CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL VERICA TRSTENJAK apresentadas em 24 de Março de 2010[1]

Índice

I – Introdução ..... I - 10913

II – Quadro jurídico ..... I - 10914

A – Direito comunitário ..... I - 10914

B – Direito nacional ..... I - 10916

III – Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais ..... I - 10917

IV – Processo no Tribunal de Justiça ..... I - 10918

V – Principais argumentos das partes ..... I - 10919

A – Quanto à primeira questão prejudicial ..... I - 10919

B – Quanto à segunda questão prejudicial ..... I - 10921

VI – Apreciação jurídica ..... I - 10922

A – Observações prévias ..... I - 10922

B – Quanto à primeira questão prejudicial ..... I - 10923

1. O conceito de «práticas comerciais» constante do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29 ..... I - 10924

2. Âmbito de aplicação pessoal da Directiva 2005/29 ..... I - 10924

a) O domínio abrangido pela Directiva 2005/29 ..... I - 10925

1 — Língua original: alemão.

b) O objectivo de protecção da proibição prevista no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG ..... I - 10928

i) Quanto à ponderação diferente dos vários bens jurídicos protegidos ..... I - 10928

ii) Análise das disposições nacionais pertinentes e da jurisprudência ..... I - 10930

c) Conclusão ..... I - 10932

3. Análise da estrutura dos dois regimes ..... I - 10932

a) As normas da Directiva 2005/29 ..... I - 10932

i) Aproximação plena e máxima dos regimes nacionais como objectivo normativo ..... I - 10933

ii) Estrutura normativa da Directiva 2005/29 ..... I - 10934

b) As normas da UWG ..... I - 10935

i) Estrutura normativa da proibição prevista nos § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG ..... I - 10936

4. Compatibilidade do regime controvertido com a Directiva 2005/29 ..... I - 10937

a) Direito nacional escrito ..... I - 10937

i) Inversão da estrutura normativa ..... I - 10937

ii) Insuficiência das excepções previstas no § 9a, n.º 2, da UWG .. I - 10938

iii) Conclusão provisória ..... I - 10939

b) Possibilidade de uma interpretação conforme com a directiva ..... I - 10940

i) Exame à luz das disposições da directiva ..... I - 10941

– Artigo 5.º, n.os 4 e 5, da Directiva 2005/29 ..... I - 10941

– Artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29 ..... I - 10943

c) Conclusão ..... I - 10950

5. Conclusões ..... I - 10953

C – Quanto à segunda questão prejudicial ..... I - 10954

VII – Conclusão ..... I - 10956

I – Introdução

1. No presente reenvio prejudicial nos termos do artigo 234.º CE [2], o Oberster Gerichtshof da Áustria (a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») submete ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais respeitantes à interpretação da Directiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais no mercado interno [3] (a seguir «Directiva 2005/29»). No essencial, trata-se da questão da compatibilidade com o direito comunitário de um regime nacional que proíbe o anúncio, a oferta ou a entrega de brindes associados a publicações periódicas, bem como o anúncio de brindes associados a outros produtos ou serviços, sem a obrigação de verificar, em cada caso, o carácter enganoso dessa prática comercial.

2 — Nos termos do Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, de 13 de Dezembro de 2007 (JO C 306, p. 1), o processo de reenvio prejudicial está agora regulado no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

3 — Directiva 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 Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 (directiva relativa às práticas comerciais desleais) (JO L 149, p. 22).

2. O pedido de decisão prejudicial tem na sua origem um pedido de medidas provisórias da Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG (a seguir «demandante no processo principal») contra a «Österreich»-Zeitungsverlag GmbH (a seguir «demandada no processo principal») relativo à utilização anticoncorrencial de um brinde, sob a forma de um concurso, proibida, em princípio, pelo direito nacional.

3. Após os processos C-261/07 (VTB-VAB) e C-299/07 (Galatea) [4], bem como C-304/08 (Plus) [5], estamos perante o terceiro de uma série de reenvios prejudiciais pelos quais os órgãos jurisdicionais nacionais submetem ao Tribunal de Justiça a questão da compatibilidade de proibições nacionais de ofertas conjuntas com a Directiva 2005/29. Uma das principais questões que distingue o presente processo dos anteriores e que, por isso, tem de ser objecto de cuidadosa apreciação jurídica, é a de saber se este exame da compatibilidade também é possível quando a alegada finalidade normativa do regime nacional em causa consiste na protecção quer do pluralismo dos meios de comunicação social quer dos concorrentes.

4 — Acórdão de 23 de Abril de 2009, VTB-VAB e Galatea (C-261/07 e C-299/07, Colect., p. I-2949.)

5 — Acórdão de 14 de Janeiro de 2010, Plus (C-304/08, Colect., p. I-217).

II – Quadro jurídico

A – *Direito comunitário*

4. O artigo 1.º da Directiva 2005/29 é do seguinte teor:

«A presente directiva tem por objectivo contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais que lesam os interesses económicos dos consumidores.»

5. O artigo 2.º da Directiva 2005/29 prevê:

«Para efeitos do disposto na presente directiva, entende-se por:

[…]

d) "Práticas comerciais das empresas face aos consumidores" (a seguir designadas também por "práticas comerciais"): qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais,

incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores;

[…]»

6. O artigo 3.º, n.º 1, da directiva estabelece:

«A presente directiva é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5.º, antes, durante e após uma transacção comercial relacionada com um produto.»

7. O artigo 4.º da directiva prevê:

«Os Estados-Membros não podem restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é objecto de aproximação por força da presente directiva.»

8. O artigo 5.º da directiva, com a epígrafe «Proibição de práticas comerciais desleais», estabelece:

«1. São proibidas as práticas comerciais desleais.

2. Uma prática comercial é desleal se:

a) For contrária às exigências relativas à diligência profissional

e

b) Distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

3. As práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao

produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo. Esta disposição não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente.

4. Em especial, são desleais as práticas comerciais:

a) Enganosas, tal como definido nos artigos 6.º e 7.º;

ou

b) Agressivas, tal como definido nos artigos 8.º e 9.º

5. 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 directiva.»

9. O anúncio, a oferta ou a atribuição de brindes associados a publicações periódicas não figura no anexo I da directiva como uma das práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias.

B – *Direito nacional*

10. O § 9a, n.º 1, da Lei austríaca contra a concorrência desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, a seguir «UWG») [6] é do seguinte teor:

«Quem, no âmbito de relações comerciais e com uma finalidade concorrencial,

1. anunciar em avisos públicos ou noutras comunicações destinadas a um grupo significativo de pessoas que, além de produtos e serviços, oferece brindes (prémios) aos consumidores, ou quem, conjuntamente com publicações periódicas, oferecer, anunciar ou atribuir aos consumidores brindes (prémios) ou

6 — Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. n.º 448, alterada pela Lei de 13 de Novembro de 2007, BGBl. I n.º 79/2007.

2. oferecer, anunciar ou atribuir a empresas brindes (prémios) associados a produtos ou serviços,

pode ser demandado em acção inibitória ou de indemnização, mesmo quando a gratuitidade do brinde for dissimulada através de preços globais para os produtos ou serviços, através de preços fictícios para um brinde ou de qualquer outra forma.»

III – Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais

11. O órgão jurisdicional de reenvio indica que foi chamado a decidir de um litígio entre dois concorrentes no mercado austríaco de jornais diários, originado pelo facto de a demandada no processo principal ter anunciado, no seu jornal, a escolha do «futebolista do ano». Na introdução de um artigo, impressa em letras grossas escuras, constava «Vale a pena participar: Ganhe um jantar com o vencedor da eleição do melhor futebolista.» À esquerda do artigo encontrava-se um «cupão de escolha» com a indicação «Recortar e enviar». À direita era indicada a possibilidade de escolha pela Internet. Nos nove dias seguintes, foram publicados artigos semelhantes.

12. A pedido da demandante, o tribunal de primeira instância decidiu que o anúncio constitui um brinde inadmissível na acepção do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG e, deferindo o pedido de cessação do anúncio, decretou a providência cautelar. Ao invés, o tribunal de segunda instância decidiu que o anúncio não tinha efeitos relevantes no mercado, o que levou a demandante a interpor recurso para o órgão jurisdicional de reenvio, pedindo a reposição da providência cautelar decretada pelo tribunal de primeira instância. Após uma apreciação provisória, o órgão jurisdicional de reenvio entendeu que, em aplicação do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, devia ser deferido o pedido da demandante. Contudo, este órgão jurisdicional tem dúvidas quanto à compatibilidade do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG com a directiva, o que depende da interpretação do âmbito de aplicação desta última.

13. Nestas circunstâncias, o Oberster Gerichtshof decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

1) O artigo 3.º, n.º 1 e o artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2005/29/CE […], ou outras disposições desta directiva, opõem-se a uma legislação nacional que proíbe o anúncio, a oferta ou a entrega de brindes […]

associados a publicações periódicas, bem como o anúncio de [brindes] associados a outros produtos ou serviços, salvo em casos expressamente previstos, sem que o carácter enganador, agressivo ou [de outro modo] desleal desta prática comercial tenha de ser verificado em concreto, mesmo quando [essa legislação] vise não apenas a protecção do consumidor mas também outros fins que não integrem o âmbito de aplicação [material] da directiva, como a [preservação] do pluralismo dos meios de comunicação social ou a protecção dos concorrentes mais fracos?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: A possibilidade de participação num concurso com prémio através da compra [de um] jornal constitui, por si só, uma prática desleal na acepção do artigo 5.º, n.º 2, da Directiva [2005/29/CE], unicamente pelo facto de esta possibilidade de participação, pelo menos para uma parte do público-alvo, constituir, se não o único motivo, pelo menos o motivo determinante para a compra do jornal?

IV – Processo no Tribunal de Justiça

14. O despacho de reenvio, datado de 18 de Novembro de 2008, deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 4 de Dezembro de 2008.

15. Apresentaram observações escritas, dentro do prazo previsto no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, as partes no processo principal, os Governos da República da Áustria e do Reino da Bélgica, bem como a Comissão Europeia.

16. Na audiência de 19 de Janeiro de 2010, apresentaram observações os representantes das partes no processo principal, dos Governos da República da Áustria e da República Federal da Alemanha, bem como o representante da Comissão.

V – Principais argumentos das partes

A – *Quanto à primeira questão prejudicial*

17. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, essencialmente, se uma disposição nacional que proíbe, em princípio, a venda de produtos associada a brindes, é abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva 2005/29, embora a referida disposição não tenha exclusivamente por objectivo a protecção dos consumidores.

18. A *demandante no processo principal,* bem como os *Governos austríaco e belga* sugerem ao Tribunal de Justiça que dê uma resposta negativa a esta questão.

19. A este respeito, observam, por um lado, que a promoção das vendas foi objecto de uma proposta de regulamento, que distinguia claramente entre o tratamento jurídico dessas práticas de promoção das vendas e das práticas comerciais desleais, que passavam a ser reguladas pela Directiva 2005/29. Todavia, a Comissão retirou essa proposta em 2006, um ano após a directiva ter sido adoptada. Assim, não se pode dizer que a promoção das vendas é implicitamente abrangida pelo âmbito de aplicação da directiva. Acresce que, atendendo ao facto de que, tal como resulta do sexto considerando da directiva, esta visa a protecção directa dos interesses económicos dos consumidores, não é possível aplicá-la a regimes nacionais como o que está em apreço, que prosseguem prioritariamente outros objectivos, a saber a protecção de concorrentes e a preservação do pluralismo dos meios de comunicação social e só indirectamente a protecção dos consumidores.

20. A título subsidiário, *a demandante no processo principal* e o *Governo austríaco* declaram que, de qualquer modo, a proibição de vendas associadas a brindes, prevista no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, é compatível com a directiva.

21. Com efeito, a Directiva 2005/29 permite aos Estados-Membros, nos termos do seu artigo 5.º, n.º 2, qualificar como desleais e, por conseguinte, proibir as práticas comerciais que sejam contrárias às exigências relativas à diligência profissional e susceptíveis de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio. Contudo, a proibição nacional controvertida só é aplicável se o juiz nacional constatar que o consumidor comprou a publicação por razões não objectivas, ligadas à perspectiva de obter eventuais vantagens suplementares, e na medida em que tais vantagens não se incluam nas excepções referidas no artigo 9a,

n.º 2, da UWG. Além disso, os órgãos jurisdicionais nacionais procedem a uma apreciação correspondente no caso concreto.

22. A *demandante no processo principal* entende que o regime austríaco se distingue consideravelmente dos regimes que foram objecto dos processos apensos C-261/07 (VTB-VAB) e C-299/07 (Galatea), bem como do processo C-304/08 (Plus), na medida em que estes últimos previam proibições gerais e, portanto, não tinham em conta as circunstâncias particulares de cada caso concreto.

23. Pelo contrário, a *demandada no processo principal* sustenta que, nos termos do sexto considerando da Directiva 2005/29, só estão subtraídas ao seu âmbito de aplicação as legislações nacionais que «apenas» prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transacção entre profissionais. Ora, isto não é, manifestamente, o caso do regime controvertido, dado que o § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG tem por objectivo prioritário e directo a protecção dos consumidores.

24. Defende ainda que a proibição aí prevista não é compatível com o sistema normativo da directiva pois, embora a promoção das vendas através de brindes não esteja incluída na lista das práticas comerciais do anexo I da Directiva 2005/29, que devem ser consideradas desleais em quaisquer circunstâncias, está sujeita à proibição geral prevista no direito austríaco, como o Oberster Gerichtshof declarou no seu despacho de reenvio.

