



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

As Práticas Comerciais Desleais:

Qual o âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais?

Maria do Rosário Ferreira Malheiro Tavares de Pina

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**As Práticas Comerciais Desleais:
Qual o âmbito de aplicação da Diretiva
2005/29/CE relativa às práticas comerciais
desleais?**

Maria do Rosário Ferreira Malheiro Tavares de Pina

Orientador: Professor Doutor Nuno Sousa e Silva

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

Aos meus Pais, à Carminho e ao Lourenço,

Resumo

As práticas comerciais utilizadas pelos profissionais muitas vezes são consideradas enganosas ou agressivas, tornando-se desleais ao impedirem o consumidor de tomar decisões livres e esclarecidas. Têm em vista o poder económico, desconsiderando a parte mais fraca da relação de consumo – o consumidor. Para o proteger destas decisões que não teria tomado se não fosse sujeito a este tipo práticas, surgiu no âmbito do Direito Consumidor a Diretiva 25/2009/CE relativa às práticas comerciais desleais que visa a proteção do consumidor e o aperfeiçoamento do mercado interno. Esta é uma Diretiva de harmonização máxima que se destina a regular as relações entre profissionais e consumidores, limitando o seu âmbito às relações B2C. Neste trabalho vamos analisar a Diretiva de forma a questionar qual é realmente o seu âmbito.

Palavras-chave: práticas comerciais desleais, relações B2C, direito do consumidor, concorrência desleal.

Abstract

Commercial practices used by professionals are often considered misleading or aggressive, becoming unfair by preventing the consumer to make free and informed decisions. They aim economic power, disregarding the weakest party in the consumer relationship - the consumer. To protect them from these decisions that they would not have taken if they were not subjected to this type of practices, the Directive 25/2009/EC on unfair commercial practices emerged in the context of Consumer Law, aiming to protect consumers and improve the internal market. This is a maximum harmonization Directive that is intended to regulate the relationship between professionals and consumers, limiting its scope to B2C relationships. In this paper we will analyze the Directive in order to question what its scope is actually.

Keywords: unfair commercial practices, B2C relations, consumer law, unfair competition.

Índice

| | |
|---|----|
| <i>Resumo</i> | 4 |
| <i>Abstract</i> | 4 |
| <i>Lista de abreviaturas</i> | 6 |
| <i>Introdução</i> | 7 |
| <i>A proteção dos consumidores na União Europeia e a sua evolução até às práticas comerciais desleais</i> | 9 |
| <i>A Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005</i> | 11 |
| Origem e propósito | 11 |
| Caracterização geral do regime | 15 |
| Cláusula geral | 16 |
| Práticas comerciais enganosas e agressivas | 18 |
| A lista negra..... | 19 |
| Âmbito de aplicação da Diretiva | 20 |
| A uniformização do regime | 22 |
| O consumidor médio | 24 |
| Consumidor particularmente vulnerável | 26 |
| <i>A transposição e aplicação do regime nos diferentes Estados-Membros</i> | 26 |
| O Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março | 27 |
| Problemas da implementação e aplicação do regime nos diferentes Estados-Membros 28 | |
| A Incerteza Jurídica | 30 |
| A Harmonização total | 31 |
| A Cláusula Geral..... | 33 |
| <i>Efeitos da Diretiva</i> | 34 |
| Efeitos da Diretiva no direito contratual | 34 |
| A definição de consumidor médio | 35 |
| O dever de negociar com lealdade | 36 |
| Dever de informação..... | 37 |
| Efeitos da Diretiva nas relações entre concorrentes | 37 |
| A Concorrência Desleal e o Direito do Consumidor..... | 38 |
| Podem os concorrentes invocar o regime das práticas comerciais desleais? | 40 |
| <i>Conclusão</i> | 42 |
| <i>Bibliografia</i> | 44 |
| Jurisprudência | 47 |
| Legislação | 47 |

Lista de abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art. - Artigo

B2B – Business-to-Business

B2C – Business-to-Consumer

CC- Código Civil

CD - Concorrência Desleal

CE – Comissão Europeia

CEE – Comunidade Económica Europeia

CPI – Código da Propriedade Industrial

DC – Direito do Consumidor

DL – Decreto-Lei

DPCD – Diretiva das Práticas Comerciais Desleais

EM – Estado-Membro

EU – União Europeia

MEE – Medida de Efeito Equivalente

PMEs – Pequenas e Médias Empresas

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Introdução

Com o desenvolvimento económico nos últimos anos, os profissionais começaram a adotar as mais variadas técnicas comerciais, que muitas vezes “estabelecem um autêntico cerco ao consumidor, quando não mesmo o manipulam psiquicamente”¹, para o coagir a adquirir bens, ficando a qualidade dos bens e serviços para segundo plano.² Deixou-se de observar o modelo tradicional de comércio pré-sociedade industrial, em que o comerciante se limitava a permanecer no seu estabelecimento à espera dos clientes e passou-se a verificar o atual modelo de comércio ativo e dinâmico em que os comerciantes vão em busca dos seus clientes, procurando através das mais variadas técnicas convencê-los a adquirir o seu produto.³

Segundo Menezes Leitão, um dos “vetores fundamentais para a tutela do consumidor consiste na sua defesa contra as práticas comerciais desleais e agressivas, situação que na atual sociedade de consumo assume cada vez mais relevância.” Na verdade, o direito de consumo é uma área privilegiada da produção legislativa comunitária, sendo que existem mais de duzentas diretivas relativas especificamente a certos bens de consumo.⁴ Assim, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno surge com o objetivo de proteger os consumidores contra os métodos agressivos praticados por empresas que apenas têm a preocupação de expandir os seus negócios, aproveitando-se da posição débil e vulnerável que os consumidores ocupam no mercado.⁵

Esta é uma Diretiva-quadro, de harmonização máxima que delimitou o seu âmbito às relações Business-to-Consumer, ou seja, às relações entre empresas e consumidores, o que levanta algumas questões, visto que o seu âmbito não é assim tão claro como aparenta.

¹ SERRANO, Luís Miranda, “Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español, 2001, pp. 13 e ss cit. por LEITÃO, Luís Menezes “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71(2011), nº2, p. 423-445

² CORDEIRO, António Menezes, “Tratado de Direito Civil Português”, vol. I, Almedina, 2007, pp. 201 e ss

³ LEITÃO, Luís Menezes, “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, Revista da Ordem dos Advogados, nº2, Ano 71(2011), pp. 423-445

⁴ CRISTAS, Assunção “Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A propósito da Diretiva 2005/29/CE”, Livro Comemorativo dos 90 anos do Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 2007

⁵ LEITÃO, Luís Menezes (...), 2011, pp. 423-445

Neste trabalho, pretende-se estudar a Diretiva das Práticas Comerciais Desleais e perceber quais os problemas que a sua implementação causou bem como os efeitos desta, nomeadamente no Direito Contratual e nas relações entre concorrentes, para com este conteúdo tentar concluir qual é afinal o âmbito desta Diretiva.

A proteção dos consumidores na União Europeia e a sua evolução até às práticas comerciais desleais

A versão original do Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, não continha nenhuma forma específica de proteção dos consumidores. O principal objetivo da Comunidade consistia na criação de um mercado comum e esta preocupação com os consumidores não foi tida em conta no Tratado que institui a antiga CEE.⁶

O aparecimento do Direito do Consumidor é muito recente, surgiu nem há 50 anos. A 15 de março de 1962, o famoso discurso do Presidente John F. Kennedy em que afirma: “*consumer, by definition, includes all of us*”⁷, marcou decisivamente a problemática da tutela dos interesses dos consumidores, reconhecendo-os como grupo socioeconómico e garantindo-lhes o grupo de direitos fundamentais que hoje em dia conhecemos⁸, como o direito à proteção dos seus interesses económicos, direito à informação e à formação, direito à proteção da saúde e da segurança, direito à reparação dos danos sofridos e o direito à representação e a ser ouvido.⁹ A proteção do consumidor surge como objetivo autónomo, em 1987, com o Ato Único Europeu.

A legislação de tutela do consumidor era inadequada e insuficiente para proteger o consumidor eficazmente e, apesar dos esforços das ordens jurídicas para se introduzirem normas jurídicas nesse sentido,¹⁰ a desigualdade entre consumidor e comerciante ainda hoje continua afetada pela diferença de poder económico. A diferença de informação e de capacidade para impor cláusulas num contrato era abismal e ao longo dos anos foram-se implementando normas com o objetivo de diminuir a desigualdade.¹¹

Hoje em dia, a necessidade de existência de normas de proteção do consumidor persiste e, cada vez mais, devido ao desenvolvimento económico e à circulação transfronteiriça de bens e serviços, uma vez que o consumidor não deixa de ser considerado o contraente mais fraco e sujeito a riscos e abusos na “sociedade de consumo”.¹²

⁶ CARVALHO, Jorge Morais, “La protección de los consumidores en la Unión Europea: Mito o Realidad?”, *Critério Jurídico – Revista de la Universidad Pontificia Javeriana*, vol. 6, 2006, pp. 244-246

⁷ Consumidor, por definição, inclui todos nós

⁸ ANTUNES, José Engrácia, “Direito do Consumo”, Almedina, 2019, pp. 11- 12

⁹ Direitos fundamentais do consumidor, reconhecidos no primeiro “Programa da CEE para uma política de proteção e de informação do consumidor”, em 1975 e 1981

¹⁰ ANTUNES, José Engrácia, (...), 2019, pp. 11- 12

¹¹ CARVALHO, Jorge Morais, (...), 2006, pp. 244-246

¹² SIMÃO, Jorge Carita, “A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu”, *Revista do Direito das Sociedades*, nº4, 2012, pp. 1009-1045

A legislação de proteção do consumidor na UE é numerosa e pretende evitar que na formação de contratos, não haja vícios de vontade livre, esclarecida e informada do consumidor, o que acontece frequentemente através de métodos, como a persuasão, baseados em novas técnicas de promoção comercial, às vezes de carácter agressivo, destinadas unicamente a fomentar o consumo.¹³

O desenvolvimento económico e a existência do mercado interno têm inúmeras vantagens e benefícios, no entanto ainda existem diversos obstáculos e distorções ao seu funcionamento perfeito, sendo que as práticas comerciais desleais “determinam a existência de importantes obstáculos ao mercado interno e de significativas distorções da concorrência”.¹⁴ E mesmo se tais obstáculos e distorções fossem eliminados, o facto de inúmeros agentes levarem a cabo práticas comerciais desleais, não permite a realização do objetivo de realização plena do mercado, visto que estas, como veremos melhor adiante, alteram ou são suscetíveis de alterar o comportamento económico do consumidor, afetando a sua capacidade de optar por determinado produto ou serviço em detrimento de outros, o que provoca uma distorção no mercado.

Para além de afetarem diretamente os interesses dos consumidores, ao influenciarem as suas decisões, deteriorando a sua confiança, também são suscetíveis de provocar alterações na concorrência. Ou seja, se ao atuar de forma desleal um concorrente contratar com um consumidor que, para além de ter sido alvo de uma conduta desleal, também não contratou com outro profissional do mercado que operou de forma leal, não só este consumidor sai prejudicado, como também sai o concorrente que respeitou de forma correta as regras do mercado.¹⁵

O desenvolvimento do espaço interno sem fronteiras, onde se pretende a livre circulação de pessoas, serviços, bens e capitais fez com que, a nível europeu, existisse uma maior oferta de bens e serviços com novas técnicas e preços mais competitivos que levou a que ocorresse uma evolução na regulação das práticas comerciais, dado que cada vez mais ocorriam distorções ao normal funcionamento do mercado.¹⁶

Sendo as práticas comerciais desleais também responsáveis por estas distorções e obstáculos no mercado interno, o facto de os diferentes Estados-Membros terem

¹³ SILVA, João Calvão da “Responsabilidade Civil do Produtor”, Almedina, 1990, pp. 34-35

¹⁴ Cfr. Proposta da Comissão COM (2003) 356 final de 18.06.2003

¹⁵ CARDOSO, Elionora, “As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?”, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico Políticas, 2014, pp. 27-28

¹⁶ SIMÃO, Jorge Carita, (...), 2012, pp. 1009-1045

legislações diferentes nesta matéria, o que gera fragmentação da regulamentação e, tendo em conta o considerável impacto desta, foi necessário agir a nível comunitário,¹⁷ uma vez que a preocupação com a proteção dos consumidores justifica-se a nível europeu e o objetivo é estabelecer um nível de segurança e proteção equivalente em toda a UE, o que dificilmente se bastaria pela regulação nacional de cada EM.¹⁸

A divergência na regulamentação da proteção das práticas comerciais desleais nos diferentes EMs, levou à criação da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, que veio uniformizar e harmonizar a matéria das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

Até ao aparecimento desta, foram adotadas um grande número de Diretivas como o objetivo de proteger o consumidor.¹⁹ Antes do seu aparecimento, a proibição de certas práticas comerciais desleais e agressivas era viável através do instituto da Concorrência Desleal,²⁰ no entanto, os consumidores não eram o principal destinatário deste tipo de normas, ainda que se considerassem, de certa forma, tutelados por este instituto.²¹

A Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005

Origem e propósito

Para que os consumidores possam obter benefícios resultantes do mercado interno, estes têm que poder aceder facilmente aos bens e serviços promovidos, vendidos e oferecidos fora das suas fronteiras, pois só movimento transfronteiriço permite aos consumidores procurar negócios, produtos e serviços interessantes e inovadores e, assim garantir que são favorecidas as decisões de consumo mais vantajosas.²² Pretende-se incitar os consumidores e as empresas a praticar trocas transfronteiriças de modo a que se aumente a pressão concorrencial dentro do mercado interno e, conseqüentemente, se permita uma oferta de bens e serviços mais eficaz e a preços competitivos.

A Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, foi adotada

¹⁷ Cfr. Proposta da Comissão COM (2003) 356 final de 18.06.2003

¹⁸ ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Diretiva 2005/29/CE”, Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 61, 2010, pp. 45-129

¹⁹ Por exemplo, a Diretiva 97/7/CE, de 20 de maio de 1997, que regula as vendas à distância e equiparadas

²⁰ LEITÃO, Luís Menezes, (...), 2011, p. 423-445

²¹ LEIÃO, Luís Menezes, “A proteção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas”, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, p.70

²² Cfr. Livro Verde sobre a Defesa dos Consumidores COM (2001) 531 final de 02.10.2001

dia 11 de maio de 2005 e altera a Diretiva 84/450/CC do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) nº 2006/2004. É conhecida como “Diretiva das Práticas Comerciais Desleais”²³, em inglês, “Unfair Commercial Practices Directive”. A adoção da Diretiva foi definida como um “processo importante para os consumidores e para a competitividade da UE”.²⁴

Ao longo dos anos, os EMs promulgaram uma enorme variedade de normas sobre publicidade, promoção de vendas e métodos de venda de forma a proteger os consumidores, concorrentes e pequenos comerciantes ou interesses não económicos, como segurança e a saúde, por exemplo. Ao Tribunal de Justiça era frequentemente pedido que se pronunciasse sobre a compatibilidade das leis nacionais com liberdades do mercado interno (liberdade de circulação de bens e de serviços, sendo que estes últimos numa menor escala). Estas normas, eram inicialmente, examinadas pelo TJUE à luz das liberdades fundamentais e muitas vezes eram consideradas obstáculos às trocas transfronteiriças pois eram resultado de normas nacionais em matéria de promoção de vendas, desproporcionais à luz do objetivo de garantir uma melhor proteção ao consumidor.²⁵

O artigo 34º do TFUE estabelece a proibição de restrições quantitativas à importação e de todas as medidas de efeito equivalente, entre Estados-Membros.²⁶ Constitui uma MEE, segundo o Ac. *Dassonville*²⁷, “qualquer regulamentação comercial aplicada dos Estados-Membros, suscetível de dificultar, direta ou indiretamente, atual ou potencialmente, o comércio intracomunitário”. Estas medidas são proibidas entre EMs pelo artigo 30º do TFUE. A definição dada pelo TJ foi extremamente ampla e nem um efeito discriminatório ou uma intenção por parte do EM exigia.²⁸ Assim, qualquer norma nacional que tivesse influência, ainda que meramente potencial ou indiretamente, sobre o comércio intracomunitário ficava sujeita à proibição de restrições à livre circulação de mercadorias.²⁹

²³ Cfr. Preâmbulo da Diretiva 2005/29/CE

²⁴ LIZ, Jorge Pegado, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Diretiva 2005/29/CE)”, Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 44, 2005, p. 58

²⁵ STUYCK, Jules, The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive, *Common Market Law Review*, Volume 52, 2015, pp. 721-752

²⁶ Os encargos e as MEEs podem ser justificados nos termos do artigo 36º do TFUE de forma a serem permitidos. Para além da justificação, terão de passar no teste da proporcionalidade

²⁷ Processo 8-74, ECLI:EU:C:1974:82

²⁸ SILVA, Nuno Sousa e, “Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual: Os Atos de Aproveitamento”, Coleção de Monografias nº4, Instituto do Conhecimento AB, Almedina, 2020, p. 125

²⁹ BARNARD, Catherine, “The Substantive Law of the EU – The four freedoms”, Oxford University Press, 2016, p. 118

Em 1993, a jurisprudência dos processos apensos *Keck e Mithouard*,³⁰ pôs fim à necessidade de escrutínio de todas estas leis à luz do artigo 34º do TFUE, circunscrevendo o alcance da definição de MEE dada primeiramente. Neste acórdão, o Tribunal considerou “necessário reexaminar e precisar a sua jurisprudência nesta matéria”, uma vez que o artigo 30º do TFUE é frequentemente invocado pelos operadores económicos.³¹ Decidiu então que disposições nacionais que limitam ou proíbem determinadas modalidades de venda³² a produtos provenientes de outros EMs não são suscetíveis de ser consideradas MEEs, logo não são consideradas entraves ao comércio transfronteiriço, nem são proibidas pelo Tratado. Assim, nas palavras de Nuno Sousa e Silva, “regulamentações comerciais que não se refiram aos produtos, mas antes às formas da respetiva comercialização e que sejam universais (aplicáveis a todos os produtos) e neutras (afetando indistintamente produtos nacionais e estrangeiros), serão admissíveis”.³³

Como resultado, os EMs sentiram-se mais ou menos livres de regular sobre publicidade e promoção de vendas à sua própria maneira, desde que respeitassem o mínimo abstrato de proteção de consumidores e negócios contra publicidade enganosa e permitissem publicidade comparativa que respeitasse as condições estabelecidas na que é hoje a Diretiva 2006/114³⁴.³⁵

A Diretiva 2005/29/CE pode ser considerada uma “maior erosão” ao princípio definido no acórdão suprarreferido, visto que esta marca uma nova era na evolução da legislação do Direito do Consumidor, adotando harmonização máxima, e não mínima.³⁶

A preparação da Diretiva surgiu no Livro Verde sobre a Defesa do Consumidor na UE, a 2 de outubro de 2001. As grandes diferenças na legislação dos EMs em matéria de práticas comerciais desleais, como vimos, provocavam distorções sensíveis de concorrência e criavam obstáculos à realização e ao bom funcionamento do mercado

³⁰ Processos apensos C-267/91 e C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905

³¹ Cfr. §14 do Acórdão *Keck*.

³² O Tribunal entendeu que algumas circunstâncias de mercado eram consideradas “determinadas modalidades de venda”. Por exemplo: normas nacionais que limitassem a hora a que certos bens poderiam ser vendidos, a publicidade feita a determinados produtos e determinados métodos de comercialização, não são considerados MEEs e por isso ficam excluídas do âmbito do artigo 34º TFUE.

³³ SILVA, Nuno Sousa e, “Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual: Os Atos de Aproveitamento”, Coleção de Monografias nº4, Instituto do Conhecimento AB, Almedina, 2020, pp. 125-126

³⁴ Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa

³⁵ BARNARD, Catherine, “The Substantive Law of the EU – The four freedoms”, Oxford University Press, 2016, pp. 140-146

³⁶ *Idem*

interno, afetando empresas e consumidores. Em relação às primeiras, estas entraves aumentam o custo do exercício das liberdades ligadas ao mercado interno, especialmente quando as empresas efetuam campanhas publicitárias ou promoções a nível transfronteiriço. Em relação aos segundos, provocam incertezas quanto aos seus direitos e criam desconfiança no mercado interno.³⁷

A Diretiva vem tentar eliminar a incerteza sobre qual lei aplicar quando está em causa uma prática comercial lesiva dos interesses económicos dos consumidores e que cria tais obstáculos tanto a empresas, como aos consumidores.³⁸

O artigo 1º estabelece que esta tem por objetivo contribuir para o funcionamento correto e apropriado do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EMs relativas às práticas comerciais desleais que lesam os interesses económicos dos consumidores. Podemos então concluir que esta tem um propósito duplo.³⁹ A Diretiva vem harmonizar a legislação dos Estados membros em matéria de práticas comerciais desleais, incluindo publicidade desleal, que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores e, conseqüentemente, prejudicam de forma indireta os interesses económicos de concorrentes legítimos.⁴⁰

Por sua vez, o artigo 2º define amplamente o conceito de prática comercial desleal, na sua alínea d), como “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o *marketing*, por parte de um profissional, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores”. Esta definição sobrepõe-se à noção de “determinadas modalidades de venda” definida no Ac. *Keck*. De acordo com a jurisprudência deste acórdão, uma lei nacional que restringisse ou proibisse uma certa modalidade de venda, por exemplo, uma certa publicidade ou uma técnica de promoção de venda, é presuntivamente lícita à luz do Direito da UE. No entanto, relativamente a matérias que caibam no âmbito da DPCD e não se enquadrem no Anexo I da mesma, se uma lei nacional nos seus termos gerias restringir ou proibir uma prática comercial, incluindo publicidade e *marketing*, presume-

³⁷ Cfr. Considerandos 3 e 4 da Diretiva

³⁸ SCHUHMACHER, Wolfgang, “The Unfair Commercial Practices Directive”, Hilty/Henning-Bodewig, *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?*, 2007, pp. 127-137.

³⁹ STUYCK, Jules, *The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive*, *Common Market Law Review*, Volume 52, 2015, pp. 721-752

⁴⁰ Cfr. Considerando 7 da Diretiva

se ilegal, a não ser que, ao analisar caso a caso, avaliando de acordo com os artigos 5º a 9º da Diretiva, a prática seja desleal.⁴¹

O Ac. *Keck* representou um sério passo ao delimitar as áreas da legislação nacional onde é legítimo o artigo 34º do TFUE intervir, e sobre as quais a UE provavelmente não tem poder para regular à luz do artigo 114º do TFUE.

Segundo Catherine Barnard, o Tribunal ao redefinir o conceito de MEE criou mais dificuldades, especialmente no que respeita às regras que não cabem na categoria de “certas modalidades de venda” e às que não eram discriminatórias, mas que impediam o acesso ao mercado. Isto levou, inevitavelmente, o Tribunal a reconsiderar a abordagem de acesso ao mercado, e ao fazê-lo, provavelmente tornou mais estreito o âmbito do Ac. *Keck*. Sendo que o aparecimento da DPCD, no entendimento desta autora, o parece ter estreitado ainda mais.⁴²

Caracterização geral do regime

A Diretiva 2005/29/CE sobre as Práticas Comerciais Desleais é o instrumento mais poderoso e completo que a UE já adotou até à data, na área da proteção do consumidor, devido ao seu eficaz e complexo mecanismo de proteção de todos os tipos de práticas comerciais desleais, que se traduz num mecanismo de proteção do consumidor extenso e avançado.⁴³ Ao pretender contemplar num diploma nuclear toda a matéria relativa às práticas comerciais desleais, ainda que admitindo algumas exclusões como as situações que reguladas pelo Direito Contratual nacional e algumas normas nacionais relativas à proteção da saúde e da segurança dos bens ou serviços, por exemplo, acaba por culminar numa “abordagem horizontal mais integrada”.⁴⁴

A Diretiva estabelece um sistema de três níveis para apreciação da deslealdade da prática comercial. Contém uma “grande” cláusula geral, duas “pequenas” cláusulas gerais e uma lista de práticas comerciais desleais, enganosas e agressivas, que são consideradas

⁴¹ BARNARD, Catherine, “The Substantive Law of the EU – The four freedoms”, Oxford University Press, 2016, pp. 140-16

⁴² *Idem*

⁴³ DUROVIC, Mateja, “The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices”, *European Review of Private Law* 5, 2015, p. 715-750

⁴⁴ Cfr. Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor, COM (2006) 744 final de 08.02.2007, p. 9

desleais em todas as circunstâncias.⁴⁵ Neste capítulo iremos analisar separadamente estas categorias.

