

A cláusula geral do direito da concorrência desleal à luz da diligência profissional

**The general clause of the law against unfair commercial practices in the light
of the professional diligence**

Hans-Georg Koppensteiner

Professor Catedrático Emérito da Universidade de Salzburgo

Churfürststraße 1
A-5020 Salzburg, Austria

hans-georg.koppensteiner@sbg.ac.at

Maio de 2017

RESUMO: Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, e na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa) no âmbito do Mestrado em Direito Empresarial, no mês de Maio de 2017.

PALAVRAS-CHAVE: directiva 2005/29/CE; diligência profissional; B2B; B2C; direito antitrust; direito das marcas, autonomia privada; tribunal europeu; convenção de Paris

ABSTRACT: Conference imparted at the Faculty of Law, University of Porto, and at the Faculty of Law, Portuguese Catholic University (Lisbon School), on May 2017.

KEY WORDS: directive 2005/29/CE; professional diligence; B2B; B2C; antitrust; law of marks; private autonomy; European Court of Justice; Convention of Paris

SUMÁRIO:

1. Observações gerais
2. Sobre o entendimento da expressão “prática comercial desleal”
3. Consequências práticas

1. Observações gerais

1.1. Em 2005 foi promulgada a diretiva 2005/29/ CE, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno. Tal como o título indica, dirige-se exclusivamente às relações entre as empresas e os consumidores, frequentemente chamadas *business to consumers* (abreviadamente, B2C). Ressalvadas certas exceções que se prendem com outras diretivas, os Estados Membros são livres, por outras palavras, de procederem como acharem melhor, no que respeita à disciplina das relações concorrenenciais entre empresas (em versão abreviada, B2B).

A diretiva baseia-se no art. 153, nº 1 e nº 3 al. a), do Tratado CEE. Estas disposições preveem que a Comunidade deve contribuir para assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores, através das medidas a adotar em aplicação do art. 95 do Tratado. Hoje, as regras pertinentes encontram-se inalteradas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (abreviadamente, TFUE). Quanto ao âmbito de aplicação da diretiva, o seu art. 3, nº 4, diz-nos que, em caso de conflito entre disposições contidas nessa diretiva e em outras normas comunitárias, estas últimas prevalecem. Só nos ocuparemos aqui da diretiva citada, de 2005.

1.2. O conteúdo substancial da diretiva pode sumarizar-se como se segue: o art. 5 compõe-se de cinco números. O primeiro afirma simplesmente que as práticas comerciais desleais são proibidas. O número 2 concretiza de certa maneira esta regra muito geral, procurando definir o que são práticas comerciais desleais. Exigem-se dois elementos cumulativos.

Em primeiro lugar, a prática deve ser contrária às exigências impostas pela diligência profissional. Segundo a definição do art. 2, alínea h), trata-se – e passo a citar – do “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” (fim da citação). Esta é uma disposição, como se pode desde já dizer, que suscita as maiores dificuldades na interpretação da diretiva e coloca problemas maiores às leis de transposição da mesma. Constituirá, assim, o cerne da nossa apresentação.

A falta de diligência profissional, para ser desleal, deve ser completada por um segundo critério, isto é, para que a prática comercial seja desleal, torna-se necessário, ainda, que ela distorça ou seja suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor médio a que se destina ou que afeta. Como decorre do art. 2, alínea e), esta situação verificar-se-á se a prática comercial em questão for idónea a alterar sensivelmente a capacidade do consumidor de tomar uma decisão informada ou esclarecida (com conhecimento de causa), levando-o, portanto, a tomar uma decisão económica que, de outro modo (isto é, não fora essa circunstância), ele não teria tomado

Caso a prática seja destinada a um determinado grupo de consumidores, releva para o efeito o membro médio deste grupo.

O número 3 do art. 5 refere-se às práticas comerciais destinadas a um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, decorrente de doença mental ou física, idade ou credulidade. Se a prática for suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico de pessoas vulneráveis, de uma forma que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, ela deve ser avaliada do ponto de vista do membro médio deste grupo. Não intervém aqui, portanto, o critério da diligência profissional, aferida segundo o padrão da alínea h) do art. 2 (usos/"práticas de mercado honestas" ou "boa fé" no setor de atividade em causa).¹

No número 4 do mesmo art. 5, dispõe-se que são desleais, em especial, as práticas enganosas, tal como definidas nos artigos 6 e 7, e as práticas agressivas, no sentido dos artigos 8 e 9. O conteúdo exato destes artigos pode ser deixado aqui de lado, porque quase não tem consequências para a análise que se segue. O contrário vale, no entanto, para o número 5 do artigo 5. Este dispõe que as práticas comerciais contidas na lista, de resto extensa, do anexo I da diretiva têm de ser consideradas desleais em quaisquer circunstâncias.

Em resumo, temos uma cláusula geral proibindo práticas comerciais desleais, como acima descrito, mas completada com uma indicação exemplificativa de práticas enganosas ou agressivas. Além disso, existe uma vasta lista de comportamentos que são como tais proibidos em quaisquer circunstâncias.

