

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
F. G. JACOBS
apresentadas em 8 de Julho de 2004,¹

1. O Tribunal de Justiça é novamente chamado a pronunciar-se, após já o ter feito no processo Gabriel², sobre a questão de saber qual o tribunal competente, de acordo com a Convenção de Bruxelas³, para conhecer de um litígio em que uma pessoa reclama a entrega de um «prémio» que lhe foi aparentemente concedido por uma empresa.

2. Tanto no processo Gabriel como no presente processo, o demandante tinha domicílio na Áustria, onde uma regulamentação especial de protecção dos consumidores permite que se exija judicialmente o cumprimento das promessas de prémios, tendo-lhe o aviso de concessão do prémio sido enviado por uma empresa estabelecida na Alemanha.

3. No processo Gabriel, a legitimidade para levantar o prémio dependia expressamente da condição de o demandante encomendar à empresa mercadorias de determinado valor, tendo essa encomenda sido efectuada. O Tribunal de Justiça considerou que a competência devia ser determinada com base no facto de a acção para reclamação do prémio ter natureza contratual e, em especial, dizer respeito a um contrato de consumo na acepção da Convenção.

4. No presente processo, pelo contrário, essa condição não tinha sido estabelecida, não tendo sido efectuada qualquer encomenda. A questão surge no quadro da determinação da base correcta para a atribuição de competência.

A Convenção de Bruxelas

5. A Convenção de Bruxelas é aplicável em matéria civil e comercial. O seu título II estabelece as regras de competência entre os Estados-Membros. A regra geral que figura no artigo 2.º é a da competência dos

1 — Língua original: inglês.

2 — Acórdão de 11 de Julho de 2002, Rudolf Gabriel (C-96/00, Colect., p. I-6367).

3 — De 27 de Setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial. A versão consolidada da Convenção, que foi alterada por quatro Convenções de adesão subsequentes — versão que é aplicável no caso vertente —, foi publicada no JO 1998 C 27, p. 1. Desde 1 de Março de 2002 (após os factos do presente processo), a Convenção foi substituída, excepto no que se refere à Dinamarca e a certos territórios ultramarinos de outros Estados-Membros, pelo Regulamento n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2001, L 12, p. 1).

tribunais do domicílio do réu. No entanto, excepcionalmente, outros tribunais têm competência para certos tipos de acções.

6. O artigo 5.º, n.º 1, da Convenção atribui competência «em matéria contratual» ao «tribunal do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou devia ser cumprida».

7. O artigo 5.º, n.º 3, atribui competência «em matéria extracontratual» ao «tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso».

8. A secção 4 do título II da Convenção, que inclui os artigos 13.º a 15.º, intitula-se «Competência em matéria de contratos celebrados pelos consumidores». O artigo 13.º dispõe, para o que aqui importa, o seguinte:

«Em matéria de contrato celebrado por uma pessoa para finalidade que possa ser considerada estranha à sua actividade comercial ou profissional, a seguir denominado 'o consumidor', a competência será determinada pela presente secção [...]

1. Quando se trate de empréstimo a prestações de bens móveis corpóreos;

2. Quando se trate de empréstimo a prestações ou de outra operação de crédito relacionados com o financiamento da venda de tais bens; ou

3. Relativamente a qualquer outro contrato que tenha por objecto a prestação de serviços ou o fornecimento de bens móveis corpóreos se:

a) a celebração do contrato tiver sido precedida no Estado do domicílio do consumidor de uma proposta que lhe tenha sido especialmente dirigida ou de anúncio publicitário; e

b) o consumidor tiver praticado nesse Estado os actos necessários para a celebração do contrato.

[...]»

9. O artigo 14.º dispõe que o consumidor pode intentar um acção contra a outra parte no contrato, «quer perante os tribunais do Estado contratante em cujo território estiver domiciliada essa parte, quer perante os tribunais do Estado contratante em cujo território estiver domiciliado o consumidor.»

Matéria de facto e tramitação processual

11. Petra Engler, residente na Áustria, intentou aí uma acção contra a Janus Versand GmbH (a seguir «Janus»), uma empresa com sede na Alemanha, com fundamento no § 5j da lei de protecção dos consumidores, reclamando o pagamento de um alegado prémio de 455 000 ATS (33 066,14 euros).

