CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO TIZZANO apresentadas em 29 de Março de 2006 [1]

I — Introdução

1. Por decisão de 29 de Julho de 2004, o Rechtbank van Koophandel te Brussel (Tribunal de Comércio de Bruxelas, a seguir «Rechtbank van Koophandel») submeteu a este Tribunal, nos termos do artigo 234.º CE, cinco questões prejudiciais relativas à interpretação do artigo 3.º-A, n.º 1, alíneas a), b) e c), da Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa [2] (a seguir «Directiva 84/450» ou, simplesmente, «directiva»), com as alterações introduzidas pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [3], de 6 de Outubro de 1997, para incluir a publicidade comparativa (a seguir «Directiva 97/55»).

1 — Língua original: italiano.

2 — JO L 250, p. 17; EE 15 F5 p. 55.

3 — JO L 290, p. 18.

II — Enquadramento jurídico

Regulamentação comunitária

2. A Directiva 84/450 tem por objectivo «proteger os consumidores e as pessoas que exercem uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, bem como os interesses do público em geral, contra a publicidade enganosa e suas consequências desleais, e estabelecer as condições em que a publicidade comparativa é considerada lícita» (artigo 1.º).

3. Em conformidade com o artigo 2.º, ponto 2, da directiva, deve considerar-se publicidade enganosa «a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afecta e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente».

4. O artigo 3.º da directiva estatui que:

«Para determinar se uma publicidade é enganosa, devem ter-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que digam respeito:

a) às características dos bens ou serviços [...];

b) ao preço ou ao seu modo de estabelecimento, e às condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços;

c) à natureza, às qualidades e aos direitos do anunciador [...]»

5. Por seu lado, o artigo 3.º-A, n.º 1, da directiva prevê o seguinte:

«A publicidade comparativa é autorizada, no que se refere exclusivamente à comparação, quando se reúnam as seguintes condições:

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

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

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

6. Por último, em 11 de Maio de 2005, o Parlamento Europeu e o Conselho adoptaram a Directiva 2005/29/CE (a seguir «Directiva 2005/29»), 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 do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho [4], que introduz algumas modificações na Directiva 84/450 no que respeita à publicidade enganosa, deixando, todavia, intocadas as respectivas disposições respeitantes à publicidade comparativa. Esta directiva deve ser transposta para o direito interno dos Estados-Membros até 12 de Junho de 2007.

4 — JO L 149, p. 22.

Legislação nacional

7. A Directiva 84/450 foi transposta para o direito belga por meio da Lei de 14 de Julho de 1991 [5], relativa às práticas comerciais e às informações e protecção do consumidor, que, na versão consolidada de 8 de Abril de 2003 [6], inclui todas as modificações também introduzidas pela Directiva 97/55 sobre a publicidade comparativa.

8. O artigo 23.º bis, n.º 1, desta última define os critérios que permitem apreciar a licitude da publicidade comparativa. Esta disposição reproduz integralmente o texto do artigo 3.º-A, n.º 1, da directiva.

III — Matéria de facto e tramitação processual

9. A Lidl Belgium GmbH & Co. KG (a seguir «Lidl») é uma sociedade de direito alemão que administra uma cadeia de grandes superfícies, activa sobretudo no domínio do comércio a retalho de géneros alimentícios, com inúmeras filiais na Bélgica. A Etablissementen Franz Colruyt NV (a seguir «Colruyt») é outra sociedade activa no mesmo sector económico que gere mais de 170 supermercados na Bélgica com a marca «Colruyt».

10. Em 19 de Janeiro de 2004, a Colruyt enviou aos seus clientes um folheto com o seguinte teor:

«Estimado cliente, no ano transacto de 2003 pôde novamente poupar de forma significativa nos estabelecimentos Colruyt. Com base no nosso índice médio de preços do ano transacto, calculamos que uma família que gaste semanalmente 100 euros nos estabelecimentos Colruyt: poupou entre € 366 e € 1 129 ao fazer compras nos estabelecimentos Colruyt em vez de o fazer noutro supermercado (como o Carrefour, Cora, Delhaize, etc.); e poupou entre € 155 e € 293 ao fazer compras nos estabelecimentos Colruyt em vez de o fazer num *hard discounter* ou num grossista (Aldi, Lidl, Makro). No verso pode ver a evolução da diferença de preços em relação às outras lojas, ao longo de 2003. [...] A fim de podermos continuar a garantir os preços mais baixos, comparamos diariamente 18.000 preços nas outras lojas. [...] Todos os meses calculamos com o auxílio desse registo a diferença de preços entre os estabelecimentos Colruyt e as outras lojas. É o que chamamos o nosso índice de preços que é certificado pelo Quality Control, o instituto independente para o controlo da qualidade. Conclusão: nos estabelecimentos Colruyt tem, assim, todos os dias e ao longo do ano, os preços mais baixos. Também em 2004 nos mantemos fiéis a essa garantia».