Daqui resulta um sistema de apreciação ou exame de atos comerciais potencialmente em conflito com os ditames da diretiva, ou melhor, suscetíveis de afrontarem as correspondentes regras das leis de transposição dos Estados Membros. O primeiro passo consiste em saber se uma disposição da lista do anexo é ou não aplicável ao caso. Se não for, verificamos se a prática se insere no âmbito das disposições relativas às práticas enganosas ou agressivas. Só em terceiro lugar se deve examinar se a cláusula geral intervém.

Quanto ao resto da diretiva, apenas merece ser mencionado o art. 11, nº 1. Segundo este preceito, os Estados Membros devem assegurar a existência de meios adequados e eficazes para lutar contra as práticas comerciais desleais. Além dos consumidores, podem intentar uma ação judicial e/ou submeter o caso a uma autoridade administrativa as organizações representativas dos seus interesses. Os concorrentes também têm este direito. É este o ponto que interessa antes de mais realçar aqui. Na verdade, ele demonstra que a aplicabilidade da diretiva apenas às relações B2C tem os seus limites.

¹ Veja-se relativamente a esta disposição ASSUNÇÃO CRISTAS, "Concorrência desleal e protecção do consumidor", in Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles 90 Anos, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, 2007, p. 141, 149 s.

1.3. A diretiva insere-se num quadro regulativo muito mais vasto. Quero salientar dois aspetos, embora interligados. O primeiro faz parte da mesma diretiva. O art. 1, combinado com o que consta da exposição de motivos, diz que o objetivo da diretiva consiste em contribuir para o funcionamento correto do mercado interno, no qual a livre circulação de mercadorias e a liberdade de estabelecimento são asseguradas. Este espaço sem fronteiras pertence, de facto, aos princípios fundamentais da União Europeia. Ora, disparidades entre as legislações dos Estados Membros no domínio das práticas comerciais desleais criam obstáculos ao exercício das liberdades inerentes ao mercado comum, por aumentarem os custos para as empresas ao nível trans-fronteiriço, uma vez que estas são obrigadas a obedecer a regras diferentes consoante os países, p. ex., no campo de campanhas publicitárias ou promoções comerciais. O fim da diretiva consiste em eliminar estes obstáculos, através da harmonização das legislações dos Estados Membros relativas às práticas comerciais desleais que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores e indiretamente os interesses de concorrentes.

O segundo aspeto refere-se ao facto de as regras contra atos comerciais desleais constituírem tão-só um segmento de um sistema mais vasto de proteção da concorrência não falseada, incluindo também a proteção contra outras afetações ou restrições. Estou a falar, em primeiro lugar, das disposições de defesa da concorrência constantes dos arts. 101 e 102 do TFUE, que, no essencial, proíbem os cartéis, quer dizer os contratos restritivos da concorrência, e os abusos de posição dominante no mercado relevante. Um regulamento sobre o controlo de fusões e outras operações de concentração económica completa o sistema, colmatando uma lacuna nas regras do Tratado. Ao conjunto formado por estes instrumentos normativos pode chamar-se direito *antitrust* (em português, direito da concorrência, sem mais, ou direito de defesa da concorrência²).

Para a tutela da concorrência concorre também, em uma boa parte, o direito da propriedade industrial, nomeadamente o relativo aos sinais distintivos, com especial destaque para o direito das marcas³. Quando nos deparamos com questões de duvidosa interpretação, é importante ter todo este conjunto normativo de proteção em mente, a fim de evitar inconsistências. Por exemplo, dado que eventuais contratos destinados a proibir atos de concorrência desleal não podem ser subsumidos na noção de restrição da concorrência no sentido do art. 101 TFUE, é claro que estender o conceito de deslealdade diminui ao mesmo tempo o campo de aplicabilidade do direito dos cartéis. Este efeito deve, portanto, ser levado em consideração ao interpretar a assinalada cláusula geral do regime dos atos ou práticas comerciais desleais. Um outro exemplo: O direito das marcas contém uma regra segundo a

² Note-se que a terminologia é diferente da usada na Alemanha e na Áustria, onde *Wettbewerbsrecht* (direito da concorrência) significa direito da concorrência desleal (direito comum/geral da concorrência) e *Kartellrecht* (direito dos cartéis) significa direito (de defesa) da concorrência.

³ Recorda-se que, segundo o artigo 1 do CPI, a propriedade industrial cumpre a função de garantir a lealdade da concorrência; no caso das marcas, proscrevendo os atos de confusão, indução em erro e outras formas de falseamento da concorrência. Note-se também que, nas versões portuguesas dos acórdãos do TJUE, “sistema de concorrência não falseada” é o mesmo que “sistema de concorrência leal”.

qual o detentor de uma marca bem conhecida tem direitos mais abrangentes que os ligados a uma marca “normal”. É excluído por isso um entendimento da atuação desleal que contradiga esta distinção.

