

Processo C-379/23**Pedido de decisão prejudicial****Data de entrada:**

15 de junho de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Svea Hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Tribunal de Recurso de Svea, enquanto Tribunal de Recurso da Propriedade Intelectual e do Comércio, Suécia)

Data da decisão de reenvio:

13 de junho de 2023

Recorrente:

Guldbrev AB

Recorrido:

Konsumentombudsmannen

[...]

ACÓRDÃO RECORRIDO

Acórdão do Patent- och marknadsdomstolen, Stockholms tingsrätt (Tribunal da Propriedade Intelectual e do Mercado, Tribunal de Primeira Instância de Estocolmo, Suécia) de 25 de março de 2022 [...]

Ouvidas as alegações jurídicas, o Patent- och marknadsöverdomstolen (Tribunal de Recurso da Propriedade Intelectual e do Comércio de Estocolmo, Suécia), que não encontra fundamentos para submeter a questão proposta pelo Konsumentombudsmannen (Provedor de Justiça dos Consumidores; a seguir «KO»), decide o seguinte

DECISÃO (a notificar em 14 de junho de 2023)

1. O Patent- och marknadsöverdomstolen (Tribunal de Recurso da Propriedade Intelectual e do Mercado) ordena que seja obtida uma decisão prejudicial do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao abrigo do artigo 267.º do Tratado

sobre o Funcionamento da União Europeia, e que seja apresentado um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça, em conformidade com o anexo A da presente ata.

2. O Patent- och marknadsöverdomstolen (Tribunal de Recurso da Propriedade Intelectual e do Mercado) suspende a instância enquanto se aguarda a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

[...]

Órgão jurisdicional de reenvio

- 1 [...] Svea hovrätt (Tribunal de Recurso de Svea, Estocolmo, Suécia), Patent- och marknadsöverdomstolen,

[...] Estocolmo, Suécia

[...]

Partes no processo no órgão jurisdicional nacional

- 2 Recorrente: Guldbrev AB, [...] Estocolmo

[...]

Recorrido: Konsumentombudsmannen, [...] Karlstad

[...]

Objeto: Publicidade desleal

Processo no órgão jurisdicional nacional e factos pertinentes

- 3 A Guldbrev AB (Guldbrev) é uma empresa que, através da Internet, exerce a atividade de avaliação e compra de ouro aos consumidores. A Guldbrev não tem lojas físicas, mas desenvolve a sua atividade de compra e o seu serviço de comparação de preços em vários sítios Web. As alegações e outras práticas a que o processo diz respeito surgiram nos sítios Web da Guldbrev, nas redes sociais e em cartas enviadas aos consumidores pela Guldbrev. O KO alegou que determinada publicidade deveria ser proibida e que a Guldbrev deveria ser obrigada a prestar certas informações aos consumidores.

O KO sustentou - nas partes ora relevantes - principalmente e em suma o seguinte. O produto publicitado pela Guldbrev deverá ser considerado um pacote de serviços que consiste na avaliação e na compra de ouro, pelo que a publicidade é

abrangida pelo âmbito de aplicação da marknadsföringslagen (2008:486) [Lei (2008:486) relativa às Práticas Comerciais, a seguir «MFL»]. A promoção realizada através de anúncios no Google e em sítios Web com um instrumento de comparação é enganosa e desleal, por um lado, por força do ponto 22 do anexo I da 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 (a seguir «diretiva») e, por outro, ao abrigo dos §§ 8 e 9 da MFL. A publicidade dos preços do ouro constitui publicidade-isco, contrária aos pontos 5 e 6, alínea c), do Anexo I da diretiva. A Guldbrev não identificou de forma suficientemente clara os sítios Web como promoções e não indicou que a Guldbrev é a entidade de origem da publicidade. Os preços mais elevados que a Guldbrev anuncia não são razoáveis e, além disso, no que respeita ao ouro de 24 quilates, são totalmente imprevisíveis ou impossíveis de obter devido às exigências que aquela impõe. Além disso, são feitas afirmações enganosas em matéria de preços, que afetam a aptidão do consumidor para tomar uma decisão de transação esclarecida, ao abrigo do § 10, segundo parágrafo, ponto 4, em conjugação com o § 8, primeiro parágrafo, da MFL. A forma como a Guldbrev anuncia os seus preços é também tão invulgar, em comparação com as operações comerciais em geral e a atividade de compra de ouro em particular, que pode igualmente ser considerada contrária às boas práticas comerciais ao abrigo dos §§ 5 e 6 da MFL. O anúncio, por parte da Guldbrev, dos preços que a empresa paga pelo ouro carece de informações suficientes sobre os preços e carece igualmente de outras informações essenciais. Estas deficiências significam que a promoção é contrária ao § 5, ao § 10, terceiro parágrafo, e ao § 12 da MFL. Ao colocar um temporizador de contagem regressiva diretamente ligado a uma oferta de venda de ouro ao preço mais elevado do ouro, expresso em coroas suecas por grama para um determinado teor de quilates, a Guldbrev transmitiu a impressão errada de que existe uma relação entre esse preço e o referido temporizador. A promoção é, por isso, enganosa por força do § 10 da MFL e desleal ao abrigo do § 8 da mesma lei, uma vez que afetou a aptidão do consumidor para tomar uma decisão de transação esclarecida.

