela Katun no *toner* que ela comercializa. O órgão jurisdicional de reenvio decidiu então separar o presente processo do processo principal.

II — Enquadramento jurídico

A — *A Directiva 84/450/CE alterada*

12. A Directiva 97/55 alterou a Directiva 84/450/CEE [3], a qual, desde então, passou a intitular-se «relativa à publicidade enganosa e comparativa».

13. O considerando 7 da Directiva 97/55 tem a seguinte redacção:

«Considerando que, no que se refere exclusivamente à comparação, as condições de autorização da publicidade comparativa devem ser estabelecidas de forma a determinar as práticas relativas à publicidade comparativa que poderão distorcer a concorrência, causar prejuízo aos concorrentes e influenciar negativamente a escolha dos consumidores; que as condições que permitem a publicidade comparativa devem incluir critérios objectivos de comparação das características dos bens e dos serviços.»

14. Nos termos do artigo 2.°, n.° 2-A, da directiva, deve ser considerada publicidade comparativa «a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços fornecidos por um concorrente».

15. Nos termos do artigo 3.°-A, n.° 1, da directiva, «A publicidade comparativa é autorizada, no que se refere exclusivamente à comparação, quando se reúnam as seguintes condições:

a) Não ser enganosa nos termos do n.° 2 do artigo 2.°, do artigo 3.° e do n.° 1 do artigo 7.°;

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

b) Comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos;

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

d) Não gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e do concorrente;

e) Não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente;

f) Referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação;

g) Não retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;

h) Não apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.»

B — *A lei alemã*

16. A Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [4] (lei alemã relativa à concorrência desleal) prevê, no § 1, que «todo aquele que, na actividade comercial e com objectivos de concorrência, agir de modo contrário aos bons usos, pode ser demandado judicialmente para cessar esse comportamento e reparar os danos causados».

17. Resulta da jurisprudência constante do Bundesgerichtshof que a comparação feita por uma empresa dos seus próprios produtos com os dos concorrentes não deve, em princípio, considerar-se conforme com os bons usos, na acepção do § 1 da UWG [5].

4 — A seguir «UWG».

5 — Página 9, último parágrafo, da tradução francesa do despacho de reenvio; página 5 da versão portuguesa.

18. À data do despacho de reenvio, a Directiva 97/55 ainda não estava transposta para o direito interno.

III — Questões prejudiciais

19. O Landgericht Düsseldorf (Alemanha) explica que, na sequência da entrada em vigor da Directiva 97/55, o Bundesgerichtshof declarou que a publicidade comparativa devia, a partir de então, considerar-se permitida, desde que as condições referidas no artigo 3.°-A, n.° 1, alíneas a) a h), se encontrassem preenchidas.

20. Segundo o juiz de reenvio, apesar de a Directiva 97/55 ainda não ter sido transposta para o direito alemão [6], o Bundesgerichtshof considera que não está impedido de fazer uma interpretação do § 1 da UWG conforme essa directiva.

21. Considerando, por um lado, correcta a opinião do Bundesgerichtshof de que o § 1 da UWG deve ser interpretado em conformidade com a directiva e, por outro lado, necessária à solução do litígio a interpretação do direito comunitário, o Landgericht Düsseldorf submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A publicidade feita por um vendedor de peças sobressalentes e acessórios consumíveis destinados a aparelhos produzidos por um fabricante deve ser qualificada como comparativa na acepção do artigo 2.°, n.° 2-A, da directiva, quando se utilizam nessa publicidade, como referência para identificação dos produtos do vendedor, os mesmos números dos artigos (números OEM) do fabricante para as peças sobressalentes e acessórios originais?

2) Se a resposta à primeira questão for afirmativa:

a) A indicação simultânea dos números de artigos (números OEM) do fabricante e dos números de encomenda do vendedor constitui uma comparação lícita de produtos, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea c), da directiva, especialmente quando inclui uma comparação de preços?

b) Os números de artigos (números OEM) constituem um sinal distintivo de um concorrente, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da directiva?

6 — O prazo de transposição ainda não tinha terminado no momento do reenvio prejudicial.

3) No caso de resposta afirmativa à segunda questão:

distribuição dos produtos do vendedor, nomeadamente porque os compradores têm o hábito de referir os números de artigos (números OEM) do fabricante de aparelhos?»

a) Quais os critérios a seguir para decidir se a publicidade referida no artigo 2.°, n.° 2-A, retira partido indevido do renome de um sinal distintivo de um concorrente, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g)?

IV — Quanto à qualificação como publicidade comparativa (primeira questão)

b) Basta, para fundamentar a existência desse aproveitamento indevido do sinal distintivo de um concorrente, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), a indicação simultânea dos números de artigos (números OEM) do fabricante e dos números de encomenda do vendedor, quando um terceiro concorrente pode, em vez de referir os números OEM, referir o produto a que as peças sobressalentes ou acessórios se destinam?

22. Com a primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se se deve qualificar como «publicidade comparativa», na acepção do artigo 2.°, n.° 2-A, da directiva, a publicidade feita por um operador económico para promover bens destinados ao funcionamento de um aparelho produzido por outro operador económico, quando se utilizam, nessa publicidade, como referência para identificação dos produtos do vendedor, os mesmos números dos artigos do fabricante.

c) Para determinar se um operador retira partido indevido do renome de um concorrente no âmbito da publicidade comparativa, é preciso examinar se o facto de (apenas) fazer referência ao produto a que se destinam as peças sobressalentes ou os acessórios, em vez de referir os números de artigos (números OEM), é susceptível de dificultar a

23. Nos termos do artigo 2.°, n.° 1, da directiva, entende-se por publicidade «qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações».