Aprofundemos um pouco o relacionamento entre o direito *antitrust* e o direito da concorrência desleal. Um bom ponto de partida é a função da concorrência. Ela consiste em oferecer aos participantes no mercado alternativas para satisfazerem necessidades e demandas concretas de bens ou serviços. Para os que ocupam no mercado o lado oposto à demanda, ou seja, os fornecedores de bens ou serviços, que produzem ou distribuem as mercadorias que são objeto de procura, isto importa uma pressão constante, tendo que se confrontar permanentemente com os esforços dos concorrentes, que também visam ganhar ou reter clientes. Para os envolvidos, este efeito é muito incômodo. Por vezes, é suscetível de pôr em perigo a própria existência continuada da empresa.

Decorre daqui, por isso, uma grande tentação de evitar a concorrência. Existem diversas maneiras de o fazer. Assim, pode eliminar-se a concorrência através de operações de fusão, de compra de empresas concorrentes ou de coordenação completa das respetivas atividades empresariais. Na prática, são mais importantes, no entanto, os contratos que apenas coordenam certas partes da atuação empresarial, por exemplo, no campo dos preços, ou mediante repartição dos mercados, geograficamente ou por clientes. Uma outra possibilidade para atenuar a pressão da concorrência é a de combater concorrentes, não com melhores ofertas, mas sim através do uso de medidas que não têm nada a ver com o mérito da prestação oferecida. Incluem-se neste último caso, por exemplo, as práticas destinadas a enganar potenciais parceiros de negócios.

Das observações precedentes resulta a justificação e a necessidade de um direito de tutela da concorrência. Deve assegurar-se a sua efetividade e persistência - sendo esta a missão do direito de defesa da concorrência (direito *antitrust*), que surge assim como um direito de proteção da existência da mesma – e deve assegurar-se que as empresas se comportam de tal maneira, que as decisões de potenciais clientes não são distorcidas ou falseadas, sendo esta a tarefa de um direito a que podemos chamar de proteção da qualidade da concorrência.

Mas há um aspeto suplementar. A imposição da concorrência é necessária também para assegurar o funcionamento justo de um dos princípios fundamentais do direito privado, o da autonomia privada. Com efeito, o contrato só pode equilibrar interesses divergentes se a capacidade dos contratantes para influenciar o seu conteúdo for mais ou menos igual. Sob este ponto de vista, a concorrência apresenta-se como um instrumento importante de neutralização do poder de uma das partes da relação contratual.⁴

Do que foi dito decorre que a concorrência constitui um mecanismo não só de interesse geral, mas também de interesse privado, mais precisamente, do interesse dos participantes no mercado, em particular dos consumidores.

⁴ Mais extensamente, KOPPENSTEINER, “Markt, Wettbewerb und Vertrag”, *Juristische Blätter* 2015, pp. 137, 138 s. com mais referências.

Aqui chegados, cabe perguntar: como pode descrever-se o exato relacionamento entre o direito *antitrust* e o direito da concorrência desleal? Antes de mais, importa salientar que a proibição de atos concorrenenciais desleais não teria sentido se não houvesse concorrência. Por isso, a proteção da sua existência tem primazia, constitui, por outras palavras, um *prius* em relação à proteção da respetiva qualidade. Esta constatação geral é confirmada pela história do direito relativo à concorrência, pelo menos na Alemanha.⁵ Antes da entrada em vigor do direito *antitrust*, a preexistente cláusula geral dirigida a atos desleais era entendida como incluindo comportamentos que atualmente recarriam no direito *antitrust*.

Mais tarde, veio a prevalecer a divisão do direito da concorrência em dois segmentos considerados inteiramente diversos, sendo a proteção da sua existência reservada ao direito *antitrust*, enquanto a proteção da qualidade se entende como tarefa exclusiva do direito da concorrência desleal. Um professor americano ilustrou esta antinomia através da imagem de um pugilato: O direito *antitrust* devia impedir que os pugilistas combinassesem o resultado, o direito da concorrência [desleal], que um dos pugilistas integrasse ferraduras nas luvas.

Atualmente, este conceito ainda se apresenta, no essencial, correto, mas não é correta a confrontação antinómica dos dois segmentos, considerando-os de sentido oposto. Na verdade, a opinião predominante na Áustria e na Alemanha, que eu acho correta, considera como atos de concorrência desleal os chamados “impedimentos de mercado gerais” (uma tradução literal mas talvez enganadora da expressão alemã “allgemeine Marktbehinderung”)⁶, entendendo que eles se acham abrangidos pela cláusula geral do direito da concorrência desleal. Trata-se de comportamentos que não são por si sós, sem mais nada, desleais, mas que implicam um perigo concreto de afastar concorrentes do mercado, com a consequente eliminação quase total da concorrência no mesmo. Nestes casos é, por isso, bem possível que o preceito que proíbe o abuso de posição dominante, por um lado, e o direito da concorrência desleal, por outro lado, tenham de ser aplicados paralelamente.