Cláusula geral

A cláusula geral consta do artigo 5º da Diretiva 2005/29/CE e é o primeiro nível de apreciação. Nos termos do nº 1 deste artigo são proibidas as práticas comerciais desleais e o nº 2 define quando se considera que uma prática comercial é desleal.

A noção dada pela Diretiva na alínea d) do artigo 2º é limitada pela exigência de uma “relação direta”, ou seja, para efeitos do diploma, se a relação com um bem ou serviço, não for direta, quer seja uma ação ou omissão e independentemente de se tratar de uma promoção, venda ou fornecimento, considera-se que não existe uma prática comercial.⁴⁶ Nos processos apensos *VTB-VAB e Galatea*⁴⁷, o TJ considerou que este artigo dá uma noção particularmente ampla do conceito de prática comercial.

Segundo a Diretiva 2005/29/CE, as práticas comerciais que forem contrárias às exigências relativas à diligência profissional e se distorcerem ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor, são desleais e, conseqüentemente, proibidas.

Assim, uma prática comercial é considerada desleal se, de acordo com a alínea a) do artigo 5º nº 2 “for contrária às exigências relativas à diligencia profissional”. A diligência profissional deve entender-se 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 atividade do profissional.”⁴⁸

O critério usado é objetivo e tem em conta a expectativa razoável e o cuidado de um profissional normal na relação com os consumidores, não sendo relevantes os conhecimentos específicos e a sua experiência concreta no mercado, tanto do profissional como do consumidor. A avaliação da expectativa tem como referência as práticas honestas do mercado e deve ser feita de acordo com o padrão mínimo de comportamento íntegro de um profissional colocado naquela posição. Assim se a expectativa em relação

⁴⁵ Cfr. Directorate-General for Internal Polices, “State of play of the implementation of the provisions on advertising in the unfair commercial practices legislation”, IMCO, 2010, pp. 5-9

⁴⁶ CARVALHO, Jorge Morais, “Práticas Comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *Revista do Direito das Sociedades* nº 3, 2011, pp. 187-219

⁴⁷ Processos apensos C-261/07 e C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244

⁴⁸ De acordo com a alínea h) do artigo 2º da Diretiva 2005/29/CE

a um profissional for baixa, não é relevante. Para além disto, ao avaliar a expectativa razoável também deve ser tida em conta a aplicação do princípio geral da boa-fé⁴⁹ em sentido objetivo, ou seja, deve ser observado pelos contraentes, em todas as fases da relação contratual, um padrão de conduta íntegra, honesta, leal e zelosa.

E, de acordo com a alínea b) do mesmo artigo, se a prática “distorcer ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afeta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada um determinado grupo.” Para que esta situação se verifique, é necessário que a prática comercial utilizada prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor de tomar uma decisão esclarecida, levando a que este tome uma decisão que de outra forma não teria tomado.⁵⁰ Se for suscetível de levar o consumidor a tomar uma decisão diferente daquela que tomaria se não tivesse sido realizada a prática, esta é, assim, considerada desleal.⁵¹

Apesar do conceito de lealdade ser usado várias vezes pela doutrina como sendo parte do sistema legal europeu, a verdade é que ainda não existe um entendimento certo na UE sobre o termo “Lealdade”. O Ac. *Freiburger Kommunalbauten*⁵² deu algumas referências para a composição do teste de deslealdade, mas não para o seu conceito como um todo,⁵³ referindo-se aos conceitos de boa-fé e de desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes.

Pretende-se que o consumidor possa decidir livre e esclarecidamente as condições em que quer contratar, para tal, este deve conhecer todos os elementos essenciais do contrato,⁵⁴ de forma a decidir eficazmente. Segundo Jorge Morais Carvalho, “se o consumidor contratar quando sem a prática desleal não o faria, se não contratar quando sem a prática desleal o faria ou se contratar em termos diferentes daqueles em que o faria, a prática pode-se considerar desleal.”⁵⁵

À luz da Diretiva, existe a possibilidade de uma prática comercial não ser considerada desleal, mesmo estando em desconformidade com a diligência profissional e

⁴⁹ CARVALHO, Jorge Morais, (...), 2011, pp. 187-219

⁵⁰ De acordo com a alínea e) do artigo 2º da Diretiva 2005/29/CE

⁵¹ CRISTAS, Assunção, “Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A propósito da Diretiva 2005/29/CE”, Livro Comemorativo dos 90 anos do Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 2007

⁵² Processo C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209

⁵³ ROGOWSKI, Marcin, “Legal Uncertainty – A Neglected Aspect of Unfair Commercial Practices Law in Europe?”, *New Challenges for the Assessment of Fairness in a Common Market*, 2010, p. 3 a 15

⁵⁴ OLIVEIRA, Elsa Dias, “Práticas Comerciais Proibidas”, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. III, 2006, 147-173

⁵⁵ CARVALHO, Jorge Morais, (...) 2011, pp. 187-219

distorça o comportamento económico do consumidor, pois para que seja considerada desleal, é necessário que a distorção do comportamento seja substancial e que a aptidão do consumidor de tomar a decisão seja prejudicada sensivelmente, o que parece não ser adequado na opinião do mesmo autor.

Práticas comerciais enganosas e agressivas

Estes dois tipos de práticas desleais estão detalhas e definidas em artigos da Diretiva. Os artigos 6º e 7º definem o que são ações enganosas e omissões enganosas, respetivamente.

Em primeiro lugar, são consideradas ações enganosas, as práticas comerciais que contiverem informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induzam ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correta, em relação a um ou mais elementos enumerados na extensa lista formada pelas alíneas do mesmo artigo, conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outra forma. Para além disso, nos termos do nº 2 do mesmo artigo, também é considerada enganosa a prática comercial, que nos mesmo termos, conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outra forma, e envolve: qualquer atividade de *marketing* relativa a um produto ou incumprimento por parte do profissional dos compromissos contidos em códigos de conduta a que esteja vinculado, nos termos das alíneas deste artigo.

No Ac. *UPC Magyarország*⁵⁶, o TJ decidiu que no caso de uma prática comercial cumprir todos os critérios enunciados deste artigo para ser qualificada como prática enganosa, não é necessário verificar se tal prática é igualmente contrária às exigências relativas à diligência profissional, nos termos do artigo 5º, n.º 2, alínea a), para que possa ser considerada desleal e, como tal, proibida nos termos do artigo 5º, n.º 1.

Em segundo lugar, uma prática comercial é considerada uma omissão enganosa, nos termos do artigo 7º da Diretiva em questão, quando no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, omita uma informação substancial que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transação

⁵⁶ Processo C-388/13, ECLI:EU:C:2015:225

esclarecida, e, portanto, vai conduzi-lo ou é suscetível de o conduzir a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo. Também é considerada omissão enganosa a prática comercial em que o profissional, oculte a informação substancial ou a apresente de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, ou quando não refira a intenção comercial da prática em questão, se esta não se puder depreender do contexto e que conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.

Por fim, existe ainda a proibição de práticas comerciais agressivas. Segundo o artigo 8º da Diretiva 2005/29/CE, “uma prática comercial é considerada agressiva se, no caso concreto, tendo em conta as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for suscetível de prejudicar significativamente, devido a assédio e coação – incluindo o recurso à força física - ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja suscetível de o conduzir a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo”. No artigo 9º do mesmo diploma, é apresentada uma lista de elementos que devem ser tomados em consideração, a fim de determinar se uma prática comercial utiliza assédio, coação ou influência indevida, sendo por isso, agressiva.

A lista negra

Um elemento central da Diretiva 2005/29/CE é a lista do Anexo I. Conhecido como “a lista negra”, é o conjunto de práticas comerciais que são consideradas desleais em todas as circunstâncias. Este Anexo tem 31 proibições, das quais 23 podem ser atribuídas ao grupo das práticas comerciais enganosas.

O nº 5 do artigo 5º da Diretiva, estabelece que Anexo I inclui a lista das práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias e que a lista é aplicável em todos os Estados-Membros e só pode ser alterada mediante revisão da presente Diretiva, o que demonstra a importância do Anexo, pois pretende criar uma certeza legal absoluta de que uma revisão deste não poderá ser feita através de outra Diretiva, o que, ao mesmo tempo, reitera a ideia de assegurar que a lei é absolutamente idêntica em todos os Estados-Membros.⁵⁷ Algumas regulamentações nacionais já foram consideradas pelo TJUE como contrárias à DPCD por proibirem uma prática comercial

⁵⁷ SCHUHMACHER, Wolfgang, “The Unfair Commercial Practices Directive”, Hilty/Henning-Bodewig, Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?, 2007, pp. 127-137

que não consta no Anexo I. Por exemplo, nos processos apensos *VTB-VAB e Galatea*, o TJ vem dizer que a Diretiva “deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que, salvo certas exceções e sem ter em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, proíbe qualquer oferta conjunta feita por um vendedor a um consumidor”, dado que os EMs não podem adotar medidas mais restritivas do que as constantes na DPCD.

Segundo a Diretiva, para verificar se estamos ou não perante uma prática comercial desleal, temos que começar por analisar se uma prática comercial cabe no âmbito da lista negra do Anexo I, se não couber, deve ser verificado se é uma prática comercial enganosa ou uma prática comercial agressiva. Se não for o caso, deverá recorrer-se à cláusula geral. Assim, nestes casos, não é necessária a verificação dos pressupostos dos artigos 5º a 9º, sendo que a prova de que se verificou uma das práticas na lista negra é suficiente.⁵⁸

Esta lista garante que tanto os profissionais, como os consumidores ficam informados das práticas que são sempre proibidas, para além de funcionar como um “guia valioso” para a aplicação da Diretiva por parte dos tribunais e das autoridades administrativas.⁵⁹

Assim, o objetivo do Anexo I é o de assegurar a absoluta certeza e uniformização legal, sendo que só pode ser atingido através da inclusão do Anexo no texto legislativo de cada EM ou através da declaração da sua obrigatoriedade.⁶⁰

Âmbito de aplicação da Diretiva

Chegados aqui, podemos começar a tentar encontrar resposta para pergunta a que se pretende responder neste trabalho: qual é o âmbito de aplicação da Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais?

O objetivo da Diretiva, como já vimos, é aproximar as legislações dos EMs relativas às práticas comerciais desleais, que prejudicam diretamente os interesses económicos dos consumidores e consequentemente prejudicam, indiretamente, os interesses económicos de concorrentes legítimos. A Diretiva protege os de primeiros de

⁵⁸ NAMYSLOWSKA, Monika, “To B2C or Not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, *J Consum Policy*, 2013, pp. 329-342

⁵⁹ COLLINS, Hugh, “The unfair commercial practices directive”, *European Review of Contract Law*, n.º4, 2005, pp. 417-441

⁶⁰ SCHUHMACHER, Wolfgang, “The Unfair Commercial Practices Directive”, *Hilty/Henning-Bodewig, Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?*, 2007, pp. 127-137

acordo com o princípio da proporcionalidade, ou seja, protege-os das consequências de tais práticas comerciais desleais, se estas forem substanciais, reconhecendo embora que, em alguns casos, o impacto sobre o consumidor pode ser negligenciável.⁶¹

A DPCD é considerada de proteção do consumidor, sendo que não abrange nem afeta as leis nacionais em matéria de práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que estejam relacionadas com transações entre profissionais. No Ac. Inno⁶², o TJ confirmou que se uma disposição nacional não é abrangida pela DPCD “se visar exclusivamente (...) regular as relações entre concorrentes e não visar proteger os consumidores”. É uma Diretiva Business-to-Consumer, pois destina-se a práticas comerciais entre profissionais e consumidores, ainda que indiretamente estas possam lesar interesses de outros concorrentes. Para além disto, objetivamente, o âmbito da Diretiva cobre práticas desleais que ocorram antes, durante e após⁶³ uma transação comercial de um produto.⁶⁴ Na aplicação desta e, em especial, das suas cláusulas especiais, deve-se ter em atenção a circunstâncias do caso concreto.⁶⁵ No Ac. Plus⁶⁶, o TJUE reconheceu o carácter especialmente amplo do âmbito de aplicação.

