

Processo C-641/19**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:**

30 de agosto de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Amtsgericht Hamburg (Tribunal de Primeira Instância de Hamburgo, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

23 de agosto de 2019

Demandante:

EU

Demandada:

PE Digital GmbH

Objeto do processo principal

Contrato de agência de encontros em linha – Diretiva 2011/83 – Artigo 14.º, n.º 3, e artigo 2.º, n.º 11 – Obrigações do consumidor em caso de retratação – Prestação global composta por diferentes prestações parciais realizadas em momentos diferentes – Montante proporcional ao que foi fornecido até ao momento em que o consumidor comunicou ao profissional o exercício do direito de retratação, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato – Cálculo – Prestação parcial que, embora realizada de modo continuado, tem, no entanto, um valor mais elevado ou mais baixo para o consumidor no início da vigência do contrato – Diretiva 2019/770 – Artigo 2.º, n.º 1 – Ficheiros de dados disponibilizados como prestação parcial no âmbito de uma prestação global realizada principalmente como «serviço digital» na aceção do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2019/770 – Conceito de preço total excessivo na aceção do artigo 14.º, n.º 3, terceiro período, da Diretiva 2011/83

Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, artigo 267.º, primeiro parágrafo, alínea b) e terceiro parágrafo, TFUE

Questões prejudiciais

- 1) Deve o artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, tendo em conta o seu considerando 50, ser interpretado no sentido de que «o montante proporcional ao que foi fornecido até ao momento em que o consumidor comunicou ao profissional o exercício do direito de retratação, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato», a pagar pelo consumidor no caso de um contrato que não prevê uma prestação única mas antes uma prestação global composta por várias prestações parciais, deve ser calculado meramente *pro rata temporis*, quando, apesar de o consumidor pagar *pro rata temporis* em relação à prestação global, as prestações parciais sejam realizadas em momentos diferentes?
- 2) Deve o artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2011/83 ser interpretado no sentido de que «o montante proporcional ao que foi fornecido até ao momento em que o consumidor comunicou ao profissional o exercício do direito de retratação, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato» a pagar pelo consumidor, também deve ser calculado meramente *pro rata temporis*, quando uma prestação (parcial), embora realizada de modo continuado, tenha um valor mais elevado ou mais baixo para o consumidor no início da vigência do contrato?
- 3) Devem o artigo 2.º, n.º 11, da Diretiva 2011/83 e o artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, ser interpretados no sentido de que também podem constituir «conteúdo digital» na aceção do artigo 2.º, n.º 11, da Diretiva 2011/83 e do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2019/770, aqueles ficheiros de dados fornecidos como prestação parcial no âmbito de uma prestação global realizada principalmente como «serviço digital» na aceção do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2019/770, com a consequência de o profissional poder fazer cessar o direito de retratação nos termos do artigo 16.º, alínea m), da Diretiva 2011/83, relativamente à prestação parcial, mas o consumidor, no caso de o profissional não o lograr fazer, poder retratar-se da totalidade do contrato, sem ter, por força do artigo 14.º, n.º 4, alínea b), ii), da Diretiva 2011/83, de pagar qualquer compensação por esta prestação parcial?
- 4) Deve o artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2011/83, tendo em conta o seu considerando 50, ser interpretado no sentido de que o preço total acordado contratualmente para uma prestação de serviços é «excessivo» na aceção do artigo 14.º, n.º 3, terceiro período, da Diretiva 2011/83, quando é significativamente mais elevado do que o preço total acordado com outro

consumidor para uma prestação substancialmente equivalente do mesmo profissional relativa ao mesmo período contratual e sujeita, além disso, às mesmas condições gerais?

Disposições do direito da União invocadas

Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO 2011, L 304, p. 64), em especial os artigos 2.º, 9.º, n.º 1, 14.º, n.º 3 e n.º 4, alínea b), ii, e 16.º, alínea m)

Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais (JO 2019, L 136, p. 1), em especial o artigo 2.º, n.ºs 1 e 2

Disposições do direito nacional invocadas

Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil, na versão publicada em 5 de dezembro de 2005, a seguir «ZPO») (BGBl. I p. 3202; 2006 I p. 431; 2007 I p. 1781), alterado recentemente pelo artigo 5.º, n.º 26, da Lei de 21 de junho de 2019 (BGBl. I p. 846), em especial os §§ 287 e 511, n.º 1.

Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão, a seguir «BGB»), na versão publicada em 2 de janeiro de 2002 (BGBl. I, p. 42, 2909; 2003 I, p. 738), alterado recentemente pelo artigo 7.º da Lei de 31 de janeiro de 2019 (BGBl. I, p. 54), em especial os §§ 158, n.º 1, 312f, n.º 3, 312g, n.º 1, 355, n.º 1, 356, n.º 5 e 357, n.ºs 1, 8 e 9.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Lei introdutória do Código Civil alemão, a seguir «EGBGB»), na versão publicada em 21 de setembro de 1994 (BGBl. I, p. 2494; 1997 I, p. 1061), alterada recentemente pelo artigo 2.º da Lei de 18 de dezembro de 2018 (BGBl. I, p. 2648), em especial o artigo 246a, § 1, n.º 2, primeira frase, pontos 1 e 3.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 As partes discutem no presente litígio a existência e o montante do direito da demandada ao pagamento de um montante compensatório na sequência da retratação pela demandante de um contrato de agência de encontros em linha.
- 2 A demandada gere a plataforma de encontros em linha «Parship», que opera a nível mundial ao abrigo do domínio «www.parship.de». Propõe aos seus utilizadores duas modalidades de adesão: a adesão de base gratuita, com possibilidades de contacto muito limitadas com outros utilizadores, e a adesão

Premium, mediante pagamento, por 6, 12 ou 24 meses. A adesão *Premium* permite aos utilizadores, durante o período do seu contrato de adesão, contactarem através da plataforma com qualquer outro aderente *Premium* – mais de 186 000 aderentes em toda a Alemanha – e trocarem mensagens e imagens.

- 3 Os aderentes *Premium* têm, além disso, a designada garantia de contactos, que garante ao utilizador um certo número de contactos com outros utilizadores, por exemplo, sete contactos num período contratual de 12 meses. Para este efeito, consideram-se contactos todas as respostas de texto livre («Freitext»), lidas pelo utilizador em causa, a uma mensagem por ele enviada, bem como uma mensagem recebida pelo utilizador na sequência da qual este tenha trocado com o outro utilizador e tenha lido pelo menos duas mensagens de texto livre.
- 4 Em média, são enviadas e recebidas na primeira semana do contrato 31,3 mensagens, na segunda semana 8,9 mensagens, na terceira semana 6,1 mensagens, na quarta semana 5,1 mensagens e a partir da quinta semana constantemente menos de cinco mensagens.
- 5 Para cada consumidor que decide aderir, é elaborada de forma automática, imediatamente após a inscrição, uma seleção de propostas de parceiros do mesmo Land, com base num teste de personalidade de cerca de 30 minutos, relativo às características pessoais, hábitos e interesses relevantes para uma relação. Num contrato de adesão *Premium* de 12 meses, esta seleção já corresponde aproximadamente a metade de todas as propostas de parceiros fornecidas no período do contrato. O algoritmo para o teste de personalidade foi criado e desenvolvido sob a orientação de um psicólogo. Os aderentes *Premium* recebem os resultados do teste gerado pelo computador sob a forma de um «relatório pericial de personalidade» de cerca de 50 páginas; o mesmo relatório pode ser recebido pelos aderentes de base, a título de prestação parcial, mediante remuneração. Em 4 de novembro de 2018, a demandante celebrou com a demandada um contrato de adesão *Premium* pelo período de 12 meses e por um preço total de 523,95 euros. Este preço era superior ao dobro do preço cobrado pela demandada a muitos outros dos seus utilizadores para o mesmo prazo contratual no mesmo ano do contrato. A demandada informou a demandante, em conformidade com as exigências do artigo 246.º, § 1, n.º 2, primeira frase, pontos 1 e 3, da EGBGB, do seu direito de retratação e a demandante confirmou à demandada que esta devia iniciar a prestação antes do decurso do prazo de retratação. Depois de a demandante se ter retratado do contrato em 8 de novembro de 2018, a demandada faturou-lhe um montante compensatório («indenização») no montante total de 392,96 euros e procedeu à retenção deste montante, deduzido da conta da demandante.
- 6 Com a ação que intentou, a demandante reclama o reembolso de todos os pagamentos que efetuou.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 7 A demandante entende que a demandada pode reclamar uma indemnização na aceção do § 357, n.º 8, do BGB, calculada, no máximo, *pro rata temporis*.
- 8 A demandada entende que a indemnização na aceção do § 357, n.º 8, do BGB não pode ser calculada apenas *pro rata temporis*. Por um lado, a prestação que se propôs realizar compõe-se de diversas prestações parciais separáveis, que realizou em momentos diferentes: comunicação ilimitada, visualização de fotografias partilhadas, filtro de interesses exclusivo, análise da personalidade dos parceiros, garantia de contactos, pesquisa nos círculos regionais, lista completa de potenciais interessados, serviço de digitalização para fotografias de perfil do cliente, controlo do perfil e propostas de parceiros atualizadas. A prestação essencial do contrato, em especial o relatório pericial de personalidade, o cálculo/acesso às propostas de parceiros e vários dias de utilização total da plataforma, é realizada em grande parte no início do contrato. De qualquer modo, o relatório pericial de personalidade e as propostas de parceiros baseadas na análise da personalidade deveriam, por isso, ser tidas em conta como uma prestação única realizada no início do contrato. Por outro lado, para calcular a indemnização, a fase mais precoce da adesão deveria ter um valor desproporcionadamente mais elevado, porque o utilizador pode, logo no início da adesão *Premium*, contactar com todos os aderentes ativos.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 9 O órgão jurisdicional de reenvio considera que as quatro questões apresentadas devem ser respondidas pela negativa.