5 — *Moniteur Belge* de 29 de Agosto de 1991.
6 — *Moniteur Belge* de 8 de Abril de 2003.

11. Além disso, a Colruyt, nos seus talões de caixa, utilizava o seguinte texto, que, para mais explicações sobre o sistema utilizado na comparação dos preços, remetia para o seu *site* Internet:

«Quanto poupou em 2003? Imagine que gastou semanalmente 100 euros nos estabelecimentos Colruyt; nesse caso, poupou, de acordo com o nosso índice de preços: entre 366 e 1129 euros comparativamente a outros supermercados (como o Carrefour, Cora, Delhaize, etc.); entre 155 e 293 euros comparativamente a um *hard discounter* ou um grossista (Aldi, Lidl, Makro)».

12. Acresce que, em 2003, a Colruyt lançou uma linha de produtos de base, denominada «BASIC». Certas passagens dos seus folhetos publicitários continham as seguintes expressões: «BASIC: indiscutivelmente o preço mais baixo na Bélgica. Ainda mais económico do que o leque equivalente dos *hard discounters* (Aldi, Lidl) [...]»; «BASIC = VERDADEIROS PREÇOS MÍNIMOS Para além de uma forte descida generalizada dos preços, também lhe ofereceremos, doravante, um número significativo de produtos que poderá comparar com os dos *hard discounters* típicos (como o Aldi e o Lidl) e com os produtos 'Eerste prijs/Premier prix' [primeiro preço] de outros supermercados. São assim os nossos produtos BASIC: produtos básicos para todos os dias, a verdadeiros preços mínimos». Também nos talões de caixa a Colruyt incluiu frases publicitárias do mesmo teor.

13. Por considerar que estas práticas configuravam um caso de publicidade comparativa desleal e, por isso, ilícita nos termos da já referida lei belga de 14 de Julho de 1991, a Lidl intentou uma acção no Rechtbank van Koophandel.

14. Este órgão jurisdicional, tendo dúvidas sobre a interpretação da directiva, considerou ser necessário submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da Directiva 84/450/CEE (aditado pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa) deve ser interpretado no sentido de que é ilícita uma comparação do nível geral de preços dos anunciantes com o dos concorrentes, na qual é feita uma extrapolação a partir da comparação do preço de uma amostra de produtos, pelo facto de criar a impressão de que o anunciante é mais barato em relação ao respectivo leque de produtos no seu todo, na medida em que a comparação aplicada apenas se refere a uma amostra limitada de produtos, salvo se a publicidade permitir descobrir quais e qual a quantidade de produtos do anunciante, por um lado, e dos concorrentes envolvidos na comparação, por outro, que são comparados, e permitir saber onde é que os

concorrentes envolvidos na comparação se situam nessa comparação e quais os respectivos preços comparativamente com os do anunciante e os dos outros concorrentes envolvidos na comparação?

2) O artigo 3.º-A, n.º 1, alínea b), da Directiva 84/450/CEE (aditado pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa) deve ser interpretado no sentido de que a publicidade comparativa só é lícita se a comparação se referir a bens ou serviços concretos que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos, excluindo-se os leques de produtos, mesmo que estes leques no seu todo e não necessariamente em relação a cada parte respondam às mesmas necessidades ou tenham os mesmos objectivos?

3) O artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da Directiva 84/450/CEE (aditado pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e o Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa) deve ser interpretado no sentido de que a publicidade comparativa, que consiste numa comparação dos preços dos produtos ou do nível geral de preços dos concorrentes, só é objectiva quando fizer uma enumeração dos produtos e preços comparados do anunciante e de todos os concorrentes envolvidos na comparação e quando permitir conhecer os preços aplicados pelo anunciante e pelos seus concorrentes, sendo que os produtos envolvidos na comparação devem ser expressamente mencionados em relação a cada fornecedor?

4) O artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da Directiva 84/450/CEE (aditado pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e o Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa) deve ser interpretado no sentido de que uma característica da publicidade comparativa só satisfaz o requisito da possibilidade de comprovação previsto nesse artigo se tal característica puder ser comprovada, quanto à sua exactidão, por aqueles a quem é dirigida a publicidade, ou é suficiente que a característica possa ser comprovada por terceiros a quem não é dirigida a publicidade?

5) O artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da Directiva 84/450/CEE (aditado pela Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade compa-

rativa) deve ser interpretado no sentido de que o preço dos produtos e o nível geral de preços dos concorrentes constituem em si mesmos características comprováveis?»

15. No processo assim submetido à apreciação do Tribunal de Justiça, apresentaram observações escritas a Colruyt, a Lidl, a República Francesa, a República da Polónia e a Comissão.

16. Além disso, a Colruyt, o Reino da Bélgica e a Comissão foram ouvidos na audiência que teve lugar em 7 de Dezembro de 2005.