25. Na audiência, o *Governo alemão* invocou o processo C-304/08 (Plus) e referiu que, não obstante a harmonização plena visada pela Directiva 2005/29, não é afectada a margem de manobra dos Estados-Membros em matéria de transposição. É o que sucede precisamente a nível da transposição para direito nacional de conceitos que é necessário precisar, como os que constam das definições legais da Directiva 2005/29. O Governo alemão defendeu ainda que a Directiva 2005/29 não se opõe a um regime nacional, quando este tem um objectivo diferente do da directiva.

26. Por sua vez, a *Comissão* defende uma opinião jurídica diferente, sustentando, por um lado, que a Directiva 2005/29 se opõe a uma proibição geral e abstracta, como a que consta da disposição controvertida, e, por outro, concluindo que esta norma não está abrangida pelo âmbito de aplicação da directiva, que prossegue prioritariamente outros objectivos – a preservação do pluralismo dos meios de comunicação social e apenas de

modo secundário a protecção dos consumidores, bem como a lealdade das transacções comerciais.

29. A *demandante no processo principal* limita-se a constatar que o comportamento controvertido da demandada no processo principal constitui uma prática comercial desleal, mas não apresenta elementos em apoio desta afirmação.

B – *Quanto à segunda questão prejudicial*

30. A *Comissão* entende que o facto de a possibilidade de participar num jogo com prémio constituir, para o consumidor, o motivo determinante para a compra de uma publicação, não permite, por si só, concluir pela existência de uma prática comercial desleal na acepção da Directiva 2005/29, mas constitui apenas um dos elementos a considerar pelo juiz nacional ao apreciar o caso concreto.

27. Para o caso de o Tribunal de Justiça dar uma resposta afirmativa à primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a venda associada a brindes deve ser considerada uma prática comercial desleal na acepção do artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29, unicamente pelo facto de esta possibilidade de participação constituir, pelo menos para uma parte do público-alvo, se não o único motivo, pelo menos o motivo determinante para a compra do produto principal.

31. Por sua vez, a *demandada no processo principal* sublinha que o conceito de prática comercial remete para o consumidor médio, que é descrito na jurisprudência do Tribunal de Justiça como o «consumidor médio normalmente informado e razoavelmente atento e advertido». O consumidor assim descrito está consciente do facto de que a publicidade e a promoção das vendas numa economia de mercado livre visa atrair clientes, não apenas graças ao preço e à qualidade de um produto, mas também prometendo outras vantagens. Nestes termos, a venda associada a brindes só excepcionalmente pode constituir uma prática comercial desleal, o que acontecerá quando a configuração da oferta é susceptível de levar o consumidor a adquirir o produto principal não com base em considerações objectivas, mas apenas na esperança de obter uma vantagem suplementar.

28. Dado que quer o *Governo austríaco* quer o *Governo belga* responderam pela negativa à primeira questão prejudicial, não apresentaram observações quanto à segunda questão prejudicial, ao passo que, como precaução, a *demandante no processo principal* e a *Comissão* apresentaram as respectivas observações.

VI – Apreciação jurídica

A – *Observações prévias*

32. O presente processo é já o terceiro de uma série de reenvios prejudiciais, pelos quais os órgãos jurisdicionais nacionais pedem ao Tribunal de Justiça esclarecimentos quanto à medida em que as proibições nacionais de ofertas conjuntas podem ainda ser consideradas compatíveis com o direito comunitário no seu actual estado de desenvolvimento. Esta questão é tanto mais importante quanto a Directiva 2005/29, adoptada em 11 de Maio de 2005 pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, visa criar um quadro jurídico único para o regime das práticas comerciais desleais face aos consumidores.

33. Atendendo a esse objectivo de harmonização plena das regras em matéria de práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores [7] nos Estados-Membros da Comunidade, importa analisar a conformidade com o direito comunitário não só das novas normas que os Estados-Membros adoptaram para transpor a directiva, mas sobretudo também das que – como a disposição controvertida do § 9a, n.º 1, da UWG – embora já estivessem em vigor antes da adopção da directiva têm, segundo o Estado-Membro em causa, uma função de transposição.

34. Atendendo à estreita margem de manobra que, em regra, uma harmonização plena deixa aos Estados-Membros ao transporem uma directiva, a manutenção de tais disposições anteriores suscita, por vezes, problemas jurídicos. Com efeito, embora essas disposições estejam abrangidas pelo âmbito de aplicação da correspondente directiva, elas estão frequentemente em desconformidade com as normas dessa directiva. Como é ilustrado pelos processos VTB-VAB e Galatea, ou Plus, foi o que aconteceu na Bélgica [8] e na Alemanha [9] aquando da transposição da Directiva 2005/29.

7 — V. acórdãos VTB-VAB e Galatea (já referido na nota 4, n.º 52), e Plus (já referido na nota 5, n.º 41). Em caso de uma harmonização mais aprofundada da legislação em matéria de práticas comerciais desleais e de contratos na União Europeia devem também ser adequadamente consideradas as indicações constantes do «Draft Common Frame of Reference» (DCFR), dado que um dos seus aspectos essenciais é precisamente a protecção dos consumidores, por exemplo na medida em que são impostas aos profissionais obrigações de informação específicas face aos consumidores quanto às características essenciais dos bens e serviços adquiridos (v., por exemplo, II.-3:102 DCFR). Estas «boas práticas comerciais» contrastam, de certo modo, com as «práticas comerciais proibidas», enunciadas no anexo I da Directiva 2005/29.

8 — As disposições em causa são os artigos 54.º e segs. da Lei belga, de 14 de Julho de 1991, sobre as práticas comerciais e sobre a informação e protecção dos consumidores (*Belgisch Staatsblad* de 19 de Janeiro de 1994).

9 — Estavam em causa os §§ 3 e 4, n.º 6, da Lei alemã contra a concorrência desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG) (BGBl. I p. 1414), com a última redacção que lhe foi dada pelo artigo 1.º da Erste Änderungsgesetz, de 22 de Dezembro de 2008 (BGBl. I p. 2949).

35. De acordo com o seu artigo 20.º, a Directiva 2005/29 entrou em vigor logo no dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*, ou seja, em 12 de Junho de 2005. Nos termos do primeiro parágrafo do seu artigo 19.º, os Estados-Membros estavam obrigados a transpô-la para o direito nacional até 12 de Junho de 2007, através da aprovação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias, no entanto com um prazo transitório adicional de seis anos para determinadas normas nacionais mais rigorosas. As referidas disposições legislativas, regulamentares e administrativas apenas deveriam, no entanto, ser aplicadas a partir de 12 de Dezembro de 2007.

36. A República da Áustria cumpriu formalmente o referido dever de transposição ao adoptar a lei que alterou a Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (UWG-Novelle 2007, Lei de 2007 que alterou a UWG), e que entrou em vigor em 12 de Dezembro de 2007 [10]. Contudo, como já foi indicado, a disposição controvertida do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, não foi adoptada para transpor a Directiva 2005/29, mas remonta a uma legislação nacional anterior [11]. No seu despacho de reenvio, o órgão jurisdicional nacional manifesta dúvidas quanto à compatibilidade desta disposição com o direito comunitário [12].

10 — BGBl. I n.º 79/2007.

11 — A proibição de brindes prevista no § 9a da UWG, inicialmente regulada pela Prämiengesetz, de 20 de Junho de 1929 (BGBl. 227), e mais tarde pela Zugabengesetz 1934, foi integrada na UWG pela Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz 1992 (BGBl. 1992/147). V., quanto à génese desta disposição, Duursma, D., in: *UWG – Kommentar* (Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann, editores), Viena 2006, § 9a, n.º 1, p. 276, e Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, 2.ª ed., Viena 2007, § 9a, p. 44.

12 — V., designadamente, pp. 9 e 10 do despacho de reenvio.

B – *Quanto à primeira questão prejudicial*

37. Antes de mais, importa recordar que, no âmbito de um processo instaurado nos termos do artigo 234.º CE, o Tribunal de Justiça não é competente para se pronunciar sobre a compatibilidade de uma medida nacional com o direito comunitário. Todavia, cabe-lhe fornecer ao órgão jurisdicional nacional todos os elementos de interpretação do direito comunitário que lhe permitam apreciar essa compatibilidade ao decidir do processo que lhe foi submetido [13].

38. A primeira questão prejudicial visa determinar se a Directiva 2005/29 se opõe a uma disposição nacional como o § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG. Para este efeito, é necessário apreciar se, atendendo ao seu objecto, uma norma deste tipo é abrangida pelo âmbito de aplicação material e pessoal da Directiva 2005/29. A seguir, importa examinar se a Directiva 2005/29 deve ser interpretada no sentido de que as consequências jurídicas da violação da norma referida, previstas no direito austríaco, estão igualmente abrangidas pelo seu âmbito de aplicação.

13 — V., designadamente, acórdãos de 15 de Julho de 1964, Costa, (6/64, Colect., p. 1251, 1268), de 29 de Novembro de 2001, De Coster (C-17/00, Colect., p. I-9445, n.º 23), e de 16 de Janeiro de 2003, Pansard e o. (C-265/01, Colect., p. I-683, n.º 18).

1. O conceito de «práticas comerciais» constante do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29

39. Segundo as indicações do órgão jurisdicional de reenvio, o § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG proíbe as empresas de anunciarem aos consumidores brindes associados a bens ou serviços. Logo, deve entender-se que existe uma proibição de ofertas conjuntas.

40. Além disso, esta proibição parece abranger práticas comerciais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29. Esta norma define, utilizando uma formulação particularmente ampla, o conceito de prática comercial [14] como «qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores».

41. Como expliquei detalhadamente nas minhas conclusões nos processos apensos C-261/07 (VTB-VAB) e C-299/07 (Galatea) [15], e como o Tribunal de Justiça confirmou no acórdão que proferiu nesses processos [16], as ofertas conjuntas constituem actos comerciais que se inscrevem claramente no quadro da estratégia comercial de um operador, e que se relacionam de modo directo com a promoção e o fluxo das vendas deste. Por conseguinte, constituem práticas comerciais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29, pelo que a proibição de ofertas conjuntas do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG é abrangida pelo seu âmbito de aplicação material [17].

2. Âmbito de aplicação pessoal da Directiva 2005/29

42. Para responder à questão de saber se o regime nacional controvertido do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG está abrangido pelo âmbito de aplicação pessoal da directiva, é necessário determinar se, como a própria directiva, ele tem por objectivo a protecção dos consumidores.

14 — V. acórdãos VTB-VAB e Galatea (já referido na nota 4, n.º 49) e Plus (já referido na nota 5, n.ºs 36 e 39). Segundo Keirsbilck, B., «Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?», *European business law review*, 4/2009, p. 505, a Directiva 2005/29 caracteriza-se pelo seu âmbito de aplicação muito vasto.

15 — V. as minhas conclusões de 21 de Outubro de 2008 nos processos VTB-VAB e Galatea (acórdão já referido na nota 4, n.ºs 68 a 70).

16 — Acórdão VTB-VAB e Galatea (já referido na nota 4, n.ºs 48 e 50). A propósito de uma campanha publicitária que sujeitava a participação gratuita numa lotaria à compra de uma certa quantidade de bens ou serviços, v. o acórdão Plus (já referido na nota 5, n.º 37).

17 — Neste sentido também Heidinger, R., «Zugabenverbot, quo vadis?», *Medien und Recht*, 1/2009, p. 45, segundo o qual o § 9a da UWG está abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 2005/29, dado que a proibição de brindes nele prevista deve ser qualificada como um regime relativo a práticas comerciais desleais face aos consumidores.

a) O domínio abrangido pela Directiva 2005/29

43. Em princípio, a directiva regula apenas o domínio B2C (business to consumer), ou seja, a relação entre comerciantes e consumidores. Isto resulta, por um lado, do artigo 3.º, n.º 1, nos termos do qual esta directiva é aplicável às práticas comerciais desleais das *empresas face aos consumidores*, antes, durante e após uma transacção comercial relacionada com um produto. Isto é especialmente sublinhado no oitavo considerando, nos termos do qual a directiva protege *directamente apenas os interesses económicos dos consumidores* face às práticas comerciais desleais das empresas [18].

44. Contudo, entendo que é errado supor que a directiva considera, por isso, menos dignos de protecção os interesses económicos de concorrentes que actuam legitimamente no mercado [19]. Foi o que observei, por último, nas minhas conclusões de 3 de Setembro de 2009 no processo C-304/08 (Plus) a propósito de um argumento nesse sentido do Governo austríaco [20]. Com efeito, como resulta claramente do seu oitavo considerando, a directiva protege *também indirectamente os interesses legítimos das empresas face aos concorrentes* que não respeitam as regras desta directiva. A correspondente expressão normativa é o artigo 11.º, n.º 1, da directiva, do qual decorre o dever dos Estados-Membros de garantir, também a concorrentes, meios de acção que lhes permitam impugnar em juízo práticas comerciais desleais.

45. Reveste importância decisiva a declaração constante do sexto considerando, nos termos do qual a Directiva 2005/29 aproxima as

18 — No mesmo sentido também Hoeren, T., «Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick», *Betriebs-Berater*, 2008, p. 1183; Stuyck, J., «The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, p. 166.

19 — Neste sentido também Koppensteiner, H.-G., «Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, caderno 12, p. 558, em cuja opinião seria errado negar à Directiva 2005/29 qualquer importância nas relações entre empresas. O autor baseia a sua argumentação no sexto e no oitavo considerandos, dos quais decorre que os interesses económicos de concorrentes legítimos são indirectamente protegidos, bem como no artigo 11.º, n.º 1, da directiva, em cujos termos os Estados-Membros estão obrigados a garantir também aos concorrentes meios de acção contra práticas incompatíveis com a directiva. Ders., «Das UWG nach der Novelle 2007», *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen 2009, p. 86, nota 8, indica que os concorrentes são também indirectamente protegidos pela Directiva 2005/29.

