

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
VERICA TRSTENJAK
apresentadas em 3 de Setembro de 2009 ¹(1)

Processo C-304/08

**Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.
contra
Plus Warenhandelsgesellschaft mbH**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof (Alemanha)]

«Admissibilidade de um pedido de decisão prejudicial – Objecto de interpretação admissível – Pertinência para a decisão a tomar – Ofertas conjuntas – Directiva 2005/29/CE – Interpretação conforme à directiva – Harmonização – Protecção dos consumidores – Práticas comerciais desleais das empresas – Regime nacional que proíbe, em princípio, práticas comerciais em que a participação dos consumidores num concurso ou num jogo é condicionada à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço»

Índice

- I – Introdução
- II – Quadro jurídico
 - A – Direito comunitário
 - B – Direito nacional
- III – Matéria de facto, processo principal e questão prejudicial
- IV – Processo no Tribunal de Justiça
- V – Principais argumentos das partes
- VI – apreciação jurídica
 - A – Observações prévias
 - B – Admissibilidade do pedido prejudicial
 1. Competência do Tribunal de Justiça
 2. Pertinência da questão prejudicial

C – Análise da questão prejudicial

1. O conceito de «práticas comerciais» no artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29
2. Âmbito de aplicação pessoal da Directiva 2005/29
3. Análise das estruturas dos dois regimes
 - a) As normas da Directiva 2005/29
 - i) Aproximação plena e máxima dos regimes nacionais como objectivo normativo
 - ii) Estrutura normativa da Directiva 2005/29
 - b) As normas da UWG
 - i) Estrutura normativa da proibição prevista nos §§ 3 e 4, n.º 6, da UWG
 - c) Compatibilidade do regime controvertido com a Directiva 2005/29
 - i) Necessidade de uma interpretação conforme com a directiva
 - ii) Exame à luz das disposições da directiva
 - Artigo 5.º, n.os 4 e 5, da Directiva 2005/29
 - Artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29
4. Conclusões

VII – Conclusão

I – Introdução

1. No presente reenvio prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, o Bundesgerichtshof (a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») submete ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial respeitante à interpretação do artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais no mercado interno (2) (a seguir «Directiva 2005/29»). No essencial, trata-se da questão da compatibilidade com o direito comunitário de um regime nacional que proíbe, em princípio, a prática comercial em que a participação dos consumidores num concurso ou num jogo é condicionada à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço.

2. O pedido de decisão prejudicial tem na sua origem uma acção da Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (Central de luta contra a concorrência desleal, a seguir também «demandante no processo principal»), em que exigia que a cadeia retalhista Plus Warenhandels-gesellschaft mbH (a seguir «demandada no processo principal») fosse condenada, por ter violado as regras da concorrência ao fazer publicidade a uma campanha promocional, a abster-se desse comportamento e a pagar os custos da intimação.

II – Quadro jurídico

A – Direito comunitário

3. O artigo 2.º da Directiva 2005/29 estabelece:

«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;

[...]»

4. O artigo 3.º, n.º 1, da directiva prevê:

«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».

5. O artigo 4.º da directiva é do seguinte teor:

«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».

6. 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».

7. A associação de concursos e jogos a uma transacção não está incluída no anexo I da directiva como uma prática comercial que é considerada desleal em quaisquer circunstâncias.

B – *Direito nacional*

8. A Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lei alemã contra a concorrência desleal, a seguir «UWG»), de 3 de Julho de 2004 (3), com a última redacção que lhe foi dada pelo artigo 1.º da Erste Änderungsgesetz (primeira lei de alteração), de 22 de Dezembro de 2008 (4), destina-se, nos termos do seu § 1, a proteger contra a concorrência desleal os concorrentes, os consumidores, bem como outros intervenientes no mercado. Ao mesmo tempo, protege o interesse geral numa concorrência isenta de distorções.

9. Na sua versão antiga, o § 3 da UWG dispõe o seguinte:

«São ilícitos os actos de concorrência desleal susceptíveis de afectar a concorrência de modo sensível, em prejuízo dos concorrentes, dos consumidores ou de outros intervenientes no mercado».

10. Após a alteração legislativa de Dezembro de 2008, esta disposição foi mantida na nova versão do § 3, n.º 1, da UWG. Para assegurar a transposição da Directiva 2005/29, foi completada por dois outros parágrafos. A nova versão do § 3 da UWG tem agora o seguinte teor:

«(1) São ilícitos os actos de concorrência desleal susceptíveis de afectar sensivelmente os interesses dos concorrentes, dos consumidores ou de outros intervenientes no mercado.

(2) As práticas comerciais face aos consumidores são consideradas inadmissíveis, em qualquer caso, quando não correspondem à diligência profissional a observar pelo empresário e são susceptíveis de prejudicar sensivelmente a capacidade do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo. Neste contexto, há que atender ao consumidor médio ou, quando a prática comercial se dirigir a um determinado grupo de consumidores, ao membro médio desse grupo. Quando for previsível para o empresário que a sua prática comercial se destina apenas a um grupo de consumidores particularmente vulneráveis e claramente identificáveis em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, deve atender-se à perspectiva do membro médio deste grupo.

(3) As práticas comerciais face aos consumidores referidas no anexo da presente lei são consideradas inadmissíveis em quaisquer circunstâncias.»

11. O § 4 da UWG, versão antiga, que se manteve inalterado, no essencial, após a alteração legislativa de Dezembro de 2008, prevê:

«Incorre na prática de actos de concorrência desleal na acepção do § 3, em especial, quem

[...]

6. sujeitar a participação dos consumidores num concurso ou num jogo à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço, a menos que o concurso ou o jogo estejam, por natureza, ligados à mercadoria ou ao serviço;

[...]».

III – **Matéria de facto, processo principal e questão prejudicial**

12. Segundo as indicações do órgão jurisdicional de reenvio, no período de 16 de

Setembro a 13 de Novembro de 2004, a demandada, que controla cerca de 2 700 filiais na Alemanha, utilizou o slogan «Comprar, juntar pontos, jogar gratuitamente no Loto» no âmbito da campanha publicitária «A sua oportunidade de ganhar milhões». Durante o referido período, os clientes podiam juntar pontos de bónus, obtendo um ponto por cada 5 euros de compras. A partir de 20 pontos de bónus, podiam participar gratuitamente nos sorteios do Lottoblock alemão, em 6 ou 27 de Novembro de 2004. Para esse fim, os clientes deviam, designadamente, colar os selos dos pontos de bónus no boletim de participação disponível nas filiais da demandada e marcar seis números de loto à sua escolha. A demandada recolhia os boletins de participação nas suas filiais e encaminhava-os para uma terceira empresa, que se encarregava de que os respectivos clientes participassem na tiragem dos números de loto com os números por eles escolhidos.

13. Com base no § 4, n.º 6, da UWG, a Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. in Frankfurt considerou que a campanha promocional descrita era uma associação inadmissível da venda de mercadorias a um jogo. No âmbito da acção que intentou no Landgericht Duisburg, este deferiu o seu pedido, tendo condenado a demandada a abster-se da prática concorrencial que consistia em promover – na publicidade dirigida ao consumidor final ou com outros fins publicitários – a venda de mercadorias anunciando um jogo para o qual o cliente recebia, ao adquirir mercadorias, pontos de bónus, que lhe permitiam depois participar nos sorteios do operador alemão Deutscher Lotto- und Totoblock.

14. O tribunal de recurso (Oberlandesgericht Düsseldorf) negou provimento ao recurso interposto dessa decisão pela demandada, exigindo apenas que a parte decisória fosse completada através da inserção do termo «gratuitamente», para reflectir melhor a natureza da violação concreta.

15. Com o recurso de *Revision*, admitido pelo Erster Zivilsenat do Bundesgerichtshof, a demandada continua a pedir que a acção seja julgada improcedente.

16. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à compatibilidade do regime nacional do § 4, n.º 6, da UWG com a Directiva 2005/29. Por conseguinte, suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

O artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29/CE [...] relativa às práticas comerciais desleais [...] deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional segundo a qual a prática comercial em que a participação dos consumidores num concurso ou num jogo é condicionada à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço é, em princípio, proibida não sendo tido em consideração se a campanha publicitária, no caso concreto, afecta os interesses do consumidor?

IV – Processo no Tribunal de Justiça

17. O despacho de reenvio, datado de 5 de Junho de 2008, deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 9 de Julho de 2008.

18. 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 Federal da Alemanha, da República da Finlândia, do Reino de Espanha, da República Portuguesa, da República da Polónia, da República Checa, do Reino da Bélgica e da República Italiana, bem como a Comissão.

19. No âmbito das medidas de organização do processo, o Tribunal de Justiça colocou uma questão às partes, a que estas responderam.

20. Na audiência de 11 de Junho de 2009, apresentaram observações os representantes da demandada no processo principal, dos Governos da República Federal da Alemanha, da República Portuguesa, da República da Polónia, da República Checa, da República Italiana, e

da República da Áustria, bem como o representante da Comissão.

V – Principais argumentos das partes

21. Os Governos *espanhol* e *checo* excluem a aplicabilidade da Directiva 2005/29 ao processo principal.

22. O *Governo espanhol* contesta, antes de mais, a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, por entender que todos os elementos do processo principal se circunscrevem ao território de um Estado-Membro. Neste contexto, invoca a jurisprudência do Tribunal de Justiça no acórdão *Jägerskiöld* (5). A título subsidiário, alega que a Directiva 2005/29 não é aplicável, indicando que os factos na origem dos procedimentos nacionais ocorreram antes não só de expirar o prazo para a transposição da Directiva 2005/29, mas também da sua adopção. Entende que o Tribunal de Justiça não pode interpretar disposições nacionais que não resultam de uma transposição e que, além disso, foram aprovadas antes da adopção da directiva em causa. O *Governo espanhol* afirma ainda que, no processo principal, não há indícios concretos de que o comportamento económico de um consumidor médio possa ser distorcido de maneira substancial.

23. O *Governo checo* afirma que as disposições nacionais controvertidas, ao contrário das que constam da Directiva 2005/29, visam proteger contra práticas comerciais desleais não os consumidores, mas sim a concorrência e, por conseguinte, os concorrentes individuais. Logo, estas disposições não estão abrangidas pelo âmbito de aplicação da Directiva 2005/29 e não podem violar as suas disposições.