1.4. Voltemos ao tópico específico da conferência. Como as diretivas não são diretamente aplicáveis, elas precisam de ser transpostas para os direitos nacionais. Em Portugal, no que respeita à diretiva 2005/29/CE, isto foi feito pelo Decreto-Lei 57/2008, alterado pelo DL 205/2015. Tecnicamente, as normas pertinentes utilizam mais ou menos o vocabulário da diretiva. No que toca às relações entre empresas (B2B), que, repito, não estão

⁵ Para a Austria, veja-se KOPPENSTEINER, *Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. ed (1997) p. 656.

⁶ Veja-se KOPPENSTEINER, “Marktbezogenen Unlauterkeit und Missbrauch von Marktmacht, Wettbewerb”, in *Recht und Praxis* 2007, p. 475 ss. Trata-se de comportamentos que causam uma disruptão ou perturbação geral do mercado de concorrência (*Marktstörung*), levando na prática à eliminação quase total desta (e não, por exemplo, à simples eliminação de um determinado concorrente). Com o desenvolvimento do direito *antitrust*, a importância deste tipo de atos - enquanto atos de concorrência desleal - diminuiu substancialmente, embora subsista a possibilidade de uma qualificação de certo comportamento, simultaneamente, como ilícito anticoncorrencial (abuso de posição dominante, violador do direito de defesa da concorrência) e como ofensivo do direito da concorrência desleal.

compreendidas no âmbito da diretiva, o DL 205/2015 declara parcialmente aplicável às mesmas o seu regime relativo às relações B2C (art. 1, nº 2, e art. 7, nº 3, do DL 57/2008). Uma regra correspondente, mas mais vasta, encontra-se numa alteração ao Código da Publicidade⁷.

Na Áustria e na Alemanha, procedeu-se diferentemente. Em ambos os países, estão em vigor leis sobre a concorrência desleal abrangendo em princípio toda a matéria. Estas leis, tradicionalmente, não distinguiam entre relações B2C e B2B. Quando se transpôs a diretiva, esta distinção foi formalmente introduzida. Mas já o governo austríaco, ao submeter o projeto de lei ao parlamento, fez saber, na exposição de motivos oficial, que as relações entre empresas não deviam ser reguladas de modo diferente do estabelecido para as relações entre as empresas e os consumidores, porque – e passo a citar – a proteção das empresas e a proteção dos “consumidores não são separáveis” (fim de ci Um tal entendimento da lei é dominante na Áustria. Isto significa que o § 1, nº 1, da lei da concorrência desleal, apesar de regular só as relações B2B, ainda assim, é interpretado de modo a incluir também a diligência profissional do art. 2, alínea h), da diretiva. Deste modo, é possível evitar um entendimento “clivado” da lei relativa à práticas comerciais desleais. Na Alemanha, prevalece idêntica opinião. Um argumento a seu favor encontra-se no art. 10bis da Convenção de Paris de 1883, que vigora em todos os Estados Membros. Se bem que esta disposição só diga, em princípio, respeito à proteção dos concorrentes, a concorrência leal é definida por referência a usos ou práticas de mercado honestas. A transposição desta formulação para o art. 2, alínea h), da diretiva aponta por isso para a unidade dos critérios da deslealdade, quer no que respeita às relações B2B, quer no que toca às relações B2C.

1.5. O art. 2, alínea h), contém muitas palavras, mas apresenta pouca clareza. Com efeito, já a questão de saber o que é uma prática honesta de mercado se mostra muito duvidosa. Acrescem noções igualmente enigmáticas como “cuidado que se pode razoavelmente esperar” ou “princípio geral da boa fé”. Mais importante para o problema a tratar aqui, é que a terminologia do artigo tem pouco a ver com a concorrência, descrevendo, sim, deveres a favor do consumidor que decorrem do direito civil, mais precisamente do direito das obrigações. Por outro lado, é hoje em dia mais ou menos reconhecido entre nós que a

⁷ Após a entrada em vigor do DL 57/2008, a publicidade que tem como destinatários os consumidores passou a ser regulada por ele. A restante publicidade - em especial a enganosa e comparativa (arts. 11 e 16 do CPub) - continuou a ser regulada pelo Código da publicidade (art. 43 deste Código, acrescentado por aquele DL). Mas o artigo 11.1 deste Código passou a dispor: “É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores”. O nº 3 do art. 7 da LPCD, acrescentado pelo DL 215/2015, determina: “Nas relações entre empresas é enganosa a prática comercial que contenha informação falsa ou que, mesmo sendo factualmente correta, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro em relação aos elementos identificados nas alíneas a) a d) e f) do nº 1.”. O DL 57/2008 também alterou o artigo 16 do CPub, acrescentando ao nº 2 alínea d), ou seja, “A publicidade comparativa, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, só é consentida, no que respeita à comparação, desde que respeite as seguintes condições: (...) d) Não gere confusão no mercado entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente”.

cláusula geral das leis relativas à concorrência desleal, sobretudo a própria noção de deslealdade, deve ser interpretada, não de um ponto de vista moral, mas sim de acordo com as exigências de uma concorrência não falseada, quer dizer, objetivamente. Daqui decorre o problema a analisar em seguida. Será que a diretiva nos obriga a abdicar desta última conceção ou não? É ela conciliável com a do art. 2, alínea h), da diretiva, podendo ambas existir simultaneamente? Abordaremos o problema começando por desenvolver os argumentos a favor dum entendimento concorrencial das práticas desleais. Depois, vamos analisar o que significa o art. 2, alínea h), neste contexto.