A Guldbrev contestou as alegações e sustentou, a título principal, que não existem factos que levem à aplicação da diretiva ou da MFL, uma vez que as práticas em causa estão relacionadas com serviços de compra. De qualquer modo, segundo a Guldbrev, a promoção não é enganosa nem desleal. Além disso, a Guldbrev invocou, entre outros, os seguintes fatores. Em cada secção da página de comparação de preços existe a informação de que a Guldbrev é a entidade de origem da informação, pelo que está fora de questão qualquer publicidade dissimulada. Foi prestada informação suficiente aos consumidores relativamente à forma como o preço é obtido. Resulta claramente das cláusulas contratuais da Guldbrev, em estreita relação com os locais onde é indicado o preço por grama, que o preço da empresa é fixado aquando da avaliação. A aceitação do preço pelo consumidor é igualmente necessária antes de ser efetuada a venda do ouro. O temporizador de contagem regressiva que consta do sítio Web da empresa não implica de modo algum que a oferta seja limitada no tempo. O consumidor médio

não fica com a impressão de que a contagem decrescente significa que é necessária uma ação rápida para obter um determinado preço de compra.

4 O tribunal de primeira instância, o Tribunal da Propriedade Intelectual e do Mercado, considerou que as práticas utilizadas pela Guldbrev no âmbito da sua atividade constituíam práticas comerciais por força da diretiva. O Tribunal da Propriedade Intelectual e do Mercado remeteu para as Orientações da Comissão Europeia sobre a interpretação/aplicação da diretiva, SWD (2016) 163 final, de 25 de maio de 2016, ponto 1.1.2, onde se refere que a avaliação do ouro para compra pode constituir um serviço abrangido pelo âmbito de aplicação da diretiva. O referido órgão jurisdicional concluiu que as práticas a que se referem as alegações do KO não podiam, por si só, ser consideradas excluídas do âmbito de aplicação da MFL. Sob pena de uma sanção no montante de 1 000 000 SEK, o Tribunal da Propriedade Intelectual e do Mercado proibiu certas práticas de promoção e ordenou à Guldbrev que prestasse determinadas informações na sua publicidade. O Tribunal da Propriedade Intelectual e do Mercado concluiu que a promoção da Guldbrev era desleal com base, nomeadamente, no[s] facto[s] de que

- as atividades da Guldbrev relativas à avaliação [e] à compra de ouro constituíam uma prática comercial relativa a um produto ao abrigo da diretiva, o que foi considerado um pré-requisito para a aplicação da MFL;
- o anúncio da sociedade no Google não continha os dados do anunciante e o sítio Web que continha a ferramenta de comparação não era adequado, ao abrigo do direito nacional, no que respeita à identificação da publicidade e aos dados do anunciante, mas o ponto 22 da «lista negra» [que figura no anexo 1 da diretiva] não era, contudo, aplicável;
- a forma como a informação sobre a fixação do preço do ouro foi apresentada não atenuou a impressão errada com que o consumidor médio ficou de que o preço indicado na publicidade seria oferecido por grama de ouro, independentemente do peso vendido ou da celeridade com que fosse enviado à Guldbrev; e
- existia um risco significativo de que o consumidor médio, olhando de forma fugaz para a página Web, pudesse erradamente concluir que a rapidez com que foi encomendada uma «Guldbrev» [a embalagem enviada pela empresa na qual o ouro lhe seria enviado] afetaria o preço do ouro que o consumidor pretende vender.

5 A Guldbrev interpôs recurso contra partes daquele acórdão no Tribunal de Recurso da Propriedade Intelectual e do Mercado e alegou que a ação do KO devia ser julgada improcedente. O KO opôs-se a qualquer alteração do acórdão.