20 — V. os n.os 35 e 64 das minhas conclusões de 3 de Setembro de 2009 no processo C-304/08 (Plus).

legislações dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais que prejudicam *directamente* os interesses económicos dos consumidores e, em consequência, prejudicam *indirectamente* os interesses económicos de concorrentes legítimos. Assim, a directiva tem em conta que nem sempre é possível distinguir claramente entre os interesses dos consumidores e dos concorrentes, que coincidem muito frequentemente [21]. Um grande número de práticas comerciais das empresas afecta os interesses quer dos consumidores quer dos concorrentes. Consciente desta estreita ligação, o legislador comunitário decidiu atender aos interesses de protecção dos consumidores através de um regime efectivamente relativo à política de concorrência, como o da Directiva 2005/29 [22]. Não existe contradição metodológica entre os objectivos de política da concorrência da directiva, relativos às condições de funcionamento do mercado interno, e o objectivo normativo de protecção dos interesses padronizados do consumidor europeu [23].

21 — Marsland, V., «Unfair Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, p. 194, observa, a justo título, que, embora visando a protecção dos consumidores, a Directiva 2005/29 reconhece que os interesses dos consumidores e concorrentes são idênticos no que respeita a práticas comerciais desleais e que é no interesse comum dos consumidores e dos concorrentes que todos os profissionais respeitem as regras. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/207EG über unlautere Geschäftspraktiken*, Munique 2008, p. 16, indica que um grande número de práticas comerciais das empresas se refere aos interesses quer dos consumidores quer dos concorrentes. Logo, para chegar a resultados satisfatórios ao apreciar o carácter desleal das práticas comerciais é necessário adoptar uma perspectiva multidimensional, que tenha em conta, de modo uniforme, os interesses de todas as pessoas envolvidas. Assim, o exemplo da publicidade enganosa mostra que, em regra, a protecção dos concorrentes e dos consumidores são «duas faces da mesma moeda», uma vez que esta publicidade afecta os interesses económicos não só dos consumidores, mas também dos concorrentes, comprometendo as suas oportunidades comerciais. O mesmo se aplica à maledicência, que prejudica, por um lado, quem é criticado sem razão e, por outro, falseia a base de decisão do consumidor mal informado. Bargelli, E., «L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale», *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turim 2007, p. 80, assinala as dificuldades de distinção entre os interesses dos consumidores e os dos concorrentes. Segundo Schuhmacher, W., «The Unfair Commercial Practices Directive», *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe* (Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig, editores), Berlim/Heidelberga 2007, p. 132, a Directiva 2005/29 mostra claramente que, no direito da concorrência, existem casos em que não é possível separar a protecção dos concorrentes da dos consumidores.

22 — Gamerith, H., «Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG», *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, p. 157, defende mesmo que a Directiva 2005/29 não estabelece verdadeiramente uma delimitação entre os interesses dos consumidores e dos concorrentes, contendo sim um «sistema incompleto B2B + B2C», o que milita a favor de uma transposição da directiva na UWG austríaca.

23 — Neste sentido também Kessler, J., «Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, caderno 7, p. 716. V. também Falce, V./Ghidini, G., «The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection», *Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law*, 2009, p. 374, que explicam que, com a Directiva 2005/29, o legislador comunitário considera que só uma livre concorrência no mercado interno pode garantir a liberdade de decisão do consumidor.

Por exemplo, o artigo 11.º, n.º 1, da directiva que garante aos operadores afectados meios de acção contra as práticas desleais de concorrentes, pode perfeitamente garantir a protecção dos consumidores [24].

46. Todavia, para delimitar melhor o seu âmbito de aplicação, a directiva distingue claramente entre, por um lado, as práticas comerciais que prejudicam quer os consumidores quer os concorrentes, e, por outro, as práticas comerciais que podem prejudicar os interesses de apenas um dos dois grupos. Nos termos do oitavo considerando, é sabido que há outras práticas comerciais que, embora não prejudiquem os consumidores, podem prejudicar os concorrentes e os clientes das empresas.

47. Como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão de 14 de Janeiro de 2010 no processo Plus, este segundo caso não está abrangido pelo âmbito de aplicação da directiva [25], pois resulta do seu sexto considerando que ela não abrange nem afecta as legislações nacionais relativas às práticas comerciais desleais que *apenas* prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transacção entre profissionais. Do ponto de vista semântico, a palavra «apenas», como resulta também de uma comparação entre algumas versões linguísticas da Directiva 2005/29 [26], significa geralmente exclusividade. Deste modo, o sexto considerando indica também que os Estados-Membros, na plena

24 — Neste sentido também Gamerith, H., op. cit. (nota 22), p. 157, que considera que as acções inibitórias de operadores afectados contra os seus concorrentes que actuam de modo desleal reforçam a protecção dos consumidores, na medida em que se trata de proibições dirigidas contra qualquer influência desleal sobre a liberdade de decisão do consumidor induzindo-o em erro, interpelando-o de surpresa, seduzindo-o, exercendo pressão sobre ele, etc.

25 — V. acórdão Plus (já referido na nota 5, n.º 39). V. Micklitz, H.-W., «Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, caderno 4, p. 373, em cuja opinião a Directiva 2009/25 é aplicável a relações B2B, desde que estejam preenchidos dois requisitos: a prática comercial em questão afecta directamente os interesses dos consumidores e indirectamente os interesses dos concorrentes. O autor receia que esta restrição do âmbito de aplicação da directiva seja susceptível de abrir novas estratégias de defesa. Assim, as empresas podem ser tentadas a afirmar que as suas práticas comerciais respeitam apenas a relações B2B.

26 — Alemão: «lediglich»; dinamarquês: «udelukkende»; inglês: «only»; francês: «uniquement»; italiano: «unicamente»; neerlandês: «alleen»; português: «apenas»; esloveno: «samo»; espanhol: «sólo».

observância do princípio da subsidiariedade, continuarão a poder regular tais práticas, se assim o desejarem, em conformidade com a legislação comunitária.

vai para além da protecção dos consumidores visada pela directiva.

b) O objectivo de protecção da proibição prevista no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG

49. Com efeito, a proibição visa, a par da protecção dos consumidores, manter uma concorrência eficiente e também proteger o pluralismo dos meios de comunicação social. Ao vedar um desafio entre concorrentes baseado em prestações acessórias suplementares pretende-se, sobretudo, proteger os concorrentes que, dispondo de escassos recursos financeiros, não estão em condições de promover a venda dos seus produtos através de brindes. Esta protecção está justificada atendendo à importância dos meios de comunicação social como factor de formação da opinião numa sociedade democrática. O Governo austríaco já tinha invocado este argumento no processo C-368/95, Familiapress [29], que se referia à compatibilidade desta proibição com a livre circulação de mercadorias, e o Tribunal de Justiça também não pôs em causa que se tratava de uma finalidade legislativa legítima, susceptível de justificar, em princípio, uma restrição a esta liberdade fundamental.

i) Quanto à ponderação diferente dos vários bens jurídicos protegidos

48. Por conseguinte, importa determinar se a proibição controvertida de ofertas conjuntas prevista no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG constitui uma legislação nacional que pretende *apenas* proibir uma prática comercial que prejudica os interesses económicos dos concorrentes. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio [27] e o Governo austríaco [28] notam que a proibição controvertida de ofertas conjuntas prevista no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG tem um outro objectivo legislativo, que

50. Contudo, constata-se que as apreciações da importância dos diferentes bens jurídicos protegidos pela UWG apresentam divergências em concreto.

27 — V. pp. 10 a 12 do despacho de reenvio.
28 — V. pp. 4 e 5 do articulado do Governo austríaco.
29 — Acórdão de 26 de Junho de 1997, Familiapress (C-368/95, Colect., p. I-3689).

51. O órgão jurisdicional de reenvio considera que o § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG foi redigido pelo legislador austríaco provavelmente não com o objectivo prioritário de proteger os consumidores mas, «pelo menos de igual modo», também para proteger os concorrentes e preservar uma concorrência efectiva [30]. Isto é expressamente contestado pelo Governo austríaco que, por seu lado, sustenta que a proibição de ofertas conjuntas visa, «em primeiro lugar», proteger o bom funcionamento da concorrência no sector dos meios de comunicação social [31], mas sem apresentar provas convincentes em apoio desta tese, tanto mais que, nas suas observações relativas à associação de um periódico a um jogo com prémio no processo principal, alerta repetidamente para o perigo de ser exercida uma influência indevida sobre o consumidor, tirando vantagens do seu vício do jogo [32]. Penso que restam poucas dúvidas de que o receio expresso pelo Governo austríaco se refere, em primeira linha, à protecção dos consumidores.

52. Quanto a estas divergências relativamente à interpretação do direito nacional, cabe dizer o seguinte.

53. Por um lado, deve recordar-se que o processo previsto no artigo 234.º CE assenta numa cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, no qual não compete ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a interpretação das disposições nacionais nem decidir se a interpretação que delas é feita pelo órgão jurisdicional de reenvio é correcta [33]. Pelo contrário, no âmbito da repartição das competências entre os órgãos jurisdicionais comunitários e nacionais, relativamente ao contexto factual e jurídico em que se inserem as questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça deve basear-se, no plano processual, nas constatações do órgão jurisdicional de reenvio [34].

54. Por outro lado, verifica-se que, numa perspectiva jurídico-material, esta apreciação diferente é, no fim de contas, irrelevante dado que, em qualquer caso, não é contestado que o regime do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG não tem por objectivo proibir as práticas comerciais desleais que, na acepção do sexto considerando da directiva, *apenas* prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transacção entre

30 — V. pp. 10 a 12 do despacho de reenvio.

31 — V. n.º 11, p. 4 do articulado do Governo austríaco.

32 — A este respeito, existe uma semelhança com a argumentação do Governo alemão no processo C-304/08 (Plus), no qual estava em causa a compatibilidade de um regime nacional (§ 4, n.º 6, da UWG alemã) que proibia ofertas associadas a concursos ou jogos com prémios. Estavam subjacentes a esta proibição, em primeira linha, considerações relativas à protecção dos consumidores. V., quanto aos argumentos do Governo alemão nesse processo, as minhas conclusões de 3 de Setembro de 2009, em especial os n.os 93, 107.

33 — V., neste sentido, acórdãos de 3 de Outubro de 2000, Corsten (C-58/98, Colect., p. I-7919, n.º 24), e de 29 de Abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01 e C-493/01, Colect., p. I-5257, n.º 42).

34 — V. acórdãos de 25 de Outubro de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Colect., p. I-8089, n.º 10), de 13 de Novembro de 2003, Neri (C-153/02, Colect., p. I-13555, n.os 34 e 35), Orfanopoulos e Oliveri (já referido na nota 33, n.º 42), e de 21 de Abril de 2005, Lindberg (C-267/03, Colect., p. I-3247, n.os 41 e 42).

profissionais. Pelo contrário, é pacífico que o § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG tem por objectivo proibir práticas comerciais desleais que produzem efeitos sempre no domínio B2C. Assim, o regime do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG está, em qualquer caso, ainda abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 2005/29, não sendo relevante se esta proibição de ofertas conjuntas visa em primeira linha proteger um determinado bem jurídico, os interesses dos consumidores, dos concorrentes ou da colectividade, por exemplo através da preservação do pluralismo dos meios de comunicação social. Para os fins do presente processo de reenvio prejudicial, não é necessário determinar, a nível jurídico, se e em que medida o regime nacional controvertido prossegue ainda, como o Governo austríaco indicou, o objectivo da preservação do pluralismo dos meios de comunicação social.

ii) Análise das disposições nacionais pertinentes e da jurisprudência

55. Considerando que é necessário fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil às suas questões prejudiciais [35], e, ao mesmo tempo, no cumprimento da obrigação que, nos termos do artigo 222.º CE, incumbe aos advogados-gerais, de apresentar, com toda a imparcialidade e independência, conclusões fundamentadas [36], noto, como precaução, que um exame dos regimes em causa, incluindo os trabalhos preparatórios da UWG, revela que, para o legislador austríaco, a protecção dos consumidores era, pelo menos, tão importante como a protecção dos concorrentes. Assim, decorre da exposição de motivos da proposta da UWG-Novelle 2007 [37] do Governo que, no essencial, a UWG não regula o domínio B2B de modo diferente do domínio B2C, dado que, na perspectiva do

35 — No acórdão de 12 de Julho de 1979, Union Laitière Normande (244/78, Recueil, p. 2663, n.º 5), o Tribunal de Justiça declarou que, embora o artigo 234.º CE não lhe permita apreciar os motivos para o reenvio prejudicial, a necessidade de chegar a uma interpretação útil do direito comunitário exige que seja definido o quadro jurídico no qual se deve situar a interpretação solicitada. Segundo Lenaerts, K./Arts, A./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2.ª ed., p. 188, n.º 6-021, nada impede o Tribunal de Justiça de indicar o seu entendimento dos factos no processo principal e certos aspectos do direito nacional como ponto de partida para uma interpretação útil das disposições comunitárias e dos princípios aplicáveis do direito comunitário.

36 — Segundo o advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer, «La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Problèmes d'interprétation*, Bruxelas 2004, pp. 334 e segs., as conclusões dos advogados-gerais devem servir de base às deliberações dos juízes. Em regra, devem responder a todas as questões jurídicas suscitadas no âmbito de um processo, procedendo a um exame aprofundado da jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça. O advogado-geral sublinha também a crescente importância da doutrina na análise dessas questões jurídicas.

37 — Nas «Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007)», publicadas na revista *Recht und Wettbewerb*, 53.º ano, n.º 170, Dezembro de 2007, p. 13, refere-se: «No essencial, tal como na UWG actualmente em vigor, a proposta não regula o domínio B2B de maneira diferente do B2C, porque não é possível separar a protecção dos concorrentes da protecção dos consumidores.»

legislador austríaco, «não é possível separar» a protecção dos concorrentes da protecção dos consumidores.

