

**Processo C-370/20****Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

7 de agosto de 2020

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha)

**Data da decisão de reenvio:**

25 de junho de 2020

**Demandante e recorrente em «Revision»:**

Pro Rauchfrei e. V.

**Demandado e recorrido em «Revision»:**

JS

---

**Objeto do processo principal**

Ação para cessação da oferta de cigarros através de um distribuidor automático, uma vez que, desse modo, a proibição de dissimulação das advertências de saúde apostas nos maços de cigarros é violada e são visíveis imagens dos maços de cigarros sem essas advertências

**Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial**

Pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, para interpretação dos artigos 8.º, n.º 3, primeiro período (conceitos de «comercialização» e «dissimulação») e 8.º, n.º 8 (conceito de «imagens de embalagens») da Diretiva 2014/40

**Questões prejudiciais**

1. O conceito de comercialização, na aceção do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40/UE, abrange a oferta de produtos do tabaco através

de distribuidores automáticos realizada de um modo em que os maços de cigarros que neles se encontram, apesar de terem as advertências exigidas por lei, são armazenados de tal forma que não são imediatamente visíveis para o consumidor e só são visíveis quando o distribuidor automático, previamente desbloqueado pelos funcionários da caixa, é acionado pelo cliente e o maço de cigarros é assim depositado no tapete rolante da caixa antes da operação de pagamento?

2. A proibição constante do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40/UE, de dissimular as advertências por «outros elementos» abrange o caso em que, no âmbito da apresentação do produto num distribuidor automático, as embalagens de tabaco são totalmente dissimuladas?

3. O elemento «imagens de embalagens» previsto pelo artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40/UE também está presente nos casos em que, apesar de a imagem não ser uma reprodução fiel da embalagem original, o consumidor associa a imagem a um maço de tabaco, devido à sua configuração em termos de contornos, proporções, cores e logótipo da marca?

4. Os requisitos do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40/UE são cumpridos, independentemente da imagem utilizada, quando o consumidor, antes da celebração do contrato de compra, tem a oportunidade de visualizar os maços de cigarros com as advertências exigidas?

### **Disposições do direito da União invocadas**

Diretiva 2014/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco e produtos afins e que revoga a Diretiva 2001/37/CE, designadamente, considerando 48 e 60, artigo 2.º, pontos 40, artigo 8.º

Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, designadamente artigos 3.º e 4.º

### **Disposições de direito nacional invocadas**

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Lei da proteção contra a concorrência desleal, a seguir «UWG»), designadamente, §§ 3, 3 a, 5 a, 8

Gesetz über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse [Lei dos produtos do tabaco e dos produtos afins, a seguir «Tabakerzeugnisgesetz» (Lei do tabaco) ou («TabakerzG»)], designadamente, § 6

Verordnung über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse [Regulamento dos produtos do tabaco e dos produtos afins, a seguir «Tabakerzeugnisverordnung»]

(Regulamento do tabaco) ou «TabakerzV»], designadamente, § 11, primeiro parágrafo, primeiro período, n.º 4, e segundo parágrafo

### **Apresentação sucinta dos factos e do processo principal**

O demandado explora dois supermercados em Munique. Nas caixas destes supermercados oferecia, após 20 de maio de 2017, cigarros para venda nos distribuidores automáticos a seguir reproduzidos:



- 1 Os maços de cigarros armazenados nos distribuidores automáticos não estavam visíveis para os clientes. Os botões de seleção dos produtos apostos na máquina, embora permitissem distinguir as diferentes marcas de cigarros, não continham as advertências de saúde exigidas por lei.
- 2 A forma da venda consistia em que o cliente começava por pedir aos funcionários das caixas que desbloqueassem o distribuidor automático e, em seguida, acionava o botão de seleção da marca de cigarros que desejava. Subsequentemente, o maço de cigarros era transportado do mecanismo dispensador da máquina automática para o tapete rolante da caixa. O pagamento do maço de cigarros era então feito na caixa, se o cliente mantivesse a intenção de o comprar. Esta organização do procedimento de venda através do distribuidor automático visava evitar roubos e proteger os jovens.
- 3 O demandante impugnou no Landgericht a oferta de cigarros através dos distribuidores automáticos operados pelo demandado. O Landgericht negou provimento à ação. O recurso do demandante não obteve vencimento. O órgão jurisdicional de reenvio decide sobre o recurso de «Revision» do demandante.

