Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 24 de junho de 2021 [1]

Processo C-371/20

Peek & Cloppenburg KG, representada por Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV
contra
Peek & Cloppenburg KG, representada por Van Graaf Management GmbH

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal, Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Proteção dos consumidores — Práticas comerciais desleais — Ação publicitária — Promoção da venda dos produtos da empresa de comunicação social e do comerciante»

I. Introdução

1. De acordo com uma citação atribuída a H. G. Wells, «a publicidade é mentira legalizada». Sem entrar na discussão sobre a justeza desta afirmação, é certo que no direito da União a publicidade apresentada sob a forma de conteúdo editado, que não revela claramente a sua natureza promocional, não se encontra «legalizada».

2. Com efeito, de acordo com o anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29/CE [2], a publirreportagem é uma prática comercial considerada desleal em qualquer circunstância, não sendo necessário proceder a uma avaliação individual ao abrigo dos artigos 5.º a 9.º dessa diretiva. Além disso, o Tribunal de Justiça declarou que a referida diretiva impõe às empresas anunciantes a obrigação de indicarem de forma clara que financiaram um conteúdo editado nos meios de comunicação social quando esse conteúdo se destine a promover um produto ou um serviço desses profissionais [3].

3. O presente reenvio prejudicial oferece ao Tribunal de Justiça a oportunidade de concretizar o alcance do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29. Mais especificamente, o Tribunal de Justiça é chamado a interpretar a expressão «financiar», utilizado nesta disposição para descrever a contrapartida dada por uma empresa anunciante à sociedade de comunicação social.

[1] Língua original: francês.

[2] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («Diretiva relativa às práticas comerciais desleais») (JO 2005, L 149, p. 22).

[3] Acórdão de 17 de outubro de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, n.º 48).

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

4. O artigo 5.º, n.º 5, da Diretiva 2005/29 dispõe:

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

5. O anexo I, ponto 11, desta diretiva tem a seguinte redação:

«Utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um produto, tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção, sem que tal seja indicado claramente no conteúdo ou através de imagens ou sons que o consumidor possa identificar claramente (publirreportagem). […]»

B. Direito alemão

6. A Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Lei que Proíbe a Concorrência Desleal), na sua versão aplicável ao litígio no processo principal (a seguir «UWG»)[4], transpôs a Diretiva 2005/29. O § 3 da UWG, sob a epígrafe «Proibição de práticas comerciais desleais», prevê, nos seus n.ºs 1 e 3:

«1. As práticas comerciais desleais são ilícitas.

[…]

3. As ações comerciais que têm por destinatários os consumidores referidos no anexo à presente lei são sempre ilícitas. […]»

7. O ponto 11 do anexo da referida lei, relativo ao § 3, n.º 3, tem a seguinte redação:

«A utilização, financiada por um empresário, de um conteúdo editado para promover um produto, sem que esta relação resulte claramente do conteúdo ou da apresentação visual ou sonora (publirreportagem).»

III. Matéria de facto do processo principal

8. A Peek & Cloppenburg KG, representada pela Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV (a seguir «P&C Düsseldorf») e a Peek & Cloppenburg, representada pela Van Graaf Management GmbH (a seguir «P&C Hambourg») são duas sociedades jurídica e economicamente independentes uma da outra que exercem, ambas, a atividade de venda a retalho de vestuário sob a denominação social «Peek & Cloppenburg», através de diferentes filiais. Operam em diferentes regiões do território da Alemanha e, em cada uma dessas regiões, só uma destas duas explora lojas de vestuário. Fazem ambas publicidade ao seu negócio de vestuário de forma separada e independente.

[4] BGBl. 2010 I, p. 254.

9. No mês de março de 2011, a revista de moda *GRAZIA* publicou um artigo de dupla página no qual convidava as leitoras, sob o título «Operação leitores», para uma «noite de compras exclusiva», denominada «GRAZIA StyleNight by Peek&Cloppenburg».

10. Sobre o fundo de imagens de lojas, nas quais se podia ler a menção «Peek & Cloppenburg» em letras luminosas por cima das entradas, o texto precisava «A noite para todas as GRAZIA-Girls: a seguir ao trabalho, passeie connosco no templo da moda! Com espumante e *personal stylist*. Como é que se pode tornar numa V.I.S. (Very Important Shopper)? Inscrevendo-se muito rapidamente!». O artigo indicava que existiam duas empresas independentes denominadas Peek & Cloppenburg e que esta informação era, concretamente, da sociedade «Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf».

11. No âmbito de uma ação judicial que intentou no Landgericht Hamburg (Tribunal Regional de Hamburgo, Alemanha), a P&C Hambourg alegou que aquela prática comercial era contrária à proibição de publicidade editorial constante do § 3, n.º 3, da UWG, lido em conjunto com o ponto 11 do anexo da mesma lei. A P&C Hambourg pediu que a P&C Düsseldorf seja proibida de fazer publicar, enquanto concorrente, anúncios publicitários que não sejam claramente identificáveis como tais, seja condenada a transmitir determinadas informações e seja declarada a obrigação de a reparar o dano causado.

12. O órgão jurisdicional de primeira instância julgou procedentes os pedidos da P&C Hambourg. O recurso que a P&C Düsseldorf interpôs no órgão jurisdicional de recurso, o Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Regional Superior de Hamburgo, Alemanha), foi julgado improcedente. No âmbito do recurso de «Revision» que interpôs, a P&C Düsseldorf pede ao órgão jurisdicional de reenvio que julgue improcedente a ação intentada pela P&C Hambourg.

IV. Questões prejudiciais e tramitação processual no Tribunal de Justiça

13. Tendo sido chamado a conhecer de um recurso de «Revision» interposto pela P&C Düsseldorf, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal, Alemanha), por Decisão de 25 de junho de 2020, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 7 de agosto de 2020, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) Só se verifica um "financiamento" da promoção de um produto, na aceção do [ponto] 11, primeiro período, do anexo I da Diretiva [2005/29], se a utilização de um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover esse produto tiver como contrapartida uma prestação pecuniária, ou a expressão "financiamento" abrange qualquer tipo de contrapartida, não relevando se é constituída por dinheiro, bens, serviços ou quaisquer outros ativos com valor patrimonial?

2) O [ponto] 11, primeiro período, do anexo I da Diretiva [2005/29] pressupõe que o profissional conceda uma vantagem patrimonial à empresa de comunicação social como contrapartida da utilização de conteúdos editados e, na afirmativa, deve assumir-se que se verifica uma tal contrapartida no caso de a empresa de comunicação social difundir uma ação publicitária que foi organizada em conjunto com um profissional e em que este cedeu à referida empresa de comunicação social direitos de utilização de imagens, em que ambas as empresas suportaram as despesas e contribuíram com os respetivos esforços para a ação publicitária que se destinou à promoção dos produtos de ambas as empresas?»

