

Processo C-100/24

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

7 de fevereiro de 2024

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal,
Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

21 de dezembro de 2023

Demandante e recorrente em «Revision»:

Verbraucherzentrale Hamburg e. V.

Demandada e recorrida em «Revision»:

bonprix Handelsgesellschaft mbH

[Omissis]

BUNDESGERICHTSHOF

DESPACHO

[Omissis]

no litígio

Verbraucherzentrale Hamburg e. V., [omissis]

[Omissis] Hamburgo,

Demandante e recorrente em «Revision»,

- [Omissis]

contra

bonprix Handelsgesellschaft mbH, [omissis]

[*Omissis*] Hamburgo,

Demandada e recorrida em «Revision»,

- [*Omissis*]

A Primeira Secção Cível do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal), na audiência realizada em 21 de dezembro de 2023 [*omissis*]

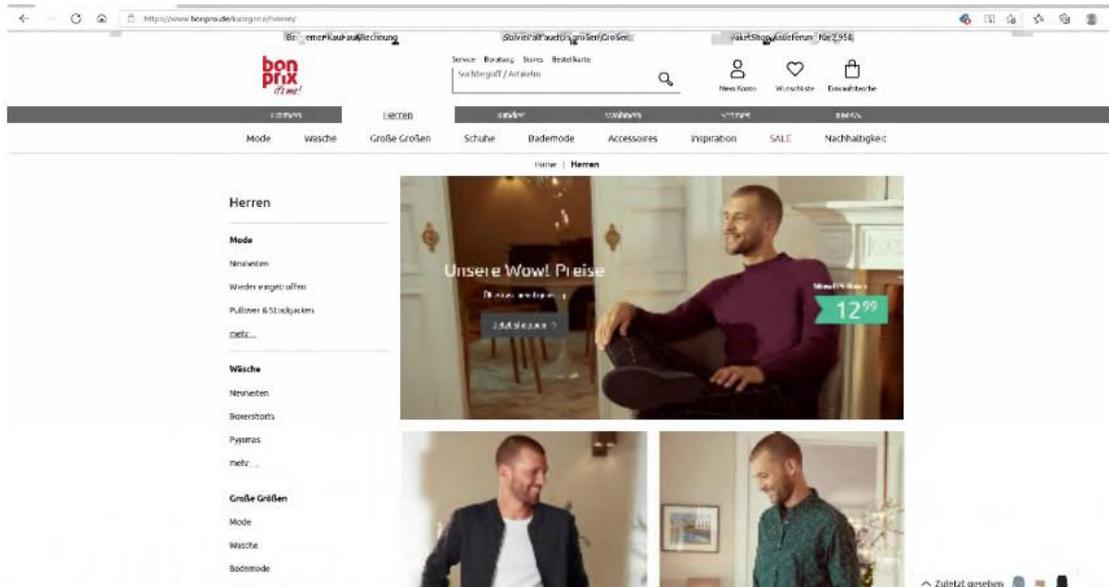
decidiu:

- I. A instância é suspensa.
- II. Submete-se ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão prejudicial relativa à interpretação do artigo 6.º, alínea c), da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (a seguir «Diretiva sobre o comércio eletrónico») (JO 2000, L 178, p. 1):

Constitui a publicidade a uma modalidade de pagamento (neste caso, «compra cómoda por conta») que tem um valor monetário reduzido, mas serve a segurança e os interesses jurídicos do consumidor (em concreto, não se divulgam dados de pagamento sensíveis e, em caso de resolução do contrato, não se reclama a devolução de um adiantamento) uma oferta promocional na aceção do artigo 6.º, alínea c), da Diretiva 2000/31/CE sobre o comércio eletrónico?

Fundamentos:

- 1 A. A demandante é uma associação registada na lista nos termos do § 4 da UKlaG (Lei relativa às Ações Inibitórias em Matéria de Direitos dos Consumidores). A demandada explora uma empresa de venda por correspondência em linha.
- 2 Em dezembro de 2021, a demandada fez publicidade no seu sítio Internet www.bonprix.de com a menção «compra cómoda por conta» (v. anexo K 2 *infra* com a marcação de seta adicionada para clarificar a menção).