56. Isto corresponde à opinião dominante na doutrina que, também por isso, considera que a UWG protege igualmente, a par dos interesses dos concorrentes e da colectividade, os interesses dos consumidores e, por conseguinte, fala de um «triplo objectivo de protecção» [38]. Isto é válido também relativamente ao regime previsto no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, em causa no presente processo, cujo carácter de protecção dos consumidores não é posto em causa pela doutrina [39].

57. Cabe ainda constatar que, também segundo a jurisprudência do Oberster Gerichtshof [40] – que remete, por vezes, para as opiniões defendidas pela doutrina – o objectivo da proibição de brindes prevista no § 9a, n.º 1, da UWG consiste sobretudo na protecção dos consumidores. Considera-se que o discernimento dos consumidores não deve

38 — Segundo Prunbauer, M., «Kommentar zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern – ein missglückter Ansatz der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU», *Recht und Wettbewerb*, 49.º ano, n.º 161, Setembro de 2003, p. 3, a UWG refere-se, em princípio, a aspectos ligados à protecção em direito da concorrência não apenas dos consumidores, mas igualmente dos concorrentes e da colectividade. Não é possível ver ou apreciar uma acção publicitária apenas da perspectiva do consumidor. A protecção dos concorrentes e dos interesses da colectividade no bom funcionamento da concorrência permite igualmente, pelo menos de modo indirecto, proteger os consumidores, porque garante também o interesse dos consumidores numa concorrência eficiente. A autora deduz daí que não é possível distinguir, nem na vida económica real nem a nível dogmático, entre uma «concorrência respeitante aos consumidores» e uma «concorrência respeitante às empresas». Segundo Wiebe, A., «Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform», *Juristische Blätter*, 129.º ano, caderno 2, Fevereiro de 2007, p. 71, na Áustria e na Alemanha não se contesta, desde há muito tempo, que a UWG serve para proteger os concorrentes, os consumidores e os interesses da colectividade, como está explicitamente consagrado no § 1 da nova UWG alemã. A imbricação imanente dos objectivos torna impossível, pela própria natureza das coisas, uma separação entre disposições que regulam as operações de B2B e de B2C. No mesmo sentido também Büllesbach, E., op. cit. (nota 21), p. 15, que se refere ao triplo objectivo de protecção (dos consumidores, dos concorrentes, da colectividade), subjacente à legislação em matéria de concorrência desleal na Alemanha e na Áustria. Lettner, H., «Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland», *European Law Reporter*, 2009, n.º 9, p. 313, observa igualmente que a UWG austríaca tem como objectivo geral a protecção dos interesses das empresas, da colectividade e dos consumidores.

39 — Assim, Duursma-Kepplinger, D., op. cit. (nota 11), nota que o § 9a da UWG garante também a protecção dos consumidores (§ 16, n.º 24, p. 808). O objectivo da limitação legislativa de brindes consiste, designadamente, na protecção dos compradores contra reclames não objectivos e enganosos e em evitar um desafio entre concorrentes baseado em prestações acessórias (suplementares) (§ 9a, n.º 2, p. 276). A autora defende que a verdadeira finalidade da UWG consiste na protecção preventiva dos interesses gerais dos consumidores, para que a concorrência fique depurada de práticas desleais (§ 16, n.º 26, p. 810). Segundo as indicações de Horak, M., «Naht das Ende des Zugabenverbots?», *Ecolex*, 2008, p. 1138, o objectivo da proibição de brindes prevista no § 9a da UWG consiste essencialmente na protecção dos consumidores. A este respeito, o autor remete para o acórdão do Oberster Gerichtshof, referido na nota 40 das presentes conclusões. V. também Kucsko, G., «Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots», *Ecolex*, 1992, p. 709, que reconstitui a génese da proibição de brindes na Áustria desde o início do século XX. O autor indica que, desde a sua origem, o objectivo primário da «proibição de brindes» na Áustria consiste em impedir que a decisão de compra dos consumidores seja indevidamente influenciada através de brindes e que estes últimos dissimulem o verdadeiro preço do produto principal, induzindo o cliente em erro. Além disso, visa impedir o desafio entre empresas concorrentes.

40 — V. acórdão do Oberster Gerichtshof, de 9 de Março de 1999, Fini's Feinstes (número 4 Ob 28/99t). Lê-se aí o seguinte: «Considera-se que a proibição de brindes tem por objectivo sobretudo a protecção dos consumidores: o discernimento dos consumidores não deve ser toldado pelo desejo de jogar e de ganhar – por exemplo, conferindo a possibilidade de participar num jogo com prémio. A decisão de compra deve ser tomada em função da qualidade e do preço de um produto e com base numa comparação objectiva, e não mais ou menos irreflectidamente, para ganhar o prémio utilizado como isco.»

ser toldado pelo desejo de jogar e de ganhar – o que pode acontecer, por exemplo, quando lhe é dada a possibilidade de participar num jogo com prémio.

Logo, deve ser apreciado à luz das normas da directiva [41].

3. Análise da estrutura dos dois regimes

58. Por conseguinte, também após o exame das normas austríacas pertinentes e da jurisprudência, deve entender-se que a proibição de brindes constante do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG visa, pelo menos de igual modo, a protecção dos consumidores.

a) As normas da Directiva 2005/29

60. Para poder determinar se a Directiva 2005/29 se opõe a uma disposição nacional como o § 9a, n.º 1, da UWG, é necessário

c) Conclusão

59. As considerações antecedentes levam-me a concluir que o regime nacional do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG está abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 2005/29.

41 — V. Horak, M., «Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?», *Ecolex*, 2009/123, p. 341, que entende que a primeira questão prejudicial visa saber se uma proibição *per se* de brindes, destinada a proteger quer consumidores quer empresas é compatível com a Directiva 2005/29. O autor entende que uma proibição *per se* desse tipo é contrária ao direito comunitário, se o seu âmbito de aplicação não puder ser definido de modo preciso e limitado a ofertas dirigidas exclusivamente a empresas e que não afectam os interesses dos consumidores. Estes pressupostos não estão reunidos pelo § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG. Segundo Lettner, H., op. cit. (nota 38), n.º 9, p. 317, o facto de a proibição de ofertas conjuntas prevista no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG visar não apenas a protecção dos consumidores mas igualmente outros objectivos, que não são abrangidos pelo âmbito de aplicação material da directiva, por exemplo a preservação do pluralismo dos meios de comunicação social ou a protecção de concorrentes mais fracos, não justifica que se mantenha uma proibição *per se* para o domínio B2C, a par da lista negra. Assim, ambos os autores entendem que o regime nacional controvertido está abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 2005/29.

analisar o objectivo e a estrutura normativa dos dois instrumentos de regulação e, de seguida, compará-los.

i) Aproximação plena e máxima dos regimes nacionais como objectivo normativo

61. Tal como já referi inicialmente, [42] a Directiva 2005/29 visa a harmonização plena das disposições legais dos Estados-Membros em matéria de práticas comerciais desleais. Para além disso, não se pretende, ao contrário do que sucedia até agora com os instrumentos jurídicos sectoriais para a harmonização do direito do consumidor, apenas uma harmonização mínima, mas sim o máximo de aproximação das normas jurídicas nacionais, proibindo os Estados-Membros, salvo determinadas excepções, de manterem ou introduzirem normas mais rígidas, e isto independentemente de se prosseguir desse modo um nível mais elevado de protecção do consumidor [43]. Ambas as conclusões resultam tanto do preâmbulo como das disposições gerais desta directiva.

62. Por um lado, isto decorre do seu décimo primeiro considerando, nos termos do qual a *aproximação* das disposições nacionais através desta directiva visa criar um elevado nível comum de defesa dos consumidores. Por outro lado, o seu décimo segundo considerando refere que os consumidores e as empresas passarão a poder contar com um *quadro jurídico único*, baseado em conceitos legais claramente definidos, regulando todos os aspectos das práticas comerciais desleais na União Europeia. No artigo 1.º da directiva volta-se a referir o método da *aproximação legislativa*, do que resulta que este diploma visa melhorar a protecção dos consumidores e aperfeiçoar o mercado interno.

63. O objectivo de uma regulamentação abrangente e maximizada, a nível comunitário, no domínio da vida abrangido pelo âmbito de aplicação da directiva torna-se novamente evidente no décimo quarto e no décimo quinto considerandos, que se referem expressamente a uma *harmonização plena*. Isto resulta ainda da cláusula relativa ao mercado interno, constante do artigo 4.º da directiva, nos termos da qual os Estados-Membros não podem restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias por razões ligadas ao domínio que é *objecto de aproximação* por força dessa directiva.

42 — V. n.º 33 das presentes conclusões.

43 — V. acórdão VTB-VAB e Galatea (já referido na nota 4, n.º 52).

64. A título de excepção, o artigo 3.º, n.º 5, da directiva prevê que, durante um período de seis anos a contar de 12 de Junho de 2007, os Estados-Membros podem continuar a aplicar disposições nacionais, no domínio sujeito a uma aproximação por força dessa directiva, que sejam mais restritivas ou rigorosas do que a directiva. No entanto, esta excepção está limitada aos regimes nacionais que apliquem directivas e que contenham cláusulas de harmonização mínima [44]. Por último, no artigo 3.º, n.º 9 encontra-se outra excepção à harmonização plena, em relação aos serviços financeiros, tal como definidos na Directiva 2002/65/CE, e aos bens imóveis.

ii) Estrutura normativa da Directiva 2005/29

65. O cerne da Directiva 2005/29 é constituído pela cláusula geral do artigo 5.º, n.º 1, que estatui a proibição das práticas comerciais desleais. O artigo 5.º, n.º 2 precisa o significado de «desleal». Nos termos desta disposição, uma prática comercial é desleal se, por um lado, for contrária às exigências relativas à «diligência profissional» e, por outro, «distorcer de maneira substancial» o comportamento económico do consumidor. De acordo com o disposto no n.º 4, são desleais, em especial, as práticas comerciais enganosas (artigos 6.º e 7.º) ou agressivas (artigos 8.º e 9.º). O n.º 5 remete para o anexo I e para as práticas comerciais aí enumeradas, que «são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias». Esta lista aplica-se de maneira uniforme em todos os Estados-Membros e só pode ser alterada mediante revisão da directiva.

66. Daqui resulta que, no que diz respeito à aplicação do direito por parte dos órgãos jurisdicionais e das autoridades administrativas nacionais, se deve começar por atender à lista dos 31 casos de práticas comerciais desleais contidos no anexo I. Uma prática comercial deve ser proibida se estiver abrangida por uma das previsões normativas, não sendo necessário proceder a uma outra análise, por exemplo dos seus efeitos. Se a situação concreta não se incluir na referida lista de

44 — Entre as directivas que contêm cláusulas de harmonização mínima, na acepção do artigo 3.º, n.º 5, da Directiva 2005/29, incluem-se as seguintes: Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (JO L 372, p. 31; EE 15 F6 p. 131), Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (JO L 158, p. 59), Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis (JO L 280, p. 83), Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (JO L 144, p. 19), Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores (JO L 80, p. 27), Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (JO L 298, p. 23).

proibições, é necessário apreciar se se verifica uma das situações exemplificadas na cláusula geral – práticas comerciais enganosas ou agressivas. Apenas quando tal não acontece, é directamente aplicável a cláusula geral constante do artigo 5.º, n.º 1, da directiva [45].

b) As normas da UWG

67. Segundo jurisprudência assente, cada um dos Estados-Membros destinatários de uma directiva tem a obrigação de adoptar, na sua ordem jurídica interna, todas as medidas necessárias com vista a assegurar a plena eficácia da directiva, em conformidade com o objectivo por ela prosseguido [46]. Isto inclui a obrigação de o legislador nacional transpor correctamente a directiva em causa para o direito nacional [47]. Nos termos do artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE, a directiva deixa, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. Esta liberdade de escolha é reconhecida, em particular, ao legislador nacional.

68. Por esta razão, a jurisprudência reconhece que a transposição correcta de uma directiva não exige necessariamente que as suas disposições sejam reproduzidas literalmente numa disposição legal expressa e específica [48]. O importante é que as normas nacionais de transposição satisfaçam as exigências de clareza e de segurança jurídicas, para garantir que o programa da directiva seja integralmente realizado no âmbito da aplicação do direito nacional pelos tribunais e pelas autoridades do Estado-Membro em causa [49].

45 — V. igualmente o esquema de análise de De Cristofaro, G., «La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche», *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turim 2007, p. 12, e Henning-Bodewig, F., «Die Richtlinie 2005/29/CE über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, cadernos 8/9, p. 631.

46 — V., designadamente, os acórdãos de 1 de Fevereiro de 1977, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (51/76, Recueil, p. 113, n.º 22), de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723, n.º 48), de 24 de Outubro de 1996, Kraaijeveld e o. (C-72/95, Colect., p. I-5403, n.º 55), de 17 de Junho de 1999, Comissão/Itália (C-336/97, Colect., p. I-3771, n.º 19), de 8 de Março de 2001, Comissão/França (C-97/00, Colect., p. I-2053, n.º 9), de 7 de Maio de 2002, Comissão/Suécia (C-478/99, Colect., p. I-4147, n.º 15), e de 26 de Junho de 2003, Comissão/França (C-233/00, Colect., p. I-6625, n.º 75).

47 — A transposição de directivas é parte integrante de um processo legislativo composto por duas fases, devendo a segunda fase ser aplicada ao nível do direito nacional. O regime jurídico das directivas é concretizado através da transposição material na fase do direito nacional [v., a este respeito, Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (editado por Heinz Mayer), Viena 2004, artigo 249.º, n.ºs 48 e 50, pp. 17 e 18].