14. A P&C Düsseldorf, a P&C Hambourg, o Governo húngaro e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. No presente caso, não se realizou audiência.

V. Análise

15. O órgão jurisdicional de reenvio explica, na exposição dos fundamentos que o levaram a formular as suas duas questões prejudiciais, que a procedência do recurso que lhe foi submetido depende da interpretação que vier a ser dada ao anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29. Indica que o artigo 5.º, n.º 5, e o anexo I, ponto 11, desta diretiva foram transpostos para o direito alemão, respetivamente, no § 3, n.º 3, e no ponto 11 do anexo da UWG, relativo ao § 3, n.º 3, e que, por conseguinte, estas disposições de direito alemão devem ser interpretadas em conformidade com a referida diretiva.

16. Atendendo às especificidades dos quadros jurídico e factual do presente reenvio prejudicial, parece-me oportuno formular, a título preliminar, algumas observações sobre o âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29 antes de proceder ao exame das questões prejudiciais.

17. Mais concretamente, examinarei, em primeiro lugar, se a prática em causa no litígio no processo principal constitui uma prática comercial na aceção do artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 2005/29 e fica, por conseguinte, sujeita às prescrições impostas por esta diretiva e, em segundo lugar, se o facto de as questões prejudiciais terem sido colocadas no âmbito de um litígio que opõe dois concorrentes é suscetível de afastar a aplicabilidade da referida diretiva.

A. A prática contestada no litígio no processo principal enquanto prática comercial

18. Referindo-se às explicações dadas pelo órgão jurisdicional de recurso, o órgão jurisdicional de reenvio indica que a prática contestada no âmbito do litígio no processo principal não visa a realização dos eventos anunciados e descritos no artigo em questão, mas a publicação desse artigo [5].

19. O órgão jurisdicional de reenvio indica igualmente que a apreciação do órgão jurisdicional de recurso, segundo a qual a publicação em causa constitui uma prática comercial conjunta da P&C Düsseldorf e da revista *GRAZIA*, destinada a promover as vendas destas duas empresas, não parece estar inquinada por um erro de direito. Contudo, a ação judicial intentada pela P&C Hambourg visa apenas a P&C Düsseldorf.

20. Para ser abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29, a prática contestada no litígio no processo principal tem de constituir uma prática comercial na aceção do artigo 2.º, alínea d), dessa diretiva.

[5] Na fundamentação do reenvio prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio indica que «[a] ação publicitária controvertida consiste no presente caso unicamente na publicação do artigo e não na realização dos eventos neste anunciados e descritos» e que «[c]onstitui objeto do presente litígio uma campanha publicitária a nível nacional lançada [pela P&C Düsseldorf], publicada […] na revista de moda». Todavia, na formulação da segunda questão prejudicial, bem como noutras passagens da fundamentação do reenvio prejudicial, a expressão «ação publicitária» é utilizada para descrever eventos organizados nas lojas da P&C Düsseldorf, que foram objeto do artigo publicado na revista *GRAZIA*. Para evitar confusões, considero que a prática controvertida no contexto do litígio no processo principal é a publicação desse artigo, pelo que a expressão «ação publicitária» será utilizada, nas presentes conclusões, para descrever eventos que neste são anunciados e descritos.

21. Esta prática deve assim, por um lado, emanar de um «profissional» na aceção do artigo 2.º, alínea b), da referida diretiva, ou seja, ser uma pessoa que atue «no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional» ou em nome ou por conta de um profissional [6]. Por outro lado, a referida prática deve traduzir-se numa ação, omissão, conduta ou afirmação e comunicação comercial, «em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores» [7].

22. Como o órgão jurisdicional de reenvio indica, referindo-se para tal às conclusões do órgão jurisdicional de recurso, a prática em causa foi levada a cabo pela P&C Düsseldorf [8] e foi utilizada para promover as vendas deste operador. A P&C Düsseldorf está na origem desta prática, que, por um lado, se inscreve na estratégia comercial desta sociedade e, por outro, visa diretamente a promoção e o fluxo de vendas. A referida prática constitui, assim, uma prática comercial na aceção do artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 2005/29 e, consequentemente, integra o âmbito de aplicação deste diploma [9].

23. Esta consideração não é posta em causa pelo facto de o artigo publicado na revista *GRAZIA* dizer respeito a uma ação publicitária organizada pela P&C Düsseldorf em cooperação com esta revista, nem pelo facto de este artigo se destinar a promover as vendas destes dois operadores.

24. Conforme o Tribunal de Justiça já indicou, atendendo à definição do conceito de «profissional» que consta do artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 2005/29, esta diretiva pode aplicar-se a uma situação na qual as práticas comerciais de um operador são executadas por outra empresa, que age em nome e/ou por conta desse operador, pelo que as disposições da referida diretiva podem, em determinadas situações, ser oponíveis quer ao referido operador quer a essa empresa, desde que estes últimos se enquadrem na definição do conceito de «profissional» [10]. *A fortiori*, não é de excluir que uma única prática comercial seja atribuível a dois operadores distintos quando estes agem por sua própria conta ou por conta de alguém que com eles coopera. Semelhante prática comercial também pode ser abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29. Feita esta precisão, conforme observei no n.º 19 das presentes conclusões, a P&C Hambourg intentou a ação apenas a contra a P&C Düsseldorf, pelo que, no presente caso, não se coloca a questão da oponibilidade das disposições desta diretiva à revista *GRAZIA* [11].

25. Por outro lado, a qualificação jurídica exposta no n.º 22 das presentes conclusões corresponde, no essencial, à defendida pelo órgão jurisdicional de reenvio. Com efeito, este último indica que, segundo o órgão jurisdicional de recurso, a publicação do artigo constituiu uma prática comercial tanto na aceção do § 2, n.º 1, ponto 1, da UWG como na aceção do artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 2005/29. Afirma, além disso, que a apreciação do órgão jurisdicional de recurso não padece de um erro de direito. Entendo esta afirmação no sentido de que visa também abranger a qualificação jurídica da publicação do artigo à luz desta disposição do direito da União.

6 V. Acórdão de 4 de outubro de 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, n.º 32). O artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 2005/29 define profissional como «qualquer pessoa singular ou coletiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pela presente diretiva, atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem atue em nome ou por conta desse profissional».

