

**Processo C-287/19****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:**

5 de abril de 2019

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Oberster Gerichtshof [Supremo Tribunal, Áustria]

**Data da decisão de reenvio:**

25 de janeiro de 2019

**Réu e recorrente:**

DenizBank AG

**Autora e recorrida:**

Verein für Konsumenteninformation

**Objeto do processo principal**

Proteção dos consumidores – Fiscalização da transparência – Eficácia de cláusulas que contêm uma ficção de consentimento e por força das quais a responsabilidade civil por pagamentos não autorizados é transferida para a esfera do utilizador de serviços de pagamento – Aplicabilidade da exceção do artigo 63.º, n.º 1, da Diretiva 2015/2366

**Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial**

Interpretação da Diretiva 2015/2366/UE (Diretiva Serviços de Pagamento); artigo 267.º, TFUE

**Questões prejudiciais**

1. Deve o artigo 52.º, n.º 6, alínea a), em conjugação com o artigo 54.º, n.º 1, da Diretiva 2015/2366/UE (Diretiva Serviços de Pagamento), segundo os quais a proposta de alteração das condições do contrato-quadro se deve

- considerar aceite por parte do utilizador de serviços de pagamento, a menos que o utilizador de serviços de pagamento tenha notificado o prestador de serviços de pagamento, antes da data proposta para a entrada em vigor da alteração, de que não a aceita, ser interpretado no sentido de que também pode ser acordada com o consumidor uma ficção geral de consentimento, sem qualquer limitação, em relação a toda e qualquer condição contratual?
2. a) Deve o artigo 4.º, n.º 14, da Diretiva Serviços de Pagamento ser interpretado no sentido de que a função de pagamento por aproximação (NFC) de um cartão bancário multifuncional personalizado, mediante a qual são realizados pagamentos de baixo valor por débito na conta do cliente associada, constitui um instrumento de pagamento?
2. b) Em caso de resposta afirmativa à questão 2. a):
- Deve o artigo 63.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva Serviços de Pagamento, que prevê uma exceção para pagamentos de baixo valor e moeda eletrónica, ser interpretado no sentido de que um pagamento de baixo valor sem contacto, mediante a utilização da função NFC de um cartão bancário multifuncional personalizado, deve ser considerado uma utilização de forma anónima do instrumento de pagamento na aceção daquela exceção?
3. Deve o artigo 63.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva Serviços de Pagamento ser interpretado no sentido de que o prestador de serviços de pagamento só pode invocar esta exceção se o instrumento de pagamento comprovadamente, de acordo com o estado objetivo da técnica, não puder ser bloqueado nem for possível impedir a sua utilização subsequente?

### **Disposições de direito da União invocadas**

Diretiva 2015/2366/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno (Diretiva Serviços de Pagamento); artigo 4.º, n.º 14 e artigos 52.º, 54.º e 63.º

Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas (Diretiva Serviço Universal), artigo 20.º, n.º 4

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

Zahlungsdienstegesetz (lei austríaca sobre serviços de pagamento, a seguir «ZaDiG», § 4, n.º 14 e §§ 48, 50 e 57

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil, a seguir «ABGB», § 879, n.º 3)

Konsumentenschutzgesetz (Lei de Proteção dos consumidores, a seguir «KSchG», § 6, n.º 3

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

- 1 A Autora é uma associação que representa os interesses dos consumidores com legitimidade para agir nos termos da Konsumentenschutzgesetz. O Réu exerce atividade bancária a nível federal e utiliza, nas suas relações com os consumidores, um conjunto de condições contratuais gerais e de contratos de adesão, designadamente, relativos à utilização de cartões de pagamento que possuem a função NFC (Near Field Communication).
- 2 Estes cartões de pagamento do réu permitem a realização de pagamentos de baixo valor, até 25 euros, sem contacto e sem introdução de um código PIN, em terminais preparados para esse efeito. O pagamento de valores mais elevados exige uma autenticação adicional através de um código. A função NFC dos cartões bancários é ativada automaticamente quando o cliente utiliza o cartão pela primeira vez.
- 3 As seguintes cláusulas das referidas condições contratuais gerais do réu são pertinentes para o pedido de decisão prejudicial:

Cláusula 14:

*«Alterações às diretrizes relativas aos clientes: as alterações às presentes diretrizes relativas aos clientes serão propostas ao cliente o mais tardar dois meses antes da data prevista para a sua entrada em vigor. Considera-se que o cliente deu o seu consentimento a estas alterações e, por conseguinte, as alterações consideram-se aceites por acordo, se o cliente do DenizBank AG não comunicar que as rejeita antes da data prevista para a sua entrada em vigor. A proposta de alteração acima referida é comunicada ao cliente em papel ou, se este último concordar, através de outro suporte duradouro. O DenizBank AG, na sua proposta de alteração, advertirá o cliente e chamará a sua atenção para o facto de que o seu silêncio, no sentido acima referido, será entendido como consentimento à alteração. Além disso o DenizBank AG publicará na sua página da internet uma tabela comparativa contendo as disposições afetadas pela alteração às diretrizes relativas aos clientes e transmitirá também esta tabela comparativa ao cliente. Em relação a empresas, basta que a proposta de alteração esteja disponível para consulta de uma forma acordada com a empresa. Caso ocorra a alteração pretendida das diretrizes relativas aos clientes, o cliente que é consumidor tem o direito de rescindir os seus contratos-quadro relativos a serviços de pagamento (em particular, o contrato de conta corrente). O DenizBank AG também incluirá uma advertência para esse facto na sua proposta de alteração transmitida ao cliente».*

Cláusula 15:

*«Não obrigatoriedade de prova do consentimento: uma vez que o objetivo dos pagamentos de baixo valor sem introdução do código pessoal consiste na realização simplificada, sem necessidade de autorização, de uma operação de pagamento, o DenizBank AG não tem de provar que a operação de pagamento foi autorizada, autenticada e devidamente registada e contabilizada, e que não foi afetada por qualquer avaria técnica ou por outra deficiência do serviço».*

Cláusula 16:

*«O DenizBank AG não se responsabiliza por pagamentos não autorizados: uma vez que, com a utilização do cartão de débito para pagamentos de baixo valor sem introdução do código pessoal, o DenizBank AG não pode fazer prova de que a operação de pagamento foi autorizada pelo titular do cartão, o DenizBank AG não tem qualquer obrigação de proceder ao reembolso da operação de pagamento não autorizada nem de repor a conta de pagamento debitada na situação em que estaria se a operação de pagamento não autorizada não tivesse sido executada. Também não se admitem pedidos de indemnização suplementares contra o DenizBank AG que se fundamentem em negligência ligeira do DenizBank AG».*

Cláusula 17:

*«Advertência: o risco de utilização indevida do cartão de débito para pagamentos de baixo valor sem introdução do código pessoal corre por conta do titular da conta».*

Cláusula 18:

*«Impossibilidade de bloqueamento dos pagamentos de baixo valor em caso de extravio do cartão de débito: não é tecnicamente possível bloquear o cartão de débito para pagamentos de baixo valor. Em caso de extravio (p. ex., perda, roubo) do cartão de débito, podem ainda continuar a ser realizados pagamentos de baixo valor sem introdução do código pessoal, mesmo após o bloqueio nos termos do ponto 2.7, até ao montante de 75 euros. Estes valores não serão reembolsados. Uma vez que se trata de pagamentos de baixo valor na aceção do § 33, ZaDiG (lei sobre serviços de pagamento) e que só são possíveis operações de pagamento individuais até ao valor máximo de 25 euros e não existe a possibilidade de bloquear o cartão de débito para pagamentos de baixo valor sem a introdução do código pessoal, o § 44, n.º 3, ZaDiG não é aplicável».*

Cláusula 19:

*«Sem prejuízo de disposições especiais expressamente aplicáveis aos pagamentos de baixo valor, nos termos do ponto 3, o disposto no ponto 2 (serviço de cartões) também se aplica a estes últimos».*

- 4 O tribunal de primeira instância julgou a ação procedente, no que diz respeito às cláusulas 14 a 19. Considerou que a cláusula 14 é grosseiramente abusiva e que os

requisitos da aplicação da exceção relativa aos instrumentos de pagamento de baixo valor não se encontram preenchidos, uma vez que o cartão de débito também pode ser utilizado para outros pagamentos. A função adicional de pagamento sem contacto sem autenticação não deve sequer ser considerada um instrumento de pagamento.