IV — Análise jurídica

Introdução

17. Com as suas questões, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a legalidade de duas formas específicas de publicidade comparativa baseadas, ambas, numa comparação dos preços, sem que, todavia, se explicite, na mensagem publicitária, quais os bens comparados e os respectivos preços.

18. Concretamente, trata-se de uma publicidade em que, por um lado, se comparam os níveis gerais de preços praticados por diversos supermercados, calculados com base numa amostra de produtos escolhidos de entre todos os vendidos pelas diversas empresas concorrentes (a seguir «publicidade relativa ao nível dos preços»), e, por outro, se afirma categoricamente que uma determinada linha de produtos é, em absoluto, a menos cara do mercado (a seguir «publicidade relativa aos produtos BASIC»).

19. Todavia, antes do mais, devo sublinhar que algumas das questões colocadas pelo Rechtbank van Koophandel a propósito da referida publicidade não me parecem perspícuas e que, além disso, considero que se debruçam por diversas vezes sobre o mesmo aspecto (por exemplo, o facto de as mensagens publicitárias em causa não referirem expressamente os bens nem os preços comparados na publicidade).

20. Assim, parece-me oportuno, pondo de parte os problemas de formulação ou reformulação dessas questões, concentrar-me na sua substância. Para o efeito, creio, à luz do contexto e do conjunto dos elementos submetidos ao Tribunal de Justiça, que, em boa verdade, são três as questões que o órgão jurisdicional de reenvio submete, sendo a essas que aqui me proponho dar resposta.

21. Por conseguinte, há que perguntar:

i) Se uma publicidade comparativa pode, à luz do requisito de «homogeneidade» [7] previsto no artigo 3.º-A, n.º 1, alínea b), da directiva, comparar, para além de produtos concretos, também conjuntos de produtos (segunda questão);

ii) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, se as condições de «objectividade» e de «susceptibilidade de comprovação» da comparação, previstas na alínea c) da mesma disposição, obrigam a que na mensagem publicitária se indique explicitamente a identidade e o preço dos produtos incluídos nos conjuntos comparados (terceira, quarta e quinta questões);

iii) Se uma publicidade que compara o nível geral dos preços, baseada num cabaz de produtos de entre os vendidos por diversas empresas, deve ser considerada «enganosa», na acepção da alínea a) da mesma disposição, na medida em que pode induzir o consumidor a considerar que determinada empresa pratica preços mais baixos em todos os seus produtos (primeira questão).

7 — O requisito de «homogeneidade» deve ser entendido no sentido de que a publicidade comparativa deve comparar «bens [...] que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos».

22. Trata-se, em suma, como se pode observar, de determinar se os tipos de mensagens publicitárias em causa satisfazem os requisitos de licitude definidos pela directiva em matéria de publicidade comparativa, designadamente os requisitos de «homogeneidade», «objectividade», «susceptibilidade de comprovação» e do «carácter não enganoso» dessa publicidade, tendo presente, como resulta do décimo primeiro considerando da Directiva 97/55, que estas condições são cumulativas, no sentido de que qualquer publicidade comparativa deve cumpri-las todas e integralmente para ser compatível com o direito comunitário.

23. Esclarecido este aspecto, passo ao exame das questões concretas, de acordo com a formulação e a ordem que referi.

Quanto à licitude da comparação entre conjuntos de produtos

24. Através da segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça, no essencial, se a condição de «homogeneidade» a que se refere o artigo 3.º-A, n.º 1, alínea b), da directiva se opõe a uma publicidade que não efectue uma comparação entre bens ou serviços concretos, mas sim entre conjuntos de bens ou serviços.

25. Relativamente a esta questão, as partes apresentaram argumentos contrários. A Lidl, como os Governos polaco e francês, propende para uma resposta positiva a esta questão, e isto porque uma publicidade deste tipo seria contrária à própria letra da disposição em análise (autoridades francesas e polacas) e, assim, prestar-se-ia a induzir em erro o consumidor devido à heterogeneidade dos produtos que compõem o conjunto (Lidl).

26. Por seu lado, a Comissão não considera *di per se* ilegal uma comparação entre grupos de produtos. A este respeito, decisivo seriam as características concretas da mensagem publicitária difundida e o facto de satisfazer os requisitos de licitude constantes da directiva.

27. A Colruyt — aqui apoiada pelo Governo belga — sustenta, pelo contrário, a absoluta legalidade de uma publicidade baseada num conjunto de produtos, pois os bens que integram esse conjunto são escolhidos de tal forma que a comparação é sempre efectuada entre produtos «com as mesmas características e que respondem às mesmas necessidades».

28. Pela minha parte, de imediato afirmo não partilhar da tese de que o artigo 3.º-A, n.º 1, alínea b), da directiva não permite, em princípio, mensagens publicitárias baseadas numa comparação entre conjuntos de produtos diferentes.