24. O Landgericht Düsseldorf não tem dúvidas quanto ao facto de a prática em apreço constituir publicidade, na acepção deste texto, dado que é assim que ele qualifica a utilização de catálogos destinados a informar a clientela da existência das características dos produtos [7].

25. Com efeito, é sabido que os catálogos em causa têm por finalidade promover os produtos da Katun para os vender, comunicando aos consumidores [8] elementos informativos sobre as peças sobressalentes e os acessórios consumíveis necessários ao funcionamento dos aparelhos da Toshiba.

26. Coloca-se de seguida a questão do carácter comparativo da publicidade. À excepção da Toshiba, nenhum dos intervenientes rejeita formalmente esta qualificação. O próprio órgão jurisdicional de reenvio, embora tenha erigido este assunto a questão prejudicial, declara aplicável ao processo principal a Directiva 97/55, o que pressupõe ter já qualificado como comparativa a publicidade controvertida [9].

27. Para responder ao juiz nacional, é necessário recordar os elementos da directiva que traduzem o objectivo prosseguido pelo legislador comunitário e examinar o texto das disposições relevantes.

28. Afigura-se que tanto o texto da directiva como a sua finalidade preconizam uma interpretação lata da noção em causa.

29. O artigo 2.°, n.° 2-A, entende por publicidade comparativa a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente.

30. Esta disposição apresenta duas características.

A primeira prende-se com a ausência de referência clara a uma abordagem comparativa. Na fase de definição da noção controvertida, não se declara que a qualificação como «publicidade comparativa» depende de a publicidade conter uma descrição dos méritos comparados dos produtos ou dos serviços. Veremos que esta exigência só aparece mais adiante na directiva, no momento de fixar as condições da licitude da publicidade em causa. Esta particularidade pode ser entendida como um sinal da vontade do legislador comunitário em cobrir o maior número possível de práticas de comunicações comerciais envolvendo operadores económicos concorrentes. Poder-se-á pensar que a comparação, em sentido lato, começa quando dois

7 — V. o texto da primeira questão prejudicial.

8 — A noção de «consumidor» deve aqui ser entendida como englobando também os profissionais, que constituem manifestamente o grosso da clientela interessada nos aparelhos de fotocópia e nos fornecimentos a eles associados.

9 — Página 12 da tradução francesa do despacho de reenvio; página 6 da versão portuguesa.

operadores económicos concorrentes aparecem associados, ainda que de forma não descritiva, numa operação publicitária. Em todo o caso, a directiva aplicar-se-á sempre que a publicidade efectue este tipo de confronto.

O segundo elemento da definição que atesta esta concepção extensiva da noção de publicidade comparativa diz respeito à ausência de identificação explícita do concorrente. Basta que o conteúdo da publicidade permita aos clientes, seus destinatários, perceber qual outro operador concorrente do anunciante é invocado, para que esta publicidade caia no âmbito de aplicação da directiva.

31. A preocupação do legislador comunitário em cobrir o maior número possível de situações está confirmada no considerando 6, segundo o qual «é desejável prever uma definição ampla da publicidade comparativa que cubra todos os tipos de publicidade comparativa».

32. No caso vertente, de entre as informações contidas nos catálogos da Katun encontra-se a menção à marca Toshiba para designar o aparelho de fotocópia. Também vêm referidos os números de artigos, que ninguém contesta serem os da requerente no processo principal, visto que designam as peças sobressalentes e os acessórios consumíveis por ela produzidos para os seus aparelhos de fotocópia.

33. O processo principal diz apenas respeito à utilização dos números de artigos. A Toshiba não contesta a utilização da sua marca para designar o aparelho de fotocópia a que se destinam os produtos fornecidos com o número de artigo [10].

34. A questão colocada limita-se, pois, à natureza da informação que esses números são supostos, pela sua simples referência, dar aos que os lêem. Com efeito, trata-se de determinar se a mera menção a esses números permite identificar os produtos fornecidos pela Toshiba e, portanto, a própria Toshiba.

35. Não cabe obviamente ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre este debate, visto que o juiz nacional está mais bem colocado para o fazer com recurso aos dados de que dispõe. Quando muito, poder-se-á salientar que o juiz nacional já precisou que «a indicação dos números OEM da requerente nos prospectos da requerida identifica em primeiro lugar os produtos da requerente e, por essa via, implicitamente, também a própria requerente» [11]. Cabe-lhe assim decidir se essa primeira abordagem deve ser confirmada.

36. Quanto à interpretação do artigo 2.°, n.° 2-A, da directiva, considero que a publicidade deve ser qualificada como

10 — Com efeito, a Toshiba alega que, «para indicar a finalidade dos produtos, basta mencionar o tipo de aparelho de fotocópia» (título IV das suas observações escritas).

11 — Página 12 da tradução francesa do despacho de reenvio; página 6 da versão portuguesa.

«publicidade comparativa», na acepção da directiva, se permitir uma identificação, mesmo que implícita, de um concorrente ou dos bens por ele produzidos.

37. Existe identificação implícita do concorrente ou dos seus produtos se for provado que os números por ele atribuídos para designar os seus próprios produtos bastam para que uma pessoa medianamente informada possa identificar esses produtos ou o seu fabricante.

38. Por conseguinte, concluo que a publicidade feita por um operador económico para promover os seus produtos destinados ao funcionamento de um aparelho fabricado por outro operador económico, mencionando o primeiro as referências atribuídas pelo segundo aos seus próprios produtos ao lado das referências dos produtos do anunciante, com o objectivo de os identificar, constitui «publicidade comparativa» na acepção do artigo 2.°, n.° 2-A, da directiva, desde que esta menção permita a uma pessoa medianamente informada identificar o operador económico cujas referências são retomadas na publicidade.