Para além disto, não abrange nem afeta as disposições da Diretiva 84/450/CEE sobre publicidade suscetível de enganar as empresas, mas não os consumidores, e sobre publicidade comparativa. Também não afeta as práticas publicitárias e comerciais aceites, como a colocação legítima de produtos, a diferenciação das marcas ou a oferta de incentivos, que possam legitimamente afetar a perceção de um produto pelo consumidor e influenciar o seu comportamento, sem prejudicarem a sua aptidão para tomar uma decisão esclarecida.⁶⁷ Aos requisitos legais relacionados com o bom gosto e a decência, que variam substancialmente de um EM para outro, esta também não se aplica. Nestes

⁶¹ Cfr. Considerando 6 da Diretiva

⁶² Processo C-126/11, ECLI:EU:C:2011:851

⁶³ Um exemplo de uma prática comercial desleal que ocorra após a conclusão do contrato, é dado no ponto 27 do Anexo I da Diretiva, e consistem em obrigar um consumidor que pretenda solicitar uma indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro a apresentar documentos sem relevância, de acordo com o critério de razoabilidade, para estabelecer um pedido ou não dar resposta à sua correspondência pertinente, com o objetivo de o dissuadir do exercício dos seus direitos contratuais.

⁶⁴ STUYCK, Jules, *The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive*, *Common Market Law Review*, Volume 52, 2015, pp. 721-752

⁶⁵ Cfr. Considerando 7 da Diretiva

⁶⁶ Processo C-304/08, ECLI:EU:C:2010:12

⁶⁷ Cfr. Considerando 6 da Diretiva

casos, os EMs poderão proibir no seu território tais práticas mesmo que não restrinjam a liberdade de escolha dos consumidores.⁶⁸⁶⁹

A DPCD dirige-se então a práticas comerciais que influenciem diretamente as decisões transacionais dos consumidores, ou seja, a práticas que não os permitam tomar uma formação livre, esclarecida e ponderada da decisão a que se vincularem.⁷⁰

Ao proteger diretamente os interesses económicos dos consumidores, consequentemente, protege indiretamente os interesses legítimos das empresas face aos concorrentes que não respeitam as regras da DPCD, garantindo assim a concorrência leal no domínio por ela coordenado.⁷¹

Apesar do que foi dito e, segundo Nuno Sousa e Silva, não é totalmente claro o âmbito de aplicação da Diretiva 25/2009/CE.

A uniformização do regime

A generalidade das leis na área do Direito do Consumo aprovadas na UE nas últimas décadas, têm dois objetivos principais interligados: a proteção do consumidor e o desenvolvimento do mercado interno, mediante a harmonização das normas, promovendo a facilitação das trocas comerciais entre EMs.⁷² A harmonização permite um nível elevado de proteção dos consumidores ao evitar conflitos entre os direitos e obrigações reconhecidos em cada EM.⁷³

Esta diretiva marca uma nova era na evolução da legislação em matéria de legislação do Consumidor, pois adota a harmonização máxima, e não mínima, pela primeira vez na história desta legislação. Até 2005, as leis da UE em matéria de práticas comerciais eram caracterizadas pela existência de harmonização mínima.⁷⁴ Estas últimas permitem aos EMs a adoção ou manutenção de normas mais protetoras dos consumidores, sendo que a maioria das diretivas de Direito do Consumo têm disposições neste sentido,

⁶⁸ Por exemplo, a abordagem comercial na rua, pode não ser desejável em certos EMs por razões culturais e, mesmo não restringindo a liberdade de escolha dos consumidores, poderão ser proibidas.

⁶⁹ Cfr. Considerando 7 da Diretiva

⁷⁰ Cfr. Art. 9º, n.º 9, da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, sobre a Defesa do Consumidor

⁷¹ Cfr. Considerando 8 da Diretiva

⁷² CARVALHO, Jorge Morais, “Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo”, Tese de Doutoramento, 2012, pp. 199 e ss

⁷³ COLLINS, Hugh, “The unfair commercial practices directive”, *European Review of Contract Law*, n.º4, 2005, pp. 417-441

⁷⁴ STUYCK, Jules, *The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive*, *Common Market Law Review*, Volume 52, 2015, pp. 721-752

como por exemplo o artigo 8º da Diretiva 93/13/CEE⁷⁵ e o 8º/2 da Diretiva 1999/44/CE^{76,77}

Na preparação para a implementação da Diretiva, a CE usava como argumento de que os comerciantes eram dissuadidos de promover os seus produtos e serviços além-fronteira, pelo medo de poderem estar a infringir as leis nacionais locais do EM onde queriam comercializar os seus produtos, assim, por exemplo, uma técnica de *marketing* poderia ser permitida no país de origem e ser proibida no país onde os comerciantes pretendiam usá-la. Como uma das principais justificações para a necessidade da DPCD era a necessidade de melhorar a uniformização e a harmonização em relação a esta matéria na UE, de modo a promover o comércio transfronteiriço, este tipo de fatores dissuasores teria que ser eliminado.⁷⁸

A opção pela harmonização total serviu como tentativa para a satisfação do objetivo de otimização do mercado interno. A proposta original da CE de adoção da DPCD nestes termos, foi alvo imediato de várias críticas. Os governos da Áustria e da Alemanha intervieram argumentando pela impossibilidade de limitar os efeitos de qualquer conduta de mercado a apenas comerciantes ou consumidores,⁷⁹ questão que mais à frente será melhor explorada.

A harmonização máxima, significa que os EM estão estritamente vinculados às normas estabelecidas na Diretiva, não estando autorizados a criar normas de proteção dos consumidores nem mais, nem menos protetoras do que as lá estabelecidas, assim, nem mesmo normas mais favoráveis aos consumidores, ou por outras palavras, mais rigorosas, poderão ser criadas ou mantidas com a transposição da DPCD.⁸⁰ Ou seja, significa que os EMs poderão ser obrigados a revogar alguma norma que proíba uma prática que não esteja proibida na Diretiva. Por exemplo, o artigo 30º do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de abril, proíbe “subordinar a venda de um bem ou prestação de um serviço à aquisição pelo consumidor de um outro bem ou serviço juntos do fornecedor ou de quem este designar”,

⁷⁵ Art. 8º Diretiva 93/13/CEE: “Os Estados-Membros podem adotar ou manter, no domínio regido pela presente diretiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor.”

⁷⁶ Art. 8º/2 Diretiva 1999/44/CE: “Os Estados-Membros podem adotar ou manter, no domínio regido pela presente diretiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor”.

⁷⁷ CARVALHO, Jorge Morais, (...), 2012, p.201

⁷⁸ COLLINS, Hugh, (...), 2005, pp. 417-441

⁷⁹ GLÖCKNER, Jochen, “The Scope of Application of the UCP-Directive – “I Know What You Did Last Summer”, New Challenges for the Assessment of Fairness in a Common Market, EUI Working Papers, 2010, pp. 17-33

⁸⁰ CRISTAS, Assunção, (...), 2007

prática não proibida diretamente pela Diretiva 2005/29/CE. Então, a norma deveria ter sido revogada no momento da transposição do DL n^o57/2008.⁸¹⁸²

Para além do objetivo de desenvolvimento do mercado interno, com a harmonização máxima também se pretende evitar que exista discrepância entre as legislações nacionais dos diferentes EM que regulem sobre práticas comerciais desleais direcionadas a consumidores, nem que estas contrariem os princípios da Diretiva. A harmonização máxima tem então como efeito a pressão que coloca sobre os diferentes sistemas legais ao criar uma forte distinção entre o campo de aplicação da Diretiva em que não são permitidos quaisquer desvios às suas imposições e, outros campos desprotegidos por esta, mas relacionados, em que as leis nacionais ou não são afetadas ou apenas têm que cumprir padrões mínimo contidos noutras diretivas europeias.⁸³

Acredita-se que estes objetivos não seriam alcançados de igual modo com uma diretiva de harmonização mínima. Por outro lado, através da adoção de diretivas deste tipo, a proteção dos consumidores é alcançada com maior eficácia, visto que não se impõe aos EMs uma diminuição do nível de proteção do consumidor anterior, caso não seja idêntico ao da DPCD, como acontece.

O consumidor médio

Nos termos da alínea a) do artigo 2^o da Diretiva 2005/29/CE, consumidor é: “qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

Todavia, a DPCD não se concentra na proteção de todo e qualquer consumidor, mas sim na proteção do consumidor médio. O consumidor médio é um participante do mercado que mostra um nível adequado de cuidado e de atenção enquanto atua no mercado, representando os paradigmas “economistas” ideais de um consumidor racional num mercado eficiente.⁸⁴ Este não é apenas o objeto de proteção da Diretiva, mas representa o papel fundamental na aplicação das normas desta,⁸⁵ dado que, segundo a

⁸¹ O TJUE já decidiu neste sentido nos processos apensos *VTB-VAB e Galatea*, já referidos neste trabalho.

⁸² CARVALHO, Jorge Morais, (...), 2012, p. 205

⁸³ COLLINS, Hugh, (...), 2005, pp. 417-441

⁸⁴ INCARDONA, Rossella e Cristina Poncibò, “The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution”, *Journal of Consumer Policy*, 2007, p. 35

⁸⁵ DUROVIC, Mateja, “The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices”, *European Review of Private Law* 5, 2015, pp. 715-750

Diretiva e a jurisprudência do TJ, uma prática comercial apenas será considerada desleal, se for desleal em relação ao consumidor médio.⁸⁶

A presente Diretiva utiliza como marco de referência o critério do consumidor médio, que, de acordo com a jurisprudência do TJUE, é “normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”, tendo em conta os fatores de ordem social, cultural e linguística⁸⁷. Este conceito não é estático, tendo os tribunais e as autoridades nacionais de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do TJ, para determinar a reação típica do consumidor médio num determinado caso.⁸⁸

Esta definição de consumidor médio da pelo TJUE também não clarifica qual o comportamento que é ou deve ser assumido por este, pois os parâmetros para a sua aplicação nem sempre fornecem uma imagem consistente do que é expectável do comportamento este. Ainda assim, existem duas premissas relativas ao comportamento do consumidor médio, derivadas da lei e da jurisprudência, que devem ser salientadas: a de que este é alguém que toma decisões de compra bem consideradas tendo em conta a informação disponível e de que este é um modelo que representa tipicamente ou de forma padrão o comportamento do consumidor.⁸⁹

Este conceito de consumidor médio dado pela DPCD impõe um limiar elevado de requisitos de proteção em comparação com o patamar de proteção do consumidor obtido em certos EMs, uma vez que, o conceito de consumidor médio num EMs pode ser entendido de forma diferente num determinado EM em relação a outro, e também em relação ao conceito definido na Diretiva. A criação do padrão de consumidor médio pela UE, pretende a abolição de barreiras no mercado interno de forma a promover o comércio transfronteiriço.⁹⁰

Este foi o conceito mais certo a adotar, por ser uma noção uniforme, uma vez que se pretende com a transposição da Diretiva a uniformização do regime. Ainda assim, a noção de consumidor prevista na DPCD poderia ser alargada de forma que esta pudesse alcançar um número maior de entidades que também são prejudicadas pelo recurso a práticas comerciais desleais.

⁸⁶ Por exemplo: Ac. *Konsumentombudsmannen (Ko)*, ECLI:EU:C:2011:299, §7 e 22 e Ac. *Euronics*, ECLI:EU:C:2013:154, §26

⁸⁷ Ac. *Gut Springenheide e Tusky*, Processo C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369

⁸⁸ Cfr. Considerando 18 da Diretiva

⁸⁹ DUIVENVOORDE, Bram B., “The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive”, *Studies in European Economic Law and Regulation*, vol. 5, 2015, pp. 63-75

⁹⁰ DUROVIC, Mateja, “The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices”, *European Review of Private Law* 5, 2015, pp. 715-750

Consumidor particularmente vulnerável

O conceito de consumidor particularmente vulnerável, foi introduzido como subsidiário em relação ao conceito de consumidor médio. Deve então ser usado como exceção. Nestes casos, a proteção contra uma prática comercial desleal requer que esta seja avaliada como se fosse contra o consumidor médio deste grupo (vulnerável).⁹¹

Pretende-se evitar que consumidores que, pelas suas características são particularmente vulneráveis a uma prática comercial desleal, sejam explorados. A idade, a doença física ou mental e a credulidade, são características que tornam o consumidor particularmente vulnerável.⁹²

O n.º 3 do artigo 5º da Diretiva, refere que as práticas comerciais que são suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidor particularmente vulnerável à prática ou ao produto subjacente, em razão de 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. No mesmo artigo, a Diretiva ainda estabelece que a disposição acima descrita, não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente.