7 V. Acórdão de 4 de outubro de 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, n.ºs 42 e 43).

8 V. nota de pé de página 5 das presentes conclusões, nomeadamente a indicação segundo a qual «[c]onstitui objeto do presente litígio uma campanha publicitária a nível nacional lançada [pela P&C Düsseldorf], publicada […] na revista de moda».

9 V., neste sentido, Acórdão de 17 de outubro de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, n.º 36).

10 V., neste sentido, Acórdão de 17 de outubro de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, n.º 38).

11 Sem querer antecipar a resposta que deve ser dada a tal questão, é verdade que o n.º 39 do Acórdão de 17 de outubro de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), pode levar a crer que a publicação de um artigo não pode constituir uma prática comercial com origem num editor de periódicos. Contudo, o processo que esteve na origem a este acórdão dizia respeito a artigos referentes a acontecimentos estranhos aos editores de periódicos, ao passo que o presente processo diz respeito à publicação de um artigo sobre uma ação publicitária organizada por um editor de periódicos em cooperação com a P&C Düsseldorf.

26. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio chama a atenção para uma *nuance* que caracteriza o conceito de «práticas comerciais», conforme definido no direito alemão. Explica que este conceito se encontra definido no § 2, n.º 1, ponto 1, da UWG como qualquer ação de uma pessoa em benefício da sua própria empresa ou de uma empresa terceira, antes, durante ou após a conclusão de uma operação comercial, e que apresente uma relação objetiva com a promoção da venda ou do fornecimento de produtos ou de serviços. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o conceito de «práticas comerciais» acolhido no direito alemão é mais amplo do que o acolhido no artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 2005/29, pois também compreende os comportamentos de terceiros destinados a promover as vendas ou as compras de uma sociedade terceira que não atue por conta ou em nome do profissional. Porém, considera que a Diretiva 2005/29 não se opõe a que o conceito de «práticas comerciais» seja definido de forma mais abrangente no direito nacional, na medida em que esta diretiva regula apenas um «aspeto parcial» do direito em matéria de concorrência desleal.

27. No entanto, o Tribunal de Justiça não é chamado a esclarecer a questão de saber se o § 2, n.º 1, ponto 1, da UWG constitui uma transposição correta do artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 2005/29. Também não é necessário, para responder às questões prejudiciais, determinar em que medida a definição acolhida no direito alemão é mais ampla do que a acolhida no direito da União. Importa apenas determinar se a prática contestada no âmbito do litígio no processo principal constitui uma prática comercial da P&C Düsseldorf na aceção desta diretiva, o que, como já indiquei [12], é o caso.

B. Quanto à contestação de uma prática comercial no âmbito de um litígio entre dois concorrentes

28. O presente reenvio prejudicial tem origem num litígio em cujo contexto a P&C Hambourg pede que a P&C Düsseldorf seja proibida de fazer publicar, enquanto concorrente, anúncios publicitários que não sejam claramente identificáveis enquanto tais, seja obrigada a comunicar determinadas informações e seja condenada a reparar o dano causado. É no âmbito deste litígio que o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a publicação do artigo em causa constitui uma prática comercial referida no anexo I, n.º 11, da Diretiva 2005/29 e deve, por conseguinte, ser considerada desleal em quaisquer circunstâncias.

29. É certo que só se pode reconhecer que existe uma prática comercial na aceção da Diretiva 2005/29 se esta envolver, por um lado, um profissional e, por outro, um consumidor [13].

30. Todavia, o facto de o litígio no processo principal opor dois profissionais que parecem ser concorrentes não implica automaticamente a não aplicabilidade ao presente caso das disposições nacionais que transpuseram a Diretiva 2005/29.

31. Com efeito, o Tribunal de Justiça já indicou que as disposições nacionais que proíbem, sob pena de sanções, as práticas comerciais desleais no interesse dos consumidores estão abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29 [14]. O interesse dos consumidores pode ser protegido por intermédio de ações judiciais entre concorrentes, assumindo nesse caso a forma de *private enforcement* do direito da proteção dos consumidores, prevista no artigo 11.º, n.º 1, desta diretiva. Essa disposição estipula que os Estados-Membros devem assegurar a existência de meios

[12] V. n.º 22 das presentes conclusões.

[13] V. Conclusões que apresentei no processo Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, n.º 40).

[14] V. Acórdão de 17 de janeiro de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, n.º 33).

adequados e eficazes para lutar contra as práticas comerciais desleais. Estes meios podem incluir disposições jurídicas ao abrigo das quais é possível que os concorrentes intentem uma ação judicial contra tais práticas.

32. O facto de um concorrente ter um interesse próprio nessa ação judicial não é suscetível de afastar a aplicabilidade da Diretiva 2005/29.

33. Com efeito, a Diretiva 2005/29 foi adotada ao abrigo do artigo 114.º TFUE e, conforme enunciado no seu artigo 1.º, um dos objetivos que prossegue é o de contribuir para o funcionamento correto do mercado interno [15]. Neste contexto, os considerandos 6 e 8 desta diretiva indicam que esta protege diretamente os interesses económicos dos consumidores das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores e, consequentemente, protege também indiretamente os interesses económicos dos concorrentes legítimos [16]. Conforme o Tribunal de Justiça já indicou referindo-se ao considerando 6 da citada diretiva, só são excluídas do âmbito de aplicação da diretiva as legislações nacionais relativas a práticas comerciais desleais que «apenas» prejudiquem os interesses económicos de concorrentes ou que digam respeito a uma transação entre profissionais [17].

C. Observações sobre o objeto e o âmbito das questões prejudiciais

34. Através das duas questões prejudiciais que coloca, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, atendendo às circunstâncias do litígio no processo principal e, mais exatamente, às contrapartidas dadas pela P&C Düsseldorf à empresa de comunicação social, ou seja, ao editor da revista *GRAZIA*, a prática comercial contestada constitui uma prática comercial desleal em quaisquer circunstâncias, na aceção do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29. Embora esta disposição enuncie diversos requisitos para que se determine que existe uma prática comercial considerada desleal em quaisquer circunstâncias, estas duas questões prejudiciais referem-se apenas ao requisito relativo ao financiamento da promoção de um produto.

35. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se o anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 deve ser interpretado no sentido de que, quando um conteúdo editado é utilizado para promover um produto, esta promoção é «financiada» pelo profissional não apenas quando este forneça uma contrapartida em dinheiro à empresa de comunicação social para esta fazer essa promoção mas também quando essa contrapartida se traduz em bens, em serviços ou em quaisquer outros elementos com valor patrimonial [18].