### **Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial**

- 4 No entender do órgão jurisdicional de reenvio, o desfecho do recurso de «*Revision*» depende da interpretação do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, e do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40. Por um lado, está em causa saber se a apresentação de cigarros através do distribuidor automático controvertido viola a proibição de dissimulação das advertências de saúde que devem ser apostas na embalagem do produto do tabaco, nos termos do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período. Por outro lado, é necessário clarificar se podem ser apresentadas na máquina automática imagens de maços de cigarros que, contrariamente ao exigido pelo artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40, não apresentam nenhuma advertências de saúde.

#### ***Quanto à interpretação do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40***

##### *Quanto ao requisito da comercialização (primeira questão prejudicial)*

- 5 Em primeiro lugar, coloca-se a questão de saber se a apresentação de maços de cigarros através do distribuidor automático consubstancia uma «comercialização», na aceção do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40. A primeira questão prejudicial visa clarificar esta dúvida de interpretação.
- 6 O que caracteriza a oferta através da máquina automática aqui em causa é o facto de os maços de cigarros que nela se encontram terem as advertências exigidas por lei, mas serem armazenados no distribuidor automático de tal forma que não são logo visíveis para o consumidor. Os maços de cigarros e as advertências que os mesmos contêm só são visíveis depois de o distribuidor automático, previamente desbloqueado pelos funcionários das caixas, ser acionado pelo cliente e o maço de cigarros ser assim depositado no tapete rolante ainda antes da operação de pagamento. No entender do órgão jurisdicional de reenvio, não é clara a resposta à questão de saber se esta operação de compra alargada no tempo, na qual as advertências de saúde dos maços de cigarros só são visíveis ocasionalmente, cumpre o requisito da comercialização na aceção do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40.
- 7 A redação do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40 opõe-se a uma interpretação estrita, no sentido de que o conceito de comercialização apenas abrange a efetiva transmissão da posse do vendedor para o comprador após a operação de pagamento. Nos termos do artigo 2.º, ponto 40, da Diretiva 2014/40, entende-se por «comercialização» a disponibilização de produtos, com ou sem pagamento. O conceito de «disponibilização» também deve abranger a oferta aqui em causa de cigarros através de distribuidores automáticos, em que a operação de distribuição pode ser iniciada pelo próprio cliente.
- 8 O contexto normativo não permite uma interpretação inequívoca do conceito de comercialização. O tribunal de recurso considerou que o armazenamento dos

maços de cigarros no distribuidor automático controvertido é uma mera modalidade de venda. Resulta do considerando 48 da Diretiva 2014/40 que o objetivo de harmonização da Diretiva 2014/40 não incide sobre as modalidades de venda nem sobre a publicidade. Por esse motivo, a oferta aqui em causa de cigarros em distribuidores automáticos não é objeto das normas estabelecidas na diretiva. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas sobre se se pode concordar com esta interpretação. O considerando 48 da Diretiva 2014/40 estabelece que a presente diretiva não harmoniza regras sobre ambientes sem fumo de tabaco, sobre regimes nacionais de vendas ou publicidade nacional, ou sobre a utilização de marcas de tabaco em produtos ou serviços não relacionados com o tabaco («brand-stretching»), nem introduz limites de idade para os cigarros eletrónicos ou recargas. O tribunal de recurso concluiu daqui que a Diretiva 2014/40 apenas regula a configuração do produto, mas não as modalidades de venda dos produtos do tabaco, como por exemplo a sua apresentação em distribuidores automáticos. Importa ter em conta que o considerando 48, para além das «modalidades de venda», também retira a «publicidade» do objetivo de harmonização da diretiva, mas a Diretiva 2014/40 contém disposições expressas sobre a publicidade a cigarros eletrónicos no artigo 20.º, n.º 5, da diretiva e no considerando 43. Além disso, resulta do considerando 60 que um dos objetivos da diretiva consiste na aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, nomeadamente, no que respeita à «apresentação» de produtos do tabaco. Da expressão «presentation», utilizada na versão inglesa, pode resultar que a Diretiva 2014/40 se destina regular não apenas a apresentação da embalagem do produto do tabaco propriamente dita, mas também as circunstâncias da sua apresentação no âmbito da situação de compra.