Nestes casos, a proteção contra uma prática comercial desleal requer que esta seja avaliada como se fosse contra o consumidor médio deste grupo vulnerável.

A transposição e aplicação do regime nos diferentes Estados-Membros

A presente Diretiva, publicada a 11 de maio de 2005, determina que os EMs deveriam aplicar as suas disposições até 12 de dezembro de 2007.⁹³

Nos termos do seu artigo 11º, os diferentes EMs, a fim de garantir a aplicação da DPCD, “devem assegurar a coordenação de boa-fé entre as diferentes autoridades responsáveis pela aplicação da lei”, o que determina que estas autoridades devem

⁹¹ TRZASKOWSKI, Jan, “Lawful Distortion of Consumers’ Economic Behaviour – Collateral Damages Under the Unfair Commercial Practices Directive”, *European Business Law Review*, Vol. 27, Issue 1, 2016, pp. 25-49

⁹² Cfr. Considerando 19 da Diretiva

⁹³ Cfr. Art. 19º da Diretiva

trabalhar em cooperação de modo a que sejam coerentes na aplicação da lei em relação ao mesmo profissional e prática comercial.⁹⁴

A escolha que os EMs fizeram de forma transpor a Diretiva 2005/29/CE nos respetivos ordenamentos jurídicos, diverge bastante. Alguns EMs, que já tinham legislação sobre Concorrência Desleal e Direito do Consumidor, transpuseram a Diretiva nessa legislação e alguns optaram por transpor a DPCD através de regulamentação própria, copiando o conteúdo da Diretiva, assegurando assim que está a ser implementada corretamente e dispensando o trabalho legislativo de incorporar a Diretiva na legislação nacional já existente.⁹⁵ Esta última técnica foi também utilizada nos países em que a legislação sobre práticas comerciais desleais apenas surgiu com a DPCD.⁹⁶

Uma vez que a Diretiva se aplica apenas a relações B2C, a maior parte dos EMs optaram por transpô-la com este âmbito limitado, tanto os que a transpuseram através de legislação própria, como os que a transpuseram na legislação já existente. Ainda assim, alguns países, para além da transposição da Diretiva dirigida às práticas comerciais B2C, influenciados por esta, alargaram toda⁹⁷ ou parte⁹⁸ da legislação de conteúdo similar, às práticas comerciais B2B.⁹⁹

O Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março

A Diretiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, foi transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo DL nº 57/2008, de 26 de março. O diploma aplica-se à generalidade dos contratos de consumo, uma vez que estes são celebrados na sequência de uma ou mais práticas comerciais, que podem ser leais ou desleais face ao consumidor.¹⁰⁰

O DL nº 57/2008, de 26 de março, com as alterações introduzidas pelo DL nº 205/2015, de 23 de setembro, é o diploma que regula o regime jurídico aplicável às

⁹⁴ Cfr. Orientações sobre a Aplicação da Diretiva 2005/29/CE Relativa às Práticas Comerciais Desleais, Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, COM (2016) 320 final de 25.05.2016, p. 18

⁹⁵ Importa reiterar que a transposição da Diretiva importa a verificação de que a lei existente está em plena harmonia com esta, caso contrário compromete a sua correta transposição.

⁹⁶ Cfr. Directorate-General for Internal Polices, “State of play of the implementation of the provisions on advertising in the unfair commercial practices legislation”, IMCO, 2010, pp. 5-9

⁹⁷ Tal aconteceu na Áustria e na Suécia

⁹⁸ Verificou-se em França, Dinamarca e Itália.

⁹⁹ Cfr. Directorate-General for Internal Polices, (...), 2010, pp. 5-9

¹⁰⁰ LEITÃO, Luís Menezes, “A Proteção do Consumidor contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas”, in Estudos de Direito do Consumo, n.º 5, 2003, pp.163 a 181

práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço em Portugal.

Iremos referir brevemente as principais especificidades do DL em relação à DPCD, tendo em conta que estas não são muito significativas devido ao tipo de harmonização por esta adotado. Assim, podemos falar da extensão da aplicação do DL às relações entre empresas que envolvam ações enganosas, da alteração ao Código da Publicidade, nomeadamente da alteração dos conceitos de publicidade enganosa e publicidade comparativa, e da forma de sistematização adotada no diploma português que também difere da DPCD.¹⁰¹

Em relação à aplicação da Diretiva (artigo 11º), o DL atribui a qualquer pessoa e, por isso também aos concorrentes com interesse legítimo, a possibilidade de lançarem mão de uma ação inibitória de modo a prevenir, corrigir ou fazer cessar uma prática comercial desleal,¹⁰² bem como confere a possibilidade aos mesmos de submeter uma questão perante a autoridade administrativa com vista à determinação de medidas cautelares.¹⁰³ A questão mais relevante de salientar e que trata a proteção do consumidor individual, é o disposto no artigo 14º do DL 57/2008, que vai de encontro com o que é estipulado no artigo 3º, n.º2 da DPCD, sobre a interferência no Direito Contratual, e destacando-se pela originalidade neste contexto no Direito da UE, estabelece que: “os contratos celebrados sob influencia de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287º do Código Civil”.¹⁰⁴

Posto isto, a discussão no resto do trabalho deverá continuar a ser a nível europeu, uma vez que dada a harmonização total da DPCD, a questão de qual será o âmbito desta, não faz sentido colocar-se a nível nacional, mas sim europeu.

Problemas da implementação e aplicação do regime nos diferentes Estados-Membros

O facto de a Diretiva 2005/29/CE ser a primeira diretiva em matéria de Direito do Consumidor de harmonização total e de ter adotado o sistema de três níveis para apreciação da deslealdade da prática comercial, através do recurso principal à cláusula geral, demonstra o seu carácter inovador, mas também ambicioso, o que prevê um

¹⁰¹ PASSINHAS, Sandra, “A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor”, Colóquio Práticas Comerciais Desleais, 2017, pp. 107- 211

¹⁰² Cfr. Art. 16º DL 57/2008

¹⁰³ Cfr. Art. 20º DL 57/2008

¹⁰⁴ PASSINHAS, Sandra, (...), 2017, pp. 107- 211

impacto jurídico acentuado. Alguns autores consideraram a adoção desta o acontecimento mais estimulante dos últimos anos.¹⁰⁵

As diferentes formas de transposição da lei por parte dos EMs, tornam muitas vezes difícil o acesso à parte relevante da legislação pelos comerciantes e profissionais, destinatários da DPCD. O facto de grande parte da legislação que transpôs a Diretiva não estar disponível em inglês e de em alguns países a matéria das práticas comerciais desleais poder ser encontrada em áreas do Direito distintas – DC e CD – visto que âmbito pessoal destas áreas também pode variar, entre relações B2B e B2C, dificulta a tarefa de encontrar interações das diferentes normas nos contextos nacionais. Para além do mais, o Anexo I foi transposto de forma distinta nos diferentes EMs e alguns destes não transpuseram as definições do artigo 2º da DPCD, ou não transpuseram os requisitos de informação, considerados substanciais¹⁰⁶, estabelecidos pela legislação comunitária relativamente às comunicações comerciais, constantes no Anexo II.¹⁰⁷

Também a forma como os EMs regulavam as práticas comerciais desleais anteriormente à transposição desta nos respetivos ordenamentos jurídicos, parece influenciar o surgimento ou o não surgimento de problemas aquando da transposição da Diretiva. Por exemplo, na Alemanha como a lei contra a CD já era bastante desenvolvida anteriormente à transposição da Diretiva, não surgiram grandes problemas na sua transposição, pelo contrário, no Reino Unido, como a existência de leis nesta matéria é menos significativa, o aparecimento de problemas foi mais visível.

A DPCD tem vários problemas de interpretação, que dificultam a sua transposição nos diferentes EMs, pondo em causa a sua eficácia.¹⁰⁸ Óscar López Santos, apesar de referir que estes problemas causam desequilíbrios no alcance real da Diretiva e na legislação em vigor nos vários países membros da UE, considera, ainda assim, que esta pode vingar devido à sua natureza problemática.¹⁰⁹ Nesta secção, vamos analisar alguns dos problemas que destacados por alguns autores, na análise crítica da Diretiva: a incerteza jurídica da sua interpretação, a escolha pela harmonização total e a opção pela

¹⁰⁵ STUYCK Jules, Evelyne Terryn e Tom Van Dyck, “Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in The Internal Market?”, CMLRev 43, 2006, p. 107

¹⁰⁶ Cfr. Art. 7º, n.º 5 da Diretiva

¹⁰⁷ Cfr. Directorate-General for Internal Polices, (...), 2010, pp. 5-9

¹⁰⁸ NAMYSLOWSKA, Monika, “To B2C or Not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, J Consum Policy, 2013, pp. 329-342

¹⁰⁹ SANTOS, Óscar López, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, Estudios Sobre Consumo, n.º 75, 2005, pp. 9-24

cláusula geral de proibição de práticas comerciais desleais, que será importante para a conclusão deste trabalho.

Importa referir que, em 2009, a CE publicou a Orientação sobre a Aplicação da Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, de forma a facilitar a correta aplicação desta.¹¹⁰ Em 2016, esta foi substituída por um novo e melhorado documento de orientação associado à Comunicação da Comissão de 2013, sobre o comércio eletrónico transfronteiriço na UE, visando também facilitar a sua aplicação.¹¹¹

A Incerteza Jurídica

Podemos dizer que existe incerteza jurídica sobre a interpretação da DPCD, especialmente em relação aos termos vagos usados na cláusula geral e também em relação a algumas práticas comerciais proibidas pelo Anexo I.

Sobre a incerteza surgir dos termos vagos usados no artigo 5º da Diretiva, a cláusula geral, podemos usar o conceito de “diligência profissional” para melhor concretizar esta questão. Este conceito foi construído com base nos requisitos de honestidade e boa-fé e de forma a abranger várias situações. É análogo ao conceito de boa conduta profissional encontrado na maior parte dos sistemas jurídicos dos países da UE.¹¹² No entanto, o significado preciso deste parece ficar um pouco aquém.¹¹³ A ambiguidade do adjetivo “profissional”, visto que os vários grupos de comerciantes têm diferentes padrões de conduta, também contribui para o subdesenvolvimento deste conceito,¹¹⁴ que por sua vez cria incerteza na aplicação da Diretiva.

O uso de conceitos essencialmente indeterminados na cláusula geral, torna-os “insuscetíveis de verificação objetiva por padrões científicos ou comprováveis”¹¹⁵, o que gera dificuldade na interpretação da DPCD e de alguns conceitos constantes nesta, levando a uma interpretação indevida que se reflete na discrepância entre as normas de transposição de cada EM.¹¹⁶ Pelo contrário, os artigos 6º e 7º da Diretiva não parecem suscitar grande preocupação, o que pode dever-se à experiência que os EMs tinham

¹¹⁰ Cfr. Orientações sobre a Aplicação da Diretiva 2005/29/CE Relativa às Práticas Comerciais Desleais, Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, COM (2016) 320 final de 25.05.2016

¹¹¹ *Idem*

¹¹² Cfr. Proposta da Comissão COM (2003) 356 final de 18.06.2003

¹¹³ ROGOWSKI, Marcin, (...), 2010, p. 3 a 15

¹¹⁴ *Idem*

¹¹⁵ LIZ, Pegado Jorge, “Práticas Comerciais Proibidas”, Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. 4, 2014, p. 107

¹¹⁶ LIZ, Pegado Jorge, (...), 2014, pp. 79-141

devido à Diretiva 2006/114/CE, de 12 de dezembro relativa à publicidade enganosa e comparativa, o que não significa que mais à frente surja alguma incerteza.¹¹⁷

Em relação ao Anexo I, supostamente foi criado de forma a garantir e proporcionar segurança jurídica.¹¹⁸ No entanto, o vocabulário usado em algumas práticas constantes da lista negra, não contribui para tal. Para além disso, uma vez que a aplicação da Diretiva varia de EM para EM de acordo com o gosto e decência de cada um, algumas práticas podem ser consideradas agressivas num país, de acordo com estes padrões, e noutro não.¹¹⁹ Assim, este Anexo pode não ser considerado bem-sucedido, dado que não garante tanta certeza legal, como é previsto no Preâmbulo da Diretiva.