[15] V., neste sentido, Conclusões que apresentei no processo Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, n.º 32). No que respeita à relação entre o correto funcionamento do mercado interno e diferentes formas de *private enforcement* do direito da União, v., por analogia, Acórdão de 17 de setembro de 2002, Muñoz e Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, n.ºs 29 a 32).

[16] V., igualmente, neste sentido, Acórdão de 17 de outubro de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, n.º 40), no qual o Tribunal de Justiça observou que a Diretiva 2005/29 se destina a proteger os consumidores de produtos e de serviços dessas empresas, bem como os seus legítimos concorrentes.

[17] V. Acórdãos de 14 de janeiro de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12 n.º 39), e de 17 de janeiro de 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, n.º 30).

[18] Observo que o órgão jurisdicional de reenvio não pede ao Tribunal de Justiça que esclareça se um financiamento pode assumir a forma de contrapartida não patrimonial. Numa preocupação de exaustividade, basta referir que a doutrina considera a possibilidade de uma resposta afirmativa a esta questão. V. Namysłowska, M., Sztobryn, K., «Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych», *Państwo i Prawo*, 2008, vol. 11, p. 61.

36. A segunda questão prejudicial decompõe-se em duas partes. Com a primeira, à qual só é necessário responder se a resposta à primeira questão for afirmativa, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, na aceção do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29, tal contrapartida com valor patrimonial constitui uma contrapartida pela utilização do conteúdo editado para promover um produto.

37. Embora, na formulação da primeira questão, a utilização do conceito de «contrapartida», dada a título da «utilização de conteúdos editados», possa levar a pensar que esta questão se sobrepõe à primeira parte da segunda questão, tal não é, todavia, o caso. Com efeito, embora a primeira questão diga respeito à questão de saber se o financiamento pode revestir uma forma diferente da de uma prestação pecuniária, a primeira parte da segunda questão diz respeito à questão de saber se tal financiamento deve constituir, como o órgão jurisdicional de reenvio explica na fundamentação do pedido de decisão prejudicial, uma contrapartida com valor patrimonial, «no sentido de uma relação sinalagmática».

38. Esta questão reflete a argumentação que a P&C Düsseldorf apresentou no seu recurso de «Revision», no qual alegou que, para se poder concluir pela existência de uma prática comercial considerada desleal em quaisquer circunstâncias, a contrapartida fornecida pelo profissional deve apresentar uma relação com o conteúdo editado, para que se possa considerar que, através desse financiamento, a reportagem foi «comprada» pelo profissional. Em contrapartida, segundo a P&C Düsseldorf, não se pode retirar esta conclusão do facto de o profissional suportar custos da ação publicitária organizada em comum com uma empresa de comunicação e de que os dois operadores beneficiam. Neste caso, aquilo que é financiado em comum é apenas o evento organizado em conjunto, ao passo que a empresa de comunicação anuncia a ação publicitária, num artigo, apenas no seu próprio interesse.

39. O órgão jurisdicional de reenvio afirma, a este propósito, que a relação a que a P&C Düsseldorf se refere pode ser demonstrada pelo simples facto de a ação publicitária e o artigo poderem ser vistos como elementos de uma única e mesma ação publicitária, que só pode ser apreciada e qualificada globalmente. Esta solução não se impõe de forma incontornável. Tendo em conta esta afirmação, o órgão jurisdicional de reenvio indica que, segundo os factos apurados pelo órgão jurisdicional de recurso, a P&C Düsseldorf colocou nomeadamente à disposição da empresa de comunicação social os direitos de utilização respeitantes às imagens usadas neste artigo. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, pelo menos uma parte das prestações com valor patrimonial fornecidas pela P&C Düsseldorf parece, assim, apresentar uma relação concreta com a publicação do referido artigo.

40. Conforme resulta da formulação da segunda questão, a sua segunda parte só se coloca se à primeira parte for dada resposta afirmativa. Através da segunda parte da segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende determinar se a utilização do conteúdo editado é «financiada», na aceção do anexo I, n.º 11, da Diretiva 2005/29, se o profissional colocou à disposição da empresa de comunicação social direitos de imagem e quando os dois operadores suportaram custos e encargos da ação publicitária destinada a promover as vendas dos seus produtos.

41. Atendendo ao objeto comum destas duas questões e ao facto de que estão intrinsecamente relacionadas, considero que devem ser analisadas em conjunto e que lhes deve ser dada uma resposta única.

42. Consequentemente, num primeiro momento, há que determinar se o anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 deve ser interpretado no sentido de que, quando um conteúdo editado é utilizado para promover um produto, esta promoção é «financiada» pelo profissional não apenas quando este fornece uma contrapartida em dinheiro à empresa de comunicação social para proceder a essa promoção mas também quando a contrapartida consista em bens, em serviços ou em quaisquer outros ativos com valor patrimonial (título D).

43. Se a esta questão for dada resposta afirmativa, será necessário, num segundo momento, determinar se, na aceção do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29, essa contrapartida com valor patrimonial constitui uma contrapartida a título da utilização do conteúdo editado para promover um produto, existindo assim uma relação entre a contrapartida e a promoção em causa. Se assim for, haverá que verificar se, quando uma empresa de comunicação apresenta uma informação sobre uma ação publicitária organizada em comum com o profissional, o facto de colocar os direitos de utilização das imagens à disposição de uma empresa de comunicação social e/ou de suportar custos e encargos dessa ação publicitária constitui semelhante contrapartida (título E).

D. Um financiamento como contrapartida com valor patrimonial

1. Interpretação literal

44. Conforme resulta da leitura do considerando 5 da Diretiva 2005/29, o legislador da União entendeu que os obstáculos à livre circulação de serviços e de produtos para lá das fronteiras ou à liberdade de estabelecimento só podem ser eliminados através da introdução de regras uniformes e da clarificação de determinados conceitos legais. Daqui deduzo que, para o legislador da União, os conceitos utilizados nesta diretiva constituem, em princípio, conceitos autónomos do direito da União.

45. Consoante as diferentes versões linguísticas da Diretiva 2005/29 e os termos utilizados, o seu anexo I, ponto 11, pode ser entendido no sentido de que um financiamento deve assumir a forma de uma contrapartida em dinheiro [19] ou, de acordo com os termos mais abrangentes utilizados noutras versões linguísticas, no sentido de que esse financiamento pode assumir qualquer forma de contrapartida com valor patrimonial [20].

[19] Podem ser citadas as versões nas línguas espanhola («pagando»), checa («zaplatil»), dinamarquesa («betalt»), alemã («bezahlt»), estónia («maksnud»), inglesa («paid for»), letã («ir samaksājis»), lituana («sumokėjo»), neerlandesa («betaald»), polaca («zapłacił»), romena («a plătit»), eslovena («plačal»), finlandesa («maksanut») e sueca («betalat»), que utilizam diferentes formas gramaticais do verbo «pagar».