Primeira questão

- 10 No ponto 6.5.1. do seu documento de orientação relativo à Diretiva 2011/83, publicado em junho de 2014, a Comissão Europeia esclareceu, que, caso a prestação de serviços envolva custos pontuais necessários para que o profissional os disponibilize ao consumidor, o profissional pode incluí-los no cálculo da indemnização. O documento de orientação pode ser utilizado como orientação na interpretação da Diretiva 2011/83 (e, logo, indiretamente, na interpretação do § 357, n.º 8, primeira, segunda e quinta frases, do BGB). O órgão jurisdicional de reenvio considera, portanto, que, sempre que a prestação global seja constituída por prestações parciais separáveis, que, por acordo das partes, são realizadas em momentos diferentes, deve ter-se em conta, para efeitos de cálculo do montante da indemnização, a sua duração respetiva.

Segunda questão

- 11 Para calcular o «montante proporcional ao que foi fornecido até ao momento em que o consumidor comunicou ao profissional o exercício do direito de retratação,

em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato», poderia ter-se em conta, no entender do órgão jurisdicional de reenvio, para além do teor do artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2011/83, não (apenas) a prestação que o profissional realizou, mas também o valor da prestação que o consumidor obteve (também é este o entendimento do legislador alemão no § 357, n.º 8, do BGB, bem como o do Hanseatisches Oberlandesgericht (Tribunal Regional Superior de Hamburgo) [Acórdão de 2 de março de 2017 – 3 U 122/14], divergente do entendimento do Oberster Gerichtshof da Áustria (Supremo Tribunal) [Acórdão de 23 de outubro de 2018 – 4Ob179/18d]). Com efeito, tendo em conta o espírito e a finalidade da Diretiva 2011/83, o órgão jurisdicional de reenvio considera provisoriamente que o montante a pagar pelo consumidor após a retratação deve constituir uma indemnização e, por conseguinte, é importante saber se e em que medida o consumidor já beneficiou do valor da prestação da empresa que se deve deduzir do objeto do contrato. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio reconhece que o legislador da União não utilizou o termo «indemnização» no artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2011/83 e que, da discrepância dos conceitos utilizados na Diretiva 2011/83 e no BGB poderiam eventualmente resultar interpretações contraditórias. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio considera provisoriamente que o artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2011/83, tendo em conta o espírito e a finalidade da diretiva, deve ser interpretado no sentido de que reflete o conceito de «indemnização» e que deve ser lido como se dispusesse um «[...] montante proporcional [...] calculado com base nas prestações já realizadas e de cujo valor o consumidor beneficiou».

- 12 Considerando a obrigação de tomar em conta prestações parciais realizadas em momentos diferentes (v. *supra* n.º 10) e a caracterização do montante compensatório a pagar pelo consumidor como «indemnização» (v. *supra* n.º 11), o artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2011/83 e o § 357, n.º 8, do BGB, aprovado para transpor aquele artigo, não devem exigir no caso vertente um cálculo da indemnização meramente *pro rata temporis*. Pelo contrário, para o respetivo cálculo deveriam separar-se em primeiro lugar as prestações parciais individuais contidas na prestação global. Em segundo lugar, deveriam ser definidos os preços parciais das prestações parciais individuais no âmbito dos objetivos do contrato, tomando em conta o seu valor para o consumidor (médio), para o qual se deve considerar a perceção do valor por um consumidor médio resultante da análise estatística do comportamento dos utilizadores. Em terceiro lugar, deveriam calcular-se as indemnizações parciais relativas a cada uma das prestações parciais, tendo em conta, por um lado, a medida em que as prestações parciais já tiverem sido realizadas e, por outro, a medida em que o seu valor já tiver sido realizado para o consumidor (médio). Em quarto lugar, da soma dos montantes assim calculados resultaria a indemnização total.
- 13 Deste modo, no caso em apreço, obter-se-ia uma indemnização total de 50,77 euros.
- 14 No cálculo da indemnização total pelo método acima exposto, o órgão jurisdicional de reenvio considerou que o valor objetivo de uma prestação parcial

para o consumidor médio deve ser determinado a um nível tanto mais elevado quanto mais a prestação parcial em causa favoreça o conhecimento de um parceiro adequado para iniciar uma relação. Por isso, estimou o preço parcial de cada uma das prestações parciais, nos termos do § 287 do ZPO, do modo seguinte (em percentagem do preço total):

