

Processo C-438/19

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

11 de junho de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

4 de junho de 2019

Demandante, recorrente e recorrido:

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (União federal das centrais e associações de consumidores)

Demandada, recorrente e recorrida:

Frontline Digital GmbH

[*Omissis*]
2019

proferida em 4 de junho de

[*Omissis*]

[*omissis*]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf)

DECISÃO

no processo

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.,

demandante, recorrente e recorrido,

[*Omissis*] contra

Frontline Digital GmbH,

demandada, recorrente e recorrida,

[*omissis*] a 20.^a Secção Cível do Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf), na audiência de 30 de abril de 2019 [*omissis*]

decidiu:

I.

Suspender a instância.

II.

O Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf) submete ao Tribunal de Justiça da União Europeia o seguinte pedido de decisão prejudicial sobre a interpretação da 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) (a seguir também «diretiva»):

- 1 No quadro de contratos à distância, são fornecidos ao consumidor conteúdos digitais na aceção do artigo 16.º, alínea m), da Diretiva 2011/83/UE, quando este celebra com um profissional um contrato para participar numa «plataforma de contactos» na Internet?
- 2 Em caso de resposta afirmativa à questão 1:

O início do fornecimento de conteúdos digitais pelo profissional ao consumidor implica também a perda o direito de retratação do consumidor em conformidade com o artigo 16.º, alínea m), da Diretiva 2011/83/UE quando, contrariamente ao artigo 8.º, n.º 7, desta diretiva, o profissional não tiver enviado previamente ao consumidor uma confirmação da celebração do contrato com as informações mencionadas nessa disposição?

Se neste caso o direito de retratação do consumidor se mantiver:

O artigo 6.º, n.º 1, alínea k), da diretiva impõe a obrigação de informar previamente consumidor a esse respeito?

Fundamentação:

1. O demandante é a federação que agrupa as 16 centrais de consumidores e 25 outras organizações de defesa dos consumidores e de interesses sociais na

Alemanha. Está inscrito na lista de entidades qualificadas nos termos do § 4 da Unterlassungsklagegesetz (Lei relativa às ações inibitórias). O Bundesamt für Justiz (Alemanha) como autoridade requerida pelo Bundeskartellanwalt da República da Áustria em conformidade com o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de outubro de 2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor (JO L 2004, p. 364, p. 1), encarregou o demandante de pôr fim a determinadas infrações intracomunitárias às leis que protegem os interesses dos consumidores.

- 2 A demandada, estabelecida na Alemanha, opera a «plataforma de contactos» www.parwise.at. Trata-se de um serviço de procura de parceiros *online*, que se dirige a consumidores com residência habitual na República da Áustria. A demandada descreve o objeto das suas atividades do seguinte modo:

O prestador fornece conteúdos digitais a título gratuito e oneroso. Estes conteúdos podem ser consultados e utilizados pelos clientes, em especial sob a forma de conteúdos gerados pelos utilizadores, tais como perfis de utilizadores, fotografias e mensagens. Não existe uma obrigação de estabelecer contacto.

Antes do registo gratuito no sítio *web*, são colocadas ao consumidor questões relativas a diferentes características pessoais, a fim de serem apresentadas propostas de parceiros compatíveis. A «inscrição premium» a título oneroso inclui a receção ilimitada de mensagens, a consulta de todas as fotografias e a possibilidade de contactos ilimitados. Antes da celebração do contrato a título oneroso, o consumidor recebe, nomeadamente, as seguintes informações:

Desejo expressamente que, após a compra, o profissional comece imediatamente com o fornecimento dos conteúdos digitais, antes do termo do prazo de retratação. Estou ciente de que com este consentimento perderei o meu direito de retratação após o fornecimento de conteúdos digitais.

- 3 O demandante contesta esta informação, bem como outras cláusulas que não são aqui pertinentes. Ele alega que a demandada não informa devidamente o consumidor sobre o seu direito de retratação [referência às diferenças terminológicas entre as ordens jurídicas alemã e austríaca]. O contrato não diz respeito ao fornecimento de conteúdos digitais, mas deve ser classificado como um contrato normal de prestação de serviços. Por outro lado, a demandada considera que se trata do fornecimento de conteúdos digitais, pelo que a informação não é criticável tendo em conta o artigo 6.º, n.º 1, alínea k), e o artigo 16.º, alínea m), da diretiva.
- 4 Como foi pedido pelo demandante, o Landgericht (Tribunal Regional) condenou a demandada a:

no exercício de atividades comerciais dirigidas aos consumidores que têm a sua residência habitual na República da Áustria,

informar os consumidores como se segue sobre a extinção do direito de retratação antes de prestarem a sua declaração contratual que implica a inscrição a título oneroso numa plataforma de contactos:

«Desejo expressamente que, após a compra, o profissional comece imediatamente com o fornecimento dos conteúdos digitais, antes do termo do prazo de retratação. Estou ciente de que com este consentimento perderei o meu direito de retratação após o fornecimento de conteúdos digitais.»

se tal for feito do seguinte modo:



The screenshot shows the Parwise.at website interface. At the top, there is a blue header with the Parwise.at logo and the tagline 'Online Partnersuche mit Niveau'. Below this, the main heading is 'Wählen Sie ihr gewünschtes Zahlungsmittel' (Choose your preferred payment method). A green checkmark and the text 'Dieser Seite ist mit einer SSL-Verschlüsselung geschützt' (This page is protected with SSL encryption) are visible. The selected payment method is 'Ihr Zahlungsmittel SEPA-Bankeinzug' (Your payment method SEPA bank transfer). A green checkmark and the SEPA logo are shown next to the text 'SEPA-Bankeinzug'. Below this, the section 'Ihre Zahlungsdaten' (Your payment data) contains four input fields: 'Vorname' (First name), 'Nachname' (Last name), 'IBAN', and 'BIC'. A red arrow points to the 'Vorname' field, with a note: '⚡ Tragen Sie hier den Vornamen des Kontoinhabers ein.' (Enter the first name of the account holder here). At the bottom of the form, there is a green button labeled 'Kauf' (Buy). Below the button, there is a disclaimer in German: 'Alle Preisangaben inkl. der gesetzlichen MwSt. Details zu Ihrem Widerrufsrecht finden Sie in unseren AGB. Ich wünsche ausdrücklich, dass der Anbieter sofort nach dem Kauf ohne Verzögerung mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Mir ist bekannt, dass ich durch diese Zustimmung mit Bereitstellung der digitalen Inhalte mein Widerrufsrecht verliere. Für die von Ihnen gewählte Zahlungsart fallen keine zusätzlichen Gebühren an.' (All price indications include the statutory VAT. Details regarding your right of withdrawal can be found in our terms and conditions. I expressly wish that the provider starts providing the digital content immediately after purchase without delay and before the withdrawal period expires. I am aware that by this consent to the provision of digital content, I lose my right of withdrawal. No additional fees apply for the payment method you have chosen.)

Parwise.at

Busca de parceiros *online* com nível

Escolher o modo de pagamento

O seu modo de cobrança bancária SEPA

Cobrança bancária SEPA SEPA

As suas informações de pagamento

Nome próprio Inscrever aqui o nome do titular da conta

Apelido

IBAN

BIC

Todos os preços incluem IVA à taxa legal. Encontra informações detalhadas sobre o seu direito de retratação nas nossas condições gerais de venda. Desejo expressamente que, após a compra, o profissional comece imediatamente com o fornecimento dos conteúdos digitais, antes do termo do prazo de retratação. Estou ciente de que com este consentimento perderei o meu direito de retratação após o fornecimento de conteúdos digitais. O modo de pagamento que tiver escolhido não implica custos suplementares.

Comprar

Como fundamentação, o Landgericht (Tribunal Regional) explicou que tal declaração do consumidor só podia ser feita após a celebração do contrato mas não antes ou ao mesmo tempo que a declaração contratual. A demandada recorreu desta decisão.

- 5 A República da Áustria transpôs a diretiva designadamente através da Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte Gesetz, Lei federal sobre contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, a seguir «FAGG»). Esta lei prevê, nomeadamente:

§ 3

Para efeitos da presente lei federal, entende-se por:

[...]

6. «Conteúdos digitais»: dados criados ou fornecidos em formato digital;

§ 4, n.º 1

Antes de o consumidor se vincular por um contrato ou pela sua declaração contratual, o profissional deve informá-lo, de forma clara e compreensível, do seguinte:

8. Se existir um direito de retratação, das condições, dos prazos e do procedimento para exercer esse direito, [...]

[...]

11. Se for caso disso, sobre a inexistência de um direito de retratação, nos termos do § 18, ou sobre as circunstâncias em que o consumidor perde o seu direito de retratação,

§ 7, n.º 3

O profissional deve fornecer ao consumidor [...] uma confirmação do contrato celebrado [...] num prazo razoável após a celebração do contrato, o mais tardar [...] antes do início da prestação de serviços. [...] Se for caso disso, a confirmação do contrato deve igualmente incluir a confirmação da aceitação e da tomada de conhecimento pelo consumidor, em conformidade com o § 18, n.º 1, ponto 11.