- 9 Também não resulta claro do objetivo normativo do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40, se o conceito de comercialização abrange a apresentação de maços de cigarros nos distribuidores automáticos aqui em causa. A proibição de dissimulação nos termos do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40 visa, de acordo com o vigésimo oitavo considerando da diretiva, assegurar a integridade e a visibilidade das advertências de saúde e maximizar a sua eficácia (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de maio de 2016, Philip Morris Brands e o., C-547/14, EU:C:2016:325). Por conseguinte, a proibição de dissimulação, à semelhança da exigência de advertências de saúde, também visa a proteção da saúde através de avisos sobre os efeitos adversos de um produto na saúde humana ou outras consequências indesejadas do seu consumo (v. artigos 1.º e 2.º, ponto 32, da Diretiva 2014/40). Daqui resulta que, com a proibição de dissimulação consagrada no artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40 se pretende garantir que as advertências de saúde sejam dadas a conhecer ao consumidor e que este as possa ter em conta quando toma a decisão de compra. Segundo o tribunal de recurso apurou, o contrato de compra não é celebrado no momento em que o botão de seleção do distribuidor automático é acionado, mas apenas, pouco depois, com o pagamento subsequente dos cigarros. O consumidor, quando aciona o botão de seleção do distribuidor automático, que despeja o maço de cigarros para o tapete rolante da caixa, pode ver completa e ilimitadamente todos os lados do maço de cigarros, antes de celebrar o contrato, e pode, assim,

tomar a sua decisão de compra com conhecimento das advertências apostas na embalagem, não dissimuladas, ou abster-se de o comprar. Neste contexto, poderá entender-se que o objetivo regulador da proibição de dissimulação no caso da venda de cigarros através do distribuidor automático aqui em causa não é suficientemente prejudicado, uma vez que ainda foi dado conhecimento das advertências de saúde nos maços durante a operação de venda, atempadamente e antes da decisão definitiva de compra. Além disso, tendo em conta a importância das advertências de saúde para a proteção do bem jurídico fundamental da saúde e do objetivo da redução do consumo de tabaco também consagrado no artigo 1.º da Diretiva 2014/40, não é impensável que só se possa presumir a suficiente eficácia das advertências de saúde se estas já tiverem chegado ao conhecimento do consumidor com a apresentação dos cigarros no distribuidor automático e, assim, num momento em que já tenha sido tomado um primeiro passo essencial para a decisão a favor ou contra a aquisição de cigarros. Tal poderá ser invocado a favor da tese de que esta apresentação no início da operação de compra através do distribuidor automático se enquadra no conceito de comercialização e, por conseguinte, no âmbito da proibição de dissimulação das advertências de saúde.

*Quanto ao requisito da dissimulação por outros elementos (segunda questão prejudicial)*