39. Cabe ao Landgericht Düsseldorf verificar se a mera menção dos números de artigos no catálogo da Katun basta para que uma pessoa medianamente informada possa identificar os produtos da Toshiba.

V — Quanto à comparação objectiva dos bens [segunda questão, alínea a)]

40. A licitude da publicidade comparativa está subordinada à observância das condições previstas no artigo 3.°-A, n.° 1, da directiva. Nos termos do considerando 11 da Directiva 97/55, «as condições para a publicidade comparativa devem ser cumulativas e integralmente respeitadas».

41. As condições estabelecidas na directiva são umas positivas e outras negativas, no sentido de que, para ser qualificada como «comparativa», a publicidade deve apresentar certas características e estar desprovida de outras.

42. De entre as condições positivas, encontra-se a exigência de uma comparação objectiva dos bens, a qual consta do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea c).

43. A especificidade da situação submetida ao órgão jurisdicional de reenvio, que dificulta a sua abordagem, prende-se com o facto de a indicação em simultâneo dos números de artigos não implicar qualquer descrição comparativa dos produtos controvertidos.

44. A Katun não elencou as características de ambos os produtos para identificar o que os distingue ou o que os aproxima. Assim, poder-se-á pensar que a publicidade controvertida, apesar da sua qualificação jurídica, não obedece a qualquer lógica comparativa.

45. O contexto factual do processo principal está marcado pela ambiguidade que pode explicar esta hesitação. A publicidade efectuada pela Katun apresenta a dupla justificação da publicidade comparativa que se destina tanto a melhorar a informação dos consumidores como a intensificar a concorrência.

46. Como salienta a Katun, a indicação paralela dos números de artigos significa que os diferentes bens por ela produzidos são tecnicamente idênticos aos produtos correspondentes do fabricante de aparelhos, podendo pois ser igualmente utilizados nesses aparelhos [12]. Assim sendo, a Katun pode limitar-se a informar os seus clientes da finalidade e das funções dos próprios produtos, sem precisar de adoptar um comportamento activo na descrição comparada dos dois produtos concorrentes.

47. No entanto, a publicidade em causa não é totalmente alheia a uma lógica comparativa. A justaposição das duas referências dos produtos tem algo a ver com essa abordagem, apesar de o método adoptado sair um pouco do usual.

48. Se a comparação consiste em «olhar para o conjunto (dois ou mais objectos do pensamento) para procurar as semelhanças ou as diferenças» [13], é possível considerar a justaposição de números apresentando um sentido próprio como uma comparação implícita com vocação assimiladora. Noutras palavras, a apresentação de dois produtos, quando não é acompanhada de qualquer comentário evidenciando as semelhanças ou as diferenças, leva logicamente à conclusão de que são substituíveis um pelo outro. O carácter geral e vago do confronto passivo dos dois produtos faz, pois, concluir pela vontade de equiparar totalmente um produto ao outro.

49. Resta saber se a comparação implícita pode também ser considerada comparação objectiva, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea c), da directiva. Aliás, pode-se mesmo perguntar se é o que acontece quando a comparação implícita apresenta um carácter tão geral que até surge a ideia de uma total identidade dos produtos.

12 — Página 7 da tradução francesa das suas observações escritas.

13 — V. *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, Paris, Édition Dictionnaires Le Robert, 1999.

50. Convém recordar que o carácter objectivo da comparação implica que as indicações sobre as qualidades ou os defeitos do produto sejam comprováveis [14].

51. A comparação implícita não é obrigatoriamente subjectiva se a informação que ela contém, desde que objectiva, for inequívoca. Dizer, por exemplo, que um bem é mais bonito ou melhor do que outro constitui uma apreciação subjectiva. Apresentar simultaneamente dois produtos, sem se fazer a sua descrição, de modo a daí deduzir-se que se destinam ao mesmo uso, deve ser considerado, neste aspecto, comparação objectiva, dado que é comprovável, apesar do carácter implícito da informação.

52. Assim, a indicação paralela dos números de artigos constitui uma comparação objectiva, tratando-se da finalidade ou do uso das peças sobressalentes ou dos acessórios consumíveis. É claro que a equiparação dos produtos com proveniências diferentes traduz, desde logo, uma identidade de funções, uma vez que a mensagem implícita, mas inequívoca, é a de que o produto Katun se destina, à semelhança do seu equivalente Toshiba, a alimentar os aparelhos de fotocópia da Toshiba.

53. Chega-se à mesma conclusão no que respeita à comparação feita relativamente aos preços. O artigo 3.°-A, n.° 1, alínea c), da directiva aponta o preço como uma das possíveis características a comparar. O preço é referido a título de exemplo, como resulta da redacção do artigo, nos termos do qual «se pode incluir o preço» nas características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas dos bens.

A Katun explica que os seus catálogos apresentam uma comparação dos preços, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea c), da directiva, na medida em que é aí sugerido um preço mais vantajoso para produtos da mesma qualidade [15]. Apesar de não figurar nos catálogos, conforme os autos, qualquer indicação de preços, esta afirmação deve ser considerada destituída de subjectividade. Um concorrente lesado pode perfeitamente demonstrar que os preços praticados contrariam a informação constante da publicidade. Os consumidores também podem verificar a veracidade dessa informação recorrendo a outras fontes, como os tarifários colocados à sua disposição pelos dois operadores concorrentes.