Estas discrepâncias causam incerteza, que por sua vez criam entraves que afetam tanto empresas, como também consumidores fazendo com estes ponham em causa a sua confiança no mercado interno.¹²⁰

A Harmonização total

A escolha de harmonização total é talvez um dos aspetos mais controversos da Diretiva,¹²¹ originando oposições à adoção de tal regime. Inicialmente muitos defensores dos interesses dos consumidores temiam que o efeito da Diretiva fosse reduzir o nível de proteção destes.¹²² Também se receava que, devido à harmonização total, a nova Diretiva tivesse o efeito de “congelar a lei” de proteção do consumidor na UE, levando a que os governos dos respetivos EMs se conformassem com o padrão europeu e se inibissem de criar novas normas de proteção do consumidor.¹²³

Apesar das oposições, a CE optou pela harmonização máxima e transversal na criação da DPCD. Assim o nível de proteção do consumidor é genericamente elevado, no entanto, pode significar uma diminuição da proteção do consumidor em determinado EM,¹²⁴ o que pode levantar problemas.

¹¹⁷ WILHELMSSON, Thomas, “The Average European Consumer – A Legal Fiction?”, Wilhelmsson (ed.), *Private law and the many cultures of Europe*, 2007, p. 243-265

¹¹⁸ Cfr. Considerando 17 da Diretiva

¹¹⁹ Cfr. Directorate-General for Internal Polices, (...), 2010, pp. 11-12

¹²⁰ Cfr. Considerando 4 de Diretiva.

¹²¹ DUIVENVOORDE, Bram B., “The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive”, *Studies in European Economic Law and Regulation*, vol. 5, 2015, pp. 63-75

¹²² COLLINS, Hugh, (...), 2005, pp. 417-441

¹²³ HOWELLS, Geraint, Thomas Wilhelmsson, “EC Consumer Law: Has it Come of Age?”, *9 European Law Journal*, 2003, p.370

¹²⁴ CRISTAS, Assunção, “Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A propósito da Diretiva 2005/29/CE”, *Livro Comemorativo dos 90 anos do Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, 2007

Em resposta ao último motivo de oposição, a DPCD contém uma disposição¹²⁵ que permitia, até 2013, que os EM continuassem a aplicar as leis nacionais relativas a práticas comerciais desleais que sejam mais restritivas ou protetoras dos consumidores, desde que preenchidas duas condições previstas no número 5 do artigo 3º da diretiva em análise.¹²⁶ Para além disso, prevê exceções ao seu âmbito de aplicação ao permitir que leis nacionais mais restritivas sejam preservadas, como por exemplo as dos n.ºs 8 e 9 do artigo 3º.

Paralelamente à diminuição do nível de proteção do consumidor, há outros problemas que surgem com o recurso a este tipo de harmonização, em relação às diferenças de cultura, de desenvolvimento, de instrução e de desenvolvimento económico e jurídico dos consumidores dos diferentes EMs.¹²⁷ Como vimos, a DPCD estabeleceu o marco de referência do critério de consumidor médio, conceito que não é estático o que pressupõe que os Tribunais e a Autoridades Nacionais tenham que, de acordo com a jurisprudência já analisada do TJ, determinar qual seria a reação típica do consumidor médio no caso concreto. É difícil usar a perspetiva do consumidor como um padrão comum de análise das práticas comerciais desleais na UE, simplesmente porque não existe algo como “consumidor europeu médio”,¹²⁸ o que nos leva a concluir que este é um conceito de difícil aplicação prática.¹²⁹ Todavia, poderão existir novas medidas de proteção do consumidor devido à amplitude do padrão geral de boa-fé e à flexibilidade que é atribuída aos EMs na sua aplicação e execução, que permitem a exploração de possíveis significados de boa-fé.¹³⁰

A decisão pela harmonização máxima, pretende-se com o objetivo da defesa do mercado comum e com a inexistência de barreiras às trocas comerciais transfronteiriças, garantido que as normas são similares nos diferentes Estados-Membros, sendo que esta escolha acaba por não cumprir tão bem o objetivo de proteção dos consumidores.¹³¹

O objetivo da harmonização é aumentar a segurança jurídica tanto para os consumidores, como para os profissionais, dado que ambos passariam a contar com “um quadro jurídico único baseado em conceitos legais claramente definidos regulando todos

¹²⁵ Cfr. Art. 3º, n.º 5 da Diretiva

¹²⁶ COLLINS, Hugh, (...), 2005, pp. 417-441

¹²⁷ CARDOSO, Elionora, (...), 2014, pp. 46-88

¹²⁸ ROGOWSKI, Marcin, (...), 2010, p. 3 a 15

¹²⁹ CARDOSO, Elionora, (...), 2014, pp. 46-88

¹³⁰ COLLINS, Hugh, (...), 2005, pp. 417-441

¹³¹ CARVALHO, Jorge Morais, (...), 2012, p. 201

os aspetos das práticas comerciais desleais na UE”¹³². Todavia, a verdade é que apesar da decisão por este tipo de harmonização, até agora, a Diretiva 2005/29/CE não atingiu o seu objetivo de criar sobre práticas comerciais desleais uma lei totalmente harmonizada no espaço da UE.

Por um lado, devido ao seu âmbito limitado e ao facto de certos assuntos ficarem ao critério dos EMs, como, por exemplo, as sanções a aplicar aos infratores, criando fragmentação na lei. O facto de caber a cada EM estipular os meios de reação põe em causa o objetivo de harmonização máxima da Diretiva no seu todo, podendo gerar indefinição e insegurança jurídica entre os diversos regimes existentes nos diversos países membros da UE.¹³³

Por outro, deve-se às diferentes formas de como foi transposta a DPCD nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais e às questões abertas relativas à sua aplicação que ficam por responder.

A Cláusula Geral

A harmonização total, através da transposição e obrigação de uma cláusula geral entre todos os EMs, pode vir a ser uma forma de uma melhor prossecução dos interesses dos consumidores.¹³⁴ Contudo, ao estabelecer-se uma cláusula geral de proibição, deixa-se de considerar a realidade de cada EM nos termos em que já vimos. O objetivo da cláusula geral é abranger todos os mercados e circunstâncias em que a atividade comercial tem lugar, independentemente de se dirigir apenas às relações B2C. Os mercados e as suas circunstâncias variam, da mesma forma que o consumidor também age de forma distinta consoante o tipo de mercado em que se encontra e com a sua prosperidade no momento.¹³⁵

Alguns autores acreditam que a aplicação do artigo 5º da Diretiva representa um elevado grau de complexidade, uma vez que esta está associada a um grande número de requisitos e ainda à necessidade de se ter em conta as definições de “prática comercial”, “diligencia profissional” e “distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores”, tornando de difícil aplicação a cláusula geral do diploma,¹³⁶ sendo esta

¹³² Cfr. Considerando 12 da Diretiva

¹³³ LIZ, Pegado Jorge, “Práticas Comerciais Proibidas”, Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. 4, 2014, p. 129 a 147

¹³⁴ CARDOSO, Elionora, (...), 2014, pp. 46-88

¹³⁵ POMAR, Fernando Gómez, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economic Perspective”, Revista para el Análisis del Derecho, 2006, pp. 13-26

¹³⁶ CARVALHO, Jorge Morais, (...), 2011, pp. 187-219

uma fórmula abstrata e uniforme que se pretende aplicar a situações heterogêneas, pode ser considerada excessiva em relação à sua amplitude.¹³⁷

No entanto, há quem entenda o contrário, como é o caso de Assunção Cristas, que considera que “a Diretiva procura traçar uma noção bastante ampla e suficientemente flexível para permitir uma constante adaptação às necessidades do tráfego jurídico”.¹³⁸ Faz sentido que a noção dada pelo artigo 2º na sua alínea d) e a sua amplitude, uma vez que o que se pretende é abranger o maior número de mercado e de contextos em que a atividade B2C tem lugar, assim, uma noção mais restritiva não teria sentido.¹³⁹

A CE justificou a sua escolha pela cláusula geral afirmando que esta é necessária devido à natureza estrutural da Diretiva que compreende dois elementos principais: a prática desleal e a distorção do comportamento económico do consumidor médio.¹⁴⁰

Efeitos da Diretiva

Efeitos da Diretiva no direito contratual

Desde a adoção da Diretiva 200/29/CE que os seus efeitos sobre lei contratual continuam por esclarecer, essencialmente porque foi introduzida por esta uma separação formal entre a lei contratual e a lei das práticas comerciais desleais, nomeadamente no n.º 2 do seu artigo 3º. Esta separação teve como objetivo deixar intocável o Direito Contratual, mostrando assim que a UE era sensível às diferenças de regime deste nos diferentes EMs, e assim assegurar que estes apoiariam a adoção da DPCD.¹⁴¹

Apesar disto, e como vamos poder ver nesta secção, a DPCD influenciou de certa forma o Direito Contratual, acabando por contribuir para o processo de “europeização da lei contratual”¹⁴²

Podemos também constatar que, apesar desta separação formal relativa ao Direito Contratual, o facto de a Diretiva nada dispor relativamente à validade, formação e aos efeitos dos contratos celebrados na sequência de uma prática comercial desleal, leva a que, neste domínio, o legislador nacional tenha total liberdade. Em Portugal, o artigo 14º do DL 57/2008 estabelece que os contratos celebrados sob influencia de práticas

¹³⁷ POMAR, Fernando Gómez, (...), 2006, pp. 13-26

¹³⁸ CRISTAS, Assunção, (...), 2007

¹³⁹ POMAR, Fernando Gómez, (...), 2006, pp. 13-26

¹⁴⁰ ROGOWSKI, Marcin, (...), 2010, pp. 3-15

¹⁴¹ WEATHERILL, Stephen, “EU Consumer Law and Policy”, 2013, p. 246

¹⁴² DUROVIC, Mateja, (...), 2015, pp. 715-750

comerciais desleais são anuláveis, a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287º do Código Civil. Assunção Cristas¹⁴³ acredita que numa perspetiva de efetiva proteção do consumidor, afigura-se justificado e desejável estabelecer um regime próprio de invalidade e porque estão em causa, primordialmente, interesses privados, não será adequado recorrer à nulidade, mas antes ao regime da anulabilidade.

A validade do negócio depende do cumprimento dos requisitos de lealdade em todas as fases do período contratual, pré-contratual ou pós-contratual.¹⁴⁴ É o consumidor, tal como consta dos termos gerais do Código Civil, que tem legitimidade para invocar a anulabilidade. A consequência da declaração de anulação do contrato tem efeitos retroativos, sendo destruídos todos os efeitos negociais, devendo ser restituído tudo o que foi prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o seu valor correspondente.¹⁴⁵ Para além disto, os números 2 e 3 do artigo 14 do DL n.º 57/2008 permitem a modificação do contrato segundo juízos de equidade ou a sua redução ao conteúdo válido.

Posto isto, podemos destacar alguns efeitos na Lei Contratual influenciados pela transposição da DPCD nos diferentes países membros da UE, que analisaremos de seguida.