24. A *demandante no processo principal*, bem como os *Governos finlandês, português, belga, alemão e italiano* defendem que a Directiva 2005/29 não se opõe a uma proibição como a prevista na UWG.

25. A *demandante no processo principal* alega que a proibição das ofertas conjuntas, prevista no § 4, n.º 6, da UWG, só se aplica no caso concreto quando a prática comercial é susceptível, por um lado, nos termos do § 3 da UWG, de afectar a concorrência, de modo não negligenciável, em detrimento dos concorrentes, dos consumidores ou de outros intervenientes no mercado e, por outro, de prejudicar sensivelmente a capacidade do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo. O órgão jurisdicional de reenvio erra ao colocar em dúvida a compatibilidade do § 4, n.º 6, da UWG com o artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29.

26. O *Governo finlandês* indica, antes de mais, que um dos objectivos da directiva é assegurar um nível elevado de protecção dos consumidores. A directiva contém regras gerais que permitem identificar e proibir as práticas comerciais desleais, dando aos Estados-Membros a possibilidade de adoptar disposições que vão mais longe a nível da proibição de promoções de vendas. O *Governo finlandês* entende que um regime nacional como o do caso vertente concretiza a proibição do n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 2005/29, sem ir mais longe do que o n.º 2 do artigo 5.º Por conseguinte, o regime nacional está em conformidade com o artigo 5.º, n.º 2, da directiva.

27. O *Governo português* assinala que o anexo I da Directiva 2005/29 inclui os vários tipos de práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias, proibindo no n.º 16 a prática comercial de «alegar que os produtos podem aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de azar». Contudo, o *Governo português* parece excluir que a campanha publicitária controvertida corresponda a esta prática comercial, pois a simples aquisição de uma mercadoria ou a utilização de um serviço não confere logo, por si só, uma possibilidade de ganhar. O *Governo português* conclui que as disposições alemãs, em especial os §§ 3 e 4, n.º 6, da UWG são compatíveis com a Directiva 2005/29, dado que as proibições que resultam da sua conjugação não violam o artigo 5.º, n.º 2, desta directiva.

28. O *Governo belga* entende que a proibição, prevista no § 4, n.º 6, da UWG, da associação de um concurso a uma transacção não é abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva 2005/29. Além disso, tal proibição de ofertas conjuntas refere-se a uma modalidade de venda que, de acordo com a jurisprudência Keck e Mithouard (6), não é susceptível de criar entraves ao comércio intracomunitário. Apenas as comunicações comerciais dirigidas aos consumidores podem constituir práticas comerciais desleais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29. Neste caso, os órgãos jurisdicionais nacionais devem decidir, atendendo às circunstâncias do caso concreto que lhes é apresentado, se foram respeitadas as disposições e os critérios da Directiva 2005/29.

29. Os *Governos alemão e italiano* entendem que resulta da letra e da economia da Directiva 2005/29 que os Estados-Membros podem legalmente proibir, em geral, práticas comerciais não incluídas no anexo I, na medida em que o correspondente comportamento do operador deva ser considerado desleal à luz dos critérios indicados no artigo 5.º

30. No que se refere, em concreto, à prática comercial controvertida, o *Governo alemão* entende que a associação da participação num concurso ou num jogo à aquisição de uma mercadoria constitui, sem dúvida, uma prática comercial desleal que preenche precisamente esses requisitos. Daqui decorre que é compatível com a finalidade da Directiva 2005/29 um regime nos termos do qual é proibida, em geral, tal forma de associação.

31. O *Governo italiano*, atendendo à exigência constante do sétimo considerando da Directiva 2005/29, de tomar em conta as circunstâncias concretas de cada caso antes de proibir determinadas práticas comerciais, observa que esta exigência pode ser satisfeita se for dada ao operador a possibilidade de apresentar a prova da legalidade do seu comportamento. Por conseguinte, o Governo italiano entende que a proibição das ofertas conjuntas, prevista no § 4, n.º 6, da UWG, é compatível com as disposições da directiva.

32. Em contrapartida, a *demandada no processo principal* e a *Comissão* afirmam que é incompatível com a directiva um regime nacional como o do § 4, n.º 6, da UWG, que proíbe, em princípio, a prática comercial em que a participação dos consumidores num concurso ou num jogo é condicionada à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço, sem se ter em consideração se a campanha publicitária afecta, no caso concreto, os interesses dos consumidores. Dado que esta prática comercial não está incluída na lista do anexo I, ela só pode ser proibida quando for qualificável como desleal com base numa apreciação casuística, à luz dos critérios referidos no artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2005/29.

33. A *demandada no processo principal* alega que o projecto relativo a uma proibição geral de condicionar a participação em jogos de azar à aquisição prévia de uma mercadoria foi já discutido no contexto da proposta, apresentada pela Comissão, de um regulamento relativo às promoções de vendas no mercado interno, o que mostra que o legislador comunitário conhecia bem a problemática. Se o legislador comunitário tivesse pretendido incluir tal proibição geral na directiva, teria mencionado expressamente esta prática comercial no anexo I da Directiva 2005/29.

34. Segundo o *Governo polaco*, a questão da compatibilidade da disposição controvertida da UWG com a Directiva 2005/29 depende do objectivo normativo dessa lei. Apoiando-se sobretudo no quinto considerando da directiva, o Governo polaco indica que o legislador comunitário pretendeu distinguir claramente entre, por um lado, as práticas comerciais relativas à relação entre as empresas e os consumidores, que prejudicam estes últimos – que a directiva se destina a regular – e, por outro lado, as práticas comerciais respeitantes à relação entre empresas, que prejudicam os interesses económicos dos concorrentes, as quais não são abrangidas pelo âmbito de aplicação da Directiva 2005/29. Deste modo, não pode ser posta em causa a compatibilidade com a Directiva 2005/29 de um regime nacional que visa a protecção dos concorrentes.

35. Na audiência, o *Governo austríaco* referindo-se, em parte, ao pedido de decisão

prejudicial do Oberster Gerichtshof da Áustria no processo C-540/08 (Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag), ainda pendente, defendeu o entendimento de que a Directiva 2005/29 prossegue, em primeira linha, objectivos de protecção dos consumidores e, por conseguinte, não se aplica a regimes nacionais que visam a protecção dos interesses dos concorrentes. Sustenta que estes últimos não são afectados pela Directiva 2005/29. O Governo austríaco apoia a sua opinião jurídica, em especial, no oitavo considerando da directiva, mas também na proposta, apresentada pela Comissão, de regulamento relativo às promoções de vendas no mercado interno. A título subsidiário, pede que, caso o Tribunal de Justiça entenda que, apesar de tudo, a Directiva 2005/29 é aplicável, declare que ela não se opõe a um regime nacional como o dos §§ 3, 4 n.º 6, da UWG.

VI – Apreciação jurídica

A – Observações prévias

36. O presente processo oferece ao Tribunal de Justiça a possibilidade de aprofundar a sua jurisprudência relativa à compatibilidade com o direito comunitário de proibições nacionais de ofertas conjuntas. Elementos úteis que permitem responder à questão prejudicial podem ser deduzidos do acórdão, proferido em 23 de Abril de 2009, nos processos apensos C-261/07 (VTB-VAB) e C-299/07 (Galatea) (7), nos quais foi igualmente solicitada ao Tribunal de Justiça a interpretação da Directiva 2005/29. Tal como nesses processos, coloca-se, no caso em apreço, a questão de saber se e em que medida os Estados-Membros continuam a ser competentes para adoptar normas que proíbem, em geral, ofertas conjuntas, sem uma apreciação casuística da prática comercial em causa, tendo em conta a harmonização de uma parte do direito relativo à lealdade das práticas comerciais pela Directiva 2005/29.

37. Como já expliquei nas minhas conclusões de 21 de Outubro de 2008 nos processos referidos *supra* (8), a Directiva 2005/29, aprovada em 11 de Maio de 2005 pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, visa criar um enquadramento jurídico uniformizado para a regulamentação de práticas comerciais desleais na relação com os consumidores. Nos termos do seu quinto considerando, este objectivo deve ser alcançado através de uma harmonização da legislação em matéria de lealdade das práticas comerciais nos Estados-Membros da Comunidade, com vista à eliminação dos obstáculos no mercado interno (9). O seu objectivo normativo consiste, por conseguinte, numa harmonização plena a nível comunitário, deste domínio da vida (10).

38. Nos termos do 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*, isto é, em 12 de Junho de 2005. Por força 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.

39. A República Federal da Alemanha cumpriu formalmente a referida obrigação de transposição através da aprovação da Erste Änderungsgesetz zum UWG, de 22 de Dezembro de 2008, que entrou em vigor em 30 de Dezembro de 2008 (11). Contudo, a disposição controvertida do § 4, n.º 6, da UWG não foi adoptada para transpor a Directiva 2005/29, mas remonta a uma legislação nacional anterior. No seu despacho de reenvio, o órgão jurisdicional de reenvio manifesta dúvidas sobre a compatibilidade desta disposição com o direito comunitário. Como esse órgão indica, à luz dos trabalhos preparatórios de que dispõe (12), a transposição da Directiva 2005/29 para direito nacional não deu lugar nem à alteração nem à eliminação do § 4, n.º 6, da UWG.

B – Admissibilidade do pedido prejudicial

1. Competência do Tribunal de Justiça

40. O Governo espanhol fundamenta a excepção de inadmissibilidade que suscitou, em primeira linha, com a falta de uma dimensão comunitária da questão prejudicial. Neste contexto, invoca o acórdão *Jägerskiöld* (13), em cujo n.º 45 se indica que «as disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços não se aplicam a uma situação, como a do processo principal, em que todos os elementos se circunscrevem ao território de um único Estado-Membro». Na medida em que o Governo espanhol se refere, a este respeito, à falta de um elemento transfronteiriço no caso em apreço, este argumento deve ser entendido, do ponto de vista processual, no sentido de que visa contestar a competência do Tribunal de Justiça.

41. Há que referir, a título prévio, que o pedido de decisão prejudicial que era objecto do referido processo dizia respeito exclusivamente à interpretação de disposições do direito comunitário primário relativas à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços. Com efeito, um elemento transfronteiriço é condição da sua aplicabilidade (14). Contudo, no presente processo é pedida ao Tribunal de Justiça a interpretação de uma directiva como acto de direito comunitário derivado, na acepção do artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE. Isto constitui, desde logo, uma diferença entre ambos os processos.