54. Assim, a equiparação sugerida pela publicidade controvertida implica um certo número de informações objectivas, como o

14 — Esta condição consta do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea c), da directiva, que também prevê que as características dos bens que se pretende comparar devem ser essenciais, pertinentes e representativas desses bens. Estas qualidades não estão, a bem dizer, em questão no caso vertente, na medida em que não se duvida de que as características que nós consideramos, tal como veremos, estar no centro da comparação não são acessórias e constituem, pelo contrário, elementos determinantes para a escolha dos produtos em causa.

15 — Na opinião da Katun, a qual não foi desmentida neste ponto, os catálogos contêm a mensagem seguinte: «Com o *toner* Katun para os modelos de fotocopiadoras Toshiba 2510/2550 e 3220/4010, você pode poupar sem perder qualidade ou eficácia» (p. 9 das suas observações escritas). É sem dúvida a única *nuance* a introduzir na ideia de uma mera justaposição dos números de artigos.

preço e a utilização, fáceis tanto de identificar como de verificar. Deste ponto de vista, a publicidade controvertida é susceptível de ser considerada como efectuando uma comparação objectiva das características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas dos bens em causa, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea c), da directiva.

55. No entanto, o método de comparação, que consiste em apresentar dois produtos — ou duas referências — em paralelo sem fazer acompanhar a publicidade de um qualquer comentário sobre os elementos de parecença ou de diferença, é susceptível, em minha opinião, ao evitar designar com precisão estes factores de comparação, de gerar uma confusão prejudicial ao operador económico concorrente.

56. Se o carácter implícito da comparação não torna por si só a publicidade desleal, o mesmo não se pode dizer da sua natureza geral. O confronto passivo dos produtos convida à equiparação de características, nem sempre identificáveis. Abstraindo o preço ou o uso dos produtos em causa, a publicidade denota a vontade de o anunciante conferir ao seu produto todos os méritos do produto concorrente, incluindo os ligados à própria marca concorrente.

57. No caso vertente, recorde-se que os números de encomenda estão inscritos uns ao lado dos outros na linha do artigo correspondente e que a Katun alega que os seus produtos são menos caros sem perda de qualidade ou de eficácia [16].

58. A justaposição das referências dos produtos sem qualquer comentário descritivo traduz a intenção de o anunciante incutir a ideia de uma identidade de qualidade entre os seus produtos e os do concorrente. Contudo, a qualidade de um produto é a resultante de uma pluralidade de méritos, muitas vezes dificilmente identificáveis com clareza e exaustão, ainda que o produto em causa seja rudimentar.

59. A objectividade da informação esconde-se por detrás da impossibilidade de inventariar as características em que incide a comparação, e, assim, de controlar os méritos invocados. Deste ponto de vista e face aos elementos constantes dos autos, este tipo de publicidade não se nos afigura preencher a condição de uma apresentação objectiva dos bens.

60. Caberá pois ao órgão jurisdicional de reenvio certificar-se disso mesmo, averiguando se essa apresentação não vem acompanhada de uma descrição concreta e precisa das qualidades ou dos defeitos dos produtos em causa, como, por exemplo, a duração do prazo de validade, solidez e manipulação.

16 — *Ibidem.*

61. Deve pois considerar-se que não efectua uma comparação objectiva dos bens, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea c), da directiva, a publicidade comparativa que consiste em colocar as referências atribuídas pelo anunciante aos produtos por ele produzidos ao lado das referências atribuídas por outro operador económico aos seus próprios produtos, sem qualquer outra referência às respectivas características dos produtos apresentados.

Esta qualificação deve *a fortiori* ser afastada quando a publicidade comparativa apresenta os produtos em causa como sendo de qualidade idêntica, sem descrever as características comprováveis desses produtos que levam a tal apreciação, mesmo que essa publicidade comparativa refira que os produtos do anunciante são vendidos a preço inferior.

62. Para ser exaustivo, devo também examinar o método utilizado na perspectiva do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da directiva, que se refere à proibição dos abusos relativos ao renome que poderiam surgir em práticas de publicidade comparativa. É o objecto da segunda questão, alínea b), e da terceira questão do Landgericht Düsseldorf.

VI — Quanto ao abuso relativo ao renome

63. Recorrer à publicidade comparativa é também fazer uso da marca de um concorrente ou, em todo o caso, dos seus sinais distintivos aos olhos dos clientes. Existe portanto o risco de tirar proveito de forma ilícita das referências feitas ao operador concorrente, com o pretexto de fazer accionar a concorrência e de aprofundar a informação dos consumidores. O direito proporcionado pela publicidade comparativa de utilizar a marca de outrem deve pois ser escrupulosamente delimitado. Antes de se tentar esboçar os seus contornos, convirá precisar o que se entende por «sinais distintivos», na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da directiva.

A — *Quanto à noção de «sinais distintivos» [segunda questão, alínea b)]*

64. Com o regime jurídico por ele consagrado, o legislador comunitário procurou favorecer as comparações objectivas que podem ser feitas relativamente aos bens ou aos serviços, preservando ao mesmo tempo os direitos conferidos aos operadores económicos, nomeadamente pelo direito comunitário, sobre as suas marcas e outros meios de identificação dos operadores económicos [17].

17 — Considerandos 12 e 13. Nos termos deste último, «o artigo 5.° da Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas [...] confere ao titular de uma marca registada direitos exclusivos, incluindo, nomeadamente, o direito de proibir, na vida comercial, a utilização, por terceiros, de sinais idênticos ou semelhantes à marca para produtos ou serviços idênticos ou mesmo, se for o caso disso, para outros produtos».