Regulamentação nacional relevante

10. O § 5j da lei de protecção dos consumidores austríaca⁴, aditado pela lei sobre contratos à distância⁵, dispõe o seguinte:

«Empresas que enviem promessas de prémios ou outras comunicações semelhantes a determinados consumidores e, em virtude destas declarações, criem a convicção aos consumidores de que ganharam determinado prémio, devem entregar este prémio ao consumidor; o mesmo pode ser exigido judicialmente.»

12. P. Engler alega que, após uma leitura atenta do texto e do conteúdo de uma carta que lhe foi endereçada e que recebeu no início de 2001, ficou com a convicção de que tinha ganho 455 000 ATS num «sorteio» organizado pela Janus e que, para obter esse prémio, apenas tinha de devolver o «vale» junto — o que fez. A Janus, de início, não lhe respondeu e, posteriormente, recusou-se a efectuar o pagamento.

13. Apesar de o direito ao prémio não parecer depender de uma qualquer encomenda de mercadorias, P. Engler, que efectivamente não efectuou nenhuma encomenda, declara ter recebido, com o aviso de concessão do prémio, o catálogo da Janus e um vale de encomenda-teste não obrigatória. Em seu entender, trata-se, portanto, de um caso de direitos dos consumidores, uma vez

4 — Konsumentenschutzgesetz, BGBl. 1979/140, na versão do § I, n.º 2, da lei sobre contratos à distância (Fernabsatz-Gesetz), BGBl. I 1999/185.

5 — Fernabsatz-Gesetz, referida na nota 4, que transpõe a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (JO L 144, p. 19). Contudo, o disposto no § 5j não é especificamente imposto por qualquer disposição dessa directiva.

que houve intenção de a convencer a celebrar um contrato para fornecimento de mercadorias.

14. O Landesgericht Feldkirch julgou a acção que lhe foi submetida improcedente com fundamento em incompetência territorial, essencialmente porque P. Engler não provou que o remetente da carta em questão, a Handelskontor Janus GmbH, era a mesma pessoa que a Janus Versand GmbH.

15. Em sede de recurso dessa decisão, o Oberlandesgericht Innsbruck entende, essencialmente, que em primeiro lugar é necessário apurar se os factos invocados por P. Engler devem ser examinados pelos tribunais austríacos, antes de se analisar se esses factos estão provados e, em especial, se ficou suficientemente provado que a Janus Versand e a Handelskontor Janus são a mesma entidade, embora isso também constitua fundamento da competência⁶.

16. O Oberlandesgericht Innsbruck suspendeu a instância e solicita ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial sobre a seguinte questão:

«O direito de os consumidores, previsto no § 5j da Konsumentenschutzgesetz [lei relativa à protecção dos consumidores] austríaca [...], exigirem judicialmente de empresas o pagamento de um prémio aparentemente ganho, quando estas enviam [enviaram] avisos de prémios ou outras comunicações semelhantes a determinados consumidores e, em virtude destas declarações, criam [criaram] a convicção no consumidor de ter ganho determinado prémio, constitui, na acepção da Convenção de Bruxelas [...]:

- a) um direito derivado de um contrato na acepção do artigo 13.º, [primeiro parágrafo,] ponto 3; ou
- b) um direito derivado de um contrato na acepção do artigo 5.º, ponto 1; ou
- c) um direito derivado de responsabilidade extracontratual na acepção do artigo 5.º, ponto 3;

6 — Tendo em conta essa controvérsia sobre a identidade da firma e o facto de não ser relevante no momento da análise jurídica a que diz respeito o pedido de decisão prejudicial, referirei indistintamente ambas as firmas como «Janus», sublinhando que isso não significa que a questão da identidade da firma esteja resolvida. Apesar do nome do réu na petição ser Janus Versand GmbH, foi a Handelskontor Janus GmbH que apresentou observações ao Tribunal de Justiça como parte no processo principal.

quando um consumidor atento, de acordo com os documentos que lhe foram enviados, podia partir do princípio de que o montante, já reservado para si, só deveria ser reclamado

mediante a devolução de um vale de pagamento junto a esses documentos, e que, desta forma, o pagamento do prémio não dependia da encomenda e entrega de mercadorias pela empresa que prometeu o prémio, mas, ao mesmo tempo, juntamente com a dita promessa de prémio foi enviado ao consumidor um catálogo de produtos da mesma empresa com um vale de encomenda-teste não obrigatória?»

mercadorias e, portanto, preparava a celebração de um contrato de consumo. A Janus e a Comissão discordam, a primeira sublinhando a inexistência de uma obrigação recíproca de P. Engler e a segunda salientando não ter sido «concluído» qualquer contrato de consumo.