[20] É sobretudo a versão em língua italiana («costi […] sostenuti») que significa em tradução livre «custos da promoção suportados». Nesta ordem de ideias, as redações das versões em língua francesa («financer»), húngara («fizetett») e portuguesa («financiar») não parecem excluir as outras formas de contrapartida com valor patrimonial que não seja em dinheiro.

46. Devido a esta diversidade, não é possível chegar a uma conclusão unívoca quanto à natureza de uma contrapartida passível de constituir um financiamento, na aceção do anexo I, ponto 11, da referida diretiva. Em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, há assim que, recorrer a outros métodos de interpretação, que não à interpretação literal [21].

2. Interpretação sistemática

47. As disposições da Diretiva 2005/29 foram essencialmente concebidas na ótica do consumidor enquanto destinatário e vítima de práticas comerciais desleais [22]. No sistema assim concebido, a prática comercial descrita no anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 é qualificada de «prática comercial considerada desleal em quaisquer circunstâncias» e, conforme resulta dos títulos utilizados neste anexo, de «prática comercial enganosa».

48. A dicotomia que opõe as práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias àquelas que só podem ser declaradas desleais após uma avaliação casuística, ao abrigo das disposições dos artigos 5.º a 9.º da Diretiva 2005/29, assenta na consideração de que só as práticas comerciais mais prejudiciais para os consumidores são objeto de uma proibição absoluta [23].

49. Do ponto de vista do consumidor, pouco importa que o financiamento da utilização do conteúdo editado revista ou não a forma de uma contrapartida em dinheiro. A prática comercial descrita no anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 é considerada desleal em quaisquer circunstâncias devido ao logro em que pode induzir. É para evitar estas situações que, conforme foi já indicado pelo Tribunal de Justiça, «a Diretiva 2005/29, em particular o ponto 11 do seu anexo I, impõe [efetivamente] às empresas anunciantes a obrigação de indicarem de forma clara que financiaram um conteúdo editado nos meios de comunicação social quando esse conteúdo se destine a promover um produto ou um serviço desses profissionais» [24].

50. Por conseguinte, a interpretação sistemática da Diretiva 2005/29 milita a favor da tese segundo a qual a forma de um financiamento, independentemente de se tratar de uma contrapartida em dinheiro ou de uma contrapartida com valor patrimonial, não é importante.

[21] No Acórdão 4finance, o Tribunal de Justiça confirmou o resultado da interpretação literal do anexo I, ponto 14, da Diretiva 2005/29 com o da interpretação teleológica, recordando no entanto que a necessidade de uma aplicação e de uma interpretação uniformes dos atos da União exclui a possibilidade de que esses atos sejam considerados isoladamente numa das suas versões linguísticas, embora exija que seja interpretado em função tanto da vontade efetiva do seu autor, como do fim por si prosseguido, à luz, nomeadamente, das versões redigidas em todas as línguas (Acórdão de 3 de abril de 2014, C-515/12, EU:C:2014:211, n.os 19, 20 e 24). Sempre no contexto desta diretiva, o Tribunal de Justiça referiu, no Acórdão Trento Sviluppo e Centrale Adriatica, que, em caso de divergência entre as diferentes versões linguísticas, a disposição em questão deve ser interpretada em função da sistemática e da finalidade da regulamentação de que constitui um elemento (Acórdão de 19 de dezembro de 2013, C-281/12, EU:C:2013:859, n.º 26). Por outro lado, no Acórdão Purely Creative e o., o Tribunal de Justiça respondeu às questões prejudiciais relativas ao anexo I, ponto 31, da Diretiva 2005/29 recorrendo às interpretações literal (n.os 25 e 26), histórica (n.º 28), sistemática (n.os 35 e 42) e teleológica (n.º 43) desta disposição (Acórdão de 18 de outubro de 2012, C-428/11, EU:C:2012:651, a seguir «Acórdão Purely Creative e o.»). Nesta ordem de ideias, o Tribunal de Justiça, no Acórdão Wind Tre e Vodafone Italia, para responder à questão prejudicial relativa ao anexo I, ponto 21, dessa diretiva, fez uso das interpretações literal (n.º 43), sistemática (n.º 45) e teleológica (n.º 54) (Acórdão de 13 de setembro de 2018, C-54/17 e C-55/17, EU:C:2018:710). É certo que, nestes dois últimos acórdãos, o Tribunal de Justiça não referiu a existência de diferenças entre as versões linguísticas desta diretiva. Todavia, a abordagem metodológica utilizada nestes acórdãos confirma que o resultado decorrente da interpretação literal não pode ocultar os decorrentes de outros métodos interpretativos.

[22] V. Acórdão de 16 de abril de 2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, n.º 52).

[23] V. Acórdão de 3 de abril de 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, n.º 32). Durante os trabalhos preparatórios, a Comissão indicou que o anexo I da Diretiva 2005/29 inclui as práticas comerciais que alteram sempre substancialmente as decisões dos consumidores. V. proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de junho de 2003, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera as Diretivas 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE («Diretiva relativa às práticas comerciais desleais») [COM(2003) 356 final], p. 10.

[24] Acórdão de 17 de outubro de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, n.º 48).

3. Interpretação teleológica

51. Referindo-se aos n.os 46 e 47 do Acórdão Purely Creative e o., a P&C Düsseldorf afirma que o Tribunal de Justiça declarou que o objetivo da Diretiva 2005/29 não seria alcançado se, no âmbito da aplicação das disposições do anexo I desta diretiva, a interpretação das diferentes hipóteses levasse a que se tomassem em consideração condições que implicam que seja difícil realizar uma avaliação casuística.

52. Considero que esta afirmação não encontra suporte numa interpretação teleológica da Diretiva 2005/29 e resulta de uma leitura seletiva daquele acórdão.

53. No processo que deu origem ao Acórdão Purely Creative e o., o Tribunal de Justiça foi chamado a interpretar o anexo I, ponto 31, da Diretiva 2005/29 a fim de esclarecer se, nos termos desta disposição, uma prática comercial é considerada desleal em quaisquer circunstâncias quando um consumidor a quem foi anunciado que ganhou um prémio é obrigado a incorrer num custo, ainda que insignificante.