65. No entanto, para ser efectiva e leal, a publicidade comparativa deve permitir aos seus destinatários identificar os produtos apresentados e diferenciar os produtos propostos por uma empresa dos do seu concorrente [18]. Não se pode assim excluir toda e qualquer referência por um operador a sinais distintivos utilizados pelos seus concorrentes [19].

66. A qualidade principal de um «sinal distintivo» é a de facilitar o reconhecimento. Não pode assim ser considerado «sinal distintivo», na acepção da directiva, um elemento que não permita identificar, de uma ou de outra maneira, um operador económico.

67. Inversamente, se se quiser evitar que o desenvolvimento da publicidade comparativa dê livre curso a práticas de parasitismo comercial, é indispensável que a noção de «sinais distintivos» seja entendida numa acepção muito lata.

68. Contrariamente à opinião defendida pela Katun, a noção de «sinais distintivos» pode dificilmente ser reduzida à noção de «marca» ou de «designação comercial» [20], correndo-se de outro modo o risco de serem tolerados comportamentos que visam abusar do renome dos concorrentes, em desrespeito do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da directiva.

69. Nessa perspectiva, o operador económico teria legitimidade para utilizar qualquer elemento de identificação de um concorrente, desde que esse elemento não estivesse protegido juridicamente, podendo dele servir-se para retirar partido indevido do renome deste último.

70. É fácil imaginar uma publicidade que não faça directamente referência a uma marca, mas sim, por exemplo, à forma ou à cor de um produto, as quais instantaneamente evocam um produto concorrente no espírito da maioria dos consumidores. A interpretação restritiva do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da directiva reduziria a protecção de que são beneficiários os operadores económicos concorrentes. Tornaria lícita a publicidade comparativa graças à qual o operador económico tenta utilizar de modo abusivo, em seu proveito, o renome de uma marca através deste elemento de identificação não protegido que constitui, nessa hipótese, a forma ou a cor.

71. Essa interpretação é corroborada pela letra do artigo em causa. Este refere-se ao renome de uma marca, designação comer-

18 — Nos termos do considerando 14, «pode ser indispensável, para uma efectiva publicidade comparativa, identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular».

19 — Considerando 15.

20 — Páginas 11 e 12 das suas observações escritas.

cial *ou* outro sinal distintivo [21], o que pretende demonstrar que a noção de «sinal distintivo» inclui a marca ou a designação comercial, não esgotando porém estes termos o conteúdo da expressão.

72. No seguimento da primeira questão prejudicial, o juiz de reenvio deve determinar se os números de artigos permitem identificar os produtos da Toshiba, para efeitos da qualificação da publicidade controvertida à luz do artigo 2.°, n.° 2-A, da directiva [22]. As conclusões a que chegar ser-lhe-ão úteis para qualificar esses mesmos números, se for caso disso, como «sinal distintivo», na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da directiva.

73. Por conseguinte, deve considerar-se que constituem «sinais distintivos», na acepção desse preceito, as referências atribuídas por um operador económico aos produtos por ele produzidos, com o objectivo de os identificar, desde que essas referências permitam a uma pessoa medianamente informada identificar o operador económico em causa.

B — *Quanto à existência de aproveitamento indevido do renome do concorrente (terceira questão)*

74. Com a terceira questão, o Landgericht Düsseldorf pergunta, no essencial, se pode ser considerado como retirando partido indevido do renome ligado aos sinais distintivos de um concorrente, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da directiva, o fabricante de produtos destinados ao funcionamento de um aparelho produzido por outro operador económico, o qual inclui na sua publicidade referências atribuídas por este último aos seus próprios produtos, ao lado das referências dos produtos por ele vendidos, com o objectivo de os identificar.

75. Esta questão visa determinar os critérios a aplicar pelo juiz de reenvio para apreciar se o anunciante retira partido indevido do renome do seu concorrente [terceira questão, alíneas a) e b)]. O juiz de reenvio procura também saber se, para determinar esses critérios, deve ser tido em conta o facto de a proibição de recorrer à indicação em paralelo dos números de artigos, em favor da referência exclusiva ao aparelho a que se destinam os produtos, constituir eventualmente um entrave à distribuição dos produtos do anunciante [terceira questão, alínea c)].

76. Como decorre da letra do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da directiva, é difícil autorizar o recurso à publicidade comparativa sem admitir que existe um risco de ver o anunciante apropriar-se, em parte, do renome do seu concorrente. Eis a razão pela qual a disposição em causa se limita a proibir a publicidade que retira partido *indevido* do renome do concorrente. Não

21 — A mesma enumeração consta do considerando 15.
22 — V. n.os 34, 35 e 39 das presentes conclusões.

poderia estar mais bem expressa a ideia de que uma parte do benefício deste renome é inevitavelmente desviada para o anunciante concorrente.

77. Assim, o comportamento adoptado por um operador económico para contestar a supremacia ou, simplesmente, o lugar ocupado no mesmo mercado por um concorrente pela mera referência à sua designação pode levá-lo, quando este último beneficia de um certo prestígio, a colocar-se na sua sombra para colher os frutos da sua fama. Nesta hipótese, a simples justaposição do nome do anunciante com o do concorrente, quer seja para defender a equiparação dos produtos, quer seja para afirmar a superioridade de um em relação ao outro, leva o anunciante a retirar partido do renome deste último.

78. Tal ocorre, em especial, num caso como o vertente, em que o objecto da publicidade é constituído por um acessório necessário ao funcionamento de um aparelho que tem a marca do concorrente. O fabricante de produtos destinados a um aparelho de uma marca conhecida dos consumidores retira um certo partido do renome dessa marca. Ao autorizar a publicidade comparativa, permite-se também que ela produza, em certa medida, efeitos amplificadores desse fenómeno.