- 3 A demandante denunciou esta publicidade como enganosa por não revelar a reserva real de um controlo de solvabilidade e advertiu a demandada sem sucesso.
- 4 A demandante pediu que a demandada fosse condenada sob pena de aplicação de certas medidas coativas,
 - a abster-se de fazer publicidade com o *slogan* «compra cómoda por conta» num sítio Internet destinado à negociação de contratos de compra e venda com os consumidores – como se pode ver na impressão do ecrã apresentada como anexo K2 – se a compra por conta assim promovida só for oferecida sob reserva de uma avaliação da solvabilidade do comprador.
- 5 A demandante exige igualmente o reembolso das despesas de interpelação.
- 6 O Landgericht (Tribunal Regional) julgou a ação improcedente. O órgão jurisdicional de recurso negou provimento ao recurso da demandante por decisão unânime, após instrução prévia. A demandante reitera os seus pedidos no recurso de «Revision», que foi admitido por esta Secção e a que a demandada requer seja negado provimento.
- 7 B. O êxito do recurso de «Revision» depende da interpretação do artigo 6.º, alínea c), da Diretiva 2000/31/CE. Em consequência, antes de decidir o recurso de «Revision» da demandante, deve suspender-se a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º, n.º 1, alínea b) e n.º 3.º, do TFUE.
- 8 I. O órgão jurisdicional de recurso fundamentou a improcedência dos direitos formulados na ação do seguinte modo:
- 9 A publicidade com a menção «compra cómoda por conta» não é enganosa nem viola uma obrigação de informação.

- 10 A menção não é enganosa. No contexto atual, o público apenas entende esta menção geral como significando que a compra por conta é possível. Por outro lado, o consumidor-alvo não espera ser informado, nessa fase, de todas as condições e pormenores de uma compra por conta. O mesmo não lerá na menção que esta opção é concedida incondicionalmente e sem reservas a todos os compradores. Não se trata de uma publicidade de efeito chamariz porque não está realçada. Desta forma, a atenção do consumidor não é atraída para uma afirmação sensacionalista ou extraordinária.

Invulgar seria, porém, que a demandada não associasse condições à compra por conta. A demandada demonstrou que a compra por conta é habitual no mercado das vendas por correspondência em linha. A demandante não contestou suficientemente este facto. Mesmo que um consumidor não se interrogue quanto a eventuais reservas da demandada, pelo facto de não haver qualquer referência às mesmas, não existe publicidade enganosa. A menção contestada é objetivamente verdadeira porque é possível fazer uma compra por conta junto da demandada e a ponderação de interesses a fazer na análise de uma publicidade enganosa através de menções objetivamente verdadeiras é favorável à demandada. Não existe um efeito de atração acrescido da publicidade. No processo de encomenda, o cliente é informado das condições da compra por conta.

- 11 A menção também não viola qualquer dever de informação. Importa examinar, tendo em conta a apresentação concreta do sítio Internet da demandada, se o consumidor deve ser informado em relação direta com a mensagem publicitária «compra cómoda por conta», e em caso afirmativo, a que condições está sujeita esta compra por conta. Pelas razões já expostas, há que responder negativamente a esta questão. Em particular, não é violado o dever de informação previsto no § 6.º, n.º 1, ponto 3, da TMG (Lei Relativa às Telecomunicações), que exige o carácter claramente identificável de ofertas promocionais como descontos, prémios e presentes, e que faz parte das disposições de transposição das diretivas do direito da União a que se refere o § 5, n.º 4, da UWG (Lei contra a Concorrência Desleal). A compra por conta não é uma vantagem pecuniária comparável aos descontos, prémios ou presentes mencionados na disposição. Não existe qualquer vantagem adicional, tangível e identificável no contexto de uma oferta de produtos ou serviços sem remuneração adicional. No caso de uma compra por conta, o comprador deve pagar o mesmo preço, que é devido imediatamente após a receção dos produtos, sem qualquer outro acordo. A única vantagem financeira para o comprador reside no facto de dever pagar o preço de compra alguns dias mais tarde do que noutras modalidades de pagamento. Não são concedidas quaisquer vantagens para além da própria compra.
- 12 Na falta de direito de cessação, as despesas de interpelação não devem ser reembolsadas.
- 13 II. O recurso será julgado procedente se o órgão jurisdicional de recurso tiver negado erradamente a existência de uma violação pela demandada do § 5a, n.ºs 2 e 4, da UWG na redação em vigor até 27 de maio de 2022 (UWG aF)/§ 5, n.º 1, e

§ 5, n.º 4a da UWG na redação em vigor a partir de 28 de maio de 2022 (UWG nF) em conjugação com o § 6.º, n.º 1, ponto 3, da TMG.

