

**Processo C-266/19**

**Pedido de decisão prejudicial**

**Data de entrada:**

29 de março de 2019

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Bundesgerichtshof (Alemanha)

**Data da decisão de reenvio:**

7 de março de 2019

**Autora:**

EIS GmbH

**Réu:**

TO

---

**BUNDESGERICHTSHOF**

**DESPACHO**

[*Omissis*]

No litígio entre

EIS GmbH, [*omissis*]

Autora, reconvinda e recorrente,

[*omissis*]

e

TO, [*omissis*]

Réu, reconvinte e recorrido,

[*omissis*]

A 1.<sup>a</sup> Secção Cível do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal) decidiu o seguinte, na audiência realizada em 20 de dezembro de 2018 [omissis]:

- I. A instância é suspensa.
- II. São submetidas ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões relativas à interpretação dos artigos 6.º, n.º 1, alínea h), e 4.º, em conjugação com o anexo I, parte A, da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores (JO L 304, p. 64):
  1. Um número de telefone, no sentido das instruções de preenchimento do modelo de instruções de retratação previsto no anexo I, parte A, da Diretiva 2011/83/UE, está «disponível» se o profissional indicar o número de telefone nas informações legais ou o indicar de forma clara e legível na página inicial do seu sítio Internet?
  2. Um número de telefone, no sentido das instruções de preenchimento do modelo de instruções de retratação previsto no anexo I, parte A, da Diretiva 2011/83/UE, está «disponível» se o profissional utilizar a ligação telefónica para fins profissionais, mas não a utilizar para a celebração de contratos à distância, e, portanto, também não a utilizar para a anulação de contratos celebrados à distância mediante receção, nessa linha telefónica, de declarações de retratação?

Fundamentos:

- 1 I. Por carta do seu advogado de 29 de dezembro de 2014, a autora interpelou o réu, que é seu concorrente no setor da venda de artigos eróticos através da Internet, devido à sua utilização de instruções de retratação erradas e à publicidade com um resultado de um teste. Neste âmbito, intimou-o a assumir um compromisso no sentido de cessar esse comportamento, sob cominação de uma sanção, e a reembolsar as despesas da interpelação no valor de 612,80 EUR.
- 2 Em 8 de janeiro de 2015, o réu assumiu um compromisso no sentido de cessar o comportamento em causa, sob cominação de uma sanção. Por carta do seu advogado de 12 de janeiro de 2015, o réu interpelou, por sua vez, a autora, criticando o facto de aquela não ter indicado um número de telefone nas instruções de retratação no seu sítio Internet. As despesas do advogado relativas à interpelação foram igualmente fixadas em 612,80 EUR, tendo o réu declarado, juntamente com o seu pedido de reembolso, que procedia à compensação com o pedido de reembolso de despesas da autora resultantes da sua interpelação de 29 de dezembro de 2014.
- 3 Na ação que propôs de seguida, a autora pediu a declaração de que o réu não tinha o direito de exigir a cessação nem ao reembolso das despesas, ambos exigidos na

interpelação de 12 de janeiro de 2015. A autora exigiu ainda o pagamento das despesas da sua interpelação de 29 de dezembro de 2014, tendo alegado nesse âmbito que indicou o número de telefone que utiliza nas informações legais do seu sítio Internet. Além disso, esse número de telefone estava também publicado na parte inferior da página inicial desse sítio Internet.

- 4 Com o pedido reconvenicional, o réu exerceu a ação inibitória indicada na interpelação de 12 de janeiro de 2015.
- 5 A autora declarou então extinto o seu pedido no sentido de declarar esta ação inibitória como insubsistente.
- 6 O Landgericht indeferiu a ação e deu provimento ao pedido reconvenicional. O tribunal de segunda instância negou provimento ao recurso da autora.
- 7 No recurso de revista, admitido pelo tribunal de segunda instância apesar da oposição do réu, a autora continua a sustentar o que alegou sem sucesso na primeira instância sobre o seu pedido e sobre o pedido reconvenicional.
- 8 II) A procedência da revista depende da questão de saber se as instruções de retratação utilizadas no sítio Internet da autora e contestadas pelo réu violam o § 312d, n.º 1, primeira frase, do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão, a seguir «BGB») e o artigo 246a, § 1, n.º 2, primeira frase, ponto 1 e segunda frase, em conjugação com o anexo 1 da Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Lei de introdução ao BGB, a seguir «EGBGB») e, por conseguinte, devem ser consideradas anticoncorrenciais em conformidade com os §§ 3, 4, ponto 11, da Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Lei contra a concorrência desleal, na versão então em vigor; a seguir «UWG»). A resposta a esta questão depende da interpretação do artigo 6.º, n.º 1, alínea h), e n.º 4, em conjugação com o anexo I, parte A, da Diretiva 2011/83/UE relativa aos direitos dos consumidores (a seguir, «Diretiva 2011/83/UE»). Por conseguinte, antes de decidir o recurso de revista é necessário suspender a instância e submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em conformidade com o primeiro parágrafo, alínea b), e o terceiro parágrafo do artigo 267.º TFUE.
- 9 1. Em conformidade com o § 312g, n.º 1, do BGB no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (§ 312b BGB) e de contratos celebrados à distância (§ 312c BGB), o consumidor tem o direito de retratação nos termos do § 355 do BGB. Nos termos do § 312d, n.º 1, primeira frase, do BGB e do artigo 246a, §1, n.º 2, primeira frase, ponto 1, do EGGB, o profissional é obrigado a informar o consumidor sobre as condições, os prazos e o procedimento para o exercício do direito de retratação conferido ao abrigo do § 312g, n.º 1, do BGB, nos termos do § 355, n.º 1, do BGB. Em conformidade com o artigo 246a, § 1, n.º 2, segunda frase, do EGGB, o profissional pode cumprir esta obrigação de fornecer informações mediante a apresentação correta, sob a forma de texto, do modelo de instruções de retratação previsto no anexo 1. O modelo de instruções

