

COMENTÁRIO

PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS... PARA TODOS?

Nas linhas que se seguem propomo-nos apresentar um comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 23 de Abril de 2009¹ (adiante "Acórdão"), acerca da Directiva 2005/29/CE relativa às Práticas Comerciais Desleais² (adiante "Directiva"). Iniciaremos a nossa recensão por um breve enquadramento jurídico das matérias versadas na Directiva, a preceder a análise concreta dos casos em apreço pelo órgão comunitário. Por uma questão de sistematização, aproveitaremos *in fine* o ensejo para tecermos algumas considerações pessoais.

Rate COUTO

Instituto Politécnico de Bragança

¹Acórdão proferido nos processos apensos C-261/07 e C-299/07, que têm por objecto pedidos de decisão prejudicial apresentados por Rechbank van koophandel te Amwerpen (Bélgica), por decisões de 24 de Maio e 21 de Junho de 2007, entrados no Tribunal de Justiça em, respectivamente, 1 e 27 de Junho de 2007, nos processos VTB-MB NV contra Total Belgium NV (C-261/07) e Galatea BVBA contra Sanoma

RPDC, Junho de 2009, n.º 58

RPDC, Junho de 2009, n.º 58

1. Breve enquadramento jurídico

A Directiva¹ que dá o mote à decisão comunitária assume-se, antes de mais, como uma Directiva de duplo escopo: por um lado, a protecção dos consumidores; por outro lado, o bom funcionamento do mercado interno. Tal dualismo, aliado à sua pretensão de centralidade e harmonização no domínio das práticas comerciais desleais, denotam a preocupação comunitária em assegurar a confiança dos consumidores no mercado, garantir a concorrência e promover o desenvolvimento de transacções comerciais transfronteiriças⁴.

Em jeito de inítróito, o regime comunitário define prática comercial como "qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o *marketing*, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores", cuja (des)lealdade deve ser aferida antes, durante e após a transacção comercial subjacente à relação de consumo⁵. A escolha negocial de um consumidor implica *conhecimento e liberdade*. Identificar e coarctar as práticas comerciais que influem nestas condições permite a concretização do

Magazines Belgium NV (C-299/07). O texto do Acórdão está disponível para consulta na WWW em <URL: <http://curia.europa.eu/>>.

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 do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho. A versão integral da Directiva, publicada no JO L 149 de 11.05.2005, p.22-39, está disponível para consulta na WWW em <URL: <http://eur-lex.europa.eu/>>.

³ Entre nós transposta pelo Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de Março.

⁴ Como pode ler-se na página de abertura do sítio *Web* da política dos consumidores da Comissão Europeia (na WWW em <URL: http://ec.europa.eu/consumers/pro/index_pt.htm>) "*a política de defesa dos consumidores (...) visa assegurar a existência de um mercado interno aberto, equitativo e transparente, no qual os consumidores tenham efectivamente liberdade de escolha, de onde estejam excluídos os comerciantes desonestos e cujo potencial as empresas possam aproveitar plenamente*".

⁵ Caracterizada como a relação que se estabelece entre um profissional que actua no âmbito da sua actividade económica e uma pessoa singular que actua com fins estranhos à sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional (cf. artigo 2.º a) e b) da Directiva). A Directiva aplica-se assim ao que contemporaneamente, muito por força do contexto internaeta, se designa comércio *business-to-consumer*, também referenciado pela correspondente sigla B2C.

direito dos consumidores à protecção dos seus interesses económicos, e a segurança jurídica de esteio da sua confiança transaccional. A Directiva proíbe assim as práticas comerciais que não permitem ao consumidor actuar com conhecimento (práticas enganosas) ou liberdade (práticas agressivas).

A proibição da desigualdade opera a diferentes níveis. Desde logo a Directiva plasma uma cláusula geral de proibição das práticas comerciais desleais⁶, preenchida por recurso aos conceitos de “desconformidade à diligência profissional”⁷ e “distorção substancial do comportamento económico do consumidor”⁸, por referência ao consumidor *médio* ou membro *médio* do grupo destinatário da prática comercial⁹. Em especial, a proibição de práticas comerciais desleais inclui as dirigidas a grupos particularmente vulneráveis à prática ou produto subjacente¹⁰ e as práticas enganosas e agressivas. Relativamente a estas duas últimas categorias, casos há em que se impõe o seu enquadramento nos termos da Directiva¹¹ como adiante veremos, outros em que a prática em ponderação é já considerada desleal “em qualquer circunstância” desobrigando da sua avaliação casuística¹².