79. Assim, importa conhecer o limite para além do qual um anunciante deve ser considerado como agindo de modo desleal.

80. É o que acontece com um comportamento inspirado pela única preocupação de o anunciante retirar partido do renome do seu concorrente em benefício da sua própria actividade. Em contrapartida, não se pode verdadeiramente considerar existir abuso em relação ao renome quando o conteúdo da publicidade comparativa pode justificar-se face a determinados requisitos.

81. Nos termos do considerando 14, uma efectiva publicidade comparativa pode implicar a identificação dos produtos de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular. Por força do considerando 15, o objectivo de se permitir a um anunciante a utilização dos sinais distintivos de um concorrente é unicamente o de «acentuar objectivamente as respectivas diferenças».

82. Decorre destes elementos que um concorrente pode utilizar o direito exclusivo de um operador económico à sua marca ou a outros sinais distintivos se a referência assim efectuada se justificar por exigências da publicidade comparativa. O anunciante tem legitimidade para utilizar essas referências, se a comparação das qualidades e defeitos dos produtos em concorrência for impossibilitada ou, mais simplesmente, dificultada pela ausência de identificação do concorrente.

83. A legitimidade para fazer referência ao concorrente não está em causa na sua essência. É duvidoso que uma publicidade

comparativa possa ser efectuada sem que, num qualquer momento, o anunciante se refira ao operador económico concorrente. Este ponto constitui aliás um dos elementos da definição dada pelo artigo 2.°, n.° 2-A, da directiva à publicidade comparativa, o qual prevê a identificação do concorrente ou dos bens oferecidos [23].

84. Convém assim, antes do mais, precisar os requisitos de utilização dos sinais distintivos do concorrente. Devendo as excepções ser objecto de uma interpretação restritiva [24], as derrogações aos direitos protegidos dos titulares só podem ser autorizadas nos limites absolutamente necessários ao objectivo da directiva, que é o de tornar possível a comparação das características objectivas dos produtos.

85. Por conseguinte, retira-se partido indevido do renome de um concorrente quando se lhe faz referência ou quando o modo como se lhe faz referência não é necessário à informação dos clientes relativamente às qualidades dos bens comparados. Ao invés, essa ilicitude não ocorre quando os elementos sobre os quais incide a comparação não podem ser descritos sem que o anunciante recorra a referências ao seu concorrente, embora desse facto possa tirar um certo aproveitamento.

86. A mesma filosofia está presente, no domínio das marcas, na Directiva 89/104/CEE [25], cujo artigo 6.°, n.° 1, alínea c), prevê que o «direito conferido pela marca não permite ao seu titular proibir a terceiros o uso, na vida comercial [...] da marca, sempre que tal seja necessário para indicar o destino de um produto ou serviço, nomeadamente sob a forma de acessórios ou peças sobressalentes».

87. É pois sobre o critério da necessidade que pensamos dever assentar a apreciação da licitude da publicidade comparativa, à luz do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da directiva.

88. A este respeito, como já vimos, a indicação em paralelo dos números dos artigos é uma forma de publicidade ambígua.

89. O conteúdo da publicidade controvertida apresenta uma dupla vertente.

A Katun considera que a indicação em paralelo dos números tem por objectivo informar os consumidores sobre a utilização dos seus produtos, que é idêntica à dos produtos da Toshiba, dado que se destinam a alimentar os aparelhos de fotocópia da Toshiba. Se, no final de contas, o objectivo atribuído à Katun for o de fazer concor-

23 — N.os 22 e segs. das presentes conclusões.

24 — V., por exemplo, o acórdão de 6 de Julho de 2000, Dietrich (C-11/99, Colect., p. I-5589, n.° 50).

25 — Primeira Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO L 40, p. 1).

rência à Toshiba no mercado dos produtos para aparelhos de fotocópia da Toshiba, afigura-se que, nesse caso, a justaposição das referências visaria, em primeiro lugar, informar os destinatários da publicidade sobre a utilização dos produtos em causa.

Por outro lado, dado o seu carácter vago e geral, a publicidade parece antes indicar que os produtos são substituíveis uns pelos outros, sem precisar os aspectos em que esta identidade se manifesta. Aqui apresenta uma natureza claramente mais concorrencial, em especial quando acrescenta às referências apresentadas em paralelo a menção ao preço de venda mais favorável dos produtos da Katun com qualidade idêntica. Neste aspecto, existe um risco de equiparação que não pode ser admitido se essa equiparação não assentar na finalidade informativa da publicidade.

90. Uma explicação técnica sobre a utilização dos bens ou serviços não reveste obrigatoriamente a forma de publicidade comparativa. A simples informação que se destina a descrever aos consumidores o uso do produto proposto poderia ser, em princípio, efectuada com meios descritivos sem recurso à comparação.

91. Acontece que, no caso vertente, os produtos vendidos pela Katun são destinados a aparelhos de outra marca, o que pode legitimar a invocação desta última. O artigo 6.°, n.° 1, alínea c), da Directiva 89/104 permite mesmo aos terceiros o uso da marca, sempre que tal seja necessário para indicar o destino do produto, nomeadamente sob a forma de acessórios ou peças sobressalentes, desde que esse uso seja feito em conformidade com práticas honestas em matéria industrial ou comercial.

92. No entanto, a intenção da Katun não se limita a fornecer uma informação funcional aos consumidores. A Katun também alega, como resulta do despacho de reenvio, que a indicação em paralelo dos números de artigos permite ao cliente comparar os preços [26]. Ao fazer uma indicação em paralelo, isto é, não descritiva, desses números, ela efectua uma equiparação dos produtos no que se refere às características que vão para além do mero destino. É sugerida, em especial, uma identidade de qualidade.