17. As partes no processo principal, o Governo austríaco e a Comissão apresentaram observações escritas, tendo também sido ouvidas em alegações na audiência de 26 de Maio de 2004.

19. Fundamentalmente, compartilho a opinião da Comissão.

20. O artigo 13.º, n.º 3, refere-se inequivocamente a um contrato de fornecimento de bens ou serviços, que o consumidor concluiu ou se preparou para concluir.

Análise

O artigo 13.º, n.º 3

18. P. Engler e o Governo austríaco entendem que o presente processo se enquadra no âmbito de aplicação do artigo 13.º, n.º 3, essencialmente porque o aviso de concessão do prémio vinha acompanhado de um convite para proceder a uma encomenda de

21. Segundo a matéria de facto apurada, no presente caso não se verificou a conclusão de qualquer contrato que se enquadre nessa definição. Embora indubitavelmente se esperasse que P. Engler fizesse uma encomenda, não o fez nem se preparou para o fazer, nem foi celebrado nenhum contrato de prestação de serviços.

22. Todavia, P. Engler e o Governo austríaco sustentaram veementemente — em especial na audiência — que, com base numa

interpretação ampla, as circunstâncias do caso vertente devem ficar sob a alçada do artigo 13.º da Convenção de Bruxelas, pois integram, manifestamente, o âmbito dos contratos de consumo em geral e envolvem condutas predatórias de um comerciante relativamente a um consumidor, considerado a parte mais fraca e, portanto, merecedora da protecção que os artigos 13.º e seguintes da Convenção pretendem oferecer.

procedesse à encomenda de mercadorias e se esse consumidor procedesse efectivamente a essa encomenda. O principal fundamento dessa decisão foi o de que a questão relativa ao aviso de concessão do prémio estava de tal modo ligada ao contrato (a encomenda das mercadorias) que era impossível dissociá-la deste último; portanto, a fim de evitar uma situação em que diversos tribunais são competentes relativamente a um mesmo contrato, deve ser possível intentar essa acção no tribunal competente para apreciar esse contrato⁸.

23. Apesar de simpatizar com este ponto de vista, não o posso partilhar. Nas conclusões que apresentei no processo Gabriel⁷, sublinhei que o artigo 13.º não deve ser objecto de uma interpretação demasiado restritiva. No entanto, isso não significa que possa ser interpretado de modo tão amplo que possa contrariar seu sentido literal — que exige que tenha sido concluído um contrato para o fornecimento de bens ou serviços — mesmo que esse resultado possa parecer desejável no contexto de um determinado caso.

25. No caso de P. Engler, no entanto, era impossível identificar um contrato comparável, a que o aviso de concessão do prémio estivesse indissociavelmente ligado. A conclusão desse contrato não constituía condição da atribuição do prémio e não foi celebrado nenhum contrato desse tipo. Por conseguinte, não existe o perigo de diversos tribunais serem competentes para conhecer de diferentes questões com ele estreitamente conexas.

24. No processo Gabriel, entendeu-se que a acção intentada com base na mesma disposição nacional que no caso vertente integrava o âmbito do artigo 13.º se uma empresa tivesse criado num consumidor a convicção de que lhe seria atribuído um prémio se

26. O facto de o aviso de concessão do prémio ser acompanhado de um convite para efectuar uma encomenda, e de indubitavelmente se pretender induzir a concretização de uma encomenda, não pode ser relevante. Se uma pessoa recebe um catálogo de

7 — N.ºs 45 e segs.

8 — N.ºs 53 a 57.

compras por correio e não efectua qualquer encomenda, não existe nenhum contrato de fornecimento de bens ou serviços. O facto de adicionalmente também receber um aviso de concessão de prémio não implica a existência de tal contrato.