- 5 O tribunal de segunda instância aceitou esta posição jurídica. Se tivermos apenas em conta a função de pagamento sem contacto, não estamos perante uma utilização de um instrumento de pagamento, mas a operação deverá ser tratada como uma transação com cartão de crédito por e.mail ou por telefone (MOTO). Em apoio desta conclusão está o facto de, contrariamente ao «porta-moedas eletrónico», a função de pagamentos de baixo valor NFC, que é realizada sem introdução do PIN ser ativada automaticamente. Acresce que o cartão automático utilizado para transações NFC não é anónimo, mas é personalizado e também protegido por um código.

#### **Argumentos essenciais das partes no processo principal**

- 6 A Autora alega que as cláusulas são ineficazes. A cláusula 14 também pode abranger prestações principais e é grosseiramente abusiva e pouco transparente. A função de pagamento NFC associada ao cartão automático não é abrangida pela exceção para instrumentos de pagamentos de baixo valor e moeda eletrónica.
- 7 O réu argumentou que a cláusula 14 está em conformidade com os requisitos legais e que as funções individuais de pagamento do cartão devem ser apreciadas em separado.

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

- 8 O réu alega no seu recurso de revista («Revision») que a cláusula 14 cumpre as especificações da letra da diretiva e da lei e, por conseguinte, não pode ser sujeita a mais nenhum controlo da adequação e da transparência. A possibilidade de também acordar uma tal ficção de consentimento com os consumidores é indispensável para a segurança jurídica, na prática dos negócios de massa, uma vez que não é possível obter declarações expressas de consentimento da grande maioria dos clientes. Limitar esta possibilidade a determinadas condições contratuais ou exigir a descrição com o maior detalhe possível das alterações possíveis através da ficção do consentimento, de modo que as cláusulas cumpram o exigente princípio da transparência, é exagerado e coloca exigências à formulação de condições contratuais gerais que são inexecutáveis na prática.
- 9 Em contrapartida, o Oberste Gerichtshof tem declarado repetidamente que uma cláusula que estabelece uma ficção de consentimento não é automaticamente admissível apenas por preencher os requisitos formais, mas que as cláusulas relativas às alterações aos contratos permitidas por esta via estão adicionalmente sujeitas ao controlo no sentido da Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril

de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, bem como à transposição da mesma para a ordem jurídica nacional (§ 879, n.º 3, ABGB e § 6, n.º 3, da KSchG).