2. Sobre o entendimento da expressão “prática comercial desleal”

2.1. Imaginem, durante uns minutos, que o art. 5 da diretiva não continha o nº 2, limitando-se assim a uma mera interdição das práticas comerciais desleais. É óbvio, à partida, que as palavras leal e desleal, mesmo no seu contexto comercial ou de mercado, não têm um significado claro e preciso. Bem pelo contrário, contêm um largo espaço para diversos sentidos possíveis. Pode dizer-se até que estas palavras apelam mais ao estômago do que ao cérebro. Na linguagem de todos os dias, esta incerteza não faz muito mal. Para nós, juristas, nomeadamente para os juízes, que devem justificar porque se considera certo ato como desleal, a situação é fundamentalmente diferente. Quais são então as possibilidades de destilar uma noção a partir das palavras leal/desleal, com base na qual casos concretos possam ser apreciados com um aceitável grau de segurança jurídica?

Uma primeira indicação provém do próprio Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O protocolo nº 27 (comum ao TFUE), sobre o mercado interno e a concorrência, prescreve que a Comunidade deve erigir um sistema que proteja a concorrência dentro do mercado único contra falseamentos⁸. Antes da revisão de Lisboa, esta disposição fazia parte do próprio Tratado [TCE], mais precisamente do seu art. 3, alínea g). Mas nem o seu teor, nem o seu significado normativo para os órgãos da União e como base da interpretação do direito secundário foram modificados. Relativamente a este último ponto, recorde-se que o Tribunal Europeu tem decidido de forma constante que o direito secundário (ou derivado) precisa de ser interpretado em conformidade com o Tratado, tal como o direito nacional deve ser entendido de acordo com o direito europeu. É evidente que a cláusula sobre a concorrência que citamos anteriormente se refere, antes de tudo, aos artigos sobre os cartéis e os abusos por parte de empresas detentoras de uma posição dominante; mas não só a eles. Na verdade, o direito da concorrência desleal também diz respeito a “falseamentos” da mesma; o mesmo sucedendo com o direito das marcas, como o TJUE tem repetidamente recordado.⁹ Conclui-se, assim, que o direito primário da União fornece um

⁸ Segundo o Protocolo, o mercado interno (sobre este, cfr. o art. 3 do TUE) “inclui um sistema capaz de assegurar que a concorrência não seja falseada”.

⁹ Por exemplo Acórdão 14.9.2010 (C-48/09P). Mais referências em KOPPENSTEINER, *Markenrecht*, 2012, p. 14, N. 44.

argumento sólido para uma interpretação concorrencial da deslealdade, antes de mais, no âmbito da diretiva e, em seguida, no plano do direito nacional correspondente.

Um segundo argumento, não menos importante, decorre – na Áustria e na Alemanha – da génese da cláusula geral das leis sobre a concorrência desleal. Na Alemanha, a cláusula foi introduzida depois de se ter verificado que as disposições da lei originária (a qual só continha regras visando atos concretos de comportamento desleal) eram insuficientes para preencher o campo de modo satisfatório. Por outro lado, considerou-se que era impossível resolver o problema através do recurso a mais disposições enunciativas de atos de concorrência desleal, uma vez que são quase inesgotáveis as “invenções” de práticas criticáveis do ponto de vista de uma leal concorrência. Esta génese demonstra que o alvo da reforma não consistiu, de maneira nenhuma, em substituir as ideias reitoras da lei originária. Pelo contrário, decorre daqui que tais ideias devem estar presentes também quando se lida com o entendimento da cláusula geral.

A lei austríaca orientou-se pelo modelo em vigor na Alemanha. Em perfeita conformidade, o redator da lei austríaca escreveu num comentário acompanhante que as interdições de comportamentos concretos têm de ser consideradas como géneros de deslealdade compreendidos na cláusula geral.

Mais importante, ainda, a exposição de motivos da própria diretiva confirma este ponto de partida. No nº 13 desses motivos, lê-se expressamente que a proibição geral – e passo a citar – é “concretizada por disposições sobre os dois tipos de práticas comerciais que são de longe os mais comuns, ou seja, as práticas enganosas ou agressivas” (fim de citação). É quase impossível compreender esta passagem de outro modo que não seja sublinhando a identidade dos valores que subjazem às regras especiais, por um lado, e à cláusula geral, por outro. A composição sistemática do art. 5 confirma este resultado. O nº 2 descreve, em geral, o que é uma prática comercial desleal. O nº 4, encimado pela locução “em especial”, dispõe que são desleais as práticas enganosas e agressivas. Deste modo, a mesma diretiva qualifica estas práticas como exemplos do que é um ato desleal. Por outras palavras, ela está construída em conformidade com a conceção prevalecente na Áustria e na Alemanha, ou seja, com o entendimento de que a noção de prática desleal na cláusula geral deve ser desenvolvida indutivamente com base nas interdições especificadas das práticas enganosas e agressivas¹⁰.