6 O Tribunal de Recurso da Propriedade Intelectual e do Mercado deve, nomeadamente, pronunciar-se sobre a questão de saber se as práticas adotadas pela Guldbrev constituem uma promoção desleal. Para apreciar esta questão substancial, o órgão jurisdicional deve, em primeiro lugar, determinar se a diretiva

e a MFL são sequer aplicáveis à situação em causa. Consequentemente, o Tribunal de Recurso da Propriedade Intelectual e do Mercado deve, em aplicação do artigo 2.º, alíneas c) e d) e i), e do artigo 3.º, n.º 1, da diretiva, decidir em que medida se pode considerar que a avaliação e a compra de ouro aos consumidores, bem como as práticas ora relevantes, constituem práticas comerciais por força da diretiva.

Disposições e decisões judiciais nacionais pertinentes

- 7 As disposições da MFL aplicam a diretiva relativa às práticas comerciais desleais. As disposições suecas pertinentes figuram nos §§ 5, 6, 8, 9, 10 e 12 da MFL. Têm a seguinte redação:

§ 5 da MFL

«Qualquer medida de promoção deve estar em conformidade com as boas práticas comerciais»

§ 6 da MFL

«As atividades de promoção que não estejam em conformidade com as boas práticas comerciais nos termos do § 5 são desleais se, de um modo significativo afetar ou for suscetível de afetar a aptidão do destinatário para tomar uma decisão de transação esclarecida.»

§ 8 da MFL

As atividades de promoção que sejam enganosas por força de qualquer das disposições contidas nos §§ 9, 10 ou 12 a 17 são consideradas desleais se afetarem ou forem suscetíveis de afetar a aptidão do destinatário para tomar uma decisão de transação esclarecida.

As atividades de promoção enganosas previstas nos pontos 1 a 23 do anexo I da Diretiva 2005/29/CE são sempre consideradas desleais.»

§ 9 da MFL

«As atividades de promoção devem ser concebidas e apresentadas de modo a que se compreenda claramente que se trata de uma promoção.

Deve também ser claro quem é responsável pela promoção. No entanto, tal não é exigido em relação às afirmações cujo único objetivo seja chamar a atenção antes de afirmações subsequentes.»

§ 10 da MFL

«As medidas de promoção de um profissional não podem conter informações incorretas ou observações enganosas sobre as suas atividades ou de outro profissional.

O n.º 1 acima aplica-se especialmente às observações relativas:

1. à existência, à natureza, à quantidade, à qualidade e outras características principais do produto;

[...]

4. ao preço do produto, à base de cálculo do preço, às vantagens dos preços especiais e às condições de pagamento;

[...]

O profissional também não pode omitir informações essenciais na promoção da sua própria atividade comercial ou da atividade comercial de outrem. As omissões enganosas incluem também os casos em que as informações essenciais são prestadas de forma pouco clara, incompreensível, ambígua ou de outra forma inadequada.»

§ 12 da MFL

«A promoção é enganosa a partir do momento em que o profissional convida, numa comunicação comercial, os consumidores a comprar um produto determinado com uma indicação de preço sem, contudo, que a referida comunicação inclua as seguintes informações substanciais:

1. As características principais do produto, na medida adequada ao meio de comunicação utilizado e ao produto em causa;
2. O preço e o preço por unidade de medida indicado no modo previsto nos §§ 7 a 10 da prisinformationslagen (2004:347) [Lei (2004:347) relativa à Informação sobre os Preços];
3. A identidade e o endereço geográfico do profissional;
4. As condições de pagamento, expedição e execução, se se afastarem do que é normal para o setor ou para o produto em questão;
5. Informação sobre o direito de retratação ou de anulação de uma compra que deva ser prestada ao consumidor nos termos da lei..

O *marketing* também é enganoso se o profissional, numa comunicação comercial, oferecer aos consumidores vários produtos determinados com uma indicação de preço global, sem que a oferta contenha as informações substanciais previstas nos §§ 1 a 5 do primeiro parágrafo.»

Disposições pertinentes do direito da União

- 8 O artigo 2.º, alíneas c), d) e i), e o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29 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, têm a seguinte redação:

«Artigo 2.º

Definições

Para efeitos do disposto na presente diretiva, entende-se por:

c) “Produto”: qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações;

d) “Práticas comerciais das empresas face aos consumidores” (a seguir designadas também por “práticas comerciais”): 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;

[...]

i) “Convite a contratar”: uma comunicação comercial que indica as características e o preço do produto de uma forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efetue uma aquisição;

Artigo 3.º

Âmbito de aplicação

1. A presente diretiva é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5.º, antes, durante e após uma transação comercial relacionada com um produto.»