As práticas enganosas podem sê-lo por conterem informações falsas ou susceptíveis de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais elementos da sua decisão

⁶ Cf. artigo 5.º n.º 2 da Directiva.

⁷ Entendida 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” (cf. artigo 2.º b) da Directiva).

⁸ Que o legislador comunitário define como a “utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por consequente, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo” (cf. artigo 2.º e) da Directiva).

⁹ Tido como o “consumidor ideal (pico (...)) normalmente informado e razoavelmente atento e advertido” (cf. Considerando (18) da Directiva). Com as dificuldades que o critério da mediana — não obstante a sua conveniência — acarreta na prática jurídica, e que aqui nos dispensaremos de explorar.

¹⁰ Em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade (cf. artigo 5.º n.º 3 da Directiva).

¹¹ Cf. artigos 6.º a 9.º da Directiva.

¹² A designada “lista negra” vertida no Anexo I da Directiva, ao qual remetemos por economia de espaço. Compreende 31 práticas comerciais identificadas como desleais em qualquer circunstância, tais como a “publicidade-isco”, a falsa utilização de ofertas limitadas, os esquemas em pirâmide, as vendas forçadas, a exortação directa às crianças, etc.

negocial (acções enganosas)¹³ ou, ao invés, por omitirem ou obscurecerem informações substanciais (omissões enganosas)¹⁴. Por sua vez, as práticas agressivas são aquelas em que haja limitação significativa da liberdade de escolha ou do comportamento do consumidor, por utilização — no caso concreto — de assédio, coacção ou influência indevida^{15,16}. Em ambos os casos, sempre no pressuposto de serem determinantes na decisão do consumidor¹⁷.

A Directiva deixa aos Estados-Membros a determinação das consequências da proibição das práticas comerciais desleais ao nível da validade dos contratos, definição da ilicitude e formas judiciais ou administrativas de tutela. Acentua ainda a importância da auto-regulação dos sectores económicos, no incentivo a códigos de conduta e boas práticas, e a mais-valia do envolvimento das entidades de promoção e defesa dos direitos dos consumidores neste processo¹⁸.

Nos artigos finais da Directiva, a União Europeia insta os Estados-Membros ao cumprimento do seu dever de informação dos consumidores¹⁹. Um normativo singular, que evocamos para sublinhar a importância de uma política séria de informação e educação do consumidor no incremento de uma cidadania mais activa e crítica.

2. Súmula da decisão do Tribunal

Para um mais rigoroso enquadramento da decisão do Tribunal de Justiça, importa agora compendiar as demandas que a motivaram.

À apreciação da instância comunitária vieram a ser submetidos dois casos concretos²⁰. No primeiro, a VTB (reparação de avarias) requer a cessação de uma prática da

¹³ Tais como características e riscos do produto, atributos do profissional, etc. (cf. artigo 6.º da Directiva).

¹⁴ Cf. artigo 7.º da Directiva.

¹⁵ O legislador comunitário define esta influência indevida como a utilização, pelo profissional, de uma posição de poder para pressionar o consumidor (cf. artigo 2.º j) da Directiva).

¹⁶ Cf. artigos 8.º e 9.º da Directiva.

¹⁷ Decisão relativa à aquisição do produto, exercício de direitos contratuais, etc. — cf. artigo 2.º k) da Directiva.

¹⁸ Cf. artigo 10.º e Considerando (20) da Directiva.

¹⁹ Cf. artigo 17.º da Directiva.

²⁰ Correspondentes aos processos, posteriormente apensos, VTB contra Total Belgium (C-261/07) e Galatea contra Sanoma (C-299/07).

Total Belgium (distribuição de combustível em estações de serviço) pela qual esta oferecia aos seus consumidores, detentores de determinado cartão e por dados abastecimentos, três semanas gratuitas de assistência na reparação de avarias. No segundo, a Galatea (loja de roupa interior) propõe a cessação da prática da Sanoma (editora) pela qual esta acompanhava um dos seus periódicos de uma caderneta de desconto para certas lojas de roupa interior.

Em causa estava uma lei nacional belga que proibia – salvo determinadas excepções – qualquer oferta conjunta a um consumidor efectuada por um vendedor, considerando existir tal oferta “quando a aquisição, gratuita ou não, de produtos, serviços ou quaisquer outras vantagens, ou de cupões que permitam a sua aquisição, está ligada à aquisição de outros produtos ou serviços”. O órgão jurisdicional belga de reenvio questionava se a Directiva se opunha à disposição nacional aqui descrita.