- 14 1. [Omissis] tem legitimidade [omissis]
- 15 2. Nos termos do § 5a, segundo período, da UWG aF, atua de forma desleal todo aquele que no caso concreto, tendo em conta todas as circunstâncias, omite uma informação essencial para o consumidor (n.º 1) de que o consumidor pode eventualmente necessitar para tomar uma decisão comercial informada, e (n.º 2) a omissão da mesma é adequada para induzir o consumidor numa decisão comercial que de outro modo não tomaria. De acordo com o § 5a, n.º 1, da UWG nF, pratica um ato desleal aquele que induzir em erro um consumidor ou outro interveniente no mercado, omitindo-lhe uma informação substancial (n.º 1) que o consumidor ou outro interveniente no mercado necessite, em função das circunstâncias, para tomar uma decisão de transação esclarecida, e (n.º 2) cuja omissão é suscetível de conduzir o consumidor ou outro interveniente no mercado a uma decisão de transação que, de outro modo, não teria tomado. Em conformidade com o § 5a, n.º 4, da UWG aF e o § 5b, n.º 4, da UWG nF, são igualmente consideradas substanciais, na aceção do § 5, n.º 2, da UWG aF e do § 5, n.º 1, da UWG NF, as informações que não podem ser omitidas ao consumidor com base nos regulamentos do direito da União ou nas disposições de transposição das diretivas da União relativas às comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing.
- 16 As disposições do § 5, n.º 2, primeiro período, da UWG aF e do § 5, n.º 1, da UWG NF visam transpor o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno [v. BGH, Acórdão de 26 de outubro de 2023 – I ZR 176/19, GRUR 2023, 1704 (juris n.º 20) = WRP 2024, 65 – Zigarettenausgabeautomat III, e jurisprudência referida]. Segundo estas disposições, uma prática comercial é considerada enganosa quando, no seu contexto factual, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, omite uma informação substancial que, atendendo ao contexto, seja necessária para que o consumidor médio possa tomar uma decisão de transação esclarecida, e, portanto, conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo. O artigo 7.º, n.º 5, da Diretiva 2005/29/CE, com base no qual foi adotado o § 5a, n.º 4, da UWG aF/§ 5b, n.º 4, da UWG nF [v. BGH, GRUR 2023, 1704 (juris, n.º 20) – Zigarettenausgabeautomat III, e jurisprudência referida], dispõe que são considerados substanciais os requisitos de informação estabelecidos pelo direito da União relativamente às comunicações comerciais, incluindo a publicidade ou o marketing, cuja lista não exaustiva, consta do anexo II. A lista do Anexo II da Diretiva 2005/29/CE remete para o artigo 6.º da Diretiva 2000/31/CE, que é transposto para o direito alemão pelo § 6, n.º 1, da TMG.
- 17 3. No caso em apreço, é possível que a demandada tenha violado o dever de informação previsto no § 6.º, n.º 1, ponto 3, da TMG. Nos termos do § 6.º, n.º 1,

ponto 3, da TMG, os prestadores de serviços devem cumprir os seguintes requisitos no que se refere às comunicações comerciais que sejam telecomunicações ou sejam parte de telecomunicações: As ofertas promocionais, tais como descontos, prémios e presentes, devem ser claramente identificáveis como tais e as condições a preencher para neles participar devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca. Esta disposição visa transpor o artigo 6.º, alínea c), da Diretiva 2000/31/CE (para a disposição anterior do § 7 TMG aF, que é idêntica a este respeito, v. exposição de motivos do projeto de lei do Governo sobre o quadro jurídico do comércio eletrónico, BT-Drucks. 14/6098, p. 22) e, por conseguinte, requer uma interpretação em conformidade com a diretiva. Nos termos do artigo 6.º, alínea c), da Diretiva 2000/31/CE, além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros assegurarão que as comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade da informação respeitem as condições seguintes: quando autorizadas pelo Estado-Membro onde o prestador de serviços esteja estabelecido, as ofertas promocionais, tais como descontos, prémios e presentes, serão claramente identificáveis como tais e as condições a preencher para neles participar devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca.