- Relatório pericial de personalidade: 3 %
- Acesso à base de dados: 70 %
- Propostas de parceiros: 20 %
- Identificação como (novo) utilizador: 5 %
- Garantia de contactos: 2 %

15 O órgão jurisdicional de reenvio considerou ainda que as prestações parciais até ao momento da retratação da demandante foram realizadas nas seguintes proporções:

- Relatório pericial de personalidade: 100/100
- Acesso à base de dados: 4/365
- Propostas de parceiros: 50/100
- Identificação como (novo) utilizador: 4/365
- Garantia de contactos: 4/365

16 Relativamente às prestações parciais «Acesso à base de dados» e «Propostas de parceiros», este tribunal considerou, no entanto, que o seu valor não se realizou de modo continuado, mas antes de modo particularmente intenso logo nos primeiros dias. Nesta medida, teve em consideração o comportamento de um utilizador médio e, ao calcular o valor destas prestações parciais, tal como se realizou na esfera jurídica da demandante, baseou-se nas estatísticas correspondentes.

17 Considerando a complexidade de tal método de cálculo e a transparência para o consumidor pretendida pela Diretiva 2011/83, bem como a formulação aberta do artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2011/83, também parece possível, no entanto, que o Tribunal de Justiça da União Europeia possa responder às duas primeiras questões pela afirmativa e, assim, também não partilhe finalmente do entendimento em que se baseou o legislador alemão no que respeita ao montante compensatório a pagar pelo consumidor a título de «indenização» em conformidade com o artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2011/83. Deste modo, poderia proibir-se a divisão conceptual da prestação contratualmente acordada em prestações parciais com preços parciais próprios e poderia impor-se entender a prestação como unitária e com preço único, realizada de modo linear ao longo do prazo total do contrato,

independentemente dos diferentes momentos de realização parcial e diferentes ritmos de realização do valor.

- 18 Deste modo, o «montante proporcional ao que foi fornecido até ao momento em que o consumidor comunicou ao profissional o exercício do direito de retratação, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato» deveria então ser calculado simplesmente em proporção do tempo, ou seja, estimado em $4/365$ do preço total = 5,74 euros.

Terceira questão

- 19 Todavia, a transmissão do relatório pericial de personalidade no início da vigência do contrato poderia igualmente ser considerada uma prestação parcial separável e consistir em conteúdos digitais não fornecidos num suporte material, devendo as consequências jurídicas ser então determinadas, se necessário, através do § 356, n.º 5, e § 357, n.º 9, do BGB, em conformidade as disposições do artigo 16.º, alínea m), e do artigo 14.º, n.º 4, alínea b), ii), da Diretiva 2011/83. O órgão jurisdicional de reenvio considera esta tese mais remota, tendo em vista a proibição (parcial) de retratação, lesiva do consumidor, que lhe está associada, e tendo em conta o trigésimo considerando da posição (do Parlamento Europeu) de 17 de abril de 2019 sobre a proposta de Diretiva que altera, entre outras, a Diretiva 2011/83 («Em caso de dúvida [sobre] se o contrato constitui um contrato de prestação serviços ou um contrato relativo a conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, são aplicáveis as regras relativas ao direito de retratação para os serviços», mas solicita esclarecimento a este respeito.

Quarta questão

- 20 No que respeita aos preços extremamente diferentes que a demandada propõe a diferentes utilizadores para prazos contratuais semelhantes, o órgão jurisdicional de reenvio considera provisoriamente que um preço total que representa o dobro do que é proposto a outros utilizadores, apesar de a empresa fornecer aos outros utilizadores a mesma prestação, ou seja, uma prestação de igual valor (em que o valor objetivo até pode ser menor do que os preços totais), também não seria «irrazoavelmente elevado» enquanto não atingisse o nível do preço de mercado ou o ultrapassasse apenas ligeiramente. Com efeito, o artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2011/83, à luz do seu considerando 50, estabelece o preço total em relação ao valor de mercado e, portanto, não em relação a outros preços totais da mesma empresa nem em relação ao valor objetivo da prestação. Além disso, no considerando 45 da posição do Parlamento Europeu de 17 de abril de 2019 relativa à proposta de Diretiva que altera, entre outras, a Diretiva 2011/83, é realçada a admissibilidade, em princípio, dos designados preços personalizados.