- 10 As alterações contratuais de alcance particularmente alargado, que dizem respeito aos fundamentos das relações jurídicas entre as partes, não podem, segundo este entendimento, ser introduzidas por uma ficção de consentimento; uma cláusula que permita alterações ilimitadas, na prática, a favor de uma empresa, em detrimento dos consumidores, através de uma mera ficção de consentimento, é considerada como grosseiramente abusiva. Além disso, a jurisprudência considera uma cláusula como pouco transparente não apenas quando continua totalmente incerto saber que prestações o prestador dos serviços de pagamento pode restringir com o consentimento ficcionado, mas também em que medida pode ser realizada uma alteração às retribuições pagas pelo consumidor. Essas alterações já seriam admissíveis se a legitimidade para as introduzir decorresse, por exemplo, de alterações legislativas ou de diretrizes administrativas ou judiciais vinculativas ou abrangesse alterações em benefício dos utilizadores ou com vista a estabelecer objetivos estratégicos relativos a determinados setores.
- 11 Subjacente a esta jurisprudência está o raciocínio de que a ficção contratual do consentimento, na prática, não obstante o direito formal de deduzir oposição, se reconduz a um poder unilateral da empresa de introduzir alterações, porque a experiência revela que os consumidores, regra geral, nem sequer analisam as propostas de alteração.
- 12 Os §§ 48, n.º 1 ponto 6, alínea a), e 50, n.º 1 da ZaDiG 2018 determinam, em conformidade com o disposto na Diretiva Serviços de pagamento, quais as informações que a empresa deve prestar e quais as advertências a fazer em caso de alterações projetadas se tiver sido celebrado um acordo relativo a uma ficção de consentimento. No entender do Oberster Gerichtshof, esta redação pressupõe a existência de tal acordo, mas sem regular o seu conteúdo. Segundo o Oberster Gerichtshof, não é permitido ao prestador de serviços de pagamento diretamente pela diretiva – contrariamente ao que sucede com o prestador de serviços de telecomunicações nos termos do artigo 20.º, n.º 4, da Diretiva 2002/22/CE (Diretiva Serviço Universal) – estabelecer a possibilidade de alteração unilateral genérica de toda e qualquer condição contratual geral através de ficção de consentimento.
- 13 Uma ficção ilimitada de consentimento, acordada uma única vez, permitiria a todo o tempo aplicar aos clientes, sem qualquer limitação, modelos de contratos que lhes fossem mais desfavoráveis, confiando na sua dificuldade em discutir textos contratuais extensos, na sua deficiente compreensão dos efeitos das alterações ou na sua aceitação das alterações por considerarem que a única alternativa possível seria a rescisão do contrato.
- 14 O Oberste Gerichtshof considera que este entendimento é confirmado pelo considerando 63 da Diretiva Serviços de Pagamento, que tem a seguinte redação:

«A fim de garantir um elevado nível de proteção dos consumidores, os Estados-Membros deverão, no interesse dos consumidores, poder manter ou introduzir restrições ou proibições relativas a alterações unilaterais das condições de um contrato-quadro, por exemplo se não houver razões que justifiquem tal alteração».

- 15 Nos termos do artigo 63.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva Serviços de Pagamento, os prestadores de serviços de pagamento podem acordar com os seus utilizadores que, no caso de instrumentos de pagamento que, de acordo com o contrato-quadro, digam exclusivamente respeito a operações de pagamento individuais que não excedam 30 euros, ou que tenham um limite de despesas de 150 euros, ou que permitam armazenar fundos cujo montante não exceda em momento algum 150 euros, os artigos 72.º e 73.º e o artigo 74.º, n.ºs 1 e 3 não se apliquem, se o instrumento de pagamento for utilizado de forma **anónima** ou o prestador de serviços de pagamento **não puder fornecer**, por outros motivos intrínsecos ao instrumento de pagamento, **prova** de que a operação de pagamento foi **autorizada**.
- 16 No processo principal coloca-se a questão prévia de saber se a função NFC de pagamento de um cartão personalizado constitui sequer um instrumento de pagamento na aceção do artigo 4.º, n.º 14, da Diretiva Serviços de Pagamento. O Oberste Gerichtshof afirma que sim.
- 17 Além disso, importa esclarecer em que momento um instrumento de pagamento é utilizado de forma anónima.
- 18 De acordo com a redação do artigo 63.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva Serviços de Pagamento, deve presumir-se que a utilização «de forma anónima» e os «outros motivos intrínsecos ao instrumento de pagamento» têm em comum o facto de o prestador de serviços de pagamento não poder fornecer prova de que a operação de pagamento não foi autorizada.
- 19 Não é claro que essa prova não possa realmente ser fornecida no caso de utilização de um cartão bancário personalizado sem PIN na aceção da diretiva. Neste contexto, é duvidosa a questão de saber em que medida a posse de um cartão implica o direito de disposição efetiva.
- 20 No processo principal, as cláusulas contratuais controvertidas preveem exceções que também se baseiam no artigo 63.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva Serviços de Pagamento. Nesta medida, coloca-se a questão de saber se é tecnicamente exequível cancelar o cartão bancário para pagamentos de baixo valor ou se a exequibilidade técnica é sequer relevante. Por outras palavras, importa esclarecer se o prestador de serviços de pagamento pode não se interessar sequer pela questão da exequibilidade técnica e assim transferir a responsabilidade pelos pagamentos não autorizados para a esfera do utilizador de serviços de pagamento.