27. Nem, em meu entender, a preocupação de assegurar a protecção do consumidor exige que as circunstâncias do presente caso integrem o âmbito do artigo 13.º e seguintes da Convenção de Bruxelas.

28. É certo que o objectivo dessas disposições consiste em «proteger o consumidor enquanto parte do contrato reputada economicamente mais fraca e juridicamente menos experiente do que o seu co-contratante e que, por isso, não deve ser desencorajado de actuar judicialmente pelo facto de ser obrigado a intentar uma acção junto dos órgãos jurisdicionais do Estado em cujo território o seu co-contratante tem o seu domicílio»⁹.

29. No entanto, como o advogado da Janus referiu na audiência, o objectivo é efectivamente o de proteger o consumidor e não o de facilitar o seu enriquecimento. Essas disposições, justificadamente, visam remover as dificuldades que um consumidor possa encontrar num litígio relativo a um contrato

oneroso de fornecimento de bens ou serviços se for obrigado a litigar noutro Estado. Todavia, a necessidade de ultrapassar essas dificuldades está longe de ser óbvia se a pessoa que recebeu um aviso de concessão de um prémio relativamente ao qual não teve de incorrer em despesas tiver de intentar uma acção noutro Estado-Membro para fazer valer o seu pedido.

30. Portanto, entendo que não foi celebrado qualquer contrato que integre o âmbito do artigo 13.º e seguintes da Convenção de Bruxelas e que a determinação da competência não pode assentar nessas disposições.

Artigo 5.º, n.º 1

31. P. Engler sustenta que uma obrigação unilateral voluntária do tipo da que foi invocada, cujo cumprimento pode ser judicialmente exigido nos termos do direito austríaco, tem natureza contratual. A Janus, no entanto, sustenta que uma obrigação *ex lege*, não existindo manifestações de intenção concordantes de ambas as partes, não pode integrar o conceito de contrato e que o convite para efectuar uma encomenda de mercadorias não pode ser relevante se de facto não for efectuada qualquer encomenda. A Comissão não detecta, na matéria de facto apurada, qualquer relação de natureza contratual entre a Janus e P. Engler nem qualquer base legal para a existência de tal relação.

9 — Acórdão de 19 de Janeiro de 1993, Shearson Lehman Hutton (C-89/91, Colect., p. I-139, n.º 18).

32. Em meu entender, não é possível interpretar o artigo 5.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas por analogia, seguindo o raciocínio adoptado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Gabriel a propósito do artigo 13.º, n.º 3.

33. Pelas mesmas razões que expus *supra* nos n.ºs 24 a 26, é impossível identificar qualquer contrato, comparável à encomenda de mercadorias do processo Gabriel, a que o aviso de concessão do prémio esteja indissociavelmente ligado. Embora o artigo 5.º, n.º 1, não exija a celebração de um contrato, tem de existir uma obrigação identificável com um local de cumprimento também identificável, pois de outro modo o fundamento de atribuição de competência deixa de existir¹⁰, não podendo surgir nenhuma obrigação relativamente a uma encomenda não efectuada.

34. Isto não significa, no entanto, que as circunstâncias do caso de P. Engler não possam envolver uma obrigação de qualquer espécie. Pode considerar-se que o próprio aviso de concessão do prémio faz nascer uma obrigação contratual.

35. O § 5j da lei de protecção dos consumidores austríaca pode ser invocado quando uma empresa envia um aviso de concessão de um prémio ou uma comunicação semelhante a um consumidor específico, criando-lhe a convicção de que ganhou um prémio especial, caso esse em que o prémio deve ser pago. Por conseguinte, a questão que se coloca é a de saber se, nessas circunstâncias e para efeitos da Convenção, a relação entre a empresa e o consumidor tem natureza contratual.

36. Segundo jurisprudência constante, a expressão «matéria contratual» do artigo 5.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas deve ser interpretada de forma autónoma, por referência principalmente ao sistema e aos objectivos da Convenção; não pode ser entendida como uma referência à lei nacional de um ou outro dos Estados contratantes em questão¹¹.

37. Esta abordagem não obsta, em minha opinião, a uma referência aos princípios básicos da lei dos contratos comuns aos vários ordenamentos dos Estados contratantes. Antes pretende chegar a uma definição de matéria contratual com base nesses princípios, excluindo qualquer referência a conceitos nacionais específicos — como, por exemplo, a «doctrine of consideration» (teoria da contrapartida) existente em direito inglês.