93. Não abordarei este aspecto, visto que, como referi, este tipo de comparação parece ser contrária, na sua essência, à exigência de uma comparação objectiva das características dos produtos. A sua justificação tem assim de estar solidamente alicerçada.

94. Em contrapartida, parece útil ver quais as condições que permitem apreciar a necessidade de o anunciante mencionar estes números, quando ele pretende, por um lado, informar os consumidores quanto ao destino dos produtos e, por outro,

26 — Página 8 da tradução francesa do despacho de reenvio; página 4 da versão portuguesa.

efectuar uma comparação do nível dos preços.

O destino dos produtos

95. Deve verificar-se em que medida o recurso aos números de artigos e à sua indicação em paralelo, sem qualquer comentário sobre as características dos produtos, pode ser considerado necessário à informação dos consumidores quanto ao destino dos bens.

96. O facto de o anunciante, enquanto fornecedor de peças sobressalentes e acessórios, recorrer a números de artigos não se nos afigura colocar em si problemas particulares distintos dos da referência pura e simples à marca. Como deverá verificar o juiz de reenvio, não está excluído que esses números sejam apreendidos pelos utilizadores dos aparelhos de fotocópia da Toshiba como sinais distintivos desta marca. Nesse caso, a indicação dos números de artigos é o mesmo que mencionar a própria marca.

97. Resulta, aliás, das alegações feitas pela Toshiba na audiência que a sua objecção incide prioritariamente sobre a ausência de comparação, contestando tanto a menção aos seus números de artigos como à sua marca para identificar os produtos da Katun. A ideia defendida pela Toshiba é, no essencial, a de que a identificação dos produtos da Katun e do seu destino não implica a referência aos seus próprios bens.

98. Assim, é o facto de as referências da empresa concorrente serem indicadas em paralelo, o que leva à equiparação dos dois produtos, que deve merecer atenção para determinar a existência de um comportamento que retira partido indevido do renome do concorrente.

99. Não cabe ao Tribunal de Justiça pronunciar-se, no caso vertente, sobre a necessidade de o anunciante mencionar, ao lado das referências aos seus próprios bens, as referências do seu concorrente. Em contrapartida, compete-lhe fornecer ao juiz de reenvio os elementos que lhe permitam efectuar essa análise.

100. Quanto a mim, o que importa, para que os objectivos prosseguidos pela directiva sejam alcançados, é que a informação sobre o destino dos bens, que o anunciante pretende comunicar aos consumidores, possa ser efectivamente transmitida.

101. Para tanto, os meios a privilegiar devem ser parcimoniosos em relação ao renome do concorrente. O recurso a um sinal distintivo desse operador só pode ser admitido na medida em que não existirem outras vias que permitam efectuar a comparação.

102. No caso em apreço, o juiz de reenvio deverá verificar se não existem meios para revelar o destino dos produtos da Katun que não sejam a referência aos números de artigos da Toshiba. Deverá ter em conta o facto de a marca do aparelho a que se destinam os produtos poder com legitimidade ser mencionada. Caber-lhe-á examinar se não é possível fazer uma descrição gráfica do aparelho na qual sejam referidos os locais de colocação de vários acessórios. O juiz alemão poderá encontrar qualquer outra alternativa que não obrigue a Katun a recorrer ao sistema de numeração da Toshiba, como, por exemplo, a descrição escrita dos produtos na perspectiva da sua utilização.

103. Não creio que o facto de um outro sistema de comparação dificultar a distribuição do fornecedor deva ser tido em conta para apreciar o nível dos problemas eventualmente surgidos pela impossibilidade de se recorrer aos números de artigos.

104. Dizer que a utilização dos números de artigos de um concorrente facilita a distribuição dos seus próprios produtos é o mesmo que admitir que se retira proveito do renome desse operador. Com efeito, o sistema de numeração constitui um dos meios de acção ao seu dispor, através do qual ele consolida esse prestígio ao facilitar a sua própria identificação junto dos consumidores.

105. Assim, não se pode tolerar o seu uso pelo operador concorrente sem que fique previamente claro que não é possível qualquer outra solução viável susceptível de lhe permitir competir com os produtos assim identificados. As facilidades surgidas para a venda dos produtos, em virtude da utilização dos números de artigos não são pois obrigatoriamente legítimas, uma vez que têm origem no próprio concorrente [27].

106. Resulta do que precede que só se podem ter em conta as consequências da impossibilidade de fazer referência ao número de artigos do produto concorrente se nenhuma outra solução permitir ao anunciante realizar a publicidade comparativa.

A comparação dos preços

107. Idêntica questão à colocada a propósito do destino dos produtos deve ser resolvida no que respeita aos preços.

27 — O argumento segundo o qual o recurso a uma descrição pormenorizada dos produtos representa para o anunciante uma dificuldade particularmente grande suscita, aliás, duas observações. Por um lado, o fabricante de produtos cujas referências vêm indicadas em paralelo foi ele próprio confrontado, na devida altura, com esse obstáculo, antes de o seu sistema de numeração ser conhecido pelos consumidores. Por outro lado, não é certo que o número total de produtos à venda para um mesmo aparelho seja indiferente para apreciar o nível de dificuldade em causa, partindo do pressuposto que esta deva ser tida em conta. A descrição gráfica ou escrita dos produtos não é assim tão complicada de fazer, quando as peças à venda são em número reduzido e não se contam às dezenas.