42. Além disso, importa lembrar que, no quadro da cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, prevista no artigo 234.º CE, compete exclusivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais, que são chamados a conhecer do litígio e devem assumir a responsabilidade da decisão jurisdicional a proferir, apreciar, tendo em conta as especificidades do processo a examinar, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para estarem em condições de resolver o litígio, como a pertinência das questões que submetem ao Tribunal de Justiça (15).

43. Desde que as questões submetidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais incidam sobre a interpretação de uma disposição de direito comunitário, o Tribunal de Justiça é, portanto, em princípio, obrigado a pronunciar-se (16), salvo se for manifesto que o pedido de decisão prejudicial visa, na realidade, levá-lo a pronunciar-se sobre um litígio artificial ou a emitir opiniões consultivas sobre questões gerais ou hipotéticas, que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou o objecto do litígio, ou ainda que o Tribunal de Justiça não dispõe dos elementos de facto ou de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas (17).

44. Assim, há que responder à argumentação do Governo espanhol que a apreciação da existência de uma situação «puramente interna» se refere não à admissibilidade da questão prejudicial, mas à interpretação do direito comunitário (18). Recorde-se ainda que o Tribunal de Justiça também fundamentou a sua competência com um interesse manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições de direito comunitário sejam interpretadas de modo uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar (19).

45. Por consequência, há que rejeitar a argumentação do Governo espanhol.

2. Pertinência da questão prejudicial

46. Do ponto de vista processual, a invocação da inaplicabilidade da Directiva 2005/29 ao caso em apreço pelo Governo espanhol deve ser entendida como uma contestação da pertinência da questão prejudicial para a decisão do litígio principal.

47. Como já expliquei acima, a presunção de pertinência das questões submetidas a título prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais só pode ser afastada em casos excepcionais,

nomeadamente quando for manifesto que a interpretação solicitada das disposições de direito comunitário mencionadas nessas questões não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal (20).

48. No caso vertente, a questão prejudicial não é manifestamente desprovida de pertinência para a decisão a tomar pelo órgão jurisdicional nacional pois, como este indica detalhadamente no seu despacho de reenvio, o sucesso do recurso de *Revision* depende, no que respeita à condenação na abstenção de um comportamento, da questão de saber se o regime previsto nos §§ 3, 4, n.º 6, da UWG está em conformidade com a Directiva 2005/29 (21). Se for este o caso, o órgão jurisdicional de reenvio deve negar provimento ao recurso de *Revision*. Ao invés, se a proibição, prevista no § 4, n.º 6, da UWG, de associar um concurso ou um jogo a uma transacção, for para além da protecção consagrada na directiva, o órgão jurisdicional de reenvio deve julgar a acção improcedente – na medida em que a demandante pede a abstenção de um comportamento – e anular o acórdão recorrido.

49. Considero que não é pertinente para a questão da aplicabilidade da Directiva 2005/29 ao processo principal – na medida em que isto é relevante para a apreciação da admissibilidade do pedido prejudicial – a objecção levantada pelo Governo espanhol, de que os factos na origem do processo principal são anteriores à entrada em vigor e mesmo à adopção da Directiva 2005/29, já que, de qualquer modo, o direito atribuído, em primeira instância à demandante no processo principal, de exigir que a demandada se abstenha de um determinado comportamento visa impedir infracções futuras, como o órgão jurisdicional nacional explica no seu despacho de reenvio (22). Interpretando correctamente as indicações do órgão jurisdicional de reenvio relativas ao direito nacional aplicável, isto significa que o direito à abstenção produz efeitos jurídicos relativamente à demandada até à presente data. Como o direito à abstenção de um determinado comportamento continua a produzir efeitos (23), a questão da compatibilidade de um regime como o previsto no § 4, n.º 6, da UWG com a Directiva 2005/29 mantém a sua actualidade e relevância para as partes no processo principal, bem como para o órgão jurisdicional nacional, que deve decidir do litígio.

50. Esta questão é tanto mais relevante quanto à data da decisão de reenvio prejudicial, em 5 de Junho de 2008, já tinha expirado, desde há muito tempo, quer o prazo de transposição (12 de Junho de 2007), quer o prazo máximo de aplicação das disposições da directiva (12 de Dezembro de 2007). Nessa altura, o direito nacional ainda não tinha sido adaptado nem o legislador alemão parecia considerar a hipótese de revogação da proibição geral das ofertas conjuntas no § 4, n.º 6, da UWG, o que também era do conhecimento do órgão jurisdicional nacional, tal como resulta do despacho de reenvio.

51. Na sua qualidade de órgão jurisdicional comunitário funcional, no caso de uma incompatibilidade entre o § 4, n.º 6, da UWG e a Directiva 2005/29, que não deve ser excluída, o órgão jurisdicional nacional seria obrigado, se necessário, a deixar de aplicar as correspondentes disposições nacionais. Isto resulta do primado da aplicação do direito comunitário sobre o direito nacional (24), mas, sobretudo, da obrigação dos Estados-Membros, decorrente do artigo 10.º, segundo parágrafo, CE e do artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE, reconhecida na jurisprudência do Tribunal de Justiça, de tomar todas as medidas necessárias para a realização do objectivo enunciado na directiva em causa.

52. Como já indiquei nas minhas conclusões nos processos apensos C-261/07 (VTB-VAB) e C-299/07 (Galatea) (25), está relacionada com este aspecto também a obrigação de abstenção de qualquer medida que possa pôr em causa o objectivo de uma directiva. Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, resulta das disposições do Tratado acima referidas, em conjugação com a directiva em causa, que, durante o prazo de transposição da directiva, os Estados-Membros destinatários desta devem abster-se de adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito por essa directiva (26). Esta obrigação de abstenção estende-se a todas as autoridades dos Estados-Membros, incluindo, no âmbito das suas competências, os órgãos jurisdicionais (27). A estes compete eventualmente apreciar se os actos jurídicos nacionais adoptados antes do termo do prazo de

transposição comprometem a realização do objectivo prosseguido pela directiva (28).

53. Neste sentido, no acórdão Adeneler (29) o Tribunal de Justiça decidiu que, a partir da data em que uma directiva entra em vigor, os tribunais dos Estados-Membros devem abster-se, na medida do possível, de interpretar o direito interno de modo susceptível de comprometer seriamente, depois do termo do prazo de transposição, o objectivo prosseguido por essa directiva.

54. Para além disso, deve ter-se em consideração que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, são abrangidas pelo âmbito de aplicação de uma directiva tanto as disposições nacionais cujo objectivo declarado é transpor a referida directiva como, a partir da data de entrada em vigor desta, as disposições nacionais anteriores, susceptíveis de garantir a conformidade do direito nacional com essa directiva (30). No caso em apreço, contam-se entre elas também as disposições da UWG anteriores à entrada em vigor da Directiva 2005/29, incluindo os §§ 3, 4, n.º 6, da UWG.

55. Assim, caso um juiz nacional suspeite que uma legislação nacional é susceptível de comprometer o objectivo de uma directiva prestes a ser transposta, após o termo do prazo de transposição (31), é obrigado a tomar as medidas necessárias já durante a fase de transposição, para permitir a realização do objectivo prosseguido pela directiva.

56. Por conseguinte, como o direito à abstenção é orientado para o futuro, os tribunais alemães tinham competência, a partir da data da entrada em vigor da Directiva 2005/29, para examinar a compatibilidade do § 4, n.º 6, da UWG com a directiva e, em caso de dúvida, submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial respeitante à interpretação da Directiva 2005/29, nos termos do artigo 234.º, primeiro parágrafo, alínea b), CE.

57. Tendo em consideração o exposto, não se pode negar a pertinência da questão prejudicial para a decisão do processo principal. Por conseguinte, o pedido de decisão prejudicial é admissível.

C – Análise da questão prejudicial

58. Antes de mais, importa recordar que, no âmbito de um processo instaurado nos termos do artigo 234.º CE, não compete ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a compatibilidade de uma medida nacional com o direito comunitário. Todavia, é competente para fornecer ao órgão jurisdicional nacional todos os elementos de interpretação do direito comunitário, que possam permitir-lhe apreciar esta compatibilidade para o julgamento da causa que lhe é submetida (32).

59. A questão prejudicial visa determinar se a Directiva 2005/29 se opõe a um regime nacional como o § 4, n.º 6, da UWG. Para tal, é necessário começar por apreciar se, atendendo ao seu objecto, esta norma 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 cobre uma proibição da prática comercial controvertida como a prevista nos §§ 3, 4, n.º 6, da UWG.

1. O conceito de «práticas comerciais» no artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29

60. Da conjugação do disposto no § 4, n.º 6, da UWG, com o § 3 da UWG, resulta que os operadores são proibidos de condicionar a participação dos consumidores num concurso ou num jogo à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço, a menos que o concurso ou o jogo estejam, por natureza, relacionados com a mercadoria ou com o serviço. Por outras palavras, o regime referido proíbe a associação de duas mercadorias ou de dois serviços diferentes para promover as vendas e deve, por isso, ser entendido como uma proibição geral de ofertas conjuntas (33).

61. Como expliquei detalhadamente nas minhas conclusões nos processos apensos C-261/07 (VTB-VAB) e C-299/07 (Galatea) (34) e como o Tribunal de Justiça confirmou no acórdão que proferiu nesses processos (35), 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.

62. Por conseguinte, constituem práticas comerciais na acepção do artigo 2.º, alínea d), da Directiva 2005/29 e são, deste modo, abrangidas pelo seu âmbito de aplicação material.

2. Âmbito de aplicação pessoal da Directiva 2005/29

63. Como o Governo polaco acertadamente observa, para responder à questão de saber se o regime nacional controvertido do § 4, n.º 6, 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.

64. Com efeito, a directiva regula apenas o domínio B2C (business to consumer), ou seja, a relação entre comerciantes e consumidores. Isto é especialmente sublinhado no oitavo considerando, nos termos do qual a directiva protege directamente apenas os interesses económicos dos consumidores (36). Contudo, não são considerados, por isso, menos dignos de protecção os interesses económicos de concorrentes que actuam legitimamente no mercado, como resulta do seu sexto considerando mas, sobretudo, do seu oitavo considerando (37).

65. Ao invés do Governo checo (38), não tenho qualquer dúvida de que o § 4, n.º 6, da UWG tem por finalidade proteger o consumidor.

