

Parecer do Comité Económico e Social sobre a «Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância dos serviços financeiros junto dos consumidores e que altera as Directivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE»

(1999/C 169/15)

Em 18 de Dezembro de 1998, o Conselho decidiu, em conformidade com o artigo 100.º-A do Tratado que institui a Comunidade Europeia, consultar o Comité Económico e Social sobre a proposta supramencionada.

A Secção de Mercado Único, Produção e Consumo, incumbida de preparar os correspondentes trabalhos, emitiu parecer em 15 de Abril de 1999. Foi relator M. Ataíde Ferreira.

Na 363.ª reunião plenária (sessão de 29 de Abril de 1999), o Comité Económico e Social adoptou por 78 votos a favor, 47 votos contra e 9 abstenções o seguinte parecer.

1. Introdução

1.1. De há muito que a Comissão havia sentido a necessidade de regular, a nível comunitário, a comercialização à distância de serviços financeiros. O tema tem estado presente em várias iniciativas não só da Comissão, mas, igualmente do Parlamento Europeu e do próprio Comité Económico e Social, mas as circunstâncias determinaram que as vendas à distância de produtos financeiros não tivessem ficado incluídas na Directiva 97/7/CE de 20 de Maio de 1997, relativa às vendas à distância em geral⁽¹⁾.

1.2. Na realidade, o Comité esteve na primeira linha das entidades favoráveis à elaboração de uma regulamentação comunitária nesta matéria, tendo sido, de certo modo, pioneiro na sugestão desta iniciativa.

1.2.1. Com efeito, já no seu parecer sobre a realização do mercado interno e a protecção dos consumidores, de 26 de Setembro de 1991⁽²⁾, chamava a atenção para as «dificuldades encontradas pelos consumidores que pretendem fazer operações bancárias transfronteiriças»⁽³⁾.

1.2.2. E no aditamento ao parecer antes referido⁽⁴⁾ o Comité, reconhecendo ser «essencial a existência de regras comuns de protecção dos consumidores neste domínio», congratulava-se «com a proposta de directiva relativa aos contratos à distância», que incluía os serviços financeiros.

1.2.3. Posteriormente, no seu Parecer sobre o Livro Verde da Comissão relativo aos Serviços Financeiros⁽⁵⁾, o Comité, embora manifestando-se crítico quanto à limitação que o referido Livro Verde faz à questão das vendas à distância, não deixou de, nesse particular, salientar que «deveria ser aplicada uma regulamentação equivalente à prevista pela directiva horizontal relativa a contratos à distância», embora adaptada às especificidades dos serviços financeiros, e sem descuidar os novos aspectos das «vendas por via telemática ou por via televisiva de produtos financeiros, sobretudo se efectuadas por intermediários não autorizados».

1.3. Existem razões de oportunidade que tornam a adopção de medidas comunitárias neste domínio de grande urgência. Está-se, com efeito, no período de introdução do euro como moeda única no espaço da União Europeia; assiste-se, por outro lado, a um desenvolvimento crescente dos mecanismos e instrumentos tecnológicos próprios da Sociedade da Informação; vive-se, já hoje, numa economia cada vez mais global, onde as fronteiras entre países, dentro e mesmo fora da União Europeia, têm cada vez menos significado.

1.4. Todas estas circunstâncias determinam uma acrescida apetência e necessidade do recurso à comercialização à distância, com os parceiros das transacções transfronteiras, mesmo nas relações de consumo, a não se encontrarem frente a frente. E o mundo dos serviços financeiros, que serve de base e de veículo essencial na realização dessas transacções, é já hoje, e será, decerto, por força das circunstâncias atrás descritas, um domínio onde a procura, a oferta, a negociação e a conclusão de negócios, se irão cada vez mais realizar sem a presença física dos parceiros e até sem suportes físicos das transacções.

1.5. A proposta assume-se claramente como visando a harmonização total do domínio que trata e que respeita à comercialização à distância de serviços financeiros junto dos consumidores.

(1) A decisão de excluir os serviços financeiros da directiva sobre as vendas à distância foi tomada no Conselho de Ministros sobre os assuntos dos consumidores de 17 de Maio de 1995.

(2) JO C 339 de 31.12.1991, p. 6.

(3) No importante Estudo, que lhe é anexo, da autoria de E. Balate, P. Dejemeppe e M. Goyens chamava-se já a atenção para a ausência de regulamentação com força coerciva dos serviços financeiros e, em particular, das transacções transfronteiriças, saudando-se como «importante instrumento de progresso» a então recente proposta de Directiva relativa aos contratos negociados à distância, que, à data, incluía os serviços financeiros.

(4) JO C 19 de 25.1.1993.

(5) JO C 56 de 24.2.1997.

1.6. O carácter específico e a natureza imaterial dos serviços financeiros e a sua reconhecida complexidade e importância para os consumidores, justificam não só a proposta de disposições particulares, que não sejam o mero decalque das disposições gerais relativas às vendas à distância, mas também a adopção de um elevado nível de protecção para os consumidores nos domínios que se pretendem harmonizar.

1.7. Tendo em atenção a especificidade dos serviços financeiros, por um lado e, por outro lado, as características próprias dos processos utilizados na comercialização à distância, a proposta define um conjunto de objectivos que procura salvaguardar, e que se podem sintetizar como segue:

1.7.1. Assegurar aos consumidores a possibilidade de:

- a) examinar o contrato antes de dar o seu consentimento;
- b) comparar as ofertas antes de efectuar a sua escolha;
- c) se retratarem quando tenham concluído os contratos sem ter tido conhecimento das condições contratuais ou quando o direito de reflexão não haja sido respeitado pelos fornecedores.

1.7.2. Garantir aos fornecedores dos serviços a possibilidade de:

- a) comercializar sem entraves os serviços financeiros por métodos de venda à distância;
- b) aproveitar plenamente a abertura das fronteiras e as novas tecnologias;
- c) concluir à distância contratos com os consumidores.

1.8. Para a consecução destas finalidades, a proposta estabelece os seguintes princípios orientadores:

- a) a imprescindibilidade de o consumidor conhecer as condições contratuais, previamente à celebração do contrato;
- b) a necessidade de garantir um período de reflexão indispensável para que o consumidor analise o contrato e compare a oferta que lhe é feita com outras ofertas no mercado;
- c) a obrigatoriedade da consagração de um direito de arrependimento em prazo razoável, para o caso de não terem sido cumpridas as disposições das alíneas antecedentes;
- d) o direito dos consumidores a serem claramente informados dos direitos referidos nas alíneas antecedentes;
- e) a interdição absoluta de comunicações não solicitadas e de vendas forçadas de serviços financeiros, sem prévio e expresso consentimento do consumidor;
- f) o carácter injuntivo de todos estes direitos e o rigoroso sancionamento das práticas comerciais contrárias ao estabelecido;

g) a obrigação de estabelecimento de regras de processo adequadas e eficazes que garantam meios de reclamação e de recurso com vista à regulação dos eventuais conflitos surgidos neste domínio, designadamente no âmbito da Directiva 98/27/CE de 19 de Maio de 1998 (acção inibitória);

h) a clara inversão do ónus da prova a favor do consumidor no que se refere ao cumprimento, pelo fornecedor, das obrigações de informação, à liberdade de escolha e