29. Antes de mais, não me parece que a letra da disposição em análise impeça semelhante comparação. Com efeito, limita-se a prever que a publicidade deve «[c]omparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos». Ora, em meu entender, este requisito tem um alcance bem diferente do defendido pela Lidl e pelos Governos polaco e francês, pois refere-se não à quantidade ou à diversidade do produto publicitado mas à sua própria natureza, e isto numa dupla perspectiva.

30. Por um lado, a condição estabelecida na alínea b) obriga a que a comparação publicitária se efectue sempre entre «bens ou serviços», impedindo, portanto, comparações entre diferentes concorrentes que não se refiram aos bens ou serviços que estes oferecem aos consumidores. A título exemplificativo, não seria, em meu entender, aceitável uma publicidade do tipo «a empresa X é mais fiável do que a empresa Y», pois essa comparação não se debruça sobre nenhum produto ou serviço, mas antes sobre uma qualidade ou característica da empresa referida na publicidade.

31. Por outro lado, a referida condição foi estabelecida com o objectivo de limitar a comparação publicitária a bens substituíveis entre si e que sejam homogéneos. Mais uma vez a título exemplificativo, entendo que não se pode considerar legítima uma publicidade que compare um automóvel com uma bicicleta, pois é obvio que esses bens satisfazem exigências diferentes.

32. Em suma, o requisito em análise visa impedir formas de publicidade «artificiosa», construídas com base em comparações incongruentes ou no limite do paradoxo, pois não estão inteiramente assentes em bens ou serviços, ou estão assentes em bens ou serviços não comparáveis.

33. Em seguida, acrescento que considerar estarem *di per se* proibidas mensagens publicitárias assentes em conjuntos de produtos também me parece contrariar as finalidades da directiva. Na verdade, este diploma considera a publicidade comparativa um instrumento muito importante para «estimular a concorrência entre fornecedores de bens e serviços no interesse dos consumidores» na medida em que «contribuirá para demonstrar objectivamente as vantagens dos diferentes produtos comparáveis» (segundo considerando), reforçando assim «o direito à informação» dos consumidores (quinto considerando) [8].

34. Por outras palavras, o legislador comunitário considera que a publicidade comparativa é idónea a estimular a transparência do mercado, sendo um meio eficaz de informação e orientação do consumidor. Com efeito, nessa perspectiva, o Tribunal de Justiça esclareceu que «as condições exigidas para a publicidade comparativa devem ser interpretadas no sentido a esta mais favorável» [9].

35. Ora, dificilmente se conseguiria conciliar com essa finalidade, por ser claramente limitativa da publicidade comparativa, uma solução que impedisse, sempre e em qualquer circunstância, o recurso à comparação entre conjuntos de bens. Este tipo de publicidade, que contém dados agregados e sintéticos, pode, de facto, ser útil ao consumidor.

36. É o que acontece sobretudo no sector da grande distribuição, sector onde operam as partes no processo principal. Com efeito, parece-me óbvio que, como alega a Colruyt, o consumidor médio escolha o supermercado onde efectua as suas compras não só com base no preço de produtos concretos mas igualmente na política geral de preços praticada. Por conseguinte, uma publicidade que compara dados mais gerais e mais completos do que os relativos a bens específicos, se efectuada correctamente, pode ser útil ao consumidor na medida em que o informa dos supermercados capazes de, em geral, praticarem os preços mais baixos.

8 — Quanto ao nexo estreito existente entre protecção e informação dos consumidores que informa toda a política comunitária em matéria de protecção dos consumidores, v. acórdãos de 7 de Maio de 1990, GB-INNO-BM (362/88, Colect., p. I-667, n.º 14), e de 18 de Maio de 1993, Yves Rocher (C-126/91, Colect., p. I-2361, n.º 17).

9 — V. acórdãos de 25 de Outubro de 2001, Toshiba Europe (C-112/99, Colect., p. I-7945, n.º 37), e de 8 de Abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Colect., p. I-3095, n.º 2).

37. Por outro lado, se não me engano, a publicidade não a produtos ou serviços concretos mas a cabazes ou linhas de produtos não é rara nos Estados-Membros. Recordo, por exemplo, que o Rechtbank van Koophandel, em anterior processo, não considerou essa forma de publicidade *di per se* ilícita, antes tendo apreciado em concreto o seu conteúdo e as suas modalidades à luz dos critérios definidos na directiva [10].

38. Assim, entendo que a condição de «homogeneidade» a que se refere a disposição em causa não implica que se considere *di per se* que são ilícitas mensagens publicitárias baseadas numa comparação entre conjuntos de produtos. É óbvio que, para ser absolutamente lícita, uma publicidade deste tipo terá de cumprir todos e cada um dos requisitos do artigo 3.º-A, n.º 1, da directiva (v., *supra*, n.º 22). Adiante veremos se é o que se verifica no caso das mensagens publicitárias objecto do processo principal.