O DL nº 57/2008, que transpôs a diretiva para o direito português, já nosso conhecido, corresponde perfeitamente a este propósito, concretizando no artigo 6 - com referências às práticas enganosas e agressivas, precedidas da expressão “em especial”- a cláusula geral do art. 5. As práticas referenciadas são pilares de uma concorrência não falseada. Só um consumidor não enganado pode decidir de forma razoável, ou seja, conforme aos seus interesses, no sentido de aceitar ou não uma oferta. E o mesmo é verdade no que respeita às práticas agressivas. Estas práticas também são suscetíveis de distorcer decisões

¹⁰ Sobre este método (indutivo) de interpretar o direito nacional, KOPPENSTEINER, *Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, 1997, cit., p. 651 ss.

comerciais do consumidor. O resultado da aplicação do método indutivo para discernir o conteúdo da deslealdade deve ser, por isso, o de que esta noção tem de ser interpretada segundo o critério da concorrência não falseada.

Apontam na mesma direção os exemplos dados no nº 3 do art. 10bis da Convenção de Paris, mais concretamente: atos suscetíveis de gerar confusão, denegrição dos concorrentes através de asserções falsas, afirmações aptas a enganar o público. Essencialmente, estes exemplos abrangem o mesmo que se pode retirar da diretiva. Sobre a relevância da Convenção para o entendimento da diretiva, já foi dito o que consideramos ser necessário.

Finalmente, não se deve negligenciar que as regras relativas à concorrência desleal e as regras de defesa da concorrência, que proscrevem comportamentos e arranjos anti-competitivos, formam um conjunto [que deve ser harmónico], como já mencionámos. O objetivo das regras pertencentes à segunda categoria consiste em garantir a concorrência livre, não falseada, por um lado, e, por outro lado, em exercer uma pressão no sentido de os detentores de posições dominantes se comportarem como se houvesse concorrência. Como no direito da concorrência desleal, embora com um instrumentário diferente, o efeito visado é nomeadamente o de assegurar a liberdade de escolha por parte do grupo de pessoas e entidades que procuram ou são destinatárias da oferta de bens e serviços, incluindo os consumidores e as empresas. Recorda-se que os contratos que reafirmam, especificam ou explicitam a proibição legal dos atos de concorrência desleal são lícitos, designadamente em face do direito *antitrust*. Daqui decorre, e repito-me uma vez mais, que a noção da deslealdade não deve ser interpretada de forma a que os fins do direito *antitrust* sejam afetados. Ora, as valorizações subjacentes a estes fins depõem fortemente no sentido de um entendimento da concorrência desleal não orientado por critérios como os da honestidade ou da boa fé, mas sim por exigências objetivas de uma concorrência não falseada.

Em decisões recentes, o Tribunal Federal alemão (BGH)¹¹ e o TJUE¹² vieram confirmar este entendimento, embora a posição do TE - ao afirmar que a perspetiva relevante para aferir a diligência profissional é a das expectativas do consumidor - deixe margem para dúvidas.

2.2. A soma dos argumentos em favor desta hipótese parece ser tão convincente, que nos encontramos perante um verdadeiro dilema, dado que também temos de tomar em conta a existência do art. 2, alínea h), da diretiva, que, como dissemos, contradiz aparentemente os resultados alcançados até agora. Contudo, o âmbito deste dilema é limitado. Relativamente às interdições contidas no anexo 1, já sabemos que elas intervêm sempre, ou seja, que, quanto a elas, o artigo 2, alínea h), nunca é aplicável. O mesmo se aplica às práticas enganosas ou agressivas em geral. O problema desaparecia de resto, se entendêssemos a afirmação do Tribunal Federal relatada há uns momentos como dado adquirido. Mas ainda

¹¹ Acórdão de 12.12. 2013 (8i ZR 192/12).

¹² Acórdão de 7.9.2016 (C-310/15).

não é certo se o TJUE confirmará este conceito. Parece útil por isso a analisar o problema com base no texto contido no art 2, al. h).

Na linha do defendido pela doutrina, o Tribunal Europeu tem decidido que esta disposição não deve intervir quando as proibições mencionadas se aplicam. Por outras palavras: as práticas enganosas ou agressivas devem considerar-se sempre como contrárias às exigências do art. 2, al. h)¹³. Esta constatação, como vamos ver, mostra-se elucidativa ao analisar-se a parte restante do dilema anteriormente mencionado, quer dizer, a cláusula geral.