48 — V. acórdãos de 28 de Fevereiro de 1991, Comissão/Alemanha (C-131/88, Colect., p. I-825, n.º 6), de 20 de Março de 1997, Comissão/Alemanha (C-96/95, Colect., p. I-1653, n.º 35), de 15 de Novembro de 2001, Comissão/Itália (C-49/00, Colect., p. I-8575, n.ºs 21 e 22), de 28 de Abril de 2005, Comissão/Itália (C-410/03, Colect., p. n.º 60). Seichter, D., «Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, p. 1088, remete acertadamente para este princípio a propósito da necessidade de transposição da Directiva 2005/29 para direito alemão.

49 — Neste sentido Ruffert, M., in Calliess/Ruffert (editores), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3.ª ed., 2007, artigo 249.º, n.º 49, p. 2135. Segundo jurisprudência constante, a transposição de uma directiva deve garantir efectivamente a sua plena aplicação. V., designadamente, os acórdãos de 9 de Setembro de 1999, Comissão/Alemanha (C-217/97, Colect., p. I-5087, n.º 31), de 16 de Novembro de 2000, Comissão/Grécia (C-214/98, Colect., p. I-9601, n.º 49), de 11 de Julho de 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Colect., p. I-6325, n.º 26).

i) Estrutura normativa da proibição prevista nos § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG

69. Segundo as indicações do órgão jurisdicional de reenvio, o § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG proíbe as empresas de anunciarem aos consumidores brindes associados a produtos ou serviços. Se o produto principal for uma publicação periódica (jornal, revista), a proibição estende-se também à mera oferta e atribuição de brindes. Segundo a jurisprudência do Oberster Gerichtshof [50], entende-se por brinde, em especial, a possibilidade de participar num jogo com prémio, ligada à compra do produto principal.

70. Todavia, como decorre do despacho de reenvio [51], a jurisprudência efectua uma interpretação restritiva desta norma, pelo que nem todos os brindes são considerados inadmissíveis. Segundo jurisprudência assente do Oberster Gerichtshof, a aplicação do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG pressupõe que o comportamento contestado no caso concreto (a) tenha sido objectivamente adequado a influenciar os consumidores na sua decisão de adquirir o produto principal (prestação principal) [52], e que, por este motivo, esse comportamento (b) não tenha levado apenas a uma alteração irrelevante da procura [53]. Por esta razão, falta, em certa medida, logo o elemento constitutivo previsto no n.º 1, por não existir um «brinde» inadmissível na acepção desta norma, na medida em que não estão reunidas as condições referidas *supra*, desenvolvidas pela jurisprudência [54].

71. Apesar desta interpretação restritiva dada pela jurisprudência austríaca, cabe constatar que o regime controvertido do § 9a da UWG assenta num princípio regra-excepção, sendo proibida, por força do n.º 1, a associação de duas mercadorias ou de dois serviços diferentes para promover as vendas, desde que não sejam aplicáveis as excepções enunciadas no n.º 2. Por outras palavras, esta norma proíbe a associação de duas mercadorias ou de dois

50 — V. p. 10 do despacho de reenvio.

51 — O órgão jurisdicional de reenvio refere, na p. 8 do despacho de reenvio, os acórdãos do Oberster Gerichtshof de 20 de Outubro de 1992, Welt des Wohnens (número 4 Ob 87/92), de 30 de Janeiro de 2008, ORF-Teletext (número 3 Ob 273/07d), e de 14 de Fevereiro de 2008, (número 4 Ob 17/08s).

52 — O órgão jurisdicional de reenvio menciona, na p. 8 do despacho de reenvio, o acórdão Welt des Wohnens, já referido na nota 51.

53 — O órgão jurisdicional de reenvio refere, na p. 8 do despacho de reenvio, o acórdão do Oberster Gerichtshof, de 14 de Dezembro de 1999, Tipp des Tages III (número 4 Ob 290/99x).

54 — V. também p. 4 do articulado da demandante no processo principal.

serviços diferentes para promover as vendas e deve, por isso, ser entendida como uma proibição geral de ofertas conjuntas que, no entanto, permite excepções em certos casos [55].

a) Direito nacional escrito

i) Inversão da estrutura normativa

4. Compatibilidade do regime controvertido com a Directiva 2005/29

72. Além disso, importa apreciar a questão da compatibilidade do regime controvertido com a Directiva 2005/29, examinando em primeira linha a estrutura do regime nacional. Se se constatar a incompatibilidade do direito nacional, tal como resulta da letra da lei, cabe analisar a seguir se este regime pode, contudo, ser considerado conforme com a directiva, com base na supramencionada interpretação restritiva do Oberster Gerichtshof.

73. Quanto à questão da compatibilidade do regime controvertido com a Directiva 2005/29 importa constatar que a proibição de ofertas conjuntas em causa, prevista no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG constitui uma disposição especial da UWG que, por agora, não tem qualquer correspondência na Directiva 2005/29. O § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG impõe uma proibição geral de ofertas conjuntas, que não está prevista na própria directiva.

74. Acresce que este regime nacional apresenta uma estrutura normativa diferente da da Directiva 2005/29, devido ao princípio regra-excepção em que assenta. É sobretudo esta inversão da estrutura normativa que suscita dúvidas quanto à compatibilidade com aquela directiva, estando em causa não tanto a configuração formal do próprio regime – uma vez que é deixada ao legislador nacional uma certa margem de manobra quanto à transposição – como o seu conteúdo normativo. Este

55 — V. Horak, M., op. cit. (nota 39), p. 1137, que compara o regime do § 9a da UWG com as chamadas «proibições *per se*». As proibições *per se* interdizem, em princípio, determinadas práticas comerciais descritas em abstracto, sem que um tribunal possa examinar no caso concreto os efeitos sobre os consumidores ou concorrentes. Muito frequentemente, para assegurar um equilíbrio prático, essas proibições são associadas a uma lista de excepções. Segundo o autor, o § 9a da UWG segue este sistema, com uma proibição geral de brindes no n.º 1 e uma lista de excepções no n.º 2. Heidinger, R., op. cit. (nota 17), p. 45, sustenta que o regime do § 9a da UWG está concebido como uma proibição *per se* de certas práticas comerciais, sem que seja necessário verificar em concreto os efeitos sobre os consumidores.

conteúdo não está em conformidade com o da Directiva 2005/29. Com efeito, como já expliquei nas minhas conclusões nos processos apensos C-261/07 (VTB-VAB) e C-299/07 (Galatea), a Directiva 2005/29 segue uma abordagem favorável à liberdade de empresa dos operadores, que corresponde, no essencial, ao princípio jurídico *in dubio pro libertate* [56]. Por conseguinte, ao invés do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, a directiva parte da lealdade das práticas comerciais, desde que não se constate a existência dos pressupostos jurídicos, bem definidos, de uma proibição [57].

75. Este método liberal corresponde a um enquadramento regulamentar concreto, que consiste em garantir a prossecução do objectivo do legislador comunitário consagrado nos quarto e quinto considerandos, bem como no artigo 1.º da directiva, através de regras uniformes à escala comunitária, de eliminar os obstáculos à livre circulação de serviços e de produtos para lá das fronteiras ou à liberdade de estabelecimento, que resultam do grande número de regras nacionais sobre práticas comerciais desleais, e isto na medida em que tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno e para estabelecer um nível elevado de protecção dos consumidores [58].

ii) Insuficiência das excepções previstas no § 9a, n.º 2, da UWG

76. Além disso, excepções como o § 9a, n.º 2, da UWG, a proibições de princípio não são adequadas para cobrir todas as situações em que uma prática comercial deve ser considerada admissível, nos termos das disposições da Directiva 2005/29, pois não permitem que os órgãos jurisdicionais e as autoridades nacionais competentes procedam a uma

56 — V. as minhas conclusões nos processos VTB-VAB e Galatea (já referidas na nota 15, n.º 81). Micklitz, H.-W., op. cit. (nota 25), p. 374 parece estar de acordo.

57 — Abbamonte, G., «The unfair commercial practices Directive and its general prohibition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, p. 15, descreve, por conseguinte, o método da directiva como liberal. Nos termos desta, é permitido tudo o que não é expressamente proibido. De Cristofaro, G., op. cit. (nota 45), p. 11, salienta acertadamente que a directiva segue uma abordagem pontual, ao definir os critérios para a apreciação de uma prática comercial como desleal, renunciando por completo a delimitar as características de uma prática comercial desleal.

58 — V. Bakardjieva Engelbrekt, A., «An End to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, p. 47 e segs., que sublinha o efeito harmonizador da Directiva 2005/29, cujo objectivo consiste em ultrapassar as diferenças importantes em matéria de concorrência desleal que existiam entre as legislações dos vários Estados-Membros até à sua entrada em vigor. Também no mesmo sentido Bargelli, E., op. cit. (nota 21), p. 79. Weatherill, p., «Who is the "Average Consumer"», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, p. 137, qualifica o método da Directiva 2005/29 como desregulamentação reguladora. A harmonização das legislações nacionais desregulamenta o mercado, ao suprimir a diversidade legislativa dos Estados-Membros a favor de um regime uniforme. Segundo Falce, V./Ghidini, G., op. cit. (nota 23), p. 372, a Directiva 2005/29 visa restabelecer o equilíbrio entre, por um lado, a concorrência no mercado interno sem fronteiras e, por outro, a protecção dos consumidores.

apreciação caso a caso [59]. Isto foi confirmado pelo Tribunal de Justiça também no acórdão VTB-VAB e Galatea [60].

77. Uma vez que as ofertas conjuntas não se incluem entre as práticas comerciais enumeradas no anexo I, que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias, a sua proibição só é possível, em princípio, quando constituem práticas comerciais desleais por serem, por exemplo, enganosas ou agressivas na acepção da directiva. Além disso, nos termos da Directiva 2005/29, uma proibição só é possível quando uma prática comercial é desleal por ser contrária às exigências relativas à diligência profissional e distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio, em relação a um produto.

78. A questão de saber se é o que sucede com as ofertas conjuntas não pode ser respondida em termos gerais, sendo necessário analisar cada prática comercial concreta. Isto resulta inequivocamente do sétimo considerando da directiva, nos termos do qual na aplicação deste diploma, em especial das suas cláusulas gerais, se deve ter plenamente em atenção as circunstâncias de cada caso. A palavra «em especial» mostra também que a respectiva avaliação casuística não se limita à aplicação da cláusula geral do artigo 5.º, n.º 1, mas abrange igualmente a aplicação das disposições que a concretizam, constantes dos artigos 5.º a 9.º da directiva. O décimo sétimo considerando mostra que o legislador comunitário entende também ser necessária uma avaliação casuística com base nas disposições dos artigos 5.º a 9.º da directiva, quando uma prática comercial não estiver enumerada no anexo I. Isto resulta da interpretação *a contrario* da terceira frase do décimo sétimo considerando, segundo a qual as práticas comerciais enumeradas no anexo I são as únicas práticas comerciais que «podem ser consideradas desleais sem recurso a uma avaliação casuística nos termos dos artigos 5.º a 9.º».

iii) Conclusão provisória

79. Tal como resulta da letra da lei, o regime controvertido não é compatível com a Directiva 2005/29.

59 — Neste sentido também Heidinger, R., op. cit. (nota 17), p. 46.

60 — Já referido *supra* na nota 4, n.os 64 e 65.

b) Possibilidade de uma interpretação conforme com a directiva

80. Como expliquei nas minhas conclusões no processo Plus [61], na análise da questão de saber se uma disposição do direito nacional se opõe ao direito comunitário não é determinante apenas a letra desta disposição, devendo ainda ter-se em conta a interpretação que dela fazem os tribunais nacionais [62]. A jurisprudência de um Estado-Membro, pelo facto de constituir a interpretação vinculativa da lei para todos os sujeitos de direito, revela-se uma medida indispensável para a apreciação da conformidade da transposição com o direito comunitário e para a interpretação do direito nacional [63].

81. Por conseguinte, a favor da compatibilidade com a directiva pode militar a circunstância de que o Oberster Gerichtshof efectua, em regra, uma interpretação restritiva da proibição geral de ofertas conjuntas. Não pode ser excluído que uma proibição desse tipo seja tão atenuada através de uma interpretação restritiva pelo juiz nacional que acabe por ficar em conformidade com a directiva. Recorde-se ainda que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o órgão jurisdicional nacional é obrigado a interpretar o direito interno, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva, à luz do texto e da finalidade da directiva [64], para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o disposto no artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE, cabendo ao órgão jurisdicional nacional, dentro da margem de apreciação que lhe é concedida pelo seu direito interno, interpretar este último em conformidade com as exigências do direito comunitário [65]. Isto inclui a possibilidade de uma interpretação redutora, em conformidade com a directiva, da norma nacional em causa ou mesmo de um desenvolvimento normativo, na medida em que os órgãos

61 — Já referidas *supra* na nota 20, n.º 82.

62 — Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., op. cit. (nota 35), n.º 5-056, p. 162, indicam que o alcance das leis, dos regulamentos ou actos administrativos nacionais deve ser apreciado à luz da interpretação feita pelos tribunais nacionais. A interpretação conforme com o direito comunitário do direito nacional foi objecto de um pedido de decisão prejudicial do supremo tribunal alemão (Bundesgerichtshof) no processo C-42/95, Siemens/Nold (acórdão de 19 de Novembro de 1996, Colect., p. I-6017), bem como do Hof van beroep te Gent (Bélgica) no processo C-205/07, Gysbrechts (acórdão de 16 de Dezembro de 2008, Colect., p. I-9947).

63 — V., a este respeito, as minhas conclusões de 4 de Setembro de 2008, Comissão/Espanha (C-338/06, acórdão de 18 de Dezembro de 2008, Colect., p. I-10139, n.º 89).