66. Em primeiro lugar, o § 1 UWG enuncia expressamente que esta lei visa proteger contra a concorrência desleal não só os concorrentes e outros intervenientes no mercado, mas também os consumidores (39). Em segundo lugar, quer a génese quer a finalidade do § 4, n.º 6, da UWG militam a favor dessa interpretação. Com efeito, este regime nacional procedeu à codificação da jurisprudência anterior do Bundesgerichtshof (40) relativa à versão antiga do § 1 da UWG, nos termos da qual era contrário às regras da concorrência condicionar a participação num concurso ou num jogo à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço. Como resulta dos trabalhos preparatórios (41), o objectivo do legislador consiste em proteger o consumidor contra o risco de que o seu desejo de jogar seja aproveitado para afectar indevidamente a sua liberdade de decisão. Baseia-se na ideia de que a associação da participação em jogos à venda de mercadorias pode influenciar também a decisão de compra de um consumidor médio atento, de tal modo que essa decisão já não resultaria de considerações racionais, mas do desejo de ganhar o prémio a atribuir. Isto corresponde igualmente à opinião unânime da doutrina (42).

67. Por conseguinte, este regime nacional está abrangido também pelo âmbito de aplicação pessoal da Directiva 2005/29.

3. Análise das estruturas dos dois regimes

68. Para poder determinar se a Directiva 2005/29 se opõe a uma disposição nacional como o § 4, n.º 6, da UWG, é necessário analisar a finalidade e a estrutura normativa dos dois regimes e, de seguida, compará-los.

a) As normas da Directiva 2005/29

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

69. Tal como já foi acima referido (43), 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 (44). Ambas as conclusões resultam tanto do preâmbulo como das disposições gerais desta directiva.

70. 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.

71. 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 2005/29, 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.

72. 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 manter 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 (45). 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

73. 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 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.

74. Daqui resulta que, no que diz respeito à aplicação jurídica 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 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 (46).

b) As normas da UWG

75. 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 (47). Isto inclui a obrigação de o legislador nacional transpor correctamente a directiva em causa para o direito nacional (48). 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.

76. 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 (49). 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 (50).

77. A análise da questão de saber se e em que medida o regime controvertido previsto no § 4, n.º 6, da UWG satisfaz as exigências da directiva, pressupõe, em primeiro lugar, uma explicação sumária dos pontos essenciais deste regime.

i) Estrutura normativa da proibição prevista nos §§ 3 e 4, n.º 6, da UWG

78. Na versão de 3 de Julho de 2004, em vigor à data do pedido de decisão prejudicial e, portanto, aqui pertinente, o § 3 da UWG regula a proibição de concorrência desleal. Esta norma fundamental da legislação em matéria de lealdade das práticas comerciais está configurada como uma cláusula geral, que é amplamente aplicável para sancionar infracções ao direito da concorrência. Esta cláusula geral foi mantida, também após a alteração legislativa de 2008, na nova versão do § 3, n.º 1, da UWG, com pequenas alterações ao texto.

79. O direito material das infracções à concorrência é definido através do conceito de «concorrência desleal». A UWG está estruturada de modo que as disposições gerais do capítulo 1 (§§ 1 a 7) contêm, além dos objectivos de protecção enunciados no § 1 da UWG e das definições do § 2 da UWG, também as proibições (§§ 3 a 7), sendo as consequências jurídicas (§§ 8 a 10) de uma violação de uma proibição e a prescrição (§ 11) reguladas no capítulo 2, e o direito processual formal no capítulo 3. O capítulo 4 (§§ 16 a 19) contêm as disposições que sancionam as infracções à concorrência e o capítulo 5 (§§ 20 a 22) as disposições finais.

80. O § 4 da UWG contém um catálogo de exemplos, entre os quais se conta a participação dos consumidores em concursos ou jogos nas condições controvertidas no presente processo, que concretizam a proibição geral de actos de concorrência desleal prevista na cláusula geral do § 3 da UWG (51). Deste modo, foram incluídos, no essencial, os casos enunciados pela jurisprudência e doutrina alemãs. Ao elaborar um catálogo de exemplos, o legislador nacional pretendeu facilitar, em larga medida, a tarefa do juiz de concretizar o critério de «deslealdade» (52) e assegurar maior transparência (53). Dado que o § 4, n.º 6, da UWG concretiza apenas o critério da «deslealdade», devem ser preenchidas, além das condições de aplicação desta disposição – como nos outros exemplos – também as do § 3 da UWG para que uma medida possa ser qualificada de contrária à concorrência (54). Nos termos destas condições, os actos de concorrência desleal (ou as práticas comerciais, segundo a terminologia da nova versão do § 3, n.º 1, da UWG) devem ser susceptíveis de falsear a concorrência de modo não negligenciável, em detrimento dos concorrentes, dos consumidores ou de outros intervenientes no mercado. Deste modo, o acto de concorrência (ou a prática comercial, segundo a terminologia da nova versão do § 3, n.º 1, da UWG), que é objecto de contestação, deve não apenas inserir-se no contexto de uma relação de concorrência concreta, mas ainda ultrapassar um determinado limiar, ou seja, ter um certo impacto sobre a concorrência e afectar consideravelmente os interesses das categorias de

pessoas protegidas.

81. A previsão de um «limiar de bagatelas» ou de uma «exigência de perceptibilidade» facilita a tarefa dos órgãos jurisdicionais nacionais na medida em que não se têm de debruçar sobre práticas abusivas de pouca importância (55). Penso que, para apreciar a compatibilidade do regime controvertido com a Directiva 2005/29, é decisivo saber a que nível os tribunais nacionais da concorrência fixam este limiar.

c) Compatibilidade do regime controvertido com a Directiva 2005/29

i) Necessidade de uma interpretação conforme com a directiva

82. Na análise da questão de saber se uma disposição do direito nacional se opõe ao direito comunitário é determinante não apenas a redacção desta disposição, mas também a interpretação que dela fazem os tribunais nacionais (56). 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 (57).

83. Com efeito, apesar de que em caso de serem reunidas as condições do § 4, n.º 6, da UWG só é preenchido o requisito relativo à «deslealdade», de modo que uma prática só pode ser proibida por força do direito nacional quando estão preenchidas igualmente as condições do § 3 da UWG, o órgão jurisdicional de reenvio (58) indica que a jurisprudência dos tribunais superiores alemães considera manifestamente que, no caso do § 4, n.º 6, da UWG, se deve partir sempre da pertinência da restrição à concorrência (59). Isto resulta da remissão que faz, no despacho de reenvio, para a doutrina que aponta nesse sentido (60), dos esclarecimentos relativos às disposições nacionais, mas também do modo como é formulada a própria questão prejudicial, segundo a qual o regime controvertido proíbe as ofertas conjuntas «não sendo tido em consideração se a campanha publicitária, no caso concreto, afecta os interesses do consumidor». Esta formulação indica que o § 4, n.º 6, da UWG é interpretado como se o juiz nacional tivesse uma margem de apreciação muito reduzida no caso concreto. O Governo alemão parece partir igualmente deste princípio nas suas primeiras observações escritas, quando fala de uma proibição (61) «absoluta» ou «geral» a propósito deste regime nacional.

ii) Exame à luz das disposições da directiva

84. A seguir, importa verificar se é compatível com a directiva a referida interpretação do § 4, n.º 6, da UWG, na medida em que dela resulta uma proibição geral de ofertas conjuntas que incluem uma participação em concursos ou jogos. Para este fim, importa seguir o esquema de análise descrito no n.º 74 das presentes conclusões.

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

85. Desde logo, importa assinalar que a prática comercial proibida pelo § 4, n.º 6, da UWG não corresponde a qualquer dos casos de práticas comerciais desleais referidos no anexo I da directiva (62). 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, mas não à utilização de ofertas conjuntas propriamente dita. Independentemente disso, e como o Governo português acertadamente sublinha, a publicidade da demandada no processo principal não indica, de modo algum, que a simples aquisição de um produto confere logo uma possibilidade de ganhar. É tão-só dada a oportunidade de participar num jogo que, de qualquer modo, é acessível a qualquer pessoa, sem que seja prometido ao comprador um aumento das possibilidades de ganhar.

86. Uma vez que, em geral, 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 (63). No entanto, a prática comercial, proibida pelo § 4, n.º 6, da UWG, não pode ser qualificada nem de enganosa nem de agressiva, na acepção do artigo 5.º, n.º 4, da directiva.

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

87. 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) (64).

88. O Governo alemão entende que este é o caso da prática comercial proibida pelo § 4, n.º 6, da UWG, alegando, no essencial, o perigo de manipulação resultante do facto de ser despertado no consumidor o desejo de jogar.

Violação do dever de diligência profissional

89. 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».

90. Esta definição, que alude, designadamente, ao conceito jurídico indeterminado de «prática de mercado honesta», implica um juízo de valor, que pode perfeitamente variar de um Estado-Membro para outro, de acordo com as concepções morais e culturais dominantes em cada um deles (65). Isto também não é posto em causa pelo facto de a directiva, nos termos do seu décimo terceiro considerando, visar suprimir, através da aproximação legislativa, entraves ao mercado interno que resultam da aplicação de cláusulas gerais e princípios jurídicos diferentes, sendo manifesto, em particular, que é deixada aos Estados-Membros uma certa margem de discricionariedade num quadro estritamente delimitado (66). Isto é expressamente reconhecido pela directiva, cujo sétimo considerando refere que «a [directiva] [n]ão é aplicável aos requisitos legais relacionados com o bom gosto e a decência, que variam amplamente de um Estado-Membro para outro». É indicada como exemplo a abordagem na rua para efeitos comerciais, que é indesejável em certos Estados-Membros. Por isso, lê-se ainda no mesmo considerando que «[o]s Estados-Membros deverão, por conseguinte, poder continuar a proibir nos seus territórios práticas comerciais por razões de bom gosto e de decência, mesmo quando tais práticas não restringem a liberdade de escolha dos consumidores».