10 — V. acórdão de 17 de Setembro de 2002, Tacconi (C-334/00, Colect., p. I-7357, n.º 22).

11 — V., por exemplo, acórdão de 5 de Fevereiro de 2004, Frahuil (C-265/02, Colect., p. I-1543, n.º 22), e jurisprudência aí referida.

38. Ao interpretar o artigo 5.º, n.º 1, o Tribunal de Justiça não considerou que o âmbito da disposição deva ser estritamente definido. Abrange «nexos estreitos do mesmo tipo dos que se criam entre as partes num contrato», incluindo a relação entre uma associação e os seus membros¹². Esta abordagem parece reflectir a intenção implícita que decorre da redacção utilizada nas diversas versões linguísticas da disposição, que é consideravelmente mais ampla do que a do artigo 13.º

39. É claro, no entanto, que deve haver limites para o conceito de matéria contratual, sendo que o critério mais importante aplicado pelo Tribunal de Justiça é o de que esse conceito não pode abranger uma situação em que não exista uma obrigação livremente assumida por uma parte relativamente à outra¹³. Por outras palavras, o conceito de matéria contratual implica obrigações voluntárias e vinculativas.

40. Tendo em conta estas duas orientações, considero particularmente pertinente a opinião segundo a qual o presente processo tem origem numa relação de natureza contratual em sentido amplo.

41. Em primeiro lugar, o anúncio, por uma parte, de que fornecerá à outra parte determinado bem ou vantagem, ou de que lhe pagará um montante específico em dinheiro — que é a mensagem contida no tipo de comunicação referida no § 5j da lei austríaca — é susceptível de consubstanciar uma obrigação voluntária e vinculativa, embora o resultado efectivo dependa das circunstâncias específicas e das disposições legais segundo as quais são apreciadas. Em todos os ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes existem alguns tipos de promessas unilaterais, de praticar um determinado acto em benefício de outrem, cujo cumprimento pode ser exigido ao promitente, desde que estejam preenchidas certas condições específicas a cada ordenamento, sendo uma exigência comum a obrigatoriedade de forma escrita¹⁴.

42. Em segundo lugar, esse compromisso é voluntário e qualquer obrigação que dele decorra não é imposta por lei. Resulta da nota explicativa da alteração introduzida pelo § 5j à lei de protecção dos consumidores, como referida no pedido de decisão prejudicial, que a intenção era eliminar as limitações que o direito civil impõe à execução das promessas («Zusagen») do tipo em questão — que de outro modo não poderiam ser executadas como as dívidas resultantes de apostas ou jogo. Portanto, considera-se que a obrigação surge da

12 — Acórdão de 22 de Março de 1983, Peters (34/82, Recueil, p. 987, n.º 13).

13 — Acórdãos de 17 de Junho de 1992, Handte (C-26/91, Colect., p. I-3967, n.º 15), de 27 de Outubro de 1998, Réunion Européenne (C-51/97, Colect., p. I-6511, n.º 17), Tacconi, já referido na nota 10, n.º 23, e Frahuil, já referido na nota 11, n.º 24.

14 — V., em geral, Gordley, J. (ed.), *The enforceability of promises in European contract law* (2001), Cambridge.

vontade da pessoa obrigada; a disposição legal não a cria, apenas permite a sua execução.

ção de qualquer promessa ou compromisso que tenha sido feito e, portanto, uma relação bilateral do tipo geralmente considerado a característica fundamental de um contrato.

43. A fim de expressar esta ideia de uma forma mais genérica, a lei pode considerar que certas obrigações não são exigíveis; se uma alteração da lei eliminar o obstáculo à exigibilidade, isso não altera a natureza fundamental da obrigação.

44. Em todos os sistemas jurídicos, a questão de saber se um compromisso voluntário implica uma obrigação contratual deve ser decidida de acordo com a lei que regula os contratos. E a competência para apreciar um litígio sobre a existência de uma obrigação contratual deve ser determinada em conformidade com o artigo 5.º, n.º 1¹⁵.