54. Num primeiro momento, o Tribunal de Justiça concluiu, com base na interpretação literal e sistemática do ponto 31 deste anexo, que a proibição de incorrer num custo reveste caráter absoluto [25]. Num segundo momento, para confirmar o resultado da interpretação literal dessa disposição, o Tribunal de Justiça recorreu à interpretação teleológica [26]. Neste contexto, o Tribunal de Justiça recordou, conforme indicado no considerando 17 da Diretiva 2005/29, que a segurança jurídica é um elemento essencial do bom funcionamento do mercado interno e que foi para atingir esse objetivo que o legislador agrupou, no anexo I dessa diretiva, as práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias [27].

55. Em seguida, o Tribunal de Justiça considerou que o objetivo não seria alcançado se o anexo I, ponto 31, da Diretiva 2005/29 fosse interpretado, por um lado, no sentido de que inclui um elemento de ludíbrio, distinto das circunstâncias descritas na segunda parte desta disposição, e, por outro, no sentido de que permite que se imponham ao consumidor «custos insignificantes» comparativamente ao valor do prémio [28]. O Tribunal de Justiça também formulou as conclusões a que a P&C Düsseldorf se refere e segundo as quais uma interpretação diferente obrigaria a avaliações complexas, efetuadas de forma casuística, que é aquilo que a inclusão da prática neste anexo I visa precisamente evitar.

56. Cabe observar, em primeiro lugar, que o Tribunal de Justiça só recorreu à interpretação teleológica para confirmar a interpretação literal do anexo I, ponto 31, da Diretiva 2005/29 que, ao contrário do que sucede no presente processo, permitia chegar a uma conclusão unívoca.

57. Em segundo lugar, este recurso à interpretação teleológica permitiu excluir a existência, na descrição de uma prática comercial abrangida pelo anexo I, de um elemento distinto das circunstâncias expressamente previstas nesta disposição. Além disso, é sempre necessário verificar se as circunstâncias que correspondem à descrição de uma prática comercial abrangida pelo anexo I se encontram reunidas no caso concreto. Com efeito, o Tribunal de Justiça declarou

[25] Acórdão Purely Creative e o., n.os 30 e 36.

[26] Acórdão Purely Creative e o., n.º 43.

[27] Acórdão Purely Creative e o., n.º 46.

[28] Acórdão Purely Creative e o., n.os 46 e 47.

que para aplicar este anexo é necessário que determinadas circunstâncias sejam qualificadas de «essenciais» ou «principais» e que sejam toma-as em consideração determinadas circunstâncias relacionadas indiretamente com outras [29].

58. Em terceiro lugar, há que constatar que o resultado do raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça está nos antípodas daquele que é pretendido pela P&C Düsseldorf. O Tribunal de Justiça referiu-se à interpretação teleológica para não restringir a definição de «prática comercial considerada desleal em quaisquer circunstâncias», ao passo que a P&C Düsseldorf pretende excluir desta definição todas as formas de financiamento que não seja em dinheiro.

59. Em quarto lugar, considero que o raciocínio do Tribunal de Justiça é perfeitamente compatível com o segundo objetivo da Diretiva 2005/29, também evocado no Acórdão Purely Creative e o. [30], ou seja, alcançar um elevado nível de proteção dos consumidores.

60. Em quinto lugar, restringir a definição do conceito de «práticas comerciais», abrangidas pelo anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29, a uma contrapartida em dinheiro poderia privar esta disposição do seu efeito útil, uma vez que essa restrição permitiria contornar facilmente a proibição das publirreportagens [31]. A este propósito, como a P&C Hambourg indica, diferenciar as contrapartidas em dinheiro das outras contrapartidas com valor patrimonial nunca seria consentâneo com a realidade da prática jornalística.

61. Os objetivos da Diretiva 2005/29 confirmam assim a interpretação segundo a qual pouco importa que um financiamento, na aceção do anexo I, ponto 11, desta diretiva, revista a forma de uma contrapartida em dinheiro ou de outra contrapartida com valor patrimonial.

4. Interpretação histórica

62. No decurso dos trabalhos preparatórios, o Parlamento Europeu propôs, através da alteração 72 [32], que a prática comercial a que se refere o anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 fosse descrita da seguinte forma: «Artigos publicitários, anúncios ou promoções — por vezes referidos como "publirreportagem" — *divulgados em troca de um pagamento ou outro arranjo recíproco* devem cumprir as disposições da diretiva se o seu conteúdo for controlado pelos profissionais e não pelos responsáveis pela publicação. Ambos devem deixar bem claro que os artigos publicitários são reclames, nomeadamente colocando no início dos mesmos a menção "artigo publicitário"» [33].

[29] V., neste sentido, Acórdão de 15 de dezembro de 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, n.º 30). V., igualmente, neste sentido, Acórdão de 3 de abril de 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, n.º 33).

[30] Acórdão Purely Creative e o., n.ºs 48 e 49.

[31] V., por analogia, no que respeita ao ponto 14 deste anexo, Acórdão de 15 de dezembro de 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, n.º 31).

[32] Relatório de 18 de março de 2004 sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera as Diretivas 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE (Diretiva relativa às práticas comerciais desleais) [COM(2003) 356 — C5-0288/2003 — 2003/0134(COD)] [A5-0188/2004 final].

[33] O sublinhado é meu.

63. O Conselho da União Europeia opôs-se a esta alteração indicando que «[esta] não pôde ser aceite por não definir uma prática que fosse em qualquer circunstância desleal, critério que é utilizado para a inclusão no anexo» [34]. A Comissão, por seu turno, não aceitou a alteração em causa e o anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 não sofreu alterações substanciais durante os trabalhos preparatórios [35]. Porém, estas circunstâncias não podem ser entendidas no sentido de que o legislador da União se opôs à interpretação segundo a qual uma publirreportagem é difundida não apenas através de pagamentos mas também através de outros arranjos recíprocos.

64. Por um lado, no que respeita à oposição do Conselho, a alteração 72 podia efetivamente ser lida no sentido de que dizia respeito não a uma descrição da prática comercial considerada desleal em quaisquer circunstâncias, mas antes a uma instrução que permitia evitar que um conteúdo editado fosse considerado uma prática desse tipo («devem cumprir as disposições da diretiva […] [os profissionais e os responsáveis pela publicação] devem deixar bem claro que os artigos publicitários são reclames»). Não é assim surpreendente que esta alteração não tenha sido acolhida pela Comissão na forma proposta pelo Parlamento.