64 — Acórdãos de 10 de Abril de 1984, von Colson e Kamann/Nordrhein-Westfalen (14/83, Recueil, p. 1891, n.º 26) e Harz/Deutsche Tradax (79/83, Colect., p. 1921, n.º 26), de 15 de Maio de 1986, Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (222/84, Colect., p. 1651, n.º 53), de 8 de Outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Colect., p. 3969, n.º 12), de 20 de Setembro de 1988, Beentjes (31/87, Colect., p. 4635, n.º 39), de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Colect., p. I-3325, n.º 24), de 25 de Fevereiro de 1999, Carbonari (C-131/97, Colect., p. I-1103, n.º 48), de 15 de Junho de 2000, Brinkmann Tabakfabriken (365/98, Colect., p. I-4619, n.º 40), de 27 de Junho de 2000, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, Colect., p. I-4941, n.º 30), de 13 de Julho de 2000, Centrosteel (C-456/98, Colect., p. I-6007, n.º 16), de 3 de Outubro de 2000, Gozza (C-371/97, Colect., p. I-7881, n.º 37). No mesmo sentido acórdãos de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.º 8), de 15 de Maio de 2003, Mau (C-160/01, Colect., p. I-4791, n.º 36), de 22 de Maio de 2003, Connect Austria (C-462/99, Colect., p. I-5197, n.º 38), de 23 de Outubro de 2003, Adidas-Salomon e Adidas Benelux (C-408/01, Colect., p. I-12537, n.º 21), e de 9 de Março de 2004, Pfeiffer (C-397/01 a C-403/01, Colect., p. I-8835, n.º 113). V., a este respeito Schweitzer, M./Hummer, W./Obwexer, W., *Europarecht*, Viena 2007, pp. 82 e segs.

65 — Acórdãos Von Colson e Kamann/Nordrhein-Westfalen (já referido na nota 64, n.º 28), e Harz/Deutsche Tradax (já referido na nota 64, n.º 28).

jurisdicionais nacionais forem competentes para tanto [66].

– Artigo 5.º, n.os 4 e 5, da Directiva 2005/29

82. Contudo, a interpretação restritiva defendida pelo Oberster Gerichtshof teria de conduzir a uma ampla conformidade do conteúdo normativo do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG com o das disposições da directiva.

A lista das práticas comerciais desleais do anexo I da directiva

i) Exame à luz das disposições da directiva

83. A seguir, importa verificar se pode ser considerada compatível com a directiva a proibição controvertida de ofertas conjuntas na interpretação restritiva que lhe é dada pela jurisprudência austríaca. Para este fim, importa seguir o esquema de análise descrito no n.º 66 das presentes conclusões.

84. Note-se, desde logo, que a prática comercial proibida pelo § 9a, n.º 1, da UWG não corresponde a qualquer dos casos das práticas comerciais desleais referidos no anexo I da directiva. Em particular, não é pertinente o n.º 16, respeitante à prática de alegar que certos produtos podem aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de azar. Refere-se a uma forma especial de publicidade [67], mas não à utilização de ofertas conjuntas propriamente dita [68]. Independentemente disso, a publicidade da demandada no processo principal não indica, por exemplo, que a simples aquisição de um produto confere logo uma possibilidade de ganhar. É tão-só dada

66 — Segundo Streinz, R., *Europarecht*, 8.ª ed., Heidelberga 2008, p. 161, n.º 456, o dever de efectuar uma interpretação conforme à directiva encontra os seus limites na possibilidade de interpretar o direito nacional. Na medida em que os órgãos jurisdicionais nacionais forem também competentes para efectuar um desenvolvimento normativo, poderão ter de desenvolver o direito nacional em conformidade com as directivas.

67 — Quanto ao objectivo normativo desta proibição v. Büllesbach, E., op. cit. (nota 21), p. 114. Se um operador afirmar que um produto pode aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de azar, é sugerido ao consumidor que a compra do produto permite influenciar o resultado a seu favor. Ora, os jogos de azar caracterizam-se por o resultado estar sujeito ao acaso. Devido a este elemento aleatório é, em princípio, inconcebível influenciar o resultado. Assim, é dada uma noção ilusória da utilidade do produto. Como a afirmação desperta indirectamente o desejo de jogar, representa um perigo especial para o consumidor, pois a racionalidade da sua decisão pode ser fortemente afectada pela esperança de um ganho mais fácil.

68 — V. n.º 85 das minhas conclusões no processo Plus, já referidas na nota 20.

a oportunidade de participar num jogo com prémio que, de qualquer modo, é acessível a qualquer pessoa através da Internet, sem que seja prometido ao comprador um aumento das possibilidades de ganhar. O consumidor que pretenda participar na escolha do «futebolista do ano» não tem, assim, necessariamente de comprar o jornal em causa, mas pode optar entre várias possibilidades de participação. Não é sugerido, nem se pode constatar efectuando um exame objectivo, que tem menos possibilidades de ganhar do que outros participantes se, por exemplo, escolher outra modalidade de participação diferente da compra do jornal em causa.

Práticas comerciais enganosas e agressivas na acepção do artigo 5.º, n.º 4, da directiva

85. Coloca-se a questão de saber se a prática comercial proibida pelo § 9a, n.º 1, da UWG pode ser qualificada como enganosa ou agressiva na acepção do artigo 5.º, n.º 4, da directiva. Isto é afirmado pelo Governo austríaco, que vê no regime controvertido também uma transposição do artigo 6.º, n.º 1, alínea d), e dos artigos 8.º e 9.º da directiva [69].

Práticas comerciais enganosas na acepção dos artigos 6.º e 7.º da directiva

86. Como mostra a interpretação dos artigos 6.º e 7.º da directiva, as práticas comerciais enganosas caracterizam-se sobretudo por um elemento de ludíbrio quanto às características essenciais de um produto. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea d), da directiva, entre as características essenciais de um produto conta-se também o preço.

87. No acórdão Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [70], que o Governo austríaco refere nas suas observações, o Tribunal de Justiça concluiu, relativamente à compatibilidade de uma proibição neerlandesa de brindes com a livre circulação de mercadorias, «que a oferta de prémios como meio de promover as vendas pode enganar os consumidores em relação aos preços efectivos dos produtos e adulterar as condições de uma concorrência baseada na prestação realizada». O Tribunal de Justiça deduziu daí que «a legislação que, por esse motivo, restringe ou mesmo proíbe este tipo de práticas comerciais é adequada a contribuir para a protecção dos consumidores e a lealdade do comércio».

88. Estas constatações, feitas muito antes da adopção da Directiva 2005/29, continuam a ser actuais, dado que, entendendo correctamente a passagem citada do acórdão, se referem ao risco abstracto que representa uma

69 — V. n.º 55, p. 21 do articulado do Governo austríaco.

70 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (286/81, Recueil, p. 4575, n.º 18).

oferta conjunta susceptível de impedir que o valor dos diferentes produtos seja suficientemente apreciado. Isto é indicado pela utilização do verbo «pode» no primeiro período. Por isso, o Tribunal de Justiça considerou implicitamente que era necessário proceder a um exame casuístico, tal como requerido também pelo legislador comunitário na Directiva 2005/29.

89. Além disso, resulta claramente do referido acórdão que o Tribunal de Justiça se pronunciou exclusivamente sobre a questão da compatibilidade com a livre circulação de mercadorias da proibição neerlandesa de brindes em causa, tendo em conta a sua configuração legislativa específica. Por conseguinte, essas considerações do Tribunal de Justiça não podem ser transpostas, sem mais, para o caso vertente. Nestas condições, carece de base o argumento de que qualquer utilização de brindes, seja qual for o modo como se configura, é potencialmente enganadora.

90. Logo, o regime controvertido, na interpretação restritiva que lhe é dada pela jurisprudência austríaca, não pode ser considerado conforme com o artigo 6.º, n.º 1, alínea d), da directiva.

Práticas comerciais agressivas na acepção do artigo 8.º da directiva

91. Também não é possível classificar de maneira geral as ofertas conjuntas na categoria das práticas comerciais agressivas, dado que o artigo 8.º da directiva exige para este efeito que seja influenciada a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, designadamente através de assédio, coacção ou do recurso à força.

92. Ora, este elemento não é característico das ofertas conjuntas nem existe no processo principal. Logo, não obstante uma interpretação restritiva, o regime controvertido não está em conformidade com o artigo 8.º da directiva.

– Artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29

93. Nos termos da directiva, uma proibição é ainda possível quando uma prática comercial é desleal por ser contrária às exigências relativas à diligência profissional e distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor médio, em relação a um produto. Para tal, têm de estar preenchidos

cumulativamente os requisitos do artigo 5.º, n.º 2, alíneas a) e b) [71].

94. Por sua vez, o exame da compatibilidade do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG com o artigo 5.º, n.º 2 da Directiva 2005/29 efectua-se em duas etapas. Antes de mais, é necessário verificar se o regime do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, atendendo à interpretação restritiva mencionada *supra*, sujeita uma proibição às mesmas condições que a directiva. Se for esse o caso, há que determinar se o referido regime nacional abrange exclusivamente práticas que devem ser consideradas desleais na acepção do artigo 5.º, n.º 2.

Susceptibilidade de distorcer substancialmente o comportamento do consumidor médio

Correspondência dos requ isitos legais

95. Existe uma ampla correspondência em termos de conteúdo entre o regime controvertido e a Directiva 2005/29, em qualquer caso quanto à condição enunciada no artigo 5.º, n.º 2, alínea b), dado que, também segundo a interpretação restritiva dos tribunais austríacos, para que um brinde seja inadmissível na acepção do § 9a, n.º 1, da UWG, o seu anúncio, a sua oferta ou a sua atribuição «têm de ser objectivamente susceptíveis de influenciar o comportamento dos consumidores visados». De resto, o próprio órgão jurisdicional de reenvio indica a possibilidade de interpretar esta condição, desenvolvida pela jurisprudência austríaca, no sentido do artigo 5.º, n.º 2, alínea b) [72]. Nada há a objectar, desde que seja dado a esta exigência do direito nacional, de teor essencialmente idêntico, o mesmo sentido que em direito comunitário.

Correspondência do âmbito de aplicação

96. Com efeito, por «distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores» na acepção do artigo 2.º, alínea e), deve entender-se, de acordo com a definição legal aí contida, a «utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não

71 — Neste sentido, Abbamonte, G., op. cit. (nota 57), p. 21; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor 2006, p. 58; Maione, N., «Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE», *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, p. 1068.

72 — V. p. 10 do despacho de reenvio.

teria tomado de outro modo». Este regime destina-se a proteger a liberdade de decisão do consumidor [73].

97. Embora a questão prejudicial do órgão jurisdicional de reenvio se refira, de maneira geral, à compatibilidade do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG com a directiva, é determinante para decidir do processo principal a compatibilidade do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG no que toca não a todos os casos que abrange (periódicos e prémios), mas apenas à associação de periódicos e jogos com prémios. Nas suas observações, as partes referem-se também, em primeira linha, a esta forma muito específica de ofertas conjuntas, que não deixa de suscitar problemas na perspectiva da protecção dos consumidores. Por esta razão, debruçar-me-ei a seguir apenas sobre os efeitos desta prática comercial concreta sobre o comportamento do consumidor.

98. O Governo austríaco considera que está preenchida a condição acima referida no respeitante à associação de produtos e jogos com prémios [74]. Explica que, precisamente no caso de publicações periódicas cujo preço unitário é relativamente baixo, como no processo principal, o consumidor se decidirá a comprar o produto principal por razões não objectivas, devido às oportunidades de ganhar. É exactamente nesta hipótese que a perspectiva de participação gratuita, com a possibilidade de ganhar um montante desproporcionadamente elevado, pode distorcer de maneira substancial o comportamento do consumidor em matéria de compras no sector dos meios de comunicação social.

99. Há que concordar com o Governo austríaco em que o recurso a jogos com prémios na publicidade é perfeitamente susceptível de despertar no ser humano o desejo de jogar. Como já indiquei nas minhas conclusões no processo Plus [75], graças, designadamente, à perspectiva de ganhos que podem ser muito elevados, tais jogos têm um certo poder de atracção. Podem servir para despertar a atenção de clientes potenciais, condicionando-os em função de determinados objectivos no âmbito da estratégia publicitária escolhida. Por conseguinte, não se pode rejeitar, em geral, o argumento de que esta prática comercial

73 — Mas não os interesses económicos do consumidor. Segundo Abbamonte, G., op. cit. (nota 57), p. 23, este regime assenta na proposição fundamental de que as práticas comerciais desleais distorcem, em regra, as preferências dos consumidores, na medida em que afectam a sua liberdade ou capacidade de decisão. Por consequência, os consumidores adquirem mercadorias de que não precisam, ou que, de outro modo – sem a distorção – teriam considerado de qualidade inferior. Contudo, o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 2005/29 não pressupõe que o consumidor sofra um prejuízo económico. O autor entende que essa exigência seria inadequada, pois teria diminuído consideravelmente o nível de protecção do consumidor na União Europeia.

74 — V. n.º 51, p. 20 do articulado do Governo austríaco.

75 — Referidas *supra* na nota 20, n.º 93.

pode, em certas condições, distorcer substancialmente o comportamento do consumidor no sector dos meios de comunicação social.

100. Contudo, é duvidoso que esta generalização seja compatível, sem mais, com as normas comunitárias, pois, por um lado, a Directiva 2005/29 exige, como já foi visto, que os tribunais e as autoridades nacionais procedam a uma apreciação do conjunto das circunstâncias do caso concreto, antes de poder concluir pelo carácter desleal de uma prática comercial concreta [76], e, por outro, para analisar os efeitos da acção publicitária em causa, atende à percepção de um consumidor médio ou do membro médio de um grupo de consumidores.

101. Como resulta do décimo oitavo considerando, o conceito de consumidor médio utilizado na Directiva 2005/29 corresponde exactamente ao modelo, desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, de um consumidor [77] «normalmente informado e razoavelmente atento e advertido», tendo em conta «factores de ordem social, cultural e linguística». No último período do décimo oitavo considerando, o conceito de consumidor médio é explicado mais detalhadamente, sublinhando-se que este «não é estatístico». Indica-se ainda que «[o]s tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso».