39. À luz das considerações expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que responda ao órgão jurisdicional nacional que a condição imposta pelo artigo 3.º-A, n.º 1, alínea b), da directiva não impede uma comparação publicitária entre conjuntos de bens ou serviços.

Quanto à condição de susceptibilidade de comprovação da comparação

40. Através da terceira, da quarta e da quinta questão, o Rechtbank van Koophandel pergunta se os requisitos de «objectividade» e de «susceptibilidade de comprovação» a que se refere o artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da directiva obrigam a que a mensagem publicitária indique explicitamente a identidade e o preço dos produtos incluídos nos conjuntos comparados.

41. Também sobre este aspecto as partes apresentam argumentos diferentes. A Lidl, o Governo polaco e as autoridades francesas propõem que se responda positivamente à questão. Efectivamente, segundo entendem, uma publicidade que não indique os elementos essenciais da comparação não é nem verificável nem susceptível de comprovação, pois não permite aos destinatários controlar a correcção nem a exactidão das afirmações do anunciante, que era exactamente o que se passava no caso em apreço, na medida em que as mensagens publicitárias em causa no processo principal não punham os consumidores em condições de imediatamente compreender a que bens e preços se referiam e, portanto, em condições de verificar a correcção da comparação efectuada.

42. Também a Comissão considera que o artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da directiva,

10 — Acórdão de 30 de Junho de 2004, Colruyt, p. 6. A Colruyt juntou uma cópia desse acórdão aos articulados que apresentou durante o processo.

especialmente a condição de susceptibilidade de comprovação imposta por essa norma, exige que a publicidade permita, antes de mais, identificar os produtos objecto da comparação. Todavia, entende que essa identificação não tem de figurar necessariamente na mensagem publicitária, bastando que seja implicitamente possível. Contudo, mesmo nesta perspectiva, a publicidade relativa ao nível dos preços difundida pela Colruyt no caso em apreço não podia ser considerada lícita, pois o consumidor não tem a possibilidade de saber que bens o anunciante comparou para determinar os níveis dos preços que apresentou. No entanto, a publicidade relativa aos produtos BASIC era lícita, porque, aí, a comparação diz respeito a todos os produtos que a Colruyt etiquetou com essa marca e aos produtos homólogos dos supermercados concorrentes, o que permitia aos consumidores determinar quais os produtos comparados.

43. Por seu lado, a Colruyt e o Governo belga sustentam que não é necessário que os produtos anunciados sejam identificáveis, pois esse requisito não está expressamente previsto no artigo 3.º-A, n.º 1, da directiva. Sustentam, antes de mais, que o critério de «susceptibilidade de comprovação» não obriga a que todas as afirmações feitas em publicidade sejam passíveis de comprovação pelo consumidor, mas apenas que a sua veracidade possa ser objectivamente demonstrada pelo anunciante, se necessário em tribunal. Além disso, o critério de «objectividade», também consagrado na mesma disposição, nada acrescenta ao da «susceptibilidade de comprovação». De facto, quando respeitada, esta última condição é *di per se* suficiente para que se possa qualificar uma publicidade comparativa de «objectiva».

44. Quanto a mim, desde já afirmo que a condição de «objectividade» a que se refere o artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), não me parece realmente relevante para efeitos da resolução da questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio. Com efeito, entendo que este requisito apenas obriga a que as qualidades dos produtos anunciados sejam de natureza a poderem ser equitativa e imparcialmente comparadas. Assim, a comparação da mensagem publicitária deve incidir sobre características objectivamente determináveis e não sobre qualidades que podem estar sujeitas a gostos ou preferências subjectivas.

45. Simplificando e exemplificando, uma empresa pode efectivamente comparar o preço de dois produtos análogos, afirmando que um é menos dispendioso do que o outro, pois o preço é uma característica objectiva e insusceptível de discussão. Em contrapartida, não pode publicitar os próprios produtos como esteticamente mais belos ou elegantes do que os dos concorrentes, pois é evidente que essas características se reportam a um

juízo de valor que pode variar de pessoa para pessoa [11].

46. Por conseguinte, a questão suscitada pelo Rechtbank van Koophandel deve ser examinada fundamentalmente à luz do requisito da «susceptibilidade de comprovação» da publicidade, a que se refere o artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c).

47. Nesta perspectiva, parece-me convincente o argumento da Lidl, dos Governos polaco e francês e da Comissão, segundo o qual só se pode considerar que uma mensagem publicitária é «susceptível de comprovação» se colocar os seus destinatários em condições de identificarem os bens ou os serviços comparados.

48. Na verdade, com efeito, a condição em exame não teria qualquer efeito útil se aos sujeitos (*in primis*, os consumidores ou os concorrentes do anunciante) potencialmente interessados em controlar a veracidade e a correcção das afirmações do anunciante não fossem dadas as condições para efectuar esse controlo, sendo obviamente impossível efectuar uma comparação se os seus termos não forem conhecidos nem cognoscíveis.