45. Em terceiro lugar, embora o próprio § 5j não contenha uma exigência expressa de reciprocidade, o simples facto de o prémio ter de ser reclamado — salvo se for enviado espontaneamente, caso em que não haverá litígio — significa que haverá sempre aceita-

46. Também parece provável que quem envia um aviso de concessão de um prémio, no sentido dessa disposição, exija normalmente ou sempre que o destinatário, ao reclamá-lo, aceite certas condições para a sua atribuição. No caso vertente, P. Engler tinha de certificar que leu e concordou com os «termos de pagamento e participação». Sejam quais forem esses termos, a necessidade de acordo implica uma relação de natureza contratual em sentido amplo.

47. Em quarto lugar, verifica-se que as obrigações exigíveis ao abrigo do § 5j são «livremente assumidas por uma parte em relação à outra». As comunicações em questão são enviadas por vontade do remetente a certos destinatários que escolheu através de critérios da sua opção. O remetente tem a obrigação de saber que essas comunicações criam provavelmente a convicção de que concederá um prémio ao destinatário. Se as envia a destinatários na Áustria, também tem a obrigação de saber que, nesse país, podem implicar uma obrigação de entregar o prémio anunciado.

15 — V. acórdão de 4 de Março de 1982, Effer (38/81, Recueil, p. 825, n.º 7).

48. É verdade, como refere a Comissão, que a análise do «impresso» pode revelar que, na verdade, o remetente não pretende pagar o prémio anunciado, pelo menos ao destinatário específico, ou que só o pretende fazer se determinadas condições suplementares — como o ganhar de um sorteio a realizar — estiverem preenchidas, caso em que o § 5j prima sobre a falta de intenção. No entanto, a própria questão da intenção do remetente, deste modo expressa, é, neste contexto, matéria contratual. O impresso só pode ser analisado no contexto de um litígio sobre algum tipo de relação contratual ou sobre a existência de tal relação.

49. Portanto, sou de opinião que a relação entre a Janus e P. Engler, ou entre o remetente e o destinatário de qualquer comunicação do tipo daquela a que se refere o § 5j da lei de protecção dos consumidores austríaca, é de natureza suficientemente contratual para que se considere que um litígio relativo a uma alegada obrigação de pagar um prémio anunciado é «matéria contratual» na acepção do artigo 5.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas.

50. Esta abordagem coaduna-se com a jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria. Não só é conforme com o acórdão Peters¹⁶ ao reconhecer que o conceito de

«matéria contratual» não deve ser definido restritivamente, mas cumpre o requisito, especialmente referido nos acórdãos Handte¹⁷ e Tacconi¹⁸, de que deve existir uma obrigação «livremente assumida por uma parte relativamente a outra» — mesmo que, como no caso vertente, a lei defina os contornos dessa obrigação de modo a que não possa ser livremente alterada pela parte que a assume.

51. A minha conclusão em relação ao artigo 5.º, n.º 1, é suficiente para resolver a questão da competência subjacente ao processo principal. Importa, no entanto, ter em consideração a terceira possibilidade suscitada pelo órgão jurisdicional nacional: o artigo 5.º, n.º 3, da Convenção.

Artigo 5.º, n.º 3

52. P. Engler cita a nota explicativa da alteração que introduz o § 5j na lei de protecção dos consumidores, sublinhando as passagens que qualificam as comunicações em questão como práticas concorrenciais ilícitas, enganosas para os consumidores. A

16 — Já referido na nota 12.

17 — Já referido na nota 13.

18 — Já referido na nota 10.

Janus, no entanto, salienta a necessidade de se invocar um qualquer dano ou prejuízo para se exigir a sua reparação em matéria extracontratual, dano esse que aqui não existe. A Comissão considera que o aviso de concessão do prémio era claramente enganoso ou fraudulento na sua intenção e, portanto, pode constituir fundamento para um pedido de reparação dos danos em matéria extracontratual. Além disso, em primeira instância, P. Engler pediu, a título subsidiário, que a sua acção fosse assim qualificada.

53. Como relativamente ao artigo 5.º, n.º 1, o conceito de «matéria extracontratual» do artigo 5.º, n.º 3, deve ser interpretado de forma autónoma, à luz dos objectivos e do sistema geral da Convenção. Considerou-se que abrangia todas as acções destinadas a apurar a responsabilidade de alguém e que não se refiram a matéria contratual na acepção do artigo 5.º, n.º 1¹⁹.