Uma primeira possibilidade de contornar o problema é a de simplesmente aplicar concomitantemente um dos critérios em questão – a interpretação concorrencial da cláusula geral – ao lado do outro – os elementos do art. 2, alínea h) (cuidado que se pode razoavelmente esperar, princípio da boa fé, ...). Mas esta saída não se afigura viável, porque critérios distintos e não convergentes levariam necessariamente a resultados arbitrários. Desta forma, impedir-se-ia pura e simplesmente um entendimento sistemático e teleologicamente consistente da diretiva. Um juiz podia orientar-se por um ou por outro dos critérios, na medida em que um determinado resultado lhe parecesse desejável. Isto não é aceitável, desde logo por razões que decorrem do Estado de Direito.

Sendo assim, recordemos que as práticas enganosas e agressivas fornecem uma das justificações, talvez a mais importante, para uma compreensão concorrencial da cláusula geral. O outro lado da medalha é que o art. 2, alínea h), não se aplica no contexto destas práticas, uma vez que se considera que elas estão em conflito *per se* com esta disposição. Ao combinar estes dois aspetos, chegaríamos à conclusão de que o art. 2, alínea h), devia também ser negligenciado no âmbito da cláusula geral. Mas não é tão simples assim, porque é inadmissível entender normas legais de maneira a que elas percam qualquer espaço de aplicabilidade. Por isso, a única possibilidade para resolver o problema é provavelmente a de encontrar argumentos que permitam uma interpretação concorrencial do próprio art. 2, alínea h).

O elemento que mais se presta a isso é a “prática honesta do mercado”. Com efeito, uma parte da doutrina defende a tese segundo a qual a prática honesta equivale a uma prática lícita na ótica da concorrência leal. Recordar-se-ão de que a “prática honesta” veio transferida do art. 10bis da Convenção de Paris. Também aí é geralmente admitido que a noção tem de ser entendida funcionalmente, no sentido de que precisa de ser interpretada conforme as exigências de uma concorrência não falseada. No âmbito da diretiva, visa esta solução, como notámos, a necessidade de compatibilizar o que se infere da regulamentação das práticas enganosas e agressivas com o art. 2, alínea h). Acresce que há mesmo autores que explicam o art. 2, alínea h), como um instrumento destinado a impedir os Estados-Membros que antes da diretiva não tinham uma cláusula geral de introduzirem uma tal cláusula orientada por valores “morais” (*boni mores*).

¹³ Cfr., designadamente, o Acórdão do TJUE de 19.09.2013 (C-435/11).

Independentemente das interpretações existentes: o facto de a diligência profissional - quase não concretizada pelos termos muito imprecisos do art. 2, alínea h) - fazer parte da definição da prática desleal do art. 5, nº 2, da diretiva não diz nada sobre o seu peso relativo dentro desta noção. É por isso que, segundo alguns autores, o art. 2, alínea h), não serve como base para proibir certos atos comerciais, funcionando, sim, como defesa, oferecendo ao juiz uma possibilidade para declarar excepcionalmente lícitos comportamentos que no quadro da conceção concorrencial da deslealdade (concorrência não falseada) deviam ser interditos. Mesmo que a nossa interpretação concorrencial do art. 2, alínea h), não seja aceite, subsistirá, assim, um âmbito de aplicabilidade do preceito (ainda que as hipóteses de aplicação sejam muito reduzidas).

Podemos, pois, concluir que a cláusula geral da diretiva, e consequentemente também as regras correspondentes nos direitos nacionais, têm de ser entendidas neste sentido.

3. Consequências práticas

Para acabarmos, vou apresentar alguns exemplos, demonstrando quais são as diferenças práticas entre as duas hipóteses relativas ao conteúdo da noção “concorrência desleal”.

3.1. Ao apreciar casos concretos, a jurisprudência tradicional orientada pelos *boni mores*, ou seja, por categorias morais, afirmava que não podia haver concorrência desleal se o acusado desconhecesse as circunstâncias que levam a qualificar um seu ato como desleal. Com base em tal premissa, esta conclusão parece de facto inevitável, porque agir contra a ordem moral pressupõe que os factos ou circunstâncias que desqualificam a conduta sejam conhecidos do agente. Hoje em dia, este postulado antigo pode encontrar-se facilmente no art. 2, alínea h), em particular na respetiva alusão à “prática honesta” e à “boa fé”.

Todavia, o sentido das interdições do direito da deslealdade concorrencial que está presente nas ações inibitórias, de não repetição no futuro de atos proibidos, não consiste em penalizar o demandado, mas sim em impedi-lo de manter comportamentos ilícitos. Daqui decorre que a deslealdade tem geralmente de ser interpretada objetivamente, sendo irrelevantes as intenções ou o conhecimento das pessoas em relação às quais a questão se põe.