65. Por outro lado, a alteração 72 introduzia um esclarecimento no que respeita à contrapartida a fornecer pelo profissional («divulgados em troca de um pagamento ou outro arranjo recíproco»). Ora, o Parlamento justificou esta alteração com o objetivo de impedir uma interpretação demasiado ampla do termo «publirreportagem», que poderia ser entendida no sentido de que incluía («não intencionalmente») o conteúdo editado. Daqui deduzo que, para o Parlamento, o aditamento da passagem segundo a qual uma publirreportagem se caracteriza pelo facto de «o seu conteúdo [ser] controlado pelos profissionais e não pelos responsáveis pela publicação» constituía uma alteração da descrição inicialmente proposta pela Comissão. Poder-se-ia também pressupor que o Parlamento considerou que a descrição inicialmente proposta já implicava que uma contrapartida fornecida por um profissional não tinha necessariamente de ser pecuniária. Esta leitura da alteração 72 parece confirmada pela declaração da Comissão segundo a qual as alterações não acolhidas, incluindo a alteração 72, poderiam ter sido aceites pela Comissão pelo menos em parte [36].

66. A interpretação segundo a qual qualquer contrapartida com valor patrimonial pode constituir um financiamento, na aceção do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29, não é assim posta em causa pelos trabalhos preparatórios relativos a essa diretiva.

5. Conclusão intercalar

67. Atendendo ao facto de que a interpretação literal do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 não permite chegar a uma conclusão satisfatória, e tomando em consideração as conclusões unívocas decorrentes das suas interpretações sistemática e teleológica, às quais não se opõem as resultantes da interpretação histórica, sou de opinião de que esta disposição deve ser

[34] Posição comum (CE) n.º 6/2005, de 15 de novembro de 2004, adotada pelo Conselho, que se pronunciou em conformidade com o procedimento previsto no artigo 251.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, tendo em vista a adoção de uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («Diretiva relativa às práticas comerciais desleais») (JO 2005, C 38 E, p. 1). p. 20.

[35] Segundo a proposta inicial da Comissão, a descrição desta prática foi formulada nos seguintes termos: «Utilizar o conteúdo nos meios de comunicação social para promover um produto, tendo sido o profissional a financiar ele próprio esta promoção sem o indicar claramente no seu conteúdo (publirreportagem).» V. proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, que altera as Diretivas 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE (Diretiva relativa às práticas comerciais desleais) [COM(2003) 356 final].

[36] Comunicação de 16 de novembro de 2004 da Comissão ao Parlamento Europeu, [COM(2004) 753 final], p. 6.

interpretada no sentido de que, quando um conteúdo editado é utilizado para promover um produto, esta promoção é «financiada» pelo profissional quando este profissional fornece à empresa de comunicação social uma contrapartida que se traduz em bens, em serviços ou em quaisquer outros ativos com valor patrimonial.

68. A questão sobre a qual me vou agora debruçar é a de saber se, na aceção do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29, semelhante contrapartida com valor patrimonial constitui uma contrapartida a título da utilização do conteúdo editado para promover um produto e, em caso de resposta afirmativa, se essa contrapartida foi fornecida nas circunstâncias do litígio no processo principal.

E. Um financiamento como contrapartida pela utilização de um conteúdo editado

69. A utilização do termo «financiar» e dos termos noutras versões linguísticas do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 sugere que a título da utilização de um conteúdo editado destinado a promover um produto deve ser fornecida uma contrapartida com valor patrimonial e que deve assim existir uma relação certa entre essa contrapartida e essa promoção do produto.

70. A este respeito, é útil sublinhar que existe, *a priori*, uma *nuance* que diferencia a descrição constante desta disposição do direito da União daquela que existe no direito alemão. Com efeito, nos termos do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29, a prática comercial denominada «publirreportagem» consiste na utilização de um conteúdo editado para promover um produto, *tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção*, ao passo que, nos termos do ponto 11 do anexo da UWG, é *a utilização do conteúdo editado* para promover um produto que é financiada pelo profissional. O Tribunal de Justiça já clarificou, no Acórdão RLvS [37], o ponto 11 do anexo I da Diretiva 2005/29, ao considerar que essa disposição impõe às empresas anunciantes a obrigação de indicarem de forma clara *que financiaram um conteúdo editado*. Este acórdão confirma assim a interpretação do termo «financiar» que acabo de expor.

71. Pelas razões já expostas no âmbito da análise da primeira questão [38], poder-se-ia arguir que a interpretação histórica milita igualmente a favor desta interpretação. Com efeito, a alteração 72, proposta pelo Parlamento, pretendia, em relação à publirreportagem, introduzir uma precisão segundo a qual esta engloba os artigos publicitários, anúncios ou promoções *divulgados em troca de um pagamento ou outro arranjo recíproco*. Como já expliquei, a rejeição desta alteração não parece ir no sentido do aditamento desta precisão.

72. À luz do que precede, há que considerar que, na aceção do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29, uma contrapartida com valor patrimonial dada pelo profissional à empresa de comunicação social constitui uma contrapartida pela utilização do conteúdo editado para promover um produto, pelo que existe uma relação entre tal contrapartida e esta promoção do produto.

73. Neste contexto, considero que a cedência dos direitos de utilização das imagens, a que o órgão jurisdicional de reenvio se refere na segunda parte da segunda questão, constitui uma contrapartida a título da utilização do conteúdo editado para promover um produto.

[37] Acórdão de 17 de outubro de 2013 (C-391/12, EU:C:2013:669, n.º 48).

[38] V. n.os 64 e 65 das presentes conclusões.

74. Com efeito, por um lado, existe uma relação certa e direta entre a contrapartida fornecida pela P&C Düsseldorf e a promoção feita através desse conteúdo editado, na medida em que os direitos de utilização das imagens foram colocados à disposição da empresa de comunicação social para informar a respeito de uma ação publicitária também organizada por esse profissional e porque, nessas imagens, utilizadas nesse conteúdo, havia fotografias das lojas da P&C Düsseldorf e dos produtos colocados à venda por este profissional.

75. Por outro lado, o anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 não define nenhum montante mínimo que deve corresponder a uma contrapartida com valor patrimonial para que esta possa ser considerada um financiamento na aceção desta disposição [39]. Consequentemente, não é importante que a própria empresa de comunicação social também tenha, ela própria, suportado uma parte dos custos e encargos relativos a uma publicação. A publicação de um conteúdo editado acarreta sempre esse tipo de custos e de encargos para uma empresa de comunicação social. *A fortiori*, atendendo a que o anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 não define nenhum montante mínimo no que respeita à contrapartida com valor patrimonial fornecida pelo profissional, esta disposição não exige que exista uma equivalência entre essa contrapartida e os custos e encargos suportados pela empresa de comunicação social.