102. O método desenvolvido pelo Tribunal de Justiça para examinar os efeitos de uma acção publicitária sobre um consumidor médio assenta no princípio da proporcionalidade. Ele visa estabelecer um equilíbrio adequado entre, por um lado, o objectivo de protecção dos consumidores e, por outro, a necessidade de promover a circulação de mercadorias num mercado interno caracterizado pela livre concorrência. Com a Directiva 2005/29, o legislador comunitário procedeu à codificação deste método, confiando a tarefa da apreciação – em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça – aos tribunais e às autoridades nacionais. Deste modo, pretende-se

76 — V. n.os 76 a 78 das presentes conclusões.

77 — V., relativamente ao modelo de consumidor na jurisprudência do Tribunal de Justiça, acórdãos de 16 de Janeiro de 1992, X (C-373/90, Colect., p. I-131, n.os 15 e 16), de 16 de Julho de 1998, Gut Springenheide e Tusky (C-210/96, Colect., p. I-4657, n.º 31), de 4 de Maio de 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 e C-109/97, Colect., p. I-2779, n.º 29), de 13 de Janeiro de 2000, Estée Lauder (C-220/98, Colect., p. I-117, n.º 27), de 21 de Junho de 2001, Comissão/Irlanda (C-30/99, Colect., p. I-4619, n.º 32), de 24 de Outubro de 2002, Linhart e Biffl (C-99/01, Colect., p. I-9375, n.º 31), de 8 de Abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Colect., p. I-3095, n.º 55), de 12 de Fevereiro de 2004, Koninklijke KPN Nederland (C-363/99, Colect., p. I-1619, n.º 77) e Henkel (C-218/01, Colect., p. I-1725, n.º 50), de 9 de Março de 2006, Matratzen Concord (C-421/04, Colect., p. I-2303, n.º 24), e de 19 de Setembro de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, Colect., p. I-8501, n.º 78).

evitar o risco de práticas comerciais idênticas serem apreciadas de modo diferente de um Estado-Membro para outro, a favor de um grau mais elevado de segurança jurídica para os consumidores e os concorrentes [78].

103. Juridicamente, a referência a um «consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido» significa que a previsão do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), deve ser interpretada de maneira suficientemente estrita para garantir uma relação equilibrada entre ambos os objectivos. Assim, não se pode entender que é por ela abrangida qualquer prática comercial apenas por ser susceptível de influenciar a decisão de compra. Pelo contrário, na perspectiva do direito comunitário considera-se que o consumidor é capaz de reconhecer o perigo que representam determinadas práticas comerciais e agir adequadamente, de modo racional [79]. Isto é também coerente do ponto de vista legislativo, quando não qualquer forma de publicidade que, embora possa ser provocativa, é geralmente reconhecida como inofensiva seria, desde logo, considerada desleal, devendo, por isso, ser proibida [80].

104. Como a demandada no processo principal explica, em meu entender correctamente [81], um consumidor médio do nosso tempo está, em regra, consciente de que a publicidade e a promoção das vendas numa economia de mercado livre visa atrair clientes, não apenas graças ao preço e à qualidade de um produto, mas também prometendo uma multiplicidade de vantagens suplementares. Essas vantagens podem ser de ordem emocional, como, por exemplo, a publicidade que veicula o sentimento de liberdade e de independência ou da pertença a um determinado grupo social, ou ainda vantagens suplementares com uma clara utilidade económica, como brindes. Por isso é lógico que, no quadro legislativo fixado pelo direito comunitário, caiba

78 — Abbamonte, G., op. cit. (nota 57), p. 25, indica que, com a Directiva 2005/29, o legislador comunitário codifica este método, que não era aplicado pelos tribunais de certos Estados-Membros. O autor entende que isto reduz o risco de práticas comerciais idênticas serem objecto de apreciações diferentes na União Europeia e reforça a segurança jurídica. No mesmo sentido também Wiebe, A., op. cit. (nota 38), p. 75, e Micklitz, H. W., «Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG», *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basileia 2006, p. 311. Weatherill, S., op. cit. (nota 58), p. 135, explica que a referência a um consumidor médio face aos diferentes comportamentos dos consumidores pode parecer artificial, mas é indispensável para um sistema normativo eficiente e harmonizado.

79 — Lecheler, H., «Verbraucherschutz», in: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (Manfred Dauses, editor), tomo 2, Munique 2004, H. V, n.º 27, p. 11, interpreta a jurisprudência do Tribunal de Justiça (já referida na nota 77 das presentes conclusões), no sentido de que se refere a um consumidor que, em princípio, age de modo racional e atento, que é capaz de se orientar e de tomar as suas próprias decisões.

80 — Deste modo Maione, N., op. cit. (nota 71), p. 1068, indica que o legislador comunitário não pretende proibir toda e qualquer prática comercial que influencia o comportamento do consumidor em matéria de compras, mas apenas as práticas contrárias à diligência profissional, na medida em que afectem a liberdade de decisão do consumidor.

81 — V. p. 10 do articulado do demandada no processo principal.

a este consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e crítico decidir se compra um produto devido às vantagens que a publicidade lhe atribui, à sua qualidade ou ao seu baixo preço [82].

consumidores [83]. Em paralelo, restringe desproporcionadamente a liberdade de circulação de mercadorias e a livre prestação de serviços. Com efeito, uma proibição deste tipo vai para além do que é necessário para atender aos interesses dos consumidores e também à liberdade de circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços.

Conclusão provisória

105. Todavia, a presunção inerente a qualquer proibição geral prevista na lei, de que uma associação entre um produto e um jogo com prémio é sempre perigosa, independentemente do seu efectivo potencial de risco, bem como das especificidades do público a que se destina e deve, por isso, ser proibida, não está em consonância com o modelo de consumidor do direito comunitário. Tudo ponderado, deve acabar por ser sentida como uma forma de paternalismo face aos

106. Em resumo, cabe constatar que a proibição de ofertas conjuntas, prevista no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, na interpretação restritiva efectuada pela jurisprudência austríaca, assenta numa ponderação legislativa que não corresponde às disposições da Directiva 2005/29.

107. Embora esta conclusão seja suficiente para responder pela afirmativa à primeira questão prejudicial, examinarei a seguir, a título subsidiário, em resposta às observações do órgão jurisdicional de reenvio e do Governo austríaco, a compatibilidade do regime

82 — Neste sentido também Kucsko, G., op. cit. (nota 39), p. 709, o qual duvida que a argumentação baseada nos trabalhos preparatórios da Prämiengesetz de 1929 (na qual a proibição de brindes prevista no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG tem, afinal de contas, a sua origem) continue a ser actual. Hoje em dia, o consumidor é consideravelmente mais crítico e informado. Nas últimas décadas, o mundo da publicidade registou também grandes alterações. O consumidor é confrontado com acções publicitárias (nem sempre objectivas) muito mais intensas, a que se habituou. A «imagem» de determinadas marcas é sobrecarregada com associações, que já nada têm a ver com as próprias características do produto. Mas, por outro lado, a publicação regular de testes objectivos de comparação, as marcas de homologação, e as revistas do consumidor críticas reforçaram a capacidade de apreciação dos consumidores, não apenas relativamente aos produtos testados, mas de maneira geral. Por conseguinte, o consumidor está hoje muito mais apto a julgar por si próprio se se deixa «atrair por considerações não objectivas» ou se considera o preço do produto principal demasiado elevado. De resto, com o brinde recebe não apenas uma «imagem» imaterial mas um verdadeiro produto ou serviço. Hoje em dia, o argumento paternalista da protecção dos consumidores já não é convincente.

83 — Heidinger, R., op. cit. (nota 17), p. 46, e Wittmann, H., «EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?», *Medien und Recht*, 6/2008, p. 284, examinam as reservas expressas pelo órgão jurisdicional nacional no despacho de reenvio. Referem que o modelo de um consumidor responsável, subjacente ao artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29, milita contra uma presunção de deslealdade no processo principal. Uma protecção tão ampla dos consumidores está em contradição com a imagem actual de um consumidor responsável que, em princípio, deve ter a possibilidade de tomar as suas decisões económicas livremente, também com base em considerações não objectivas.

controvertido com as outras condições impostas pelo artigo 5.º, n.º 2, da directiva.

Violação do dever de diligência profissional

108. O facto de a norma controvertida, também segundo uma interpretação restritiva, renunciar totalmente à condição essencial de uma violação do dever de diligência profissional, tal como é imposta no artigo 5.º, n.º 2, alínea a), da directiva, constitui uma diferença manifesta relativamente ao disposto nesta última.

109. A este propósito, o Governo austríaco alega que o requisito da diligência profissional é, na realidade, inerente ao regime controvertido, dado que este último visa proteger a concorrência contra os riscos de uma exploração do vício do jogo dos consumidores. O respeito da diligência profissional deve ser examinado em concreto pelos tribunais, atendendo às exigências específicas de cada profissão [84]. Este argumento deve ser entendido no sentido de que o regime nacional controvertido deve também pôr em prática esta exigência, mesmo através de uma interpretação correctiva pelo órgão jurisdicional competente.

Correspondência dos requisitos legais

110. Contudo, estas explicações relativas ao direito nacional não são convincentes, pois o órgão jurisdicional de reenvio indica expressamente que, ao contrário do que sucede com a exigência, já referida, da distorção substancial do comportamento do consumidor [85], os tribunais austríacos não podem verificar se o anúncio, a oferta ou a atribuição de um brinde têm também, enquanto tais, carácter desleal por contrariarem as exigências da diligência profissional [86]. Por isso, o órgão jurisdicional de reenvio duvida que uma proibição geral de brindes, tal como está actualmente formulada, seja compatível com a Directiva 2005/29.

Conclusão provisória

111. As indicações do órgão jurisdicional de reenvio confirmam, deste modo, o meu entendimento de que a proibição de ofertas conjuntas prevista no § 9a, n.º 1, ponto 1,

84 — V. n.º 47, p. 19 do articulado do Governo austríaco.
85 — V. n.º 95 das presentes conclusões.
86 — V. p. 10 do despacho de reenvio.

da UWG não está em conformidade com o disposto na directiva, também no que toca à condição imposta pelo artigo 5.º, n.º 2, alínea a). Logo, não é possível constatar uma concordância do regime controvertido com os requisitos legais do artigo 5.º, n.º 2, alínea a). Também não foi alegada a existência, no direito austríaco da concorrência, de outra condição que corresponda aproximadamente aos requisitos legais enunciados no artigo 5.º, n.º 2, alínea a).

112. Atendendo ao facto de que logo isto é suficiente para concluir que o regime controvertido não é compatível com o artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29, não vejo razão para prosseguir o exame à luz desta disposição da directiva.

c) Conclusão

113. Por conseguinte, na interpretação que lhe é dada, uma norma nacional como o § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, que impõe uma proibição geral de ofertas conjuntas, sem prever a possibilidade de ter suficientemente em conta todas as circunstâncias de cada caso concreto, tem uma natureza mais restritiva e rigorosa do que as normas da Directiva 2005/29.

114. Neste contexto, há que concluir que o § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG diz respeito a um domínio que está sujeito à harmonização plena e em relação ao qual não se aplicam as disposições transitórias do artigo 3.º, n.º 5, da directiva. Também não foi alegado por nenhuma das partes que o regime nacional controvertido possa estar incluído num dos domínios indicados no nono considerando da directiva [87]. A disposição excepcional do artigo 3.º, n.º 9, da directiva tão pouco é aplicável.

115. A proibição geral de ofertas conjuntas do § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, na interpretação restritiva acima descrita, tem por efeito uma extensão do catálogo de práticas comerciais proibidas, constante do anexo I da directiva, precisamente o que é vedado aos Estados-Membros, face à harmonização

87 — Como Schuhmacher, W., op. cit. (nota 21), p. 131, acertadamente observa, o nono considerando da Directiva 2005/29 enuncia certos limites à harmonização plena. Todavia, no presente processo de reenvio prejudicial nenhuma das partes afirmou explicitamente que estes limites são aplicáveis ao caso vertente. De resto, um exame objectivo revela que também não parece ser este o caso.

plena e máxima que esta directiva implica [88]. Tendo em conta que, nos termos do artigo 5.º, n.º 5, a lista só pode ser alterada mediante revisão da própria directiva, isto é, nos termos do procedimento de co-decisão, previsto no artigo 251.º CE, está proibida a ampliação unilateral desta lista pelos Estados-Membros.

116. Atendendo às considerações expostas, concluo que um regime nacional como o previsto no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, apesar de uma interpretação restritiva, é incompatível com as disposições da Directiva 2005/29.

Quanto à retirada da proposta, apresentada pela Comissão, de regulamento relativo às promoções de vendas no mercado interno

117. Uma parte da argumentação do Governo austríaco baseia-se em determinadas disposições da proposta da Comissão, finalmente retirada, de regulamento relativo às promoções de vendas no mercado interno [89]. Estas disposições regulavam, nomeadamente, a concessão de benefícios gratuitos, brindes ou da possibilidade de participar em concursos e jogos com prémios. O Governo austríaco crê que é possível deduzir da retirada desta proposta de regulamento relativo às promoções de vendas que o domínio que teria sido por ele coberto continua a não estar regulado e não é, por exemplo, abrangido pela Directiva 2005/29.

118. Nas minhas conclusões no processo VTB-VAB e Galatea [90] e no processo Plus [91], tive já ocasião de examinar aprofundadamente as consequências da retirada desta proposta da Comissão para o tratamento jurídico de ofertas conjuntas. Este exame foi efectuado a propósito da argumentação, essencialmente idêntica, dos Governos belga e alemão nesses processos. Expliquei aí o que me leva a pensar que nem da proposta, apresentada pela Comissão, de regulamento relativo às promoções de vendas no mercado interno, nem das alterações que surgiram no âmbito do processo legislativo é possível tirar conclusões sobre a interpretação da Directiva 2005/29.