3.2. O meu segundo exemplo tem a ver com a prática de oferecer um segundo produto a um preço muito baixo se alguém comprar o primeiro. Originariamente, os tribunais tenderam a qualificar práticas deste tipo como desleais. Se bem que esta jurisprudência tenha sido atenuada mais tarde, ainda permanecem acordos na linha tradicional. Queria dirigir a vossa

atenção para um caso relativamente recente. Uma editora ofereceu a pessoas recém-casadas bicicletas, com redução do preço normal em mais ou menos 350 €, sob a condição, porém, de que assinassem um diário para 2 meses que custava cerca de 30 €. O Tribunal Supremo austríaco proibiu esta forma de publicidade. A razão dada foi que os interessados eram “seduzidos” a fazer a assinatura do jornal de uma maneira tal, que não ponderavam se verdadeiramente a queriam ou não. O argumento, embora paternalista, parece sustentável no quadro de uma conceção tradicional das práticas honestas, segundo a qual se podia facilmente dizer que não incluía a publicidade destinada a motivar consumidores a comprarem uma coisa que de outra maneira não teriam adquirido. Considerado na perspetiva (objetivista) da concorrência não falseada que hoje constitui direito vigente, o julgamento deverá levar ao resultado oposto, uma vez que um casal que aceite uma oferta deste género na posse de todas as informações relevantes está a agir de modo perfeitamente razoável. Incentivar tais comportamentos não pode ser desleal, como já confirmou o Tribunal Europeu.

3.3. O meu último exemplo refere-se a uma linha da jurisprudência que considera violadora da cláusula geral do direito da concorrência desleal a infração de normas legais. Pois um comerciante honesto – assim o argumento – obedece às leis. Partindo desta premissa, os tribunais austríacos concederam que não havia deslealdade se o entendimento da regra legal pertinente por parte do acusado fosse sustentável. Depois da transposição da diretiva, os tribunais não abandonaram esta jurisprudência, mas conservaram-na por razões inteiramente distintas. O que é decisivo agora já não são considerações morais. Em vez disto, afirma-se que a capacidade de agir livremente nos mercados, característica de uma concorrência funcionante, seria restringida se as empresas devessem orientar-se sempre pela interpretação mais estrita da norma legal em questão.

Apesar de esta posição se inserir num entendimento concorrencial da cláusula geral, é questionável que a mesma forneça uma solução inteiramente satisfatória. É elucidativo, neste contexto, deitar um olhar para a evolução do problema. Até ao início dos anos setenta do século XX, os tribunais supremos austríaco e alemão distinguiam, a este respeito, entre leis eticamente fundamentadas e eticamente neutras. Numa segunda fase, esta distinção foi substituída por uma outra, que consistia em diferenciar as normas relativas à concorrência das outras, desprovidas de finalidade concorrencial. Com base nesta distinção foram formulados exigências diferentes no que respeita à intensidade do prejuízo para a concorrência. Tratando-se de lei relativa à concorrência, uma simples violação da mesma era suficiente para qualificar o ato como desleal. Nos outros casos, era necessária a obtenção de uma vantagem concorrencial, ou seja, a existência de violações diversas da lei em questão.

A partir dos fins dos anos oitenta o tratamento da questão na Alemanha e na Áustria dividiu-se. Na Alemanha, manteve-se, no essencial, a orientação preexistente. Desde a última

reforma da lei da concorrência desleal, ocorrida em 2015, esta passou a conter um preceito específico sobre o assunto. Segundo este preceito, é desleal um comportamento incompatível com uma lei destinada a regular comportamentos de mercado no interesse dos participantes neste mercado e suscetível de prejudicar sensivelmente os interesses dos consumidores, de outros participantes no mercado ou dos concorrentes. A novidade mais óbvia, aliás conforme com a proteção dos concorrentes noutros aspetos, é que o efeito da lesão de uma norma qualificada precisa de ser sensível. Note-se, porém, no campo da aplicabilidade da diretiva deve bastar que um único consumidor fosse levado a tomar uma decisão que não teria tomado sem o comportamento em questão. Porém, trabalhadores neste papel não são consumidores, como foi recentemente decidido.¹⁴ Disposições destinadas a proteger os seus interesses regulam relações internas dentro da empresa. Por isso não se referem ao comportamento no mercado. O tribunal concluiu que a lei sobre a concorrência desleal não é aplicável.

Na Áustria, o tribunal supremo procedeu de modo diferente daquele a que já aludimos, mas ainda sem precisão suficiente. A questão de saber se a interpretação de uma regra legal pelo demandado numa ação é ou não sustentável não se coloca quando estejam em causa proibições contidas na própria lei sobre a concorrência desleal ou em outras leis que perseguem o mesmo objetivo. Lesões deste tipo de leis são desleais sem mais nada.

O problema dos casos restantes é que, segundo a posição do tribunal supremo, cada violação de uma lei qualquer pode cair no âmbito da deslealdade. Contudo, é pacífico na Alemanha que o papel das regras sobre a concorrência desleal não pode ser sancionar todas as infrações duma lei, incluindo preceitos fiscais ou do direito das sociedades. Dado o leque de pessoas e instituições legitimadas a intentar uma ação fundada em alegado comportamento desleal, este resultado não pode convencer. Por isso a solução alemã merece ser aceite também na Áustria.

(texto submetido a 26.05.2017 e aceite para publicação a 2.06.2017)

¹⁴ BGH 23.6.2016 (I ZR 71/15).