A definição de consumidor médio

Como vimos, a Diretiva foca-se em conferir proteção, não a um consumidor qualquer, mas ao consumidor médio, que representa a principal referência para averiguar a lealdade de uma prática comercial, uma vez que esta apenas é considerada desleal se for desleal em relação ao consumidor médio de um determinado grupo de consumidores.¹⁴⁶ Tem-se usado no Direito Contratual como padrão de referência geral o conceito de consumidor médio tal como definido na DPCD, visto que este impõe muitas vezes requisitos de proteção superiores em comparação com os requisitos de proteção do consumidor em certos EMs, sendo que o mesmo acontece com o conceito de consumidor particularmente vulnerável.¹⁴⁷

Na lei contratual, pelo contrário, não existia uma definição clara e uniforme do padrão de comportamento esperado para com o consumidor, apesar de ser necessário

¹⁴³ CRISTAS, Assunção, (...), 2007

¹⁴⁴ LEITÃO, Adelaide Menezes, “Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?”, *Direito Industrial*, vol. VII, Almedina, 2012, p.275

¹⁴⁵ Cfr. Art. 289º/1 do Código Civil

¹⁴⁶ De acordo com a jurisprudência do TJUE, por exemplo, §53 do Ac. *Purely Creative*, Processo C-428/11, ECLI:EU:C:2012:651

¹⁴⁷ DUROVIC, Mateja, (...), 2015, pp. 715-750

verificar se o profissional cumpriu devidamente as suas obrigações, nomeadamente no que respeita ao dever de transparência na negociação dos termos do contrato e nos deveres de informação pré-contratuais, como veremos a seguir.

O dever de negociar com lealdade

A cláusula geral através do seu amplo âmbito de aplicação, confere ao consumidor como parte da relação contratual, proteção em todas as fases do processo de conclusão do contrato, proporcionando uma proteção completa nas suas relações com profissionais, através da imposição do padrão universal e obrigatório de competência especializada e de cuidado de acordo com a prática de mercado honesta e com o princípio geral da boa-fé no âmbito da atividade profissional.¹⁴⁸ Este dever geral e uniforme de negociar de forma leal imposto aos profissionais como parte das relações B2C, foi introduzido pela DPCD pela primeira vez, não existindo noutras áreas de direito, como o Direito Contratual até então.¹⁴⁹

Só no *Ac. Perenicova e Perenic*¹⁵⁰, em 2012, é que o TJ finalmente reconheceu a relação extremamente próxima entre uma prática comercial e um contrato, afirmando que uma cláusula constante num contrato a crédito que indique uma taxa anual efetiva inferior à realidade, deve ser qualificada enganosa nos termos do artigo 6º, n.º 1 da Diretiva. Assim, a violação do dever geral de o profissional negociar de boa-fé em todas as fases da relação contratual B2C, importa a consideração de uma prática como desleal. Sendo que não importa que o consumidor tenha assinado o contrato, apenas importa a conduta desleal praticada pelo profissional.¹⁵¹

Assim, influenciado pela adoção da DPCD, o Direito Contratual passou a reger-se pelo princípio geral de negociar de boa-fé que se aplica ao profissional, como parte do contrato, em todas as fases e aspetos de uma relação contratual entre consumidor e profissional, que levou a que fosse criado um padrão de comportamento de diligência profissional, pela primeira vez no Direito Contratual Europeu, que confere ao consumidor um nível de proteção ainda mais elevado, devido ao âmbito horizontal e amplo do princípio em questão.¹⁵²

¹⁴⁸ Cfr. Art. 2º, alínea h) da Diretiva.

¹⁴⁹ DUROVIC, Mateja, (...), 2015, p. 715-750

¹⁵⁰ Processo, C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144

¹⁵¹ Orientações sobre a Aplicação da Diretiva 2005/29/CE Relativa às Práticas Comerciais Desleais, Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, COM (2016) 320 final de 25.05.2016

¹⁵² DUROVIC, Mateja, (...), 2015, p. 715-750

Dever de informação

Através do artigo 7º da Diretiva, que proíbe as omissões enganosas, foi introduzido, ainda que de forma indireta, o dever universal de informação, que também assenta nos deveres de negociar de forma leal e de boa-fé que incumbem aos profissionais tanto na fase de negociações como na fase de celebração do contrato.

Este é um direito conferido ao consumidor que implica que o profissional deve informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada as informações do conteúdo do contrato¹⁵³, que no caso da DPCD estão elencadas nas alíneas do n.º4 do seu artigo 7º, sendo que são consideradas substanciais, tal como os requisitos de informação relativos às comunicações comerciais, incluindo publicidade ou marketing.¹⁵⁴ Prevê-se ainda que os EMs podem manter ou acrescentar requisitos de informação relacionados com o direito contratual, sempre que seja permitido pelas cláusulas de harmonização mínima das Diretivas em vigor na UE.¹⁵⁵

O Dever de Informação visa assegurar o nível máximo de segurança jurídica aos consumidores, visando assegurar que os profissionais disponibilizam as informações suficientes de forma inteligível e concreta aos consumidores, levando a que este tome uma decisão esclarecida de contratar. Até à introdução da DPCD este direito era aplicado em apenas algumas formas específicas de contratos de consumo, depois da adoção desta, este direito passou a ser introduzido na generalidade dos instrumentos da lei contratual.¹⁵⁶ Podemos dizer que a DPCD impulsionou o desenvolvimento do princípio geral da boa-fé no contexto das negociações pré-contratuais.¹⁵⁷

Efeitos da Diretiva nas relações entre concorrentes

Como vimos ao longo do trabalho, a DPCD não se dirige diretamente aos concorrentes, nem às relações entre estes. No entanto, ao proteger os consumidores de práticas comerciais desleais, é natural que indiretamente proteja profissionais que estejam a agir de forma honesta no mercado. A intenção do legislador foi conferir maior proteção ao consumidor, na medida em que este é a parte mais frágil da relação contratual, de modo que foi intencional limitar o âmbito de aplicação da DPCD às relações B2C.

¹⁵³ Cfr. Art. 8º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, sobre a Defesa do Consumidor

¹⁵⁴ Cfr. Art. 7º, n.º5 da Diretiva

¹⁵⁵ Cfr. Considerando 15 da Diretiva

¹⁵⁶ Por exemplo, na Diretiva 2011/83/UE

¹⁵⁷ COLLINS, Hugh, (...), 2005, pp. 417-441

Como as relações B2B não fazem parte do âmbito da Diretiva, os EMs não estão cingidos aos limites impostos pela sua harmonização máxima, podendo regular as relações B2B de forma mais rígida que as B2C. No entanto, como a separação destes dois tipos de práticas é difícil de operar na prática, a implementação desta diretiva de harmonização máxima, apenas dirigida a relações B2B, é também de difícil aplicação prática, originando fragmentação da lei.

Atualmente não existem na UE normas relativas a práticas comerciais desleais entre empresas. Se se voltasse a optar por uma abordagem unificada sobre esta matéria a nível europeu, talvez a fragmentação na lei existente diminuísse, uma vez que ajudaria os Tribunais e Autoridades Nacionais a aplicar a lei de forma unificada e os profissionais a cumpri-la.¹⁵⁸

A Concorrência Desleal e o Direito do Consumidor

A Concorrência Desleal e o Direitos do Consumidor são dois ramos do Direito Comercial distintos, sendo que o primeiro visa a prossecução dos interesses dos concorrentes e o segundo visa a proteção dos interesses dos consumidores.

Antes da transposição da DPCD, questionou-se se esta deveria ou não integrar a matéria da disciplina da CD. Certo é que o artigo 311.º do CPI, para além de acautelar os interesses dos agentes económicos, também tutela a liberdade de escolha dos consumidores ao proibir atos enganosos nas alíneas d), e) e f) do seu n.º1.

Se a Diretiva fosse integrada no âmbito da CD, um dos maiores obstáculos iria consistir no facto de esta conter uma lista de práticas que são consideradas proibidas em qualquer circunstância – o Anexo I. O facto deste Anexo conter aspetos que representam violações ou atos ilícitos contra consumidores, onde dificilmente se encontraria uma prática contrária a “normas e usos honestos”, expressões que constam do artigo 311.º do CPI.¹⁵⁹ Oliveira Ascensão afirma que a “integração das práticas comerciais desleais na CD causaria perplexidade, porque aquelas abrangem ilícitos publicitários”. Com a adoção da DPCD foi feita uma separação entre os interesses dos consumidores dos interesses dos empresários, assim, para a matéria da publicidade, existem dois diplomas diferentes.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Cfr. Directorate-General for Internal Polices, (...), 2010, pp. 5-9

¹⁵⁹ ASCENSÃO, José Oliveira, “Concorrência desleal: as grandes opções”, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 135

¹⁶⁰ SILVA, Nuno Sousa e, “Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual: Os Atos de Aproveitamento”, Coleção de Monografias n.º4, Instituto do Conhecimento AB, Almedina, 2020, p. 168

A finalidade principal da Diretiva é a proteção e o desenvolvimento do mercado interno e consequentemente a proteção do consumidor. Estas duas áreas do direito sobrepõem-se, na medida que para atingir este objetivo da DPCD, a proteção do consumidor e a proteção da concorrência são objetivos que convergem.¹⁶¹ Através da proibição de práticas comerciais desleais de forma a promover o comércio intracomunitário e assim desenvolver o mercado interno, a Diretiva acaba por prosseguir indiretamente interesses dos concorrentes. Assim, se um profissional que pretende aumentar a sua parte do mercado ao aliciar consumidores (de forma desleal), cria um efeito adverso nos concorrentes, pois ao atrair certo cliente dessa forma, indiretamente está a prejudicar os concorrentes que agem de forma leal no mercado.

Na UE a separação entre estes dois ramos do Direito pode-se tornar insustentável a longo prazo. Na Diretiva,¹⁶² sugere-se que não irá demorar até que a CE faça uma proposta para prevenir práticas comerciais desleais de forma mais ampla, incluindo as relações B2B,¹⁶³ uma vez que também há práticas comerciais que, embora não prejudiquem consumidores, podem prejudicar os concorrentes e clientes das empresas.

Acontece que em 2019, a UE agiu neste sentido e foi publicada a Diretiva 2019/633 do Parlamento e do Conselho de 17 de abril, relativa a práticas comerciais desleais nas relações entre empresas na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar. Esta também tem em vista combater as práticas comerciais desleais, com a particularidade de que aqui, são proibidas práticas comerciais desleais “impostas unilateralmente por um parceiro comercial a outro”¹⁶⁴. Ou seja, ao contrário do que acontece na DPCD, na Diretiva 2019/633, são abrangidas relações B2B, uma vez que se estabelece uma lista de práticas comerciais proibidas nas relações entre compradores e fornecedores, incluindo pequenas e médias empresas, na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar. As empresas de dimensão superior às PMEs, mas com um volume anual de negócios que não exceda os € 350 000 000, também são protegidas no âmbito desta Diretiva.¹⁶⁵ Inicia-se assim o desejado no Considerando 8 da DPCD.

Em Portugal, estas disciplinas não se confundem apesar dos interesses dos consumidores poderem estar presentes em algumas normas da CD e de as regras de DC não serem indiferentes aos interesses dos concorrentes. Ainda assim, existem na UE

¹⁶¹ CRISTAS, Assunção, (...), 2007

¹⁶² Cfr. Considerando 8 da Diretiva

¹⁶³ COLLINS, Hugh, (...), 2005, pp. 417-441

¹⁶⁴ Cfr. Art. 1º Diretiva 2019/633

¹⁶⁵ Cfr. Considerando 10 Diretiva 2019/633

países, como a Alemanha e Espanha, que optaram pela visão unificada de proteção conjunta dos interesses dos concorrentes e consumidores.¹⁶⁶

É de conhecimento geral que o mercado e a concorrência funcionam através de processos de troca que tornam muito difícil delimitar os efeitos de qualquer mercado a consumidores ou concorrentes. Estes conceitos são independentes, mas no âmbito da Diretiva eles coincidem.¹⁶⁷

Podem os concorrentes invocar o regime das práticas comerciais desleais?

Como vimos a DPCD delimitou bastante bem as práticas comerciais a que aplica, embora esta divisão tenha sido alvo de bastantes críticas.

Muitas práticas comerciais podem ser diretamente ligadas com uma promoção ou venda ou fornecimento de um produto ao consumidor, sem diretamente prejudicarem o seu interesse económico. Assim, o âmbito de aplicação tal como definido no artigo 3º nº 1 e 2, excede o seu propósito destinado apenas a harmonizar tais regras que “diretamente prejudiquem o interesse económico dos consumidores”.¹⁶⁸ Nos processos apensos *VTB - VAB e Galatea*, o TJ estabeleceu de forma muito clara a falha entre o âmbito e o propósito da Diretiva, sendo que no seu preâmbulo já estava bem definido que esta “não abrange nem afeta as legislações nacionais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transação entre profissionais”.¹⁶⁹

A adequação desta restrição do artigo 3º, n.º 1 tem vindo a ser alvo de grande debate, uma vez que se afasta da tradição da maior parte dos EM de incluir no regime jurídico das práticas comerciais, também as que afetam os concorrentes ou outros profissionais do mercado.