88 — Abbamonte, G., op. cit. (nota 57), p. 21, refere que os Estados-Membros não podem, por si próprios, alargar a lista das práticas comerciais desleais proibidas, constante do anexo I da Directiva 2005/29. Se isso lhes fosse permitido, a consequência seria a de se contornar a harmonização máxima visada pela directiva, o que poderia pôr em causa o objectivo da segurança jurídica. Keirsbilck, B., op. cit. (nota 14), p. 522, qualifica de taxativa a lista de práticas comerciais proibidas, constante do anexo I.

89 — Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às promoções de vendas no mercado interno, de 15 de Janeiro de 2002, COM(2001) 546 final (apresentada pela Comissão).

90 — Já referidas *supra*, na nota 15, n.os 90 a 94.

91 — Já referidas *supra*, na nota 20, n.os 106 a 111.

119. Com efeito, a proposta referida *supra* diz respeito a uma norma comunitária que, afinal de contas, nunca entrou em vigor e, portanto, nunca se tornou parte integrante da ordem jurídica comunitária. Por conseguinte, não pode ser utilizada, sem mais, como elemento de interpretação. Estas considerações valem, por maioria de razão, quando a Comissão retira a proposta por sua própria iniciativa, como sucedeu no caso da referida proposta de regulamento. Cabe recordar que a Comissão tem um direito de iniciativa e, por consequência, pode retirar as suas propostas. Acresce que estas propostas podem, no âmbito do processo legislativo, ser objecto de várias alterações pelo Conselho e pelo Parlamento, donde resulta que só de modo limitado podem ser utilizadas como elemento de interpretação [92]. Logo, só é possível fazer conjecturas sobre a versão definitiva de tal regulamento. Nesta medida, aquela proposta não é susceptível de criar uma confiança legítima.

120. Por maioria de razão, um Estado-Membro não pode invocar a protecção da confiança legítima quando interveio de forma decisiva em ambos os processos legislativos. Os processos legislativos relativos ao regulamento e à Directiva 2005/29 decorreram, em parte, em simultâneo. Enquanto representante constitucional de um Estado-Membro com assento no Conselho, o Governo austríaco interveio de forma decisiva em ambos os processos legislativos e, por conseguinte, dispôs sempre de informações sobre o seu desenvolvimento. Não pode, por isso, invocar validamente o desconhecimento dos desenvolvimentos em ambos os processos legislativos.

121. O Tribunal de Justiça sublinhou a responsabilidade especial dos Governos dos Estados-Membros representados no Conselho na transposição de directivas. Neste sentido, concluiu que do facto de os mesmos participarem nos trabalhos preparatórios das directivas resulta que têm de estar em condições de elaborar as disposições legislativas necessárias à sua execução dentro do prazo fixado [93].

122. Por conseguinte, o Governo austríaco devia, o mais tardar na data da retirada da proposta da Comissão [94], ter verificado em que medida o âmbito de aplicação material da

92 — V. n.º 83 das minhas conclusões de 29 de Outubro de 2009 no processo ainda pendente C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. Neste sentido, Riesenhuber, K., «Die Auslegung», in: *Europäische Methodenlehre*, Berlim 2006, p. 257, n.º 31. O autor explica que a interpretação histórica que atende ao historial e à génese, desempenha um papel central no direito privado europeu. Se a interpretação visa determinar a vontade do legislador, é necessário apurar, antes de mais, de quem é a vontade determinante. O conceito de legislador democraticamente legitimado inclui apenas os órgãos legislativos, cuja aprovação serve de base ao acto jurídico de que se trata no caso concreto. Ao invés, vários órgãos devem apenas ser consultados e também a Comissão tem unicamente um direito de iniciativa e a possibilidade de retirar propostas, as quais podem ser livremente modificadas no âmbito do processo legislativo. Na medida em que os desejos ou as propostas da Comissão não sejam aceites, pode decorrer daí, quando muito (mas não necessariamente), um argumento *a contrario*.

93 — Acórdãos de 1 de Março de 1983, Comissão/Bélgica (301/81, Colect., p. 467, n.º 11), e de 23 de Novembro de 2000, Comissão/França (C-319/99, Colect., p. I-10439, n.º 10).

94 — A decisão da Comissão de retirar a sua proposta de regulamento foi publicada no JO 2006, C 64, p. 3, mas esta já a tinha anunciado na sua comunicação «Conclusões da análise das propostas legislativas pendentes», COM(2005) 462 final, de 27 de Setembro de 2005, p. 10.

Directiva 2005/29 se estenderia igualmente a domínios até então cobertos pelo regulamento planeado. A necessidade de uma acção deste tipo era previsível, tanto mais que a directiva, de acordo com o seu conceito original, estava destinada a, por um lado, introduzir normas gerais e subsidiárias no domínio da protecção dos consumidores da Comunidade e, por outro, a concretizar uma harmonização plena das regras comunitárias sobre práticas comerciais desleais [95]. Tendo em consideração que a retirada foi efectuada num momento em que o prazo para a transposição da directiva ainda corria, cabia ao legislador austríaco atender às referidas informações na adaptação do direito nacional.

123. Por fim, é de notar que, no acórdão VTB-VAB e Galatea, o Tribunal de Justiça não aceitou a argumentação, essencialmente idêntica, do Governo belga, indicando assim implicitamente que não segue esta linha de argumentação. Por último, isto foi confirmado no acórdão Plus [96].

124. Logo, este argumento não pode ser acolhido.

5. Conclusões

125. Pelo exposto, concluo que, antes de mais, a estrutura normativa do regime nacional controvertido que, concebido como proibição geral, não permite analisar, na mesma medida que a Directiva 2005/29, a lealdade de cada prática comercial concreta, indica que o referido regime é incompatível com a directiva [97].

126. Importa constatar ainda que o regime nacional controvertido, mesmo recorrendo a uma interpretação restritiva como a defendida na jurisprudência austríaca, não pode ser considerado uma transposição correcta do disposto nos artigos 5.º, n.os 2, 4 e 5.º, da directiva. Isto porque os pressupostos legais enunciados no direito nacional ou não correspondem aos pressupostos enunciados na directiva para a classificação de uma prática comercial como desleal ou não podem ser interpretados em conformidade com a directiva.

95 — O mesmo entendimento é partilhado por Stuyck, J., op. cit. (nota 18), p. 161, o qual presume que alguns Estados-Membros não se aperceberam, manifestamente, de que as normas da proposta de regulamento retirada, que diziam respeito à relação entre os profissionais e os consumidores, voltaram a ser assumidas pela Directiva 2005/29 (tendo em consideração o seu objectivo de realizar uma harmonização plena).

96 — Acórdão Plus (já referido na nota 5, n.º 33).

97 — V. n.os 76 a 79 das presentes conclusões.

127. Dado que a Directiva 2005/29 se opõe a uma proibição de ofertas conjuntas como a prevista no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, não é necessário analisar a eventual violação das liberdades fundamentais [98].

128. Nestas condições, cabe responder à primeira questão prejudicial que as disposições da Directiva 2005/29 se opõem a um regime nacional, nos termos do qual o anúncio, a oferta ou a atribuição de brindes associados a publicações periódicas, bem como o anúncio de brindes associados a outros produtos ou serviços, é inadmissível, salvo excepções taxativamente enunciadas, sem que o carácter enganador, agressivo ou de outro modo desleal desta prática comercial tenha de ser verificado em concreto, mesmo quando esse regime vise não apenas a protecção do consumidor mas também outros fins, não abrangidos pelo âmbito de aplicação material da directiva, como a preservação do pluralismo dos meios de comunicação social ou a protecção dos concorrentes mais fracos.

129. Finalmente, importa recordar neste contexto que, ao contrário do que o órgão jurisdicional de reenvio parece supor [99], segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça [100], o direito comunitário não exige, em qualquer caso, que, num litígio entre particulares, os órgãos jurisdicionais nacionais deixem de aplicar o direito nacional incompatível com uma directiva.

C – *Quanto à segunda questão prejudicial*

130. Interpretada razoavelmente, a segunda questão prejudicial visa, no essencial, que o Tribunal de Justiça constate se uma determinada prática comercial pode ser considerada «desleal», na acepção do artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29, em certas condições, que o órgão jurisdicional de reenvio entende, manifestamente, estarem reunidas. Em concreto, o órgão jurisdicional de reenvio tece as suas considerações partindo da premissa de que «[a] possibilidade de participação num concurso com prémio através da compra do jornal constitui, por si só, […] pelo menos para uma parte do público-alvo, […] se não o único motivo, pelo menos o motivo determinante para a compra do jornal». Esta característica é relevante, em primeira linha, para responder à questão de saber se, no caso

98 — V. acórdão VTB-VAB e Galatea (já referido na nota 4, n.º 67).

99 — V. ponto 2.2 na p. 13 do despacho de reenvio. Aí, o órgão jurisdicional de reenvio considera que, no caso de o Tribunal de Justiça dar uma resposta afirmativa à primeira questão prejudicial, o § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG ficaria «desprovido de objecto».

100 — V., quanto ao efeito horizontal imediato das directivas, os acórdãos Marleasing (já referido na nota 64, n.º 6), Faccini Dori (já referido na nota 64, n.os 24 e segs.), de 26 de Setembro de 2000, Unilever Italia (C-443/93, Colect., p. I-7535, n.º 50). V., quanto à possibilidade de intentar uma acção de responsabilidade do Estado com base no direito comunitário, quando as disposições nacionais não são susceptíveis de interpretação conforme com a directiva, os acórdãos de 8 de Outubro de 1996, Dillenkofer e o. (C-178/94, C-179/94 e C-188/94 a C-190/94, Colect., p. I-4845), de 24 de Setembro de 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Colect., p. I-5411, n.os 27 e 28), e de 28 de Outubro de 1999, Alcatel Austria (C-81/98, Colect., p. I-7671, n.os 49 e 50).

concreto, o comportamento económico do consumidor médio é distorcido de maneira substancial, na acepção do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da directiva.

131. O artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da directiva indica claramente que, em primeira linha, é decisivo o efeito de uma determinada prática comercial sobre o comportamento do consumidor médio a que se destina ou que afecta. Assim, o método de análise desenvolvido pelo Tribunal de Justiça é adoptado e também aperfeiçoado por essa disposição da directiva, que o adapta a situações nas quais são afectados os interesses de grupos específicos [101]. Quando uma determinada prática comercial se dirige a um determinado grupo de consumidores, é decisivo se esta prática comercial distorce ou é susceptível de distorcer, de maneira substancial, o comportamento económico de um membro médio deste grupo. Ao efectuar esta análise, há que atender à perspectiva desse consumidor médio, tendo em conta, nomeadamente, as suas expectativas e reacções previsíveis [102].

132. Sendo manifesto que o convite de participação num jogo com prémio, publicado pela demandada no processo principal no seu jornal, apareceu num jornal de âmbito geral e não, por exemplo, num jornal desportivo, incumbe ao órgão jurisdicional nacional examinar em que medida esta oferta se dirige, eventualmente, a um grupo específico de leitores e, por conseguinte, é aplicável este segundo critério de análise.

133. Além disso, importa recordar que, para se poder concluir que uma prática comercial é desleal na acepção do artigo 5.º, n.º 2, têm de estar preenchidos cumulativamente os requisitos das alíneas a) e b) [103]. Por conseguinte, no processo principal seria ainda necessário que existisse uma violação das exigências relativas à diligência profissional. O conceito de «diligência profissional» é definido no artigo 2.º, alínea h), da directiva como «o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da actividade do profissional». Incumbe ao juiz nacional determinar em concreto se essa violação se verifica no processo principal.

134. Logo, cabe responder à segunda questão prejudicial que a possibilidade de participar num jogo com prémio, ligada à aquisição de um jornal, não é uma prática comercial desleal, na acepção do artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29, apenas por constituir, pelo menos para uma parte do público-alvo, certamente não o único motivo mas o motivo determinante para a compra do jornal.

101 — Neste sentido também Abbamonte, G., op. cit. (nota 57), p. 25, que fala de um aperfeiçoamento deste método de análise através de uma modulação, quando são afectados os interesses de grupos específicos.

102 — Abbamonte, G., op. cit. (nota 57), p. 25, dá exemplos para a aplicação deste regime. Quando uma prática comercial se dirige a um determinado grupo de consumidores, por exemplo a crianças ou a técnicos de mísseis, há que atender a um membro médio deste grupo. Segundo o autor, no caso de publicidade de brinquedos no âmbito de um programa para crianças, há que atender às expectativas e reacções previsíveis de uma criança média no grupo-alvo, deixando de lado as expectativas e reacções de uma criança excepcionalmente imatura.

103 — V. n.º 93 das presentes conclusões.

VII – Conclusão

135. Em face do exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Oberster Gerichtshof do modo seguinte:

1. As disposições da Directiva 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 Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («directiva relativa às práticas comerciais desleais») devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a um regime nacional como o previsto no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, nos termos do qual o anúncio, a oferta ou a atribuição de brindes associados a publicações periódicas, bem como o anúncio de brindes associados a outros produtos ou serviços, é inadmissível, salvo excepções taxativamente enunciadas, sem que o carácter enganador, agressivo ou desleal desta prática comercial tenha de ser verificado em concreto, mesmo quando esse regime vise não apenas a protecção do consumidor mas também outros fins, não abrangidos pelo âmbito de aplicação material da directiva, como a preservação do pluralismo dos meios de comunicação social ou a protecção dos concorrentes mais fracos.

2. A possibilidade de participar num jogo com prémio, ligada à aquisição de um jornal, não é uma prática comercial desleal, na acepção do artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29, apenas por constituir, pelo menos para uma parte do público-alvo, certamente não o único motivo mas o motivo determinante para a compra do jornal.