- 18 a) Enquanto operadora de uma empresa de venda por correspondência em linha, a demandada é um prestador de serviços na aceção do § 2, n.º 2, da TMG (Lei Relativa às Telecomunicações)/artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 2000/31/CE [quanto ao conceito de prestador de serviços, v. BGH, Acórdão de 9 de setembro de 2021 – I ZR 90/20, BGHZ 231,38 (juris n.º 106) – Influencer I].
- 19 b) A menção «compra cómoda por conta» contestada no caso em apreço é uma comunicação comercial e faz parte de um meio de telecomunicações ou da sociedade da informação, na aceção do § 6, n.º 1, ponto 3, da TMG/artigo 6.º, alínea c), da Diretiva 2000/31/CE.
- 20 De acordo com o § 2, n.º 5 TMG/artigo 2.º, alínea f) da Diretiva 2000/31/CE, por comunicações comerciais neste sentido, entendem-se todas as formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma atividade de comércio, indústria ou artesanato, mas não as informações que permitam o acesso direto à atividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio eletrónico, nem as comunicações relativas às mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras. No entender desta Secção, esta definição de comunicação comercial é igualmente relevante para a interpretação do § 5a, n.º 4 da UWG aF, § 5b, n.º 4 da UWG nF/artigo 7.º, n.º 5, da Diretiva 2005/29/CE [v. BGH, GRUR 2023, 1704 (juris, n.º 22) – Zigarettenausgabeautomat III]. Por conseguinte, a menção da demandada contestada no caso em apreço é abrangida pelo conceito de comunicação

comercial, uma vez que serve para promover diretamente a venda dos produtos da demandada.

- 21 A menção faz igualmente parte de um meio de telecomunicações (§ 1, n.º 1, primeiro período, da TMG) ou de um serviço da sociedade da informação (artigo 2.º, alínea a) da Diretiva 2000/31/CE), uma vez que a demandada o faz no sítio Internet que promove a sua atividade de venda por correspondência (v. artigo 1.º, n.º 2.º, alínea a), da Diretiva 98/34/CE relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 98/48/CE que altera a diretiva relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas).
- 22 c) Importa determinar se a menção contestada, que promove a possibilidade de uma «compra cómoda por conta», é abrangida pelo conceito de ofertas promocionais na aceção do artigo 6.º, alínea c), da Diretiva 2000/31/CE.
- 23 aa) A determinação do significado e do alcance de um termo jurídico de direito da União, que não é definido no direito da União em causa, deve fazer-se de acordo com o seu sentido habitual na linguagem comum, tendo em atenção o contexto em que é utilizado e os objetivos prosseguidos pela regulamentação de que faz parte [v. TJUE, Acórdão de 3 de setembro de 2014 – C-201/13, GRUR 2014, 972 (juris n.º 19) = WRP 2014, 1181 – Deckmyn e Vrijheidsfonds; TJUE, Acórdão de 7 de abril de 2022 – C-668/20, ZfZ 2022, 184 (juris n.º 67) – Y GmbH (Vanille-Oleoresin)].
- 24 bb) De acordo com o sentido literal do elemento «ofertas promocionais» (inglês: «promotional offers»; francês: «offres promotionnelles»), a oferta de uma «compra cómoda por conta», que um empresário faz para promover a venda dos seus produtos, é suscetível de preencher o tipo da infração. O próprio facto de a demandada considerar a menção válida demonstra que espera que esta tenha um efeito promocional, ou seja, de oferta promocional.
- 25 cc) O contexto regulamentar suscita a questão de saber se o conceito de ofertas promocionais é restringido pelo aditamento de exemplos («tais como») de «descontos, prémios e presentes», de modo que meras modalidades de pagamento, como a possibilidade de compra por conta, não são abrangidas pela disposição. Na medida em que se sustenta que o § 6, n.º 1, ponto 3, da TMG apenas abrange as vantagens pecuniárias [v. BeckOK.Informations- und Medienrecht/Pries, 42.ª edição (versão de 1 de novembro de 2023), § 6 da TMG, n.º 31; BeckOK.IT- Recht/Sesing-Wagenpfeil, 12.ª edição (versão de 1 de julho de 2023), § 6 da TMG, n.º 31; Spindler in Spindler/Schmitz, TMG, 2.ª edição, § 6, n.º 23], tal não se opõe à inclusão da oferta de uma compra por conta no conceito de oferta promocional, desde que – como no caso em apreço – a modalidade de pagamento promovida esteja associada a uma vantagem pecuniária (embora menor), tendo em conta o diferimento do pagamento de facto associado. Se a exigência de uma vantagem pecuniária for dispensada e se a promessa de tratamento preferencial

também for suficiente (de acordo com Roßnagel/Schmitt, Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste, § 6 da TMG, n.º 24), o elemento constitutivo da infração estaria, de qualquer modo, preenchido.