§ 18, n.º 1

O consumidor não tem direito de retratação no caso de contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial sobre:

11. O fornecimento de conteúdos digitais, não armazenados num suporte material, quando o profissional, com o consentimento expresso do consumidor em caso de início antecipado da execução do contrato, tenha começado com o fornecimento, antes de expirar o prazo de retratação, e após o envio de uma confirmação [...] nos termos [...] do § 7, n.º 3.

Quanto à primeira questão:

- 6 Antes de mais, importa precisar que o objeto do pedido, como decorre da letra da petição e do debate perante a Secção, é apenas a informação alegadamente incorreta prestada ao consumidor sobre o seu direito de retratação. Assim, é irrelevante que o consumidor, como resulta da captura de ecrã reproduzida, ao premir o botão «Comprar», que está diretamente debaixo do texto, expresse ao mesmo tempo o seu consentimento para o início imediato da execução e a conseqüente perda do direito de retratação. Por conseguinte, esta Secção não tem de decidir se tal consentimento só pode ser dado depois da declaração contratual e não ao mesmo tempo (como foi entendido pelo Landgericht (Tribunal Regional) e é controvertido entre as partes) e se o consentimento é «expresso» (o que é duvidoso porque a expressão do consentimento é uma opção predeterminada pela demandada e não pode ser desativada pelo consumidor).
- 7 O resultado do litígio depende, em primeiro lugar, de saber se o objeto do contrato relativo à «plataforma de contactos» é (unicamente) o fornecimento de conteúdos digitais. Em caso afirmativo, há que examinar a informação à luz do artigo 8.º, n.º 1, alínea k), da diretiva (v. questão 2). Se a resposta à questão 1 for negativa, o recurso é procedente logo porque a demandada estaria a informar incorretamente da extinção do direito de retratação com o início do fornecimento, ao passo que, nos termos do artigo 16.º, alínea a), da diretiva, aplicável se o contrato for

qualificado como contrato de prestação de serviços, o direito de retratação só pode extinguir-se quando os serviços tiverem sido prestados na íntegra.

- 8 A jurisprudência parte do princípio de que o fornecimento de conteúdos digitais pode existir no caso não só de atos de fornecimento únicos pelo profissional, mas também de relações contratuais a longo prazo (v. OLG München, DE:OLGMUEN:2016:0630.6U732.16.0A [omissis] acerca de um contrato sobre o acesso por Internet a um programa de televisão). Este entendimento baseia-se, designadamente, no artigo 14.º, n.º 4, alínea b), da diretiva, que prevê que o consumidor não tem de suportar custos também no caso de um fornecimento apenas parcial dos conteúdos digitais devidos.
- 9 Mesmo tomando como base este ponto de vista, a presente Secção tende a negar a aplicabilidade desta regra no caso em apreço. O objeto do contrato não se limita ao «fornecimento» de conteúdos digitais ao consumidor. Com efeito, a demandada tinha ainda de manter a possibilidade de estabelecimento de contactos com outros membros no decurso da duração do contrato. Acresce que a demandada tinha de possibilitar a introdução de dados do membro e igualmente de manter esses dados acessíveis a outros membros, no quadro do modelo comercial, para que terceiros pudessem contactar o cliente. Por conseguinte, o consumidor não é um mero destinatário de conteúdos digitais cujo fornecimento se limita a desencadear com a sua vontade, mas é ele próprio também o fornecedor de dados que são colocados à disposição de outros clientes. O modelo comercial da demandada consiste precisamente em levar o maior número possível de consumidores a introduzir os seus dados, divulgá-los a outros consumidores, e estabelecer contactos. Por conseguinte, a prestação devida pela demandada vai, por natureza, para além do simples fornecimento de conteúdos digitais ao consumidor que os deseja obter. Para garantir um elevado nível de defesa dos consumidores (artigo 1.º da diretiva) as exceções são, em geral, objeto de interpretação estrita. No que diz respeito à exceção prevista no artigo 16.º, alínea c), da diretiva, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal), num caso relativo ao fornecimento e instalação de um ascensor num imóvel destinado à habitação (DE:BGH:2018:300818UVIIZR243.17.0), decidiu que, quando o fornecimento da mercadoria não constitui o elemento essencial do contrato, a exceção não é aplicável. A questão da aplicabilidade do artigo 16.º, alínea m), da diretiva ainda não foi esclarecida e tem implicações no contexto não apenas da diretiva, mas também da Diretiva 2019/770/UE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais (JO 2019, L 136, p. 1).