76. A consideração constante do n.º 72 das presentes conclusões poderia, assim, marcar o fim da análise da segunda questão e fornecer uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio. Com efeito, esta consideração permite concluir que o anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 deve ser interpretado no sentido de que uma contrapartida com valor patrimonial deve constituir uma contrapartida a título da utilização do conteúdo editado para promover um produto, pelo que existe uma relação certa entre essa contrapartida e essa promoção. Em especial, existe essa relação quando uma empresa de comunicação social fornece informações a respeito de uma ação publicitária organizada em comum com um profissional que, por sua vez, para efetuar essa promoção, coloca à disposição dessa empresa de comunicação social os direitos de utilização das imagens nas quais figuram fotografias das suas lojas assim como dos produtos colocados à venda por esse profissional.

77. No entanto, com uma preocupação de exaustividade, podemo-nos ainda interrogar sobre a questão de saber se uma relação certa entre uma contrapartida com valor patrimonial e a utilização de um conteúdo editado para promover um produto também pode revestir caráter indireto e, eventualmente, se essa relação certa e indireta existe, no presente caso, entre a participação nos custos e encargos de uma ação publicitária organizada em cooperação com uma empresa de comunicação social e a publicação do artigo controvertido. Considerada de forma isolada, a organização em cooperação de tal ação publicitária não possui nenhuma relação direta com essa publicação. É precisamente essa inexistência de relação direta que parece ter levado o órgão jurisdicional de reenvio a ponderar a possibilidade de essa ação publicitária e esse artigo constituírem um conjunto [40].

78. Não excluo de imediato que uma relação indireta entre uma contrapartida com valor patrimonial fornecida à empresa de comunicação social e a utilização do seu conteúdo editado para promover um produto seja suficiente para se concluir pela existência de uma prática comercial desleal em quaisquer circunstâncias, na aceção do anexo I, ponto 11, da Diretiva

[39] Além disso, o objetivo de proporcionar uma maior segurança jurídica na identificação das práticas comerciais desleais, referido no considerando 17 desta diretiva, não ficaria assegurado se os Estados-Membros pudessem decidir quais os montantes passíveis de serem considerados um financiamento na aceção do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29. V., por analogia, Acórdão de 3 de abril de 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, n.º 26).

[40] V. n.º 39 das presentes conclusões.

2005/29. Uma interpretação contrária desta disposição poderia privá-la do seu efeito útil porquanto a exigência de uma relação direta permitiria facilmente contornar a proibição absoluta de publirreportagem [41].

79. Todavia, a relação indireta entre a participação nos custos e encargos de uma ação publicitária organizada em cooperação com uma empresa de comunicação social e a publicação do artigo controvertido só ficaria provada com base numa presunção duvidosa e não seria, assim, certa.

80. Com efeito, antes de mais, considerar que o profissional financiou a utilização de um conteúdo editado para promover um produto quando uma empresa de comunicação social informa sobre uma ação publicitária organizada em cooperação com um profissional equivaleria a reconhecer a existência de uma presunção segundo a qual esse profissional se associou a essa sociedade para proceder a tal promoção. Em seguida, aceitar a pertinência desta presunção no contexto do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29 seria passível de conferir à referida presunção um caráter inelidível, dado o facto de se tratar de uma prática comercial desleal em quaisquer circunstâncias. Por último, tal prática comercial seria considerada uma prática desse profissional, ainda que o seu envolvimento na utilização do conteúdo editado para fazer a promoção se baseie unicamente na referida presunção.

81. Ora, ao fazer uso da liberdade de empresa, um profissional pode cooperar com uma empresa de comunicação social, que pode exercer diferentes atividades, não para garantir uma cobertura mediática, mas para beneficiar do prestígio dessa empresa, do seu *know-how*, dos seus recursos ou dos seus contactos comerciais.

82. Se não existir financiamento na aceção do anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29, uma prática comercial não pode ser considerada desleal em quaisquer circunstâncias nos termos desta disposição. Tal prática comercial, que não figura neste anexo, pode eventualmente ser declarada desleal na sequência de um exame casuístico das suas características à luz dos critérios enunciados nos artigos 5.º a 9.º desta diretiva.

83. Sem prejuízo das observações que precedem, relativas à participação nos custos e nos encargos de uma ação publicitária organizada em cooperação com uma empresa de comunicação social, mantenho a conclusão formulada no n.º 76 das presentes conclusões.

84. Além disso, sublinho que, para se poder concluir pela existência da prática comercial desleal considerada desleal em quaisquer circunstâncias, referida no anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29, há sempre que verificar se as condições definidas nesta disposição, diferentes da relativa ao financiamento da promoção de um produto, também se encontram preenchidas. Em circunstâncias como as do processo principal, há, nomeadamente, que verificar se se trata de um «conteúdo editado» na aceção desta disposição, na medida em que este conceito não foi ainda interpretado pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência, e se do artigo em causa não resulta claramente que se trata de um conteúdo cofinanciado pelo profissional. Porém, essas outras condições não são objeto das questões prejudiciais submetidas ao Tribunal de Justiça e, por esta razão, não são examinadas no âmbito das presentes conclusões.

[41] V., por analogia, Acórdão de 15 de dezembro de 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, n.º 39). Neste acórdão, o Tribunal de Justiça foi chamado a esclarecer se o anexo I, ponto 14, da Diretiva 2005/29 devia ser interpretado no sentido de que esta disposição permite qualificar uma prática comercial de «sistema de promoção em pirâmide» mesmo quando só exista uma relação indireta entre as contribuições dos novos aderentes a esse sistema e as contrapartidas recebidas pelos aderentes ativos. O Tribunal de Justiça considerou, a este respeito, que o financiamento da contrapartida que um aderente ativo é suscetível de receber pode indiretamente depender das contribuições pagas ao sistema por novos aderentes.

VI. Conclusão

85. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que dê a seguinte resposta à primeira questão prejudicial submetida pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal, Alemanha):

O anexo I, ponto 11, da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («Diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretado no sentido de que, quando um conteúdo editado seja utilizado para promover um produto, essa promoção também é «financiada» pelo profissional quando este fornece à empresa de comunicação social uma contrapartida constituída por bens, por serviços ou por quaisquer outros elementos com valor patrimonial.

Tal contrapartida com valor patrimonial deve constituir um benefício a título da utilização do conteúdo editado para promover um produto, pelo que deve existir uma relação certa entre essa contrapartida e essa promoção.

Em especial, essa relação existe quando uma empresa de comunicação social presta informações sobre uma ação publicitária organizada em comum com um profissional que, por sua vez, para levar a cabo essa promoção, coloca à disposição dessa empresa de comunicação social os direitos de utilização das imagens nas quais figuram fotografias das suas lojas assim como dos produtos colocados à venda por esse profissional.