De uma perspetiva económica, não é imediatamente claro se a regulamentação geral das práticas comerciais desleais deve incluir tanto as dirigidas aos consumidores como as dirigidas a outras empresas. Provavelmente por razões políticas e constitucionais foi mais prático, para avançar com a Diretiva, limitar o âmbito de aplicação às atividades que afetam imediatamente os consumidores. É provável que as práticas típicas que são abrangidas pelas proibições previstas nos artigos 5º a 9º apresentem perfis

¹⁶⁶ PAÚL, Jorge Patrício, “Concorrência desleal e direito do consumidor”, Revista da Ordem dos Advogados, Vol. 1, 2005

¹⁶⁷ GLÖCKNER, Jochen, (...), 2010, pp. 17-33

¹⁶⁸ *Idem*

¹⁶⁹ Cfr. Considerando 6 da Diretiva

substancialmente diferentes quando dirigidas aos consumidores e quando dirigidas a outros comerciantes que operam no mesmo mercado.¹⁷⁰

O regime da Diretiva protege apenas as práticas comerciais desleais que afetem diretamente os consumidores. A objetividade da conduta profissional das empresas, deverá ser um aspeto a rever, de forma a melhorar a defesa de todas as partes envolvidas e não uma defesa única de consumidores, visto que nem sempre são estes os únicos visados e prejudicados com tais atuações.¹⁷¹ Elionora Cardoso, sugere que seja alargado âmbito de aplicação da Diretiva, para uma versão que vise também incluir “algo mais desafiante, como uma proteção de todos os intervenientes nas relações de consumo.” A autora considera que se deveria acautelar a defesa das empresas contra os seus concorrentes, tendo em conta que estas também saem prejudicadas por práticas comerciais desleais dirigidas a consumidores. Já vimos que a Diretiva 2019/633 relativa às práticas comerciais desleais nas relações entre empresas na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar é um passo neste sentido, importa agora perceber para se e quando será dado o passo para o alargamento efetivo do âmbito da DPCD.

¹⁷⁰ POMAR, Fernando Gómez, (...), 2006, pp. 13-26

¹⁷¹ Cfr. Elionora Cardoso, (...), 2014, p. 88-90

Conclusão

Tendo em conta o que até aqui foi dito e observado, importa referir sucintamente alguns aspetos destacados ao longo do trabalho. Começando pelo facto de a DPCD ser uma diretiva de harmonização total com recurso a uma cláusula geral que representa um elevado grau de complexidade de difícil aplicação e que leva a que se deixe de considerar a realidade de cada EM individualmente.

Depois, relativamente à teórica separação entre a lei contratual e a lei das práticas comerciais desleais, como vimos, segundo o artigo 3º n.º 2 da DPCD, foi excluído do âmbito da Diretiva o Direito Contratual, em particular, as normas relativas à validade, formação ou aos efeitos do contrato. No entanto, o DL 57/2008 que transpõe a Diretiva para o ordenamento jurídico nacional contraria neste sentido o que é estipulado na DPCD conferindo proteção aos consumidores, através do seu artigo 14º que permite a anulabilidade do contrato celebrado sob influência de prática comercial desleal. Para além disto, a Diretiva em análise influenciou o Direito Contratual Europeu com a introdução do conceito de consumidor médio, tal como definido na DPCD. Também o Dever geral e uniforme de negociar de forma leal imposto aos profissionais como parte da relação B2C foi introduzido por esta, bem como a introdução, ainda que indireta, do Dever de informação.

Relativamente ao âmbito de aplicação pessoal da Diretiva 2005/29/CE, este visa diretamente a proteção dos consumidores, no entanto não deixa de considerar menos dignos de proteção os interesses económicos de concorrentes que atuam legitimamente no mercado, conforme foi visto e também reiterado nos Acórdão *VTB-VAB* e *Plus*. Segundo o considerando 11 da DPCD, a aproximação das disposições nacionais através desta visa criar um nível comum de defesa dos consumidores, todavia, no considerando 12 é referido que tanto os consumidores como as empresas passarão a poder contar com um quadro jurídico único baseado em conceitos legais claramente definidos, uma vez que na DPCD são regulados todos os aspetos das práticas comerciais desleais na UE. Apesar disto, o objetivo da aproximação legislativa é melhorar a proteção dos consumidores e aperfeiçoar o mercado interno. Deste modo, apesar de a Diretiva apenas se dirigir aquelas práticas realizadas entre profissionais e consumidores, visando a proteção dos últimos, esta acaba por conferir melhores condições de mercado também a outros empresários. Não só porque está a disponibilizar a ambos acesso a um quadro jurídico único relativo às práticas comerciais desleais, como também acaba por, indiretamente, proteger aqueles empresários que atuam de forma digna no mercado e são prejudicados por práticas

comerciais desleais de concorrentes, pelo que com o objetivo de mitigar o uso de práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, não são só os consumidores que saem beneficiados.

Para além disto, como vimos, também há empresas e negócios, como é o caso das empresas na cadeia agrícola e alimentar, que são diretamente prejudicados por práticas comerciais desleais, dessa forma, concordo que será importante uma alteração da Diretiva de modo a ampliar o seu âmbito no sentido poder abranger um maior número de intervenientes nas relações de consumo ou o surgimento de novas Diretivas, como a Diretiva 2019/633. Todavia, sendo um dos objetivos da Diretiva 2005/29/CE a unificação do regime das práticas comerciais desleais, penso que a primeira opção seria mais coerente e vantajosa.

Bibliografia

1. ABRUNHOSA, Cláudia Sofia Gomes, “Práticas Comerciais Desleais – Um estudo da Diretiva 2005/29/CE”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, nº 61, 2010
2. ANTUNES, José Engrácia, “Direito do Consumo”, Almedina, 2019
3. ASCENSÃO, José Oliveira, “Concorrência desleal: as grandes opções”, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. I, Coimbra Editora, 2007
4. BARNARD, Catherine, “The Substantive Law of the EU – The four freedoms”, Oxford University Press, 2016
5. CARDOSO, Elionora, “As práticas comerciais desleais: Uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?”, Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico Políticas, 2014
6. CARVALHO, Jorge Morais, “La protección de los consumidores em la Unión Europea: Mito o Realidade?”, *Critério Jurídico – Revista de la Universidad Pontificia Javeriana*, vol. 6, 2006
7. CARVALHO, Jorge Morais, “Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo”, Tese de Doutoramento, 2012
8. CARVALHO, Jorge Morais, “Práticas Comerciais desleais das empresas face aos consumidores”, *Revista do Direito das Sociedades* nº 3, 2011
9. COLLINS, Hugh, “The unfair commercial practices directive”, *European Review of Contract Law*, n. °4, 2005
10. CORDEIRO, António Menezes, “Tratado de Direito Civil Português”, vol. I, Almedina, 2007
11. CRISTAS, Assunção “Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor: A propósito da Diretiva 2005/29/CE”, Livro Comemorativo dos 90 anos do Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 2007
12. Directorate-General for Internal Polices, “State of play of the implementation of the provisions on advertising in the unfair commercial practices legislation”, IMCO, 2010

13. DUIVENVOORDE, Bram B., “The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive”, *Studies in European Economic Law and Regulation*, vol. 5, 2015
14. DUROVIC, Mateja, “The Subtle Europeanization of Contract Law: The Case of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices”, *European Review of Private Law* 5, 2015
15. GLÖCKNER, Jochen, “The Scope of Application of the UCP-Directive – “I Know What You Did Last Summer””, *New Challenges for the Assessment of Fairness in a Common Market*, EUI Working Papers, 2010
16. HOWELLS, Geraint, Thomas Wihelmsson, “EC Consumer Law: Has it Come of Age?”, *9 European Law Journal*, 2003
17. INCARDONA, Rossella e Cristina Poncibò, “The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution”, *Journal of Consumer Policy*, 2007
18. LEIÃO, Luís Menezes, “A proteção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003
19. LEITÃO, Adelaide Menezes, “Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?”, *Direito Industrial*, vol. VII, Almedina, 2012
20. LEITÃO, Luís Menezes, “As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71(2011), n.º2
21. LIZ, Jorge Pegado, “A “lealdade” no comércio ou as desaventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Diretiva 2005/29/CE)”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, 2005
22. LIZ, Pegado Jorge, “Práticas Comerciais Proibidas”, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. 4, 2014
23. NAMYSLOWSKA, Monika, “To B2C or Not to B2C. Some Reflections on the Regulation of Unfair Commercial Practices from a Polish Perspective”, *J Consume Policy*, 2013
24. OLIVEIRA, Elsa Dias, “Práticas Comerciais Proibidas”, *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. III, 2006
25. PASSINHAS, Sandra, “A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor”, *Colóquio Práticas Comerciais Desleais*, 2017

26. PAÚL, Jorge Patrício, “Concorrência desleal e direito do consumidor”, Revista da Ordem dos Advogados, Vol. 1, 2005
27. POMAR, Fernando Gómez, “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economic Perspective”, Revista para el Análisis del Derecho, 2006
28. ROGOWSKI, Marcin, “Legal Uncertainty – A Neglected Aspect of Unfair Commercial Practices Law in Europe?”, New Challenges for the Assessment of Fairness in a Common Market, 2010
29. SANTOS, Óscar López, “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico”, Estudios Sobre Consumo, n.º 75, 2005
30. SCHUHMACHER, Wolfgang, “The Unfair Commercial Practices Directive”, Hilty/Henning-Bodewig, Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe? 2007
31. SERRANO, Luís Miranda, “Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español, 2001, p. 13 SERRANO, Luís Miranda, “Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español, 2001
32. SILVA, João Calvão da “Responsabilidade Civil do Produtor”, Almedina, 1990
33. SILVA, Nuno Sousa e, “Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual: Os Atos de Aproveitamento”, Coleção de Monografias nº4, Instituto do Conhecimento AB, Almedina, 2020
34. SIMÃO, Jorge Carita, “A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu”, Revista do Direito das Sociedades, nº4, 2012
35. STUYCK, Jules, The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive, Common Market Law Review, Volume 52, 2015
36. TRZASKOWSKI, Jan, “Lawful Distortion of Consumers’ Economic Behaviour – Collateral Damages Under the Unfair Commercial Practices Directive”, European Business Law Review, Vol. 27, Issue 1, 2016
37. WILHELMSSON, Thomas, “The Average European Consumer – A Legal Fiction?”, Wilhelmsson (ed.), Private law and the many cultures of Europe, 2007

Jurisprudência

1. Acórdão Euronics Belgium CVBA, Processo C-343/12 ECLI:EU:C:2013:154
2. Acórdão Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG, Processo C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209,
3. Acórdão Gut Springenheide e Tusky, Processo C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369
4. Acórdão INNO NV, Processo C-126/11, ECLI:EU:C:2011:851
5. Acórdão Jana Pereničová e Vladislav Perenič, Processo C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144
6. Acórdão Keck e Mithouard, Processos apensos C-267/91 e C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905
7. Acórdão Konsumentombudsmannen (Ko), Processo C-122/10, ECLI:EU:C:2011:299
8. Acórdão Purely Creative, Processo C-428/11, ECLI:EU:C:2012:651
9. Acórdão UPC Magyarország Kft, Processo C-388/13, ECLI:EU:C:2015:225
10. Acórdão V/Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, Processo C-304/08, ECLI:EU:C:2010:12
11. Acórdão VTB-VAB NV e Galatea BVBA, Processos apensos C-261/07 e C-299/07 ECLI:EU:C:2009:244

Todos disponíveis em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/

Legislação

1. Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores
2. Diretiva 2019/633/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019 relativa a práticas comerciais desleais nas relações entre empresas na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar
3. Diretiva 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
4. Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa
5. Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores

6. Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas
7. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
Todas disponíveis em <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>
8. DL n.º 57/2008, de 26 de Março, PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS
9. Lei n.º 24/96, de 31 de julho, Lei da Defesa do Consumidor
10. DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro, Código Civil Português
11. DL n.º 110/2018, de 10 de Dezembro, Código da Propriedade Industrial
Todos disponíveis em <https://www.pgdlisboa.pt/home.php>