Quanto à segunda questão

- 10 Se o contrato tiver por objeto o fornecimento de conteúdos digitais, importa verificar se as informações prestadas pela demandada cumprem as regras aplicáveis. A este respeito, colocam-se as seguintes subquestões:

- O direito de retratação do consumidor deixa de existir, em qualquer caso, nas circunstâncias referidas no artigo 16.º, alínea [m]), da diretiva, ou é necessário que se verifiquem outros requisitos [ver a alínea a)]?
- Caso se devam verificar outros requisitos, a informação a prestar pelo profissional ao consumidor deve conter estes requisitos [ver a alínea b)]?

a)

- 11 Não é claro se, pressupondo que existe um consentimento adequado do consumidor, o direito de retratação se extingue, nos termos do artigo 16.º, alínea [m]), da diretiva, com o início do fornecimento pelo profissional ou se isto está sujeito a condições adicionais. A primeira subquestão versa sobre este aspeto. O artigo 8.º, n.º 7, primeiro período, da diretiva prevê que o profissional deve enviar uma confirmação ao consumidor, o mais tardar aquando da entrega dos bens ou antes do início da execução do serviço. De acordo com o segundo período, alínea b), da diretiva, a confirmação inclui igualmente o «consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento, nos termos do artigo 16.º, alínea m)». É controversa a questão de saber se o consumidor também perde o seu direito de retratação quando tal confirmação não é realizada antes de o profissional iniciar a entrega dos conteúdos digitais. Isto foi negado pelo legislador austríaco que faz depender expressamente esta perda do facto de a entrega «ter início após ter sido dada a confirmação nos termos do § 7, n.º 3»; [omissis]. Por seu lado, o legislador alemão considerou que o artigo 8.º, n.º 7, da diretiva prevê uma mera obrigação de documentação, ao passo que o direito de retratação se pode extinguir também sem transmissão prévia desta confirmação (Bundestagsdrucksache 17/12637, p. 55/56, p. 64); a falta de tal confirmação apenas acarreta dificuldades probatórias para o profissional.
- 12 A redação do artigo 16.º, alínea m), da diretiva não inclui esse requisito. A única questão que se coloca é saber se isto se deduz da leitura conjugada com o artigo 8.º, n.º 7, da diretiva. A este respeito, o legislador nacional não tem qualquer margem de manobra, v. o artigo 4.º da diretiva. É também referido que, de outro modo, não restaria âmbito de aplicação para o artigo 14.º, n.º 4, alínea b), iii) (no mesmo sentido também Bundestagsdrucksache 17/12637, p. 64, onde porém se conclui que não é necessário transpor a disposição para o direito nacional).

b)

- 13 Partindo do princípio de que o direito de retratação do consumidor só expira se o profissional, antes do fornecimento de conteúdos digitais, tiver igualmente enviado a confirmação no sentido do artigo 8.º, n.º 7, da diretiva, coloca-se a segunda subquestão, de saber se o profissional deve igualmente informar sobre esta condição (o que não ocorreu aqui). O artigo 6.º, n.º 1, alínea k), da diretiva, prevê que, sempre que não se aplique o direito de retratação nos termos do

artigo 16.º, o profissional deve também informar o consumidor das circunstâncias em que este perde o seu direito de retratação.

- 14 A letra do artigo 6.º, n.º 1, alínea k), não é clara. Por um lado, pode entender-se que o consumidor deve ser informado apenas das circunstâncias referidas no artigo 16.º; isto não inclui a obrigação de transmitir previamente a confirmação do contrato nos termos do artigo 8.º, n.º 7, da diretiva. Por outro lado, a referida disposição pode igualmente ser interpretada no sentido de que, nos casos previstos no artigo 16.º, em que o direito de retratação se pode extinguir, o consumidor deve ser plenamente informado das circunstâncias que conduzem à extinção do seu direito, ou seja também da exigência de envio prévio de uma confirmação do contrato.
- 15 O objetivo da consecução de um elevado nível de defesa dos consumidores (artigo 1.º da diretiva) aponta para um amplo dever de informação. Uma informação insuficiente pode dissuadir o consumidor de exercer o seu direito de retratação nos casos em que este ainda existe.
- 16 Pode objetar-se que um dever de informar igualmente sobre a exigência de envio prévio da confirmação do contrato nos termos do artigo 8.º, n.º 7, da diretiva é um encargo excessivo para o profissional, porque esta exigência só resulta da interpretação de um texto à luz do contexto geral que, além disso, é controversa. Segundo parte da jurisprudência alemã relativa à informação sobre o direito de retratação, o profissional, ao formular essa informação, pode orientar-se pela letra da lei, mesmo quando esta não é clara ou é imprecisa em conjugação com outras disposições (por exemplo, Bundesgerichtshof, DE:BGH:2017:16057UXIZR586.15.0, n.º 23 [omissis]).

[Assinaturas]

[omissis]