91. A jurisprudência do Tribunal de Justiça nos chamados acórdãos relativos a jogos de azar mostra igualmente que estes jogos representam um perigo potencial para as sociedades dos Estados-Membros (67) e que estes últimos devem, por isso, estar em condições de tomar medidas correspondentes para conter os perigos do vício do jogo. Estes acórdãos giram em torno da ideia de conciliação entre, por um lado, a livre prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento e, por outro, a protecção de interesses imperiosos gerais, como a protecção dos consumidores e a prevenção da fraude e da incitação dos cidadãos a incorrer em despesas excessivas ligadas ao jogo, bem como a prevenção das perturbações da ordem social em geral (68). Nesses acórdãos, o Tribunal de Justiça reconheceu a competência dos Estados-Membros para «fixar os objectivos da sua política em matéria de jogos de fortuna e azar e, se for caso disso, de definir com precisão o nível de protecção pretendido». Segundo o Tribunal de Justiça, «as particularidades de ordem moral, religiosa ou cultural, bem como as consequências moral e financeiramente prejudiciais para o indivíduo e para a sociedade que envolvem os jogos e as apostas, podem ser susceptíveis de justificar a existência na esfera jurídica das autoridades nacionais de um poder de apreciação bastante para determinar as exigências que a protecção do consumidor e da ordem social implica», desde que as medidas

tomadas sejam proporcionadas (69).

92. Em minha opinião, para garantir uma jurisprudência coerente há que aplicar os princípios referidos *supra* também ao interpretar o artigo 5.º, n.º 2, alínea a), da directiva, em especial o conceito de «prática de mercado honesta», e reconhecer aos Estados-Membros – dentro dos limites estabelecidos pelo direito comunitário – um poder de apreciação bastante para adoptar medidas susceptíveis de conter os perigos do vício do jogo.

93. As reservas de ordem geral, formuladas pelo Governo alemão relativamente a uma prática comercial que se serve da atracção por jogos de azar, podem ser incluídas nesta categoria de reservas de ordem moral. Como o Governo alemão acertadamente observa, o recurso a jogos na publicidade é perfeitamente susceptível de despertar no ser humano o desejo de jogar. 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 apresenta elementos de manipulação e que, por isso, em determinadas circunstâncias, pode constituir uma violação do dever de diligência profissional.

94. Logo, uma prática comercial em que a participação dos consumidores num concurso ou num jogo é condicionada à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço pode, em determinadas condições, ser contrária às exigências relativas à diligência profissional, referidas no artigo 5.º, n.º 2, alínea a), da directiva.

Susceptibilidade de distorcer substancialmente o comportamento do consumidor médio

95. Por «distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores» na acepção do artigo 5.º, n.º 2 alínea b), deve entender-se, de acordo com a definição legal contida no artigo 2.º, alínea e), 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 teria tomado de outro modo». Este regime destina-se a proteger a liberdade de decisão do consumidor (70).

96. Tendo em conta os riscos já expostos (71), e tomando por base uma margem de apreciação adequada dos Estados-Membros, a associação de concursos e jogos a transacções comerciais é, em princípio, susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento do consumidor em matéria de compras. Como o Governo alemão acertadamente refere (72), não é possível excluir que a perspectiva de participação gratuita no jogo leve o consumidor a gastar em compras um montante mais elevado do que tinha previsto, para poder participar no jogo. Em princípio, é igualmente susceptível de o levar a fazer mais compras no operador que efectua este tipo de publicidade, para continuar a participar no jogo.

97. Deste modo, resulta de uma apreciação global que as condições de aplicação do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da directiva estão, em princípio, preenchidas.

Necessidade de tomar em conta o conjunto das circunstâncias do caso concreto

98. Contudo, é duvidoso que esta apreciação global corresponda realmente à finalidade da directiva e à vontade do legislador comunitário. Como já expliquei nas minhas conclusões nos processos apensos C-261/07 (VTB-VAB) e C-299/07 (Galatea) (73), a questão de saber se as ofertas conjuntas são desleais porque preenchem as condições de aplicação do artigo 5.º, n.º 2 da directiva, não pode ser respondida em termos gerais, sendo necessário analisar cada prática comercial concreta.

99. Isto resulta inequivocamente do sétimo considerando da directiva, nos termos do qual na aplicação deste diploma, em especial das suas cláusulas gerais, deve-se 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 também o legislador comunitário entende 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».

100. A proibição geral das ofertas conjuntas, prevista no § 4, n.º 6, da UWG, na interpretação acima descrita, tem por efeito uma extensão da lista de práticas comerciais proibidas constante do anexo I da directiva, precisamente o que, porém, é vedado aos Estados-Membros face à harmonização plena e máxima que a Directiva 2005/29 implica (74). Além disso, 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.

101. O legislador comunitário atribui aos órgãos jurisdicionais e às autoridades administrativas nacionais a tarefa de apreciar a lealdade de uma prática comercial com base em circunstâncias concretas, em particular no que diz respeito ao seu efeito sobre o comportamento económico do consumidor médio. Isto é expressamente indicado no décimo oitavo considerando da directiva (75). De acordo com o disposto nos artigos 11.º e 12.º, compete-lhes, no âmbito dos sistemas de sanções a criar a nível nacional, garantir o cumprimento das disposições da directiva (76). Mas, se o legislador alemão estabelece proibições gerais que vão para além das que figuram na lista do anexo I da directiva e não confere qualquer margem de apreciação aos órgãos do poder estatal responsáveis pela interpretação e execução da lei, que também são destinatários da Directiva 2005/29, fica comprometido o objectivo da transposição efectiva da referida directiva ao nível dos Estados-Membros (77).

102. No âmbito da aplicação do artigo 5.º, n.º 2, da directiva, é tanto mais necessária uma apreciação do conjunto das circunstâncias do caso concreto quanto não é possível presumir que qualquer nexos estabelecido entre a venda das mercadorias e um jogo apresenta, em princípio e de *per se*, o efeito manipulador referido pelo Governo alemão. A utilização do requisito de «maneira substancial» no artigo 5.º, n.º 2, alínea, b), implica necessariamente um exame do caso concreto (78). Contudo, são concebíveis casos em que o estímulo para participar num jogo ou num concurso tem pouca ou nenhuma influência sobre o comportamento do consumidor em matéria de compras.

103. Assim, sem pretender antecipar-me à correspondente apreciação pelos órgãos jurisdicionais nacionais, aos quais compete aplicar o direito comunitário no processo principal (79), é possível afirmar que, no caso vertente, a perspectiva de jogar no loto dificilmente induzirá, de qualquer modo, um consumidor médio a efectuar compras no valor de 100 euros, em especial porque, em primeiro lugar, este montante é relativamente elevado e, em segundo lugar, porque qualquer pessoa pode participar nesse jogo. Há que concordar com o Governo espanhol em que um consumidor médio que pretende jogar no loto não espera, em regra, até fazer compras no montante de 100 euros para ter acesso ao jogo (80). Assim, no caso em apreço o consumidor médio poderá perfeitamente reconhecer que a vantagem se limita a uma participação gratuita no loto e que, para tanto, tem de comprar mercadorias no valor de, pelo menos, 100 euros. Neste contexto, pode decidir livremente se participa na acção ou se se abastecerá num concorrente (81).

104. Pelo exposto, concluo que, na interpretação que lhe é dada, uma norma nacional como o § 4, n.º 6, da UWG, que impõe uma proibição geral de ofertas conjuntas, sem prever a

possibilidade de ter em consideração as circunstâncias de cada caso concreto, tem uma natureza mais restritiva e rigorosa do que as normas da Directiva 2005/29.

105. Neste contexto, há que concluir que o § 4, n.º 6, 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 é aplicável a disposição excepcional do artigo 3.º, n.º 9, da directiva.

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

106. Levanta-se a questão de saber quais as consequências, para a presente interpretação, da retirada da proposta, apresentada pela Comissão, de regulamento relativo às promoções de vendas no mercado interno (82). O Governo alemão invoca, no essencial, as várias alterações que foram efectuadas a esta proposta da Comissão no âmbito do processo legislativo (83) e que, na sua opinião, permitem concluir que existia um amplo consenso entre os Estados-Membros e no Parlamento Europeu relativamente à necessidade de uma proibição geral das ofertas conjuntas (84).

107. Segundo as indicações do Governo alemão, ao adoptar a UWG, que entrou em vigor em 8 de Julho de 2004, o legislador alemão apoiou-se na proposta alterada da Comissão e fundamentou o § 4, n.º 6, da UWG retomando a argumentação do Parlamento Europeu. Segundo esta, o carácter anticoncorrencial decorre do facto de que a medida visa aproveitar o vício do jogo para toldar o discernimento do consumidor.

108. Todavia, contrariamente ao ponto de vista do Governo alemão, 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, dado que o Governo alemão se baseia numa proposta de legislação comunitária que, afinal de contas, nunca entrou em vigor. Por conseguinte, não pode invocar a protecção da confiança legítima (85). Tal como o próprio Governo alemão esclareceu, 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 alemão interveio de forma decisiva em ambos os processos legislativos e, por conseguinte, dispôs sempre de informações sobre o seu desenvolvimento (86). Por conseguinte, não pode invocar validamente o seu desconhecimento dos desenvolvimentos em ambos os processos legislativos (87).

109. 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 (88).

110. Por conseguinte, o Governo alemão devia, o mais tardar na data da retirada da proposta da Comissão (89), ter verificado em que medida o âmbito de aplicação material da 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 (90). Tendo em consideração que a retirada foi efectuada num momento em que o prazo para a transposição da directiva ainda corria, cabia ao legislador alemão atender às referidas informações na adaptação do direito nacional.

111. Por conseguinte, este argumento deve ser rejeitado.

4. Conclusões

112. Atendendo às considerações expostas, concluo que não está em conformidade com a directiva uma interpretação dos §§ 3 e 4, n.º 6, da UWG, como a que é seguida na jurisprudência dos tribunais superiores alemães, que considera esta disposição nacional uma proibição geral de ofertas conjuntas em relação com concursos ou jogos (91).

113. Decorre de todos estes elementos que o artigo 5.º, n.º 2, da directiva deve ser interpretado no sentido de que se opõe a um regime nacional segundo o qual a prática comercial em que a participação dos consumidores num concurso ou num jogo é condicionada à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço é, em princípio, proibida não sendo tido em consideração se a campanha publicitária, no caso concreto, afecta os interesses do consumidor.

VII – Conclusão

114. Com base nas considerações que precedem, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais colocadas pelo Bundesgerichtshof do seguinte modo:

O artigo 5.º, n.º 2, 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) deve ser interpretado no sentido de que esta disposição se opõe a uma regulamentação nacional segundo a qual a prática comercial em que a participação dos consumidores num concurso ou num jogo é condicionada à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço é, em princípio, proibida não sendo tido em consideração se a campanha publicitária, no caso concreto, afecta os interesses do consumidor.