54. À primeira vista, portanto, se a acção não integrar o âmbito do artigo 5.º, n.º 1, deve integrar o do artigo 5.º, n.º 3.

55. No entanto, ainda não estou convencido, em geral, de que esta simples classificação binária seja correcta. Não só se verifica que reduz o alcance da regra geral consagrada no artigo 2.º a uma disposição meramente supletiva²⁰, como também existem, manifestamente, tipos de acções por responsabilidade que não integram nem o âmbito do artigo 5.º, n.º 1, nem o do artigo 5.º, n.º 3. Por exemplo, o artigo 5.º, n.º 2, abrange as acções destinadas a apurar a responsabilidade no âmbito da obrigação de prestação de alimentos, entre outros, a um ascendente e é difícil ver, caso esse artigo não existisse, de que forma se poderia considerar que essa responsabilidade podia integrar o âmbito do artigo 5.º, n.º 1, ou do artigo 5.º, n.º 3. Não era razoável considerar não existirem outros tipos de acções que não estejam especificamente identificadas na Convenção.

56. No entanto, apesar de parecer demasiado radical afirmar que o artigo 5.º, n.º 3, abrange todas as acções de responsabilidade que não integrem o âmbito do artigo 5.º, n.º 1, e apesar de indubitavelmente existirem situações em que isso não é verdade, não se verifica qualquer razão, no caso vertente, para considerar que a acção em causa pode estar fora do âmbito de aplicação dessas duas disposições.

19 — V., por exemplo, acórdão de 1 de Outubro de 2002, Henkel (C-167/00, Colect., p. I-8111, n.ºs 35 e 36), e jurisprudência af referida.

20 — Contrariamente a outra jurisprudência constante; v., num exemplo recente, acórdão de 10 de Junho de 2004, Kronhofer e o. (C-168/02, ainda não publicado na Colectânea, n.ºs 12 e segs.).

57. Mas, mesmo nestas circunstâncias, não basta apenas perguntar se a acção está relacionada com um contrato. A responsabilidade extracontratual não é meramente negativa ou supletiva, tem um conteúdo positivo. Em especial, em casos que não se incluem inequivocamente numa das categorias, há que analisar ambas²¹.

58. Embora qualquer tentativa de estabelecer uma definição abrangente do conceito de «matéria extracontratual» baseada nos ordenamentos dos Estados contratantes possa ser problemática²², é possível identificar algumas características geralmente recorrentes.

59. Em primeiro lugar, um elemento usual em sede de responsabilidade extracontratual é a violação de uma disposição legal.

60. Verifica-se que este elemento está presente em muitas acções intentadas ao abrigo do § 5j da lei de protecção dos consumidores austríaca. Com efeito, na nota explicativa da alteração que introduz essa disposição

declara-se expressamente que, na maioria dos casos, as comunicações em questão vioam a lei sobre concorrência desleal de 1984. No entanto, não se verifica que o § 5j faça depender a acção da existência dessa violação — intenção fraudulenta ou qualquer outro acto especificamente ilícito.

61. Em segundo lugar, uma acção com base em responsabilidade extracontratual exige geralmente, ou mesmo sempre, que pelo menos se alegue que se sofreu de um dano ou prejuízo²³ — reflectida na expressão «facto danoso» do artigo 5.º, n.º 3, da Convenção.

62. É verdade que o destinatário de um aviso de concessão de um prémio falso pode alegar algum dano sofrido. Pode ter sido induzido a efectuar uma aquisição desnecessária ou desvantajosa devido à aparente promessa de um prémio, ou pode ter assumido compromissos ou incorrido em despesas na expectativa de o receber. Mesmo um destinatário inteiramente consciente dos seus direitos ao abrigo da legislação austríaca pode não sofrer qualquer dano, mas experimentar um grande prazer com a perspectiva de um prémio

21 — V., a título de exemplo, acórdão Henkel, referido na nota 19, n.ºs 41 e segs.