- 26 Por outro lado, poderia militar contra a inclusão das modalidades de pagamento no tipo da infração se – como indica a resposta ao recurso – o «caráter promocional» das medidas de oferta promocional enumeradas como exemplos fosse sublinhado, a fim de distinguir o conceito de oferta promocional do conceito (mais amplo) de promoção (§ 2, ponto 5 da TMG/artigo 2.º, alínea f) da Diretiva 2000/31/CE).
- 27 dd) O objetivo regulamentar da Diretiva 2000/31/CE é, segundo o seu considerando 10, a criação de um espaço sem fronteiras internas para o comércio eletrónico com um elevado nível de proteção dos objetivos de interesse geral, incluindo a defesa dos consumidores. De acordo com o segundo período do considerando 29 da referida diretiva, a comunicação comercial, incluindo descontos, ofertas e jogos promocionais, devem, no interesse dos consumidores e da lealdade das transações, respeitar um certo número de obrigações relativas à transparência.
- 28 A inclusão da publicidade a modalidades de pagamento no conceito de ofertas promocionais deve estar em conformidade com o objetivo de proteção do consumidor. No recurso de «Revision» argumenta, com razão, que a concessão da opção de compra por conta também serve os interesses de segurança do comprador, uma vez que este não tem de fornecer ao vendedor dados de pagamento sensíveis (por exemplo, o número do cartão de crédito e o código de verificação quando paga com cartão de crédito ou os dados da conta bancária quando paga por débito direto) quando compra por conta. Além disso, no caso de uma eventual resolução, por exemplo devido ao exercício do direito de retratação conferido ao consumidor no momento da venda à distância nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2011/83/UE relativa aos direitos dos consumidores ou em caso de defeitos dos bens, o consumidor não é exposto ao incómodo de uma recuperação devido ao seu adiantamento.
- 29 Uma interpretação extensiva do conceito de oferta promocional não é excluída pelo facto de, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva 2011/83/UE, o consumidor dever ser informado das condições de pagamento de um contrato à distância antes da celebração do contrato. É certo que uma interpretação lata do artigo 6.º, alínea c), da Diretiva 2000/31/CE, conduziria a uma clara antecipação dos requisitos de informação previstos no artigo 6.º, n.º 1, alínea g), da Diretiva 2011/83/UE. Todavia, as informações a prestar previstas no artigo 6.º, alínea c), da Diretiva 2000/31/CE existem, segundo a redação expressa da disposição, «[a]lém de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária».
- 30 ee) Coloca-se, por conseguinte, a questão de saber se o conceito de «ofertas promocionais», na aceção do artigo 6.º, alínea c), da Diretiva 2000/31/CE, abrange igualmente a publicidade que utiliza uma modalidade de pagamento

(neste caso, «compra cómoda por conta») que, embora tenha um valor monetário reduzido, serve a segurança e os interesses jurídicos do consumidor (neste caso, não é divulgada nenhuma informação sensível sobre o pagamento; no caso de resolução do contrato, não é recuperado nenhum adiantamento).

- 31 4. A questão prejudicial é determinante para a decisão da causa.
- 32 a) Na medida em que a menção controvertida constitui uma oferta promocional na aceção do § 6, n.º 1, ponto 3, da TMG, os direitos de cessação e de reembolso das despesas de interpeção, invocados no âmbito da ação, existem porque a demandada não forneceu as informações previstas nesta disposição sobre as condições de utilização da oferta promocional por não indicar que a possibilidade de compra por conta promovida carece de controlo prévio da solvabilidade.
- 33 b) O direito invocado não tem fundamento com base em publicidade enganosa na aceção do artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, ponto 1, da UWG. O órgão jurisdicional de recurso indeferiu tal pedido sem incorrer num erro de direito.

[Omissis]

Instâncias		inferiores:
LG Hamburg (Tribunal Regional de Hamburgo, Alemanha), Decisão de 21.7.2022	- 403	HKO 37/22 -
OLG Hamburg (Tribunal Regional Superior de Hamburgo, Alemanha), Decisão de 09.1.2023 -15 U 75/22	<i>[omissis]</i>	

[Omissis]