1 – Língua original: alemão.

2 – 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).

3 – BGBl. I, p. 1414.

4 – BGBl. I, p. 2949.

5 – Acórdão de 21 de Outubro de 1999, Jägerskiöld (C-97/98, Colect., p. I-7319, n.º 45).

6 – Acórdão de 24 de Novembro de 1993, Keck e Mithouard (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097).

7 – Acórdão de 23 de Abril de 2009, VTB-VAB e Galatea (C-261/07 e C-299/07, Colect., p. I-0000).

8 – V. as minhas conclusões de 21 de Outubro de 2008, VTB-VAB e Galatea (C-261/07 e C-299/07, acórdão referido na nota 7, n.º 48).

9 – A Directiva 2005/29 transpõe, a nível normativo, as concepções da Comissão no que diz respeito ao futuro da protecção dos consumidores na União Europeia, tal como são discutidas no seu livro verde de 2 de Outubro de 2001 [COM(2001) 531 final]. Neste livro, a Comissão queixa-se de que o mercado interno para os consumidores não aproveita todo o seu potencial, nem acompanha, na área das transacções do tipo B2C («B2C» significa «business-to-consumer», ou seja, relações de comunicação e de comércio entre empresas e particulares, por oposição às relações de comunicação e de comércio entre empresas ou entre estas empresas e as autoridades, o chamado domínio «B2B»), o progressivo desenvolvimento do mercado comum. É muito reduzido

o número de consumidores que aproveitam as vantagens directas do mercado interno através de compras transfronteiriças. Para a Comissão, tal deve-se à existência de um grande número de regulamentações díspares nos Estados-Membros, bem como a uma execução fragmentada das medidas, o que afasta os consumidores. No referido livro verde, a Comissão propõe, entre outras medidas, a adopção de uma directiva-quadro para a harmonização das regulamentações de cada Estado-Membro em matéria de práticas comerciais leais no domínio B2C. As suas ideias quanto à sistemática da directiva-quadro foram acolhidas na actual Directiva 2005/29.

Segundo Wendehorts, C., «Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte», *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?* (edição de Brigitta Jud/Christiane Wendehorst), Viena 2009, p. 166, a harmonização mínima não trouxe a reanimação do mercado interno que se esperava no sector da venda a retalho. Como razões para isso são indicadas, designadamente, as grandes diferenças de transposição entre as várias ordens jurídicas. Estas diferenças constituem um entrave ao mercado interno, porque o consumidor médio nem conhece os padrões mínimos garantidos em toda a Europa. Acresce que os empresários são impedidos de realizar ofertas transfronteiriças, porque a adaptação aos vários padrões diferentes de protecção implica custos elevados. Por conseguinte, o legislador comunitário passou a fixar nas directivas não apenas padrões mínimos, mas também padrões máximos de protecção dos consumidores, através da chamada harmonização plena.

10 – Neste sentido também Henning-Bodewig, F., «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, caderno 8/9, pp. 629, 630; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor 2006, pp. 14, 51, 53; 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, pp. 299, 306; Kessler, J., «Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, caderno 7, 2007, p. 716; De Cristofaro, G., «La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche», *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turim 2007, pp. 32 e segs.; Di Mauro, L., «L'iter normativo: Dal libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali», *Le pratiche commerciali – Direttive comunitaria ed ordinamento italiano*, Milão 2007, p. 26, de acordo com os quais a Directiva 2005/29 tem por objectivo uma harmonização plena das regras nacionais.

11 – Devido à transposição tardia da Directiva 2005/29, a Comissão deu início a um processo por incumprimento contra a República Federal da Alemanha (n.º 2007/0890) e, em 16 de Julho de 2008, intentou uma acção no Tribunal de Justiça nos termos do artigo 226.º, segundo parágrafo, CE. A contestação do Governo alemão, de 6 de Outubro de 2008, deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 13 de Outubro de 2008. Por carta que deu entrada em 24 de Fevereiro de 2009, a Comissão declarou ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 78.º do Regulamento de Processo, que desistia da instância. Por despacho de 20 de Março de 2009, o Presidente do Tribunal de Justiça decidiu cancelar o processo C-326/08 (Comissão/Alemanha) no registo do Tribunal de Justiça e condenar a República Federal da Alemanha nas despesas.

12 – V. as indicações do órgão jurisdicional de reenvio no n.º 8 do despacho de reenvio.

13 – Acórdão Jägerskiöld (já referido na nota 5, n.º 45).

14 – Neste sentido Becker, U., *EU-Kommentar* (edição de Jürgen Schwarze), 1.ª edição, Baden-Baden 2000, artigo 28.º, n.º 19, p. 437. Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2.ª edição, Londres 2006, n.ºs 6-024, p. 191, assinalam que o Tribunal de Justiça, ao examinar a compatibilidade de um regime nacional com as disposições de direito primário relativas à livre circulação de pessoas, mercadorias e de capitais deve verificar sempre se os factos apresentam um elemento de conexão com o direito comunitário. Com efeito, se se concluir que os factos se circunscrevem a um único Estado-Membro, não são aplicáveis essas disposições do Tratado.

15 – V., designadamente, os acórdãos de 18 de Outubro de 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, Colect., p. I-3763, n.ºs 33 e 34), de 8 de Novembro de 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89,

Colect., p. I-4003, n.ºs 18 e 19), de 17 de Julho de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Colect., p. I-4161, n.º 24), e de 29 de Janeiro de 2008, Promusicae (C-275/06, Colect., p. I 271, n.º 36).

16 – V., designadamente, os acórdãos de 13 de Março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Colect., p. I-2099, n.º 38), de 22 de Maio de 2003, Korhonen e o. (C-18/01, Colect., p. I-5321, n.º 19), de 5 de Fevereiro de 2004, Schneider (C-380/01, Colect., p. I-1389, n.º 21), de 19 de Abril de 2007, Asemfo (C-295/05, Colect., p. I-2999, n.º 30), e acórdão VTB-VAB e Galatea (já referido na nota 7, n.º 32).

17 – V., designadamente, os acórdãos de 16 de Dezembro de 1981, Foglia/Novello (244/80, Colect., p. 3045, n.º 18), de 15 de Junho de 1995, Zabala Erasun e o. (C-422/93 a C-424/93, Colect., p. I-1567, n.º 29), de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 61), de 12 de Março de 1998, Djabali (C-314/96, Colect., p. I-1149, n.º 19), PreussenElektra (já referido na nota 16, n.º 39), Schneider (já referido na nota 16, n.º 22), de 1 de Abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (C-212/06, Colect., p. I-1683, n.º 29), e VTB-VAB e Galatea (já referido na nota 7, n.º 33).

18 – V. as minhas conclusões de 11 de Setembro de 2008, CEPAV DUE e o. (C-351/07, n.º 43).

19 – V. acórdãos Dzodzi (já referido na nota 15, n.º 37), Leur-Bloem (já referido na nota 15, n.º 32), de 11 de Janeiro de 2001, Kofisa Italia (C-1/99, Colect., p. I-207, n.º 32), de 29 de Abril de 2004, British American Tobacco (C-222/01, Colect., p. I-4683, n.º 40), de 16 de Março de 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, Colect., p. I-2505, n.º 16), e de 11 de Dezembro de 2007, ETI e o. (C-280/06, Colect., p. I-10893, n.º 21).

20 – V., designadamente, os acórdãos Foglia/Novello (já referido na nota 17, n.º 18), Zabala Erasun e o. (já referido na nota 17, n.º 29), Bosman (já referido na nota 17, n.º 61), Djabali (já referido na nota 17, n.º 19), Schneider (já referido na nota 16, n.º 22), Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (já referido na nota 17, n.º 29), e VTB-VAB e Galatea (já referido na nota 7, n.º 33).

21 – V. n.º 7 do despacho de reenvio.

22 – V. n.º 9 do despacho de reenvio.

23 – O direito à abstenção de um determinado comportamento, regulado no § 8, n.º 1, da UWG é um direito jurídico-material de carácter patrimonial, e não apenas um meio processual. Confere um direito de defesa como direito a exigir a abstenção de infracções no caso de risco de reincidência (§ 8, n.º 1, primeiro período, da UWG) e como direito preventivo à abstenção, em caso de risco da primeira infracção (§8, n.º 1, segundo período, da UWG). Este direito surge logo que esteja iminente o perigo de ser cometida uma infracção por quem está obrigado a abster-se da sua prática. Isto não exige que já tenham sido efectivamente prejudicados os interesses de outrem e exista o perigo de nova perturbação (risco de reincidência). Basta que esteja iminente uma primeira perturbação (risco de ser praticada a primeira infracção). A base jurídica para o exercício do direito à abstenção, isto é, para a defesa contra a perturbação, é o § 3, em conjugação com os exemplos do § 4 e as disposições especiais dos §§ 5 a 7 da UWG [v., a este respeito, Piper, H., *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Henning Piper/Ansgar Ohly, editores, 4.º edição, Munique 2006, § 8, n.ºs 3 e 5).

24 – V., designadamente, os acórdãos de 5 de Fevereiro de 1963, Van Gend & Loos (26/62, Colect. 1962-1964, p. 205), de 15 de Julho de 1964, Costa/E.N.E.L. (6/64, Colect. 1962-1964, p. 553), de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Colect. 1969-1970, p. 625), e de 9 de Março de 1978, Simmenthal (106/77, Colect., p. 243).

25 – V. *supra*, nota 8, n.º 60.

[26](#) – Acórdãos de 18 de Dezembro de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Colect., p. I-7411, n.º 45), de 8 de Maio de 2003, ATRAL (C-14/02, Colect., p. I-4431, n.º 58), de 22 de Novembro de 2005, Mangold (C-144/04, Colect., p. I-9981, n.º 67), e de 4 de Julho de 2006, Adeneler e o. (C-212/04, Colect., p. I-6057, n.º 121).

[27](#) – Acórdãos de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.º 8), de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Colect., p. I-3325, n.º 26), Inter-Environnement Wallonie (já referido na nota 26, n.º 40), de 25 de Fevereiro de 1999, Carbonari e o. (C-131/97, Colect., p. I-1103, n.º 48), e de 5 de Outubro de 2004, Pfeiffer e o. (C-397/01 a C-403/01, Colect., p. I-8835, n.º 110).