49. Por outro lado, uma publicidade comparativa que não permita a identificação dos bens ou das características comparados não pode, de modo algum, estar em consonância com a já mencionada finalidade informativa que a directiva prossegue (v., *supra*, n.os 33 e 34). Devido à sua imprecisão, uma publicidade desse tipo não era idónea para orientar o consumidor nas suas opções de compra.

50. Em suma, direi que semelhante publicidade apresenta todos os riscos tradicionalmente associados a algumas formas de publicidade comparativa (denigração dos concorrentes, engano dos consumidores, confusão entre os produtos, etc.) sem, no entanto, oferecer as vantagens que dela devem advir para o consumidor (maior transparência do mercado, estímulo da concorrência entre as diversas empresas, etc.).

51. Afirmado isto, devo, no entanto, dissociar-me das posições da Lidl e dos Governos polaco e francês quando afirmam que as mensagens publicitárias devem identificar analiticamente todos os produtos comparados, com os respectivos preços.

11 — V., igualmente, as conclusões que o advogado-geral P. Léger apresentou em 8 de Fevereiro de 2001 no processo Toshiba, já referido na nota 9, n.os 50 e 51.

52. Em primeiro lugar, com efeito, não me parece que a directiva avalize essa interpretação. O seu artigo 2.º estabelece, na verdade, que por publicidade comparativa se deve entender «a publicidade que identifica, explícita ou *implicitamente*, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente» [12]. A directiva também não estabelece condições diversas consoante as mensagens publicitárias contenham referências explícitas ou implícitas. Efectivamente, limita-se a esclarecer uma série de requisitos que devem ser respeitados por qualquer forma de mensagem (explícita ou implícita) que caiba na definição de «publicidade comparativa» na acepção do referido artigo 2.º

53. Em segundo lugar, a interpretação criticada faria com que a publicidade comparativa se tornasse um instrumento dificilmente utilizável, ou impossível de utilizar, sempre que os dados fossem complexos e múltiplos. No caso em apreço, por exemplo, a Colruyt afirma que foram comparados milhares de produtos e de preços diferentes. É óbvio que, nesse caso, seria muito pouco cómodo inserir na própria mensagem publicitária uma longuíssima lista dos produtos comparados, conjuntamente com os respectivos preços. Existem diversos outros casos em que se podem justificar exigências análogas de síntese e de simplificação de um anúncio publicitário. É o que se passa, por exemplo, quando são comparados os componentes químicos de diversos produtos de limpeza ou o valor nutritivo de determinados produtos alimentares.

54. Na verdade, parece-me que se deve sempre exigir que uma mensagem publicitária seja correcta e precisa, mas não que seja sempre detalhada e completa, como se se tratasse de uma publicação científica ou estatística. Pense-se, por exemplo, no caso em que se omitiram da mensagem aspectos não essenciais ou qualificantes da publicidade ou, por outro lado, na hipótese em que o consumidor pode obter os elementos necessários à identificação dos termos essenciais da comparação publicitária por outra via (por exemplo, no *site* Internet do anunciante eventualmente indicado na publicidade).

55. Parece-me, assim, ser possível afirmar, conclusivamente, que a condição da susceptibilidade de comprovação de tudo o que foi afirmado pelo anunciante pode considerar-se cumprida não apenas, obviamente, quando todos os elementos da comparação se encontrem directamente incluídos na mensagem publicitária mas também quando a mensagem indique onde e como esses elementos podem ser facilmente encontrados por um consumidor médio ou, de qualquer modo, permita claramente a estes, atentos o contexto e as circunstâncias do caso, conhecê-los.

56. Dito isto, importa apenas precisar que nenhuma das hipóteses referidas abrange a

12 — O sublinhado é meu. Sobre o alcance do conceito de publicidade comparativa ver igualmente os acórdãos, já referidos na nota 9, Toshiba, n.º 31, e Pippig, n.º 35.

situação em que esse conhecimento só poder ser obtido através de um processo judicial ou administrativo de fiscalização. Este era, porém, o resultado a que se chegaria se se acolhesse a tese da Colruyt, segundo a qual a exigência de susceptibilidade de comprovação em causa deveria considerar-se satisfeita mesmo quando um consumidor ou um concorrente não tivesse outro meio para identificar os dados comparados que não fosse por essa via.

57. Esta tese, na verdade, para além de tornar vã a garantia de susceptibilidade de comprovação pelos consumidores, ao obrigá-los a recorrer a processos complexos e dispendiosos, também deformava efectivamente a lógica do sistema instituído pela directiva. Com efeito, a via judicial está reservada para a apreciação do eventual carácter enganoso ou ilícito da publicidade e para a aplicação das sanções correspondentes e não para a mera obtenção dos dados.