Os pleitos revelaram diversas problemáticas, que importa aqui analisar:

Primeiramente, a questão da admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, contestado pela circunstância da decisão de reenvio ter ocorrido antes do termo do prazo de transposição da Directiva comunitária, pelo que esta não seria ainda aplicável ao litígio. O Tribunal de Justiça não acolheu os argumentos expostos, contrapondo (bem, em nosso entender) que estava em causa a interpretação de uma disposição de direito comunitário, e que a partir da sua entrada em vigor as disposições pré-existentes no direito interno devem ser com ela conformadas.

Outra questão levantada foi a qualificação daquelas ofertas conjuntas como “práticas comerciais” na acepção da Directiva ou o seu tratamento jurídico distinto, como alegado pela VTB e pelo governo belga. A este propósito, o Tribunal de Justiça concluiu que a ampla definição de prática comercial da Directiva claramente abrangia actos comerciais como os descritos, visão que partilhamos.

No cerne, a questão da *harmonização* operada pela Directiva no tocante às práticas comerciais desleais. Foi intenção do legislador comunitário a introdução de regras uniformes para eliminar os obstáculos à livre circulação de serviços e produtos, e a aproximação das legislações dos Estados-Membros para se atingir “um elevado nível c

omum de defesa dos consumidores”²¹. Num quadro jurídico único assim delineado, o Tribunal de Justiça afirmou que a legislação nacional não poderia opor-se à regulamentação comunitária, ainda que para alcançar um nível mais elevado de protecção dos consumidores.

As práticas comerciais em apreço, consubstanciadas nas ofertas da Total Belgium e da Sanoma, não figuram entre a lista de práticas comerciais consideradas desleais em qualquer circunstância (Anexo I da Directiva), sendo esse rol o único que dispensa, como já referimos, a apreciação casuística²². Como tal, a aferição da sua deslealdade exige que no caso concreto a prática comercial distorça o comportamento económico do consumidor, impedindo-o de electuar escolhas esclarecidas e livres. Coerentemente, o entendimento do Tribunal de Justiça foi de que a lei belga, ao proibir aquelas ofertas independentemente das circunstâncias do caso e da influência da prática no consumidor, contraria o nível de convergência visado pela Directiva.

3. Notas pessoais

A análise deste Acórdão remete-nos para uma problemática que não é nova: a dos limites da “comunitarização”²³ e os eventuais conflitos de soberania nacional/comunitária daí advindos.

Num mercado interno altercado na livre circulação de produtos, serviços e pessoas, a harmonização legislativa e regulamentar é incontornável. As disparidades normativas são um travão, quer para empresas quer para consumidores. As primeiras deparam-se com distorções de concorrência e aumento de custos nas comunicações e promoções comerciais, que afectam a sua competitividade transfronteiras. Já os consumidores enredam-se em incertezas quanto aos seus direitos e desconfiança perante o mercado²⁴.

²¹ Cf. Considerandos (5), (6), (11) e (12) da Directiva.

²² Cf. Considerando (17) e artigo 5.º, n.º 5 da Directiva.

²³ Expressão do autor John Dickie.

²⁴ Cf., no mesmo sentido, os Considerandos (4) e (12) da Directiva.

Todavia, ainda que assumindo como evidente a necessidade de uma harmonização, o nível de tal harmonização permanece controverso. De um historial de definição de balizas mínimas de protecção, a União Europeia assume em variados domínios, como o que se ora nos apresenta, uma viragem para uma abordagem de harmonização plena²⁵. Palanques de protecção mais elevados já conquistados nos Estados-Membros, e aspectos de mercado secularmente modelados pelos padrões sociais e culturais dos diversos povos, podem assim ficar comprometidos... Em nome de uma imperativa "confiança europeia" que, lamentavelmente, muitas vezes se limita a figurar em *slogans* e lemas de um progresso que tarda em fazer-se notar nas vidas concretas dos consumidores.

²⁵ Sem prejuízo, entre outras, de práticas relacionadas com "serviços financeiros" (cf. artigo 3.º n.º 9 da Directiva) e práticas condicionadas por "razões de bom gosto e decência" (cf. Considerando (7) da Directiva), em que os Estados-Membros podem ter uma actuação mais restritiva.