de retratação contém a seguinte indicação: «A fim de exercer o seu direito de retratação, tem de nos comunicar (2) a sua decisão de retratação do presente contrato por meio de uma declaração inequívoca (por exemplo, carta enviada pelo correio, fax ou correio eletrónico).» As instruções de preenchimento referem o seguinte a respeito do ponto 2): «Inserir aqui o seu nome, endereço geográfico e, eventualmente, número de telefone, número de fax e endereço de correio eletrónico».

- 10 As disposições supramencionadas visam a transposição para o direito alemão do artigo 6.º, n.º 1, alínea h) e n.º 4, em conjugação com o anexo I, parte A, da Diretiva 2011/83/UE, devendo, por conseguinte, ser interpretadas em conformidade com estas disposições. Neste âmbito, importa ter em consideração que, em conformidade com o seu artigo 4.º e o seu sétimo considerando, a Diretiva 2011/83/UE visa a harmonização total dos aspetos da defesa do consumidor abrangidos pela mesma. Por conseguinte, os Estados-Membros não estão autorizados a manter ou introduzir legislação mais rigorosa ou menos rigorosa neste domínio [*omissis*]. As disposições da diretiva em causa no presente processo correspondem essencialmente às disposições correspondentes do direito alemão e têm a seguinte redação:
- 11 Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea h), da Diretiva 2011/83/UE, antes de o consumidor ficar vinculado por um contrato à distância ou fora do estabelecimento comercial, o profissional, sempre que exista o direito de retratação, deve informar o consumidor das condições, do prazo e do procedimento de exercício desse direito nos termos do artigo 11.º, n.º 1. Estas informações podem ser prestadas mediante o modelo de instruções de retratação previsto no anexo I, parte A, da Diretiva 2011/83/UE, de acordo com o disposto no artigo 6.º, n.º 4, primeira frase, da mesma diretiva. Nos termos do artigo 6.º, n.º 4, segunda frase, da Diretiva 2011/83/UE, considera-se que o profissional cumpriu estes requisitos de informação se tiver entregue essas instruções ao consumidor corretamente preenchidas. O modelo de instruções de retratação contém a seguinte indicação: «A fim de exercer o seu direito de retratação, tem de nos comunicar (2) a sua decisão de retratação do presente contrato por meio de uma declaração inequívoca (por exemplo, carta enviada pelo correio, fax ou correio eletrónico).» As instruções de preenchimento referem o seguinte a respeito do ponto 2): «Inserir aqui o seu nome, endereço geográfico e, eventualmente, número de telefone, número de fax e endereço de correio eletrónico».
- 12 2. No caso em litígio, a autora utilizou o modelo de instruções de retratação de forma a preencher os requisitos de informação. No local previsto do formulário de informação não incluiu nenhum número de telefone, apesar ser ponto assente nos termos das conclusões do órgão jurisdicional de reenvio que a mesma dispõe de uma ligação telefónica. A este respeito, a autora declarou, de acordo com as conclusões do tribunal de segunda instância, que indicou um número de telefone no âmbito das suas informações legais; além disso, o número de telefone por ela utilizado estava também indicado de forma clara e legível na página inicial do seu sítio Internet. Além disso, na fundamentação do seu recurso de revista, a autora

fez referência ao seu argumento, já alegado na primeira instância e não contestado pelo réu, de que não celebra contratos por telefone; a autora considera que não tem, por conseguinte, de dispor da ligação telefónica para a anulação de contratos celebrados à distância mediante receção, nessa linha telefónica, de declarações de retratação.