58. Em sentido contrário também não se pode alegar que os dados que estão na base das comparações podiam considerar-se abrangidos pelo segredo comercial e que poderia ser difícil fornecê-los de forma detalhada e completa, devido ao seu número e/ou volume. Com efeito, parece-me que o argumento do segredo comercial a que a demandada aludiu na audiência é, no caso em apreço, pouco convincente, pois os dados em questão mais não são do que a listagem dos produtos à disposição do público e dos respectivos preços. Por outro lado, já sublinhei que este conjunto de informações — mesmo volumoso — poderia ser igualmente obtido por outra via e, em especial, tornado acessível ao consumidor através dos meios de comunicação de uso comum (*supra*, n.os 54 e segs.).

59. Consequentemente, confirmo que, em meu entender, exigir a total transparência e susceptibilidade de comprovação de tudo o que se afirma em publicidade não pode ser considerado um ónus, tanto jurídico como de facto, demasiado pesado para o anunciante.

60. Acrescento que esta solução também me parece estar em conformidade com o espírito da referida Directiva 2005/29 que altera a Directiva 84/450. É realmente verdade que esta não diz respeito à publicidade comparativa, mas a práticas comerciais desleais entre empresas e consumidores. Todavia, parece-me que pode fornecer indicações úteis com vista à reconstrução das orientações gerais do legislador comunitário. Ora, o artigo 7.º, n.os 1 e 3, dessa directiva prevê precisamente que se considera enganosa «uma prática comercial [que] [...] omita uma informação substancial [...]. Quando o

meio utilizado para comunicar a prática comercial impuser limitações de espaço ou de tempo, essas limitações e quaisquer medidas tomadas pelo profissional *para disponibilizar a informação aos consumidores por outros meios* serão tomadas em conta ao decidir-se se foi omitida informação» [13].

61. Debruçando-me agora sobre a campanha publicitária da Colruyt na perspectiva das considerações que acabo de tecer, não estou certo, à luz do teste que anteriormente apresentei (*supra*, n.º 55), que uma publicidade como a relativa aos produtos BASIC possa permitir a identificação dos bens comparados e, consequentemente, uma verificação dos respectivos preços. Com efeito, mesmo admitindo que, com base nas informações contidas na mensagem publicitária, o consumidor consiga identificar os produtos do anunciante a que essa publicidade se refere, era ainda necessário verificar se essas informações também permitem identificar os produtos comparados dos concorrentes da Colruyt (especificamente: o consumidor devia estar em condições de não só compreender qual é o queijo «Basic» da Colruyt mas também qual o alegado «homólogo» da Lidl).

62. Em seguida, tenho grandes dúvidas quanto à publicidade relativa ao nível dos preços. Com efeito, não me parece que neste caso permita uma identificação dos bens comparados, e muito menos uma verificação das afirmações feitas na publicidade controvertida. Na verdade, esses bens e os preços correspondentes não figuram na mensagem publicitária, nem a respectiva relação pode ser obtida por outra via. Além disso, a própria Colruyt esclareceu na audiência que «[a possibilidade de os concorrentes ou consumidores acederem aos dados em que se baseou a comparação dos preços] não se encontra, de momento, prevista».

63. Dito isto, devo, de qualquer modo, recordar que a última palavra sobre o assunto cabe ao órgão jurisdicional de reenvio, que, na realidade, se encontra na posição mais indicada para verificar se as formas de publicidade comparativa utilizadas pela Colruyt satisfazem, ou não, o requisito de «susceptibilidade de comprovação», dentro dos limites que tentei delimitar mais atrás.

64. Com base nas considerações que teci, proponho, portanto, ao Tribunal de Justiça que responda no sentido de que os requisitos de «objectividade» e de «susceptibilidade de comprovação» da comparação publicitária, impostos pelo artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da directiva, não impedem mensagens publicitárias que não refiram expressamente os bens e os serviços comparados, desde que essas mensagens indiquem onde e como esses elementos podem ser facilmente

13 — O sublinhado é meu.

encontrados por um consumidor médio ou, de qualquer modo, lhe permitam, atentos o contexto e as circunstâncias do caso, conhecer esses elementos.

Quanto ao carácter enganoso da publicidade relativa ao nível dos preços

65. Por último, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se uma publicidade que compara os níveis dos preços praticados por alguns supermercados, calculando esses níveis com base numa amostra de produtos, deve ser considerada «enganosa», na medida em que pode induzir o consumidor a acreditar que a oferta é melhor em toda a gama dos seus produtos.

66. A este respeito, as partes apresentam argumentos opostos. A Lidl e as autoridades polacas consideram que essa publicidade devia ser considerada enganosa. Com efeito, ao afirmar que a Colpruyt pratica preços de um modo geral mais baixos do que os seus concorrentes sem, todavia, especificar os preços nem os produtos a que se refere, dá-se a impressão de que essa cadeia de supermercados é sempre e de qualquer modo menos cara.