- 10 Coloca-se ainda a questão de saber se, em circunstâncias como as do presente caso, se verifica a característica da dissimulação por outros elementos, na aceção do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40. A segunda questão prejudicial destina-se a clarificar esta dúvida de interpretação.
- 11 Discute-se se a deficiente visibilidade das advertências de saúde apostas nas embalagens, que é consequência da disponibilização de maços de cigarros através de um distribuidor automático, consubstancia uma dissimulação na aceção do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40. De acordo com uma abordagem, a proibição de dissimulação também abrange a dissimulação de toda a embalagem por um distribuidor automático, uma vez que o artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40 pretende garantir a visibilidade das advertências logo na apresentação dos produtos. Segundo o entendimento contrário, o artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40, de acordo com o considerando 48 da mesma, diz apenas respeito ao próprio produto ou à configuração da embalagem, e não à sua apresentação ou a outras modalidades de venda e, por conseguinte, não diz respeito a fatores externos à embalagem. A armazenagem de produtos do tabaco em distribuidores automáticos ou em prateleiras é uma pura modalidade de venda e não diz respeito à configuração da embalagem regulada pela diretiva. Em consequência, não pode consubstanciar uma dissimulação na aceção do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da diretiva.
- 12 No entender do órgão jurisdicional de reenvio, a questão controvertida não tem uma resposta inequívoca.

- 13 A redação do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40 não se opõe ao entendimento de que a fraca visibilidade das advertências de saúde através da disponibilização dos maços de cigarros num distribuidor automático também pode constituir uma dissimulação por outro elemento, que esta disposição visa impedir. Quando um elemento dissimula não apenas uma advertência de saúde, mas a totalidade da embalagem, tal implica necessariamente a dissimulação da advertência aposta na embalagem.
- 14 O contexto normativo não permite uma interpretação inequívoca do conceito de dissimulação. Conforme se explicou, não é possível responder de forma clara à questão de saber se resulta do considerando 48 da diretiva que as modalidades de venda, como a oferta de cigarros através de um distribuidor automático, estão excluídas do âmbito de aplicação do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40, por razões de ordem sistemática. Este aspeto poderá ser determinante não apenas para o conceito de comercialização, mas também para o de «dissimulação». Em contrapartida, os exemplos de elementos referidos no artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40 não permitem reconhecer a intenção do legislador da diretiva de excluir a dissimulação através da armazenagem de maços de cigarros num distribuidor automático do âmbito de aplicação da proibição de dissimulação, uma vez que falta a ligação necessária à configuração do próprio maço. Com efeito, os selos fiscais, marcas de preço e elementos de segurança referidos no artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40 constituem elementos habitualmente apostos num maço de cigarros e, por conseguinte, dizem respeito à configuração do maço. Por seu turno, os invólucros, bolsas e carteiras igualmente referidos no artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40 constituem elementos que também podem cobrir totalmente o maço e, desta forma, tal como o distribuidor automático controvertido, podem impedir que o consumidor tome conhecimento das advertências de saúde apostas independentemente da restante configuração do maço.
- 15 O objetivo normativo do artigo 8.º, n.º 3, primeiro período, da Diretiva 2014/40 também não permite reconhecer inequivocamente se o conceito de dissimulação por outros elementos abrange a apresentação aqui em causa de maços de cigarros através de máquinas automáticas. A este respeito, devem ser tidos em conta os mesmos aspetos considerados na interpretação do conceito de «comercialização».

***Quanto à interpretação do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40***

- 16 Nos termos do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40, as imagens de embalagens individuais e de qualquer embalagem exterior destinadas a consumidores na União para efeitos publicitários devem cumprir as disposições do título II («Produtos do tabaco»), capítulo II («Rotulagem e embalagem»), da diretiva.