22 — V. as conclusões do advogado-geral J.-P. Warner no processo Rüffer (acórdão de 16 de Dezembro de 1980, 814/79, Recueil, p. 3807, em especial pp. 3834 e 3835); do advogado-geral M. Darmon no processo Kalfelis (acórdão de 27 de Setembro de 1988, 189/87, Colect. p. I-5565, n.ºs 20 e 21); e do advogado-geral C. Gulmann no processo Reichert e Kockler (acórdão de 26 de Março de 1992, C-261/90, Colect., p. I-2149, em especial pp. 2168 e 2169). V. também von Bar, C., *The Common European Law of Torts*, 1998, pp. 1 a 5; e van Gerven, W., Levet, J., e Larouche, P., *Tort Law*, 2000, Common Law of Europe Casebooks Series, pp. 1 a 18.

23 — Ou que provavelmente venha a ser sofrido. No entanto, para os efeitos do presente processo, podemos ignorar as acções de prevenção de danos futuros. A acção de P. Engler não é desse tipo, que, além disso, não parece estar contemplada pelo § 5j da lei de protecção dos consumidores.

inesperado sem grandes custos para ele, e, em qualquer caso, não há indicação de que seja necessária qualquer prova ou alegação de danos para a sua acção ter êxito.

elemento central de compensação, apesar de o pagamento final poder em alguns casos ser aumentado para um nível dissuasor ou reduzido para um nível simbólico.

63. No caso vertente, nem a petição nem as observações de P. Engler mencionam a existência de um qualquer dano que tenha sofrido. E também não me parece significativo o facto de, em primeira instância, ter pedido, a título subsidiário («hilfsweise»), que a sua acção fosse classificada de acção em matéria de responsabilidade extracontratual. Isto aconteceu apenas em resposta ao argumento da Janus de que a Convenção de Bruxelas não era aplicável. Na sua petição inicial, P. Engler declarou muito claramente que a sua acção tinha «natureza contratual» («vertraglicher Natur») e ao longo das suas alegações nos órgãos jurisdicionais nacionais parece ter insistido no facto de que houve um contrato de consumo e sublinhou a existência de uma promessa de pagamento, embora não tenha alegado nenhum dano específico.

65. Nada disso parece ser possível numa acção ao abrigo do § 5j da lei austríaca. P. Engler foi levada a crer que receberia 455 000 ATS, e é esse montante que se verifica ter direito a receber ao abrigo dessa disposição. Se tivesse entendido dez vezes mais ou um décimo desse montante era a isso que teria direito, independentemente de ter sofrido maiores ou menores danos. O prémio concedido será sempre um montante — ou outro benefício — especificado antecipadamente pelo réu. Embora o objectivo da disposição possa ser o de dissuadir os comerciantes de adoptarem uma tática específica, o método utilizado parece ser simplesmente o de os obrigar a cumprir as suas «promessas» — uma ideia muito próxima do domínio contratual.

64. Em terceiro lugar, é frequente que o montante atribuído por um órgão jurisdicional ao autor de uma acção por responsabilidade extracontratual tenha em conta, em primeiro lugar, a natureza e o grau do dano sofrido e talvez, a título secundário, a gravidade do acto (ilícito) que esteve na origem da acção. Em geral, existe um

66. À luz das considerações precedentes, sou de opinião que, apesar de poderem existir elementos de responsabilidade extracontratual numa acção do tipo da que está em análise, os elementos que prevalecem são os que ligam a acção a uma relação de natureza contratual.

Conclusão

67. Por conseguinte, sou de opinião que o Tribunal de Justiça deve responder do seguinte modo à questão apresentada pelo Oberlandesgericht:

«As regras de competência constantes da Convenção de Bruxelas devem ser interpretadas no sentido de que uma acção judicial é relativa a matéria contratual para efeitos do seu artigo 5.º, n.º 1, quando um consumidor intenta uma acção, no Estado contratante em que está domiciliado e de acordo com a legislação desse Estado, exigindo que uma empresa de vendas por correspondência estabelecida noutro Estado contratante lhe entregue um prémio quando essa empresa enviou a esse consumidor uma carta que criou nele a convicção

- de que esse prémio lhe seria entregue e
- de que a entrega não dependia de uma encomenda ou do fornecimento de mercadorias da empresa que prometeu o prémio.

O facto de terem sido enviados ao consumidor um catálogo e um vale de encomenda-teste não obrigatória com o aviso de concessão do prémio é irrelevante para esse efeito se de facto não foi efectuada nenhuma encomenda.»