67. O Governo francês e a Comissão consideram, pelo contrário, que a idoneidade dessa comparação para induzir em erro os consumidores depende das circunstâncias do caso e, *in primis*, da metodologia utilizada para calcular os níveis dos preços. A verificação, em concreto, do carácter enganoso da mensagem publicitária difundida pela Colruyt deveria caber, portanto, ao órgão jurisdicional nacional.

68. Por último, segundo a Colruyt e as autoridades belgas, uma publicidade comparativa que verse sobre o nível dos preços não é enganosa na acepção da directiva, salvo se a gama de produtos que esteve na base da comparação não for suficientemente representativa.

69. Pela minha parte, recordo, antes do mais, que, nos termos do artigo 2.°, n.° 2, da directiva, é enganosa «a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afecta e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente».

70. Para verificar o cumprimento desta condição deve-se, segundo a jurisprudência

comunitária, «ter em conta a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido» [14]. A apreciação deve ser feita caso a caso, tendo em conta «todos os elementos pertinentes, incluindo as circunstâncias em que os produtos são vendidos [...], a apresentação e o conteúdo da publicidade bem como o risco de erro em função do grupo de consumidores em questão» [15].

71. À luz destes critérios, parece-me que uma publicidade comparativa relativa ao nível dos preços, baseada numa extrapolação de dados de uma amostra e que induza o consumidor a acreditar que as diferenças de preços indicadas são válidas relativamente à totalidade dos produtos vendidos pelo anunciante, pode ser considerada enganosa na acepção da directiva. Com efeito, é idónea, em meu entender, a criar uma falsa expectativa no consumidor médio, que poderia esperar obter um certo nível de poupança independentemente do tipo e da quantidade de bens adquiridos.

72. Posto isto, devo, no entanto, recordar que não cabe ao Tribunal de Justiça, em seguida, determinar se, no caso em apreço, as mensagens da Colruyt são efectivamente susceptíveis de induzir um número suficientemente significativo de consumidores [16] a acreditar que esse anunciante pratica preços mais baixos em toda a gama dos produtos que comercializa. Trata-se, na verdade, de um juízo de facto que, como se sabe, é da competência do órgão jurisdicional de reenvio [17]. Concordo, portanto, com o Governo francês e com a Comissão quando consideram que deve ser esse órgão jurisdicional a apreciar, à luz de todas as circunstâncias pertinentes, o efectivo carácter enganoso da publicidade posta em causa pela Lidl.

73. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que uma publicidade comparativa que compare os níveis dos preços praticados por diversos supermercados, baseada numa extrapolação de dados de uma amostra, e que conduza a acreditar que as diferenças de preços indicadas são válidas para todos os produtos vendidos por esses supermercados é enganosa na acepção do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da directiva.

14 — Acórdão de 13 de Janeiro de 2000, Estée Lauder (C-220/98, Colect., p. I-117, n.º 27). V., igualmente, acórdão de 16 de Julho de 1998, Gut Springenheide e Tusky (C-210/96, Colect., p. I-4657, n.º 37).

15 — Acórdão de 26 de Novembro de 1996, Graffione (C-313/94, Colect., p. I-6039, n.º 26). V., igualmente, acórdão de 16 de Janeiro de 1992, X (C-373/90, Colect., p. I-131, n.ºs 15 e 16).

16 — Relativamente a estas condições, v. acórdãos já referidos na nota 14, Estée Lauder, n.º 31, e Gut Springenheide, n.º 34.

17 — V., neste sentido, acórdão de 25 de Fevereiro de 1992, Gutshof-Ei (C-203/90, Colect., p. I-1003); de 17 de Março de 1983, De Kikvorsch (94/82, Recueil, p. 947); Graffione, já referido na nota 15; e Gut Springenheide, já referido na nota 14.

V — Conclusão

74. À luz das considerações apresentadas, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais formuladas pelo Rechtbank van Koophandel nos seguintes termos:

«1) A condição de licitude imposta pelo artigo 3.º-A, n.º 1, alínea b), da Directiva 84/450/CEE não impede uma comparação publicitária entre conjuntos de bens ou serviços;

2) Os requisitos de 'objectividade' e de 'susceptibilidade de comprovação' da comparação publicitária, impostos pelo artigo 3.º-A, n.º 1, alínea c), da directiva, não impedem mensagens publicitárias que não refiram expressamente os bens e os serviços comparados, desde que essas mensagens indiquem onde e como esses elementos podem ser facilmente encontrados por um consumidor médio ou, de qualquer modo, lhe permitam, atentos o contexto e as circunstâncias do caso, conhecer esses elementos;

3) Uma publicidade comparativa que compare os níveis dos preços praticados por diversos supermercados, baseada numa extrapolação de dados de uma amostra, e que conduza a acreditar que as diferenças de preços indicadas são válidas para todos os produtos vendidos por esses supermercados é enganosa na acepção do artigo 3.º-A, n.º 1, alínea a), da directiva.»