- 13 a) Levanta-se, por conseguinte, a questão de saber se um número de telefone, na aceção das instruções de preenchimento do modelo de instruções de retratação previsto no anexo I, parte A, da Diretiva 2011/83/UE está «disponível» se o profissional indicar o número de telefone nas informações legais ou o indicar de forma clara e legível na página inicial do seu sítio Internet (primeira questão prejudicial). Esta Secção considera que se deve responder afirmativamente a esta questão.
- 14 Um profissional que indique um número de telefone nas informações legais ou o apresente de forma clara e legível na página inicial do seu sítio Internet dá ao consumidor a impressão de que este pode contactá-lo e apresentar-lhe esclarecimentos através desse número de telefone. Se esse profissional não esclarecer através de uma nota correspondente que este número de telefone não se destina à receção de declarações de retratação, deve ficar vinculado à impressão que deixou de que o número de telefone pode igualmente ser utilizado para apresentar declarações de retratação. Nesse caso, esse número de telefone deve ser considerado «disponível» no sentido das instruções de preenchimento do modelo de instruções de retratação previsto no anexo I, parte A, da Diretiva 2011/83/UE e deve ser incluído no local apropriado no modelo de instruções de retratação.
- 15 b) Coloca-se igualmente a questão de saber se um número de telefone, no sentido das instruções de preenchimento do modelo de instruções de retratação previsto no anexo I, parte A, da Diretiva 2011/83/UE está «disponível» se o profissional utilizar a ligação telefónica para fins profissionais, mas não recorrer à mesma para a celebração de contratos à distância e, portanto, também não a utilizar para a anulação de contratos à distância mediante receção, nessa linha telefónica, de declarações de retratação (segunda questão). Esta Secção considera que também se deve responder afirmativamente a esta questão.
- 16 Um número de telefone está «disponível», no sentido das instruções de preenchimento do modelo de instruções de retratação previsto no anexo I, parte A, da Diretiva 2011/83/UE, se o profissional o utilizar para fins profissionais. O facto de o profissional não utilizar um número de telefone profissional para a celebração de contratos à distância não justifica que esse profissional não disponibilize o número de telefone para a receção de instruções de retratação.
- 17 As ponderações feitas por esta Secção e que estão subjacentes à decisão de reenvio relativa ao «sistema de chamadas de retorno» e o facto de esta Secção ter considerado como duvidoso que este tipo de meios de comunicação também deva ser considerado como existente na empresa, no sentido do artigo 6.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2011/83/UE, quando são utilizados exclusivamente para outros fins

que não o contacto com os consumidores no contexto da celebração de contratos à distância [omissis] (processo C-649/17) não se opõem à apreciação acima efetuada.

- 18 Esta Secção admitiu naquele caso que a esta interpretação do requisito de existência («se existirem») se opõe o facto de, nesse caso, ao iniciar a sua atividade empresarial, o empresário ficar, na prática, obrigado a alterar a sua organização operacional e eventualmente a recrutar pessoal adicional para poder fazer igualmente face a questões dos consumidores relacionadas com a celebração de contratos à distância através das ligações de telefone ou de fax até então apenas utilizadas para a comunicação comercial e administrativa. A aceitação de uma obrigação de informação tão abrangente conduziria, inevitavelmente, a uma ingerência na liberdade de empresa do profissional protegida ao abrigo dos artigos 16.º e 17.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Pelo menos nos casos em que o profissional, ao celebrar contratos à distância, utilize outros meios de comunicação que, por si só, satisfaçam as necessidades de contacto rápido e de comunicação eficaz do consumidor no sentido do artigo 6.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2011/83/UE, seria contrário ao objetivo da diretiva, expresso no seu quarto considerando, que é o de estabelecer o justo equilíbrio entre um elevado nível de defesa dos consumidores e a competitividade das empresas, se se entendesse a expressão «se existirem» no sentido de que o comerciante deve facultar informações através de todos os meios de comunicação já existentes na empresa, independentemente de utilizar ou não o meio de comunicação no âmbito da comercialização dos seus produtos por via de contratos celebrados à distância [omissis].
- 19 A questão levantada por esta Secção naquele processo diz respeito às obrigações em matéria de informação pré-contratual previstas no artigo 6.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2011/83/UE que devem ser cumpridas por funcionários com formação neste domínio no caso de eventuais pedidos de informação dos consumidores relacionados com a celebração de contratos à distância. No caso em litígio, pelo contrário, apenas está em causa a receção de declarações de retratação na empresa da autora e a respetiva documentação. Em regra, estas atividades não exigem um maior esforço por parte da empresa à qual é dirigida a declaração de retratação do que os casos em que a retratação é feita por carta ou através da devolução da mercadoria acompanhada de uma declaração correspondente. Neste caso não se colocam as dúvidas que levaram esta Secção a submeter um pedido de decisão prejudicial no [omissis] [processo C-649/17] relativamente à questão de saber se também devem ser considerados existentes na empresa os meios de comunicação que o profissional utilizou até então exclusivamente para outros fins, como, por exemplo, para a comunicação com profissionais ou com as autoridades.

[omissis]