[28](#) – Acórdão Inter-Environnement Wallonie (já referido na nota 26, n.º 46). Neste sentido também Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (editado por Heinz Mayer), Viena 2004, artigo 249.º, n.º 45, p. 16.

[29](#) – Acórdão Adeneler e o. (já referido na nota 26, n.º 123).

[30](#) – Acórdãos de 7 de Setembro de 2006, Cordero Alonso (C-81/05, Colect., p. I-7569, n.º 29), e VTB-VAB e Galatea (já referido na nota 7, n.º 35).

[31](#) – O pressuposto necessário para a intervenção do órgão jurisdicional nacional é que exista o perigo de os objectivos da directiva serem comprometidos após o termo do prazo de transposição (v. igualmente Hoffmann, C., «Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, caderno 46, p. 2116). Uma posição semelhante é adoptada igualmente por Schroeder, W., *EUV/EGV Kommentar* (edição de Rudolf Streinz), Munique 2003, artigo 249.º do Tratado CE, n.º 139, p. 2197, que entende que uma vinculação das autoridades e dos órgãos jurisdicionais a uma interpretação conforme à directiva deve ser tida em conta apenas excepcionalmente, quando as medidas legislativas de transposição permitam presumir que a concretização dos objectivos da directiva vai ser definitivamente comprometida.

[32](#) – V., designadamente, os acórdãos Costa/ E.N.E.L. (já referido na nota 24), 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).

[33](#) – Neste sentido, Köhler, H., *Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Munique 2007, § 4, n.º 6.6, p. 308; Seichter, D., «Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, p. 1095, que falam expressamente de uma proibição das ofertas conjuntas pelo § 4, n.º 6, da UWG.

[34](#) – V. *supra*, na nota 8, n.ºs 68 a 70.

[35](#) – Acórdão VTB-VAB e Galatea (já referido na nota 6, n.ºs 48 e 50).

[36](#) – Neste 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.

[37](#) – V., a este respeito, as minhas conclusões VTB-VAB e Galatea (já referidas na nota 8, n.ºs 71 e 72).

[38](#) – V. n.º 13 do articulado do Governo checo.

[39](#) – Lutz, R., «Veränderungen des Wettbewerbsrechts im Zuge der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2006, caderno 11, p. 909, observa que a UWG alemã não prevê uma limitação à protecção dos interesses económicos dos consumidores como a Directiva 2005/29, destinando-se também a proteger os concorrentes, os

consumidores e outros intervenientes no mercado, como resulta do § 1 da UWG. Por conseguinte, a UWG alemã abrange os domínios B2C e B2B.

[40](#) – V., designadamente, acórdãos do Bundesgerichtshof de 17 de Novembro de 1972, I ZR 71/71 (concurso), de 17 de Fevereiro de 2000, I ZR 239/97 (Space Fidelity Peep-Show), de 13 de Junho de 2002, I ZR 173/01 (oferta conjunta I) e de 13 de Novembro de 2003, I ZR 40/01 (leilão invertido II).

[41](#) – V. o projecto de lei do Governo alemão (impresso BT 15/1487, p. 17).

[42](#) – V. Piper, H., *op. cit.* (nota 23), § 4.6, n.º 1, p. 348; Hecker, M., *Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (edição de Karl-Heinz Fezer), Munique 2005, tomo 1, § 4-6, n.º 33, p. 707.

[43](#) – V. n.º 37 das presentes conclusões.

[44](#) – V. acórdão VTB-VAB e Galatea (já referido na nota 7, n.º 52). Neste sentido Massaguer, J., *op. cit.* (nota 10), p. 15; 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. 19, bem como De Brouwer, L., «Droit de la Consommation – La Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales», *Revue de Droit Commercial Belge*, caderno 7, Setembro de 2005, p. 796, que conclui, com base na harmonização máxima efectuada pela Directiva 2005/29, que os Estados-Membros não estão autorizados a aprovar normas mais rigorosas, mesmo que estas visem assegurar um nível mais elevado de protecção dos consumidores. De Cristofaro, G., *op. cit.* (nota 10), p. 32, considera que os Estados-Membros não podem derogar as disposições da directiva nem estabelecer um nível mais elevado de protecção dos consumidores. No entender de Kessler, J., *op. cit.* (nota 10), p. 716, a directiva não define apenas padrões mínimos, mas impede igualmente os Estados-Membros de manter normas que, no interesse de uma orientação estabelecida no sentido da protecção do consumidor, ultrapassam as exigências materiais da directiva e, por conseguinte, contêm exigências mais rígidas.

[45](#) – 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).

[46](#) – V. igualmente o esquema de análise de De Cristofaro, G., *op. cit.* (nota 10), p. 12, e Henning-Bodewig, F., *op. cit.* (nota 10), p. 631.

[47](#) – 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).

[48](#) – 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., *op. cit.* (nota 28), artigo 249.º, n.ºs 48 e 50, pp. 17 e 18].

[49](#) – 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. I-3507, n.º 60). Seichter, D., *op. cit.* (nota 33), p. 1088, remete acertadamente para este princípio a propósito da necessidade de transposição da Directiva 2005/29 para direito alemão.

[50](#) – Neste sentido Ruffert, M., in Calliess/Ruffert (ed.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3.ª edição, 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), e de 11 de Julho de 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Colect., p. I-6325, n.º 26).

[51](#) – Segundo Köhler, H., «Die UWG-Novelle», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2009, p. 112, o conceito de lealdade constante do § 3 da UWG deve ser concretizado atendendo aos exemplos de comportamentos desleais nos §§ 4 a 6 da UWG.

[52](#) – Neste sentido Köhler, H., *Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, *op. cit.* (nota 33), § 3, n.º 6, p. 152; Piper, H., *op. cit.* (nota 23), § 4, n.º 2, p. 243.

[53](#) – V. o projecto de lei do Governo alemão (impresso BT 15/1487, p. 18).

[54](#) – V. o projecto de lei do Governo alemão (impresso BT 15/1487, p. 17). Neste sentido também Hecker, M., *op. cit.* (nota 42), § 4-6, n.º 25, p. 704; Köhler, H., *Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, *op. cit.* (nota 34), § 4, n.º 6.4, p. 309.

[55](#) – Neste sentido Charaktiniotis, S., *Die lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitssschranken der Kopplungsangebote nach der Aufhebung der Zugabenverordnung*, Frankfurt am Main 2006, p. 164. Segundo Köhler, H., «Die Bagatellklausel in § 3 UWG», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1/2005, p. 1, as condições de aplicação do § 3 da UWG, referidas *supra*, destinam-se a excluir que sejam trazidas bagatelas a juízo.

[56](#) – Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *op. cit.* (nota 14), n.ºs 5-056, p. 162, indicam que o alcance das leis, 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 belga no processo C-205/07, Gysbrechts (acórdão de 16 de Dezembro de 2008, Colect., p. I-0000).

[57](#) – 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-0000, n.º 89).

[58](#) – V. n.ºs 10, 15, 20 e 21 do despacho de reenvio.

[59](#) – V., por exemplo, o acórdão do Oberlandesgericht Celle de 10 de Janeiro de 2008 (cota: 13 U 118/07). Nesse acórdão, o Oberlandesgericht indica que, ao contrário do § 4, n.º 1, da UWG, o texto do § 4, n.º 6, da UWG, não exige expressamente que a liberdade de decisão dos consumidores possa ser influenciada. Segundo o Oberlandesgericht, o legislador entendeu que, em princípio, essa influência existe quando estão preenchidas as condições de aplicação referidas no § 4, n.º 6, da UWG.

[60](#) – Segundo Köhler, H., «Die Bagatellklausel in § 3 UWG», *op. cit.* (nota 55), p. 6, para o qual o órgão

jurisdicional de reenvio remete, o condicionamento da participação num concurso ou jogo à aquisição de uma mercadoria ou à utilização de um serviço constitui sempre um prejuízo não negligenciável para os interesses dos destinatários da publicidade, que são obrigados a efectuar uma aquisição que não tinham previsto para poderem participar. O autor conclui daí que é desnecessário analisar adicionalmente a intensidade da afectação da concorrência, em detrimento dos concorrentes, dos consumidores ou de outros intervenientes no mercado, nos termos do § 3 da UWG.

[61](#) – V. n.ºs 9 e 14 do articulado do Governo alemão, de 14 de Outubro de 2008. É aí defendido, por um lado, que «são compatíveis com a economia da directiva *proibições absolutas* adicionais de práticas comerciais desleais» e, por outro, que «um regime nacional que *proíbe, de modo geral*, tal associação é compatível com a finalidade da directiva».

Neste contexto, é manifesto que estas afirmações estão, em parte, em contradição com as que foram feitas mais tarde pelo Governo alemão no seu articulado de 19 de Maio de 2009, no qual sustenta que «quer o § 3 da UWG, na versão de 3 de Julho de 2004, quer o § 3, n.ºs 1 e 2, da UWG, na versão de 22 de Dezembro de 2008, asseguram que a admissibilidade das ofertas conjuntas na acepção do § 4, n.º 6, da UWG, na versão correspondente, deve ser apreciada *tendo em conta as circunstâncias do caso concreto*» (v. n.ºs 15 a 17). O Governo alemão indica aí ainda que a proibição de promoções de vendas, constante do § 4 da UWG, de 3 de Julho de 2004, não é uma proibição geral e de aplicação automática. Pelo contrário, a sua aplicação depende das condições do § 3 da UWG. Estas pressupõem uma análise do acto de concorrência tendo em conta as circunstâncias do caso concreto. O mesmo é válido para a nova versão do § 3 da UWG, na sequência da transposição da directiva.

[62](#) – Lutz, R., *op. cit.* (nota 39), p. 910, constata igualmente que o § 4, n.º 6, da UWG não corresponde a qualquer dos exemplos da directiva. Por isso, o autor interroga-se se esta norma pode ser mantida.

[63](#) – V. as minhas conclusões VTB-VAB e Galatea (já referidas na nota 8, n.º 82).

[64](#) – Neste sentido Abbamonte, G., *op. cit.* (nota 44), p. 21; Massaguer, J., *op. cit.* (nota 10), p. 58.

[65](#) – Neste sentido também Micklitz, H.-W., *op. cit.* (nota 10), p. 308, bem como Massaguer, J., *op. cit.* (nota 10), p. 69, segundo o qual a definição de «diligência profissional» no artigo 2.º, alínea h), da directiva é susceptível de levar a interpretações diferentes, devido à utilização de conceitos jurídicos indeterminados como «prática de mercado honesta» e «boa fé».