*Quanto ao conceito de «imagens de embalagens» (terceira questão prejudicial)*

- 17 Em primeiro lugar, coloca-se a questão de saber se existe uma imagem de uma embalagem, na aceção do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40, quando a imagem não é uma reprodução fiel da embalagem original, mas o consumidor a associa a um maço de tabaco pela sua configuração no que diz respeito aos contornos, proporções, cores e logótipo da marca. A terceira questão prejudicial visa clarificar esta dúvida de interpretação.
- 18 No entender do órgão jurisdicional de reenvio, a questão suscitada não pode ser respondida de forma inequívoca.
- 19 O conceito de «imagem da embalagem» na aceção do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40 poderá sugerir que só uma reprodução fiel de um maço de cigarros, independentemente das advertências de saúde, está abrangida pelo artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40. No entanto, o sentido literal do conceito também poderia abranger uma imagem no sentido de uma reprodução estilizada das características essenciais de uma embalagem.
- 20 Do contexto normativo conjugado com o artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2014/40 e das disposições da mesma relativas à garantia da visibilidade das advertências de saúde apostas nas embalagens dos produtos do tabaco resulta apenas que o artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40 diz respeito a imagens destas embalagens que, por seu turno, podem ser imagens fiéis ou estilizadas.
- 21 O objetivo normativo do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40 poderá antes indiciar que as imagens que, devido à sua configuração, gerem no consumidor uma associação com um maço de cigarros, também estão abrangidas por esta disposição. A exigência, prevista no artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40, de as imagens das embalagens também terem de respeitar a exigências aplicáveis à própria embalagem no que diz respeito à visibilidade das advertências de saúde também visa, tal como o objetivo das próprias advertências de saúde, a proteção da saúde através de avisos sobre os efeitos adversos de um produto na saúde humana ou outras consequências indesejadas do seu consumo. Resulta do acima exposto que o artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40 visa igualmente garantir que as advertências de saúde sejam dadas a conhecer ao consumidor e que este as possa ter em conta quando toma a decisão de compra. No entanto, se uma configuração que, apesar de não ser uma reprodução fiel da embalagem, desencadeia no consumidor um efeito de reconhecimento desta, porque reproduz, de forma estilizada, as suas características essenciais, é manifesto que essa reprodução estilizada deverá, no interesse da proteção efetiva da saúde e do objetivo de reduzir o consumo do tabaco, poder ser suficiente para concretizar o conceito de imagem na aceção do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40. Esta reprodução também pode, à semelhança de uma reprodução fiel, provocar um impulso de compra que se pretende impedir com as advertências de saúde previstas no artigo 8.º da Diretiva 2014/40.



*Quanto à questão de saber se são cumpridos os requisitos do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40 quando o consumidor visualiza os maços de cigarros antes da celebração do contrato de compra (quarta questão prejudicial)*

- 22 Coloca-se ainda a questão de saber se, nas circunstâncias como as que estão aqui em causa, os requisitos do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40 são cumpridos quando o consumidor tem a oportunidade de visualizar os maços de cigarros com as advertências de saúde exigidas antes da celebração do contrato de compra. A quarta questão prejudicial visa a clarificação desta dúvida de interpretação.
- 23 O tribunal de recurso entendeu que o artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40 deve ser interpretado no sentido de que a utilização de imagens de maços de cigarros perante o consumidor só é proibida se tiver lugar em vez da apresentação da embalagem, antes da celebração do contrato de compra. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas sobre se se pode concordar com o tribunal de recurso.
- 24 Da letra do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40, que se refere a imagens de embalagens, sem quaisquer restrições, não é possível inferir a limitação do âmbito de aplicação da disposição defendida pelo tribunal de recurso.
- 25 Uma interpretação que tenha em conta o contexto normativo não chega a uma conclusão inequívoca. O tribunal de recurso baseou uma vez mais o seu entendimento na presunção de que do considerando 48 da Diretiva 2014/40 resulta que as meras medidas publicitárias e modalidades de venda não são objeto da diretiva. Tal como acima referido, esta presunção não é evidente.
- 26 Além disso, o objetivo normativo do artigo 8.º, n.º 8, da Diretiva 2014/40 não permite reconhecer inequivocamente se esta disposição também pretende proibir a utilização de imagens de maços de cigarros sem advertências de saúde, nos casos em que o consumidor tem a oportunidade, antes da celebração do contrato de compra, de visualizar os mesmos maços de cigarros com as advertências de saúde exigidas. A este respeito, devem uma vez mais ser tidos em conta os mesmos aspetos considerados na interpretação do conceito de «comercialização». O órgão jurisdicional de reenvio remete para as observações formuladas sobre esta matéria.