- 9 Numa comunicação intitulada «Orientações sobre a interpretação e a aplicação da 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» (JO C 526 de 29.12.2021, p. 1), a Comissão Europeia declara expressamente que a situação inversa a [tais] práticas comerciais [previstas na diretiva], em que os profissionais compram produtos a consumidores, não recai no âmbito de aplicação da diretiva, mas que existem, contudo, casos em que é possível estabelecer uma relação entre a venda de um produto por parte de um consumidor a um profissional e a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto (diferente) ao consumidor. A título de exemplo, refere que a compra e a revenda de ouro podem, em algumas circunstâncias, ser

abrangidas pela diretiva. Por exemplo, poderia considerar-se que um profissional que oferece aos consumidores uma avaliação profissional do seu ouro antes de o comprar presta um serviço aos consumidores. Sempre que seja este o caso, a diretiva relativa às práticas comerciais desleais é aplicável e, conseqüentemente, o profissional não deve fornecer informações enganosas sobre o valor real do ouro ou o preço do serviço prestado (ponto 2.3.2).

- 10 No Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de março de 2012, proferido no processo C-453/10, Pereničová e Perenič (EU:C:2012:144), o Tribunal de Justiça da União Europeia recordou que o artigo 2.º, alínea d), da diretiva utiliza uma formulação particularmente ampla na definição do termo «prática comercial» (n.º 38). É ainda afirmado que, por força do artigo 3.º, n.º 1, da diretiva, lido em conjugação com o seu artigo 2.º, alínea c), esta diretiva aplica-se às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores antes, durante ou após uma transação comercial relacionada com qualquer bem ou serviço (n.º 39).
- 11 O Tribunal de Justiça da União Europeia declarou, no seu Acórdão de 20 de julho de 2017, proferido no processo C-357/16, Gelvora (EU:C:2017:537), nomeadamente, que por força do artigo 3.º, n.º 1, da diretiva, interpretado à luz do seu considerando 13, esta diretiva aplica-se às práticas comerciais desleais das empresas mesmo que ocorram fora de qualquer relação contratual, ou antes ou após a celebração de um contrato, ou na sequência ou durante a sua execução (n.º 20). O Tribunal de Justiça concluiu que a expressão «em relação direta com a venda de um produto» abrange qualquer medida relacionada não só com a celebração de um contrato, mas também com a sua execução, especialmente as medidas tomadas para obter o pagamento do produto (n.º 21). Considerou que as atividades de cobrança de dívidas podem ser consideradas um «produto» na aceção do artigo 2.º, alínea c), da diretiva (n.º 23).
- 12 No Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de setembro de 2016, proferido no processo C-310/15, Deroo-Blanquart (EU:C:2016:623), o Tribunal de Justiça declarou que as ofertas conjuntas, que juntem pelo menos dois produtos ou serviços distintos numa só oferta, constituem atos comerciais que se inscrevem claramente no quadro da estratégia comercial de um operador, visando diretamente a promoção e o fluxo das vendas deste. Daqui resulta, na opinião do Tribunal de Justiça, que estas constituem, efetivamente, práticas comerciais na aceção do artigo 2.º, alínea d), da diretiva (n.º 28).
- 13 Além disso, no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de setembro de 2022, proferido no processo C-335/21, Vicente (EU:C:2022:720), considerou-se que o artigo 2.º, alínea d), da diretiva utiliza uma formulação particularmente ampla na definição do conceito de «prática comercial» e que, por força do artigo 3.º, n.º 1, da diretiva, lido em conjugação com o seu artigo 2.º, alínea c), esta diretiva é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas em relação aos consumidores antes, durante e após uma transação comercial relacionada com bens ou serviços (n.ºs 83 e 84).

Necessidade de uma decisão prejudicial

- 14 No entender do Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Tribunal de Recurso da Propriedade Intelectual e do Mercado), é possível concluir, à luz da jurisprudência acima exposta, que a publicidade em causa pode constituir uma prática comercial ao abrigo da diretiva, desde que diga respeito a um produto na aceção da mesma. Como é evidente, o Tribunal de Justiça da União Europeia não se pronunciou sobre esta questão. A questão de saber se a oferta do profissional na situação em apreço diz respeito a um produto na aceção da diretiva é relevante para determinar se as disposições nacionais acima referidas devem ser interpretadas à luz das normas substantivas da diretiva. O Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Tribunal de Recurso da Propriedade Intelectual e do Mercado) submete, por isso, as seguintes questões prejudiciais.

Pedido de decisão prejudicial

1. A avaliação e a compra de ouro aos consumidores constituem um produto (produto combinado) na aceção do artigo 2.º, alíneas c), d) e i), e do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, numa situação como a que foi submetida ao órgão jurisdicional nacional?
2. Em caso de resposta negativa à primeira questão, a avaliação do ouro na situação que foi submetida ao órgão jurisdicional nacional constitui um produto na aceção da diretiva?

[...]