108. Recorde-se que a publicidade controvertida não contém uma comparação directa dos preços, apresentando antes uma fórmula que deixa claramente entender que os preços dos produtos da Katun são inferiores aos da Toshiba.

109. Já foi por mim admitido que, mesmo com esta forma implícita, desde que limitada a este aspecto, a publicidade comparativa não é considerada contrária ao requisito de comparação objectiva dos preços, na acepção do artigo 3.°, n.° 1, alínea c), da directiva. Dizer, sem fornecer montantes, que um bem x é menos caro do que um bem Y não constitui, enquanto tal, uma apreciação contendo elementos de natureza subjectiva.

110. No entanto, deve perguntar-se se a indicação dos números em paralelo é necessária à comparação dos preços, tal como foi efectuada, à luz dos requisitos de protecção do renome ligado a um sinal distintivo.

111. Pode admitir-se que o recurso aos números de artigos de um concorrente não leva ao aproveitamento indevido do seu renome, no caso de os números constituírem um «sinal distintivo», na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da directiva, se os preços forem explicitamente mencionados.

112. Com efeito, não se afigura possível comparar os preços sem identificar o operador concorrente cujos bens são utilizados como ponto de comparação. A exigência de uma identificação precisa dos produtos concorrentes implica que se efectue a designação inequívoca desse operador, ainda que, na observância dessa condição, ela possa estar implícita.

113. No entanto, é também necessário que os preços correspondentes figurem de modo explícito. A indicação dos números de artigos pertencentes à Toshiba, ou de qualquer outro sinal distintivo equivalente, não pode ser feita sem referência ao preço, se a intenção do anunciante for a de efectuar uma publicidade comparativa dos preços.

114. A indicação em paralelo de um sinal distintivo, como os números de artigos, sem referência ao preço, já não serviria apenas para a identificação do concorrente, o que está assegurado no caso de comparação explícita dos preços. Como já sublinhei a propósito da comparação objectiva, também chamaria a atenção dos consumidores para a equivalência qualitativa dos produtos.

Poder-se-ia então recear que o anunciante retirasse partido indevido do renome do seu concorrente. A referência feita a este último já não serviria exclusivamente para identi-

ficar o produto concorrente tendo em vista a comparação de um elemento objectivo que pode ser o preço. Seria apenas utilizada para sugerir a existência de uma qualidade idêntica, o que estaria na base de o anunciante eventualmente afirmar a sua diferença indicando que os seus preços são mais aliciantes, sem no entanto mencioná-los.

115. Eis a razão pela qual creio que o anunciante que utiliza o sinal distintivo de um concorrente ao lado das suas próprias referências, ao mesmo tempo que efectua uma comparação implícita dos preços, é mais susceptível de retirar partido indevido do renome desse concorrente do que aquele que efectua essa mesma indicação em paralelo ao mesmo tempo que explicita os preços dos produtos apresentados.

116. Por conseguinte, uma publicidade comparativa tendo como objecto a comparação de preços não pode utilizar o sinal distintivo de um concorrente sem mencionar de modo explícito os preços de cada um dos produtos comparados.

Conclusão

117. Tendo em conta as considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões prejudiciais colocadas pelo Landgericht Düsseldorf:

«1) Constitui 'publicidade comparativa', na acepção do artigo 2.°, n.° 2-A, da Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa, alterada pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro

de 1997, relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa, a publicidade feita por um operador económico para promover os seus produtos destinados ao funcionamento de um aparelho fabricado por outro operador económico, mencionando o primeiro as referências atribuídas pelo segundo aos seus próprios produtos ao lado das referências dos produtos do anunciante, com o objectivo de os identificar, desde que esta menção permita a uma pessoa medianamente informada identificar o operador económico cujas referências são retomadas na publicidade.

2) Não efectua uma 'comparação objectiva' dos bens, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea c), da Directiva 84/450, a publicidade comparativa que consiste em colocar as referências atribuídas pelo anunciante aos produtos por ele produzidos ao lado das referências atribuídas por outro operador económico aos seus próprios produtos, com o objectivo de os identificar, sem qualquer outra referência às respectivas características dos produtos apresentados.

Esta qualificação deve também ser afastada quando a publicidade comparativa apresenta os produtos em causa como sendo de qualidade idêntica, sem descrever as características comprováveis desses produtos que levem a tal apreciação, mesmo que essa publicidade comparativa refira que os produtos do anunciante são vendidos a preço inferior.

3) Constituem 'sinal distintivo', na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da Direciva 84/450, as referências atribuídas por um operador económico aos produtos por ele produzidos, com o objectivo de os identificar, desde que essas referências permitam a uma pessoa medianamente informada identificar o operador económico em causa.

4) Deve ser considerado como retirando partido indevido do renome de um concorrente, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da Directiva 84/450, o fabricante de produtos destinados ao funcionamento de um aparelho produzido por outro operador económico, o qual inclui na sua publicidade referências atribuídas por este último aos seus próprios produtos, ao lado das referências dos produtos por ele vendidos, com o objectivo de os identificar, quando, por um lado, as referências do operador económico concorrente constituem 'sinais distintivos' na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da Directiva 84/450, e, por outro, a utilização dessas referências não é necessária à informação dos consumidores sobre as características dos produtos comparados.

Para determinar se um anunciante retira partido indevido do renome de um concorrente, na acepção do artigo 3.°-A, n.° 1, alínea g), da Directiva 84/450, não é necessário ter em conta o facto de outro método de comparação, que não consiste em mencionar as referências atribuídas pelo concorrente aos seus próprios produtos, tornar mais difícil a distribuição dos produtos do anunciante.»