[66](#) – Glöckner, J./Henning-Bodewig, F., «EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem 'neuen' UWG?», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 11/2005, p. 1323, nota que a discricionariedade dos Estados-Membros no âmbito da transposição da directiva é tanto maior quanto mais indeterminadas são as disposições comunitárias. Tendo presente a natureza indeterminada do conceito de deslealdade, os legisladores nacionais parecem continuar a ter a faculdade de transpor a cláusula geral sancionando, de acordo com as suas tradições nacionais, as práticas comerciais contrárias aos bons costumes, à boa fé ou a práticas honestas, desde que a concretização destas noções não se desvie do conceito de deslealdade decorrente do artigo 5.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 2.º, n.º 1, alínea h), da Directiva 2005/29. De modo semelhante, a propósito do conceito de «prática de mercado honesta», Micklitz, H.-W., *op. cit.* (nota 10), pp. 309 e segs. O autor fala de uma margem de apreciação dos Estados-Membros em questões de gosto e de decência.

[67](#) – Nas suas conclusões de 14 de Outubro de 2008, Liga Portuguesa de Futebol Profissional (C-42/07, n.ºs 28 a 33), o advogado-geral Y. Bot refere-se aos perigos dos jogos de fortuna ou azar e dos jogos a dinheiro para a sociedade. Indica que, por um lado, os jogos de azar podem levar os jogadores a comprometer a sua situação económica e familiar ou até mesmo a sua saúde. Por outro lado, os jogos de fortuna ou azar e os jogos a dinheiro, devido aos lucros extremamente importantes que geram, podem prestar-se a manipulações da parte do organizador, que pode querer actuar de modo a que o resultado do sorteio ou da competição desportiva lhe seja mais favorável. Por último, os jogos de fortuna ou azar e os jogos a dinheiro podem constituir um meio de «branqueamento» de quantias em dinheiro obtidas ilegalmente.

[68](#) – V. acórdãos de 24 de Março de 1994, Schindler (C-275/92, Colect., p. I-1039, n.ºs 57 a 60), de 21 de Setembro de 1999, Läärä e o. (C-124/97, Colect., p. I-6067, n.ºs 32 e 33), de 21 de Outubro de 1999, Zenatti (C-67/98, Colect., p. I-7289, n.ºs 30 e 31), de 6 de Novembro de 2003, Gambelli (C-243/01, Colect., p. I-12971, n.ºs 60 a 67), de 6 de Março de 2007, Placanica e o. (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Colect., p. I-1891, n.ºs 45 a 49). V. ainda acórdãos do Tribunal da EFTA de 14 de Março de 2007, EFTA Surveillance Authority/Noruega (E-1/06, EFTA Court Report 2007, n.º 34), e de 30 de Maio de 2007, Ladbrokes Ltd./The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food (E-3/06, EFTA Court Report 2007, n.º 44).

[69](#) – V. acórdãos Schindler (já referido na nota 69, n.º 61), Läärä e o. (já referido na nota 69, n.º 35), Zenatti (já referido na nota 69, n.ºs 33), Gambelli (já referido na nota 69, n.º 63), e Placanica e o. (já referido na nota 69, n.º 47). V. ainda os acórdãos do Tribunal da EFTA, de 14 de Março de 2007, EFTA Surveillance Authority/Noruega (E-1/06, EFTA Court Report 2007, n.º 29), e de 30 de Maio de 2007, Ladbrokes Ltd./The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food (E-3/06, EFTA Court Report 2007, n.º 42).

[70](#) – Mas não os interesses económicos do consumidor. Segundo Abbamonte, G., *op. cit.* (nota 44), 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.

[71](#) – V. n.º 93 das presentes conclusões.

[72](#) – V. n.º 23 do articulado do Governo alemão.

[73](#) – V. *supra*, nota 8, n.º 83.

[74](#) – Abbamonte, G., *op. cit.* (nota 44), p. 21, refere que os Estados-Membros não podem, por si próprios, alargar a lista das práticas comerciais desleais 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. Segundo Seichter, D., *op. cit.* (nota 33), p. 1095, a proibição das ofertas conjuntas prevista no § 4, n.º 6, da UWG deve ser suprimida, por ir para além das categorias incluídas no anexo I.

[75](#) – No mesmo sentido também Bernitz, U., «The Unfair Commercial Practices Directive: Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition», *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, Norfolk 2007, p. 39, que invoca também o décimo oitavo considerando da directiva. Prevê-se aí que: «Os 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.» Para além disso, o vigésimo considerando trata da instauração de uma acção de carácter administrativo ou judicial.

[76](#) – Nos Estados-Membros da Comunidade é possível encontrar diversos sistemas de sanções em matéria de lealdade – o que se deve às evoluções históricas e às diferentes estruturas das ordens jurídicas. Até ao momento, o direito comunitário uniformizou apenas de forma pontual as disposições em matéria sancionatória e processual dos Estados-Membros e não prescreve qualquer sistema determinado de combate às práticas comerciais desleais. A Directiva 2005/29 não altera esta aceitação comunitária dos diversos sistemas nacionais de aplicação, continuando a competir aos legisladores nacionais decidir se o combate às práticas comerciais desleais é realizado por via contra-ordenacional, penal ou civil, tal como é confirmado pelo artigo 11.º, n.º 1, terceiro parágrafo, da directiva, sendo admissíveis combinações de diversos sistemas sancionatórios. Também lhes é atribuído o poder de definir se deve ser aberto um processo judicial e/ou contra-ordenacional (v., a este respeito, Alexander, C., «Die Sanktions- und

Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, caderno 10, p. 810, e Massaguer, J., *op. cit.*, nota 10, p. 144).

[77](#) – Stuyck, J., *op. cit.* (nota 36), p. 170, salienta que a Directiva 2005/29 exige uma avaliação casuística da deslealdade de uma prática comercial. Assim, considera que, face à Directiva 2005/29, não podem ser mantidas normas nacionais que aplicam ou regulam, de forma abstracta, uma proibição de princípio de determinadas formas de promoção de vendas, como por exemplo a venda com prejuízo, as ofertas com prémios, os cupões, as liquidações totais, etc., sem conferir ao juiz o poder de apreciar no caso concreto se a respectiva prática comercial deve ser considerada desleal em relação ao consumidor.

[78](#) – Neste sentido, Bloß, A., «Zum Kopplungsverbot für Preisausschreiben und Gewinnspiele», *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, caderno 5, 2008, p. 487. Na opinião da autora, a directiva exige uma avaliação casuística, atendendo sobretudo ao requisito da substancialidade. Afirma que, se o legislador comunitário tivesse pretendido abranger a proibição de associar jogos a compras, seria lógico tê-la incluído explicitamente no anexo I da directiva. Sustenta que a oferta conjunta de compras e jogos não é, em princípio e de *per se*, susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento dos consumidores em matéria de compras. Contudo, o § 4, n.º 6, da UWG não permite uma apreciação casuística, o que é possível face aos elementos constitutivos de uma prática desleal indicados na directiva. Entende, por isso, ser improvável que seja possível manter a proibição geral das ofertas conjuntas, prevista no § 4, n.º 6, da UWG. Na opinião de Leible, p., «BGH: Vereinbarkeit des deutschen Gewinnspiel-Kopplungsverbots mit der EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», *Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung*, 2008, 269263, se o legislador comunitário tivesse pretendido estabelecer de *per se* uma proibição de associar a compras a oferta de concursos e jogos, independentemente de a associação influenciar indevidamente o consumidor, teria logicamente incluído no anexo I da Directiva 2005/29 a associação de transacções a concursos e jogos como uma prática comercial considerada desleal em quaisquer circunstâncias.

[79](#) – Segundo Craig, P./De Búrca, G., *EU Law*, 4.ª ed., Oxford 2008, p. 492, embora o artigo 234.º CE atribua ao Tribunal de Justiça a faculdade de interpretar o Tratado, não lhe atribui expressamente a sua aplicação no caso concreto. A distinção entre interpretação e aplicação caracteriza a repartição de competências entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais. Nos termos dessa repartição, o Tribunal de Justiça interpreta o Tratado e os órgãos jurisdicionais nacionais aplicam esta interpretação ao caso concreto.

[80](#) – V. n.º 10 do articulado do Governo espanhol.

[81](#) – Neste sentido também Seichter, D., «EuGH-Vorlage zum Kopplungsverbot ('Millionen-Chance')», *juris PraxisReport Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*, 8/2008, nota 2.

[82](#) – 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).

[83](#) – Proposta alterada de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às promoções de vendas no mercado interno, de 25 de Outubro de 2002, COM(2002) 585 final (apresentada pela Comissão).

[84](#) – V. n.ºs 18 a 21 do articulado do Governo alemão.

[85](#) – V. as considerações que teci nas minhas conclusões VTB-VAB e Galatea (já referidas *supra*, na nota 8, n.º 91), sobre os argumentos, em parte idênticos, dos Governos belga e francês.

[86](#) – Resulta do projecto de lei do Governo alemão (impresso BT 15/1487, p. 12) que era do seu conhecimento que nessa data eram debatidos nas instituições da Comunidade Europeia dois projectos em matéria de lealdade da concorrência. Tratava-se, por um lado, da proposta de regulamento relativo às promoções de vendas no mercado interno, que foi alterada após o Parlamento Europeu se ter debruçado sobre ela e, segundo as indicações que fornece, «rejeitada pelo Governo alemão e também pela maioria dos outros Estados-Membros». Por outro lado, o

Governo alemão remete para um projecto de directiva–quadro que, segundo indica, «está mais próximo das concepções do Governo alemão».

[87](#) – V. as minhas conclusões de 13 de Setembro de 2007 no processo Comissão/Luxemburgo (C-319/06, acórdão de 19 de Junho de 2008, Colect., p. I-4323, n.º 45), em que defendi que um Governo, enquanto representante constitucional de um Estado–Membro com assento no Conselho, tem de ter conhecimento da declaração interpretativa prestada por esse órgão no âmbito do processo legislativo.

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

[89](#) – 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, p. 10, de 27 de Setembro de 2005.

[90](#) – O mesmo entendimento é partilhado por Stuyck, J., *op. cit.* (nota 36), 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).

[91](#) – V. n.ºs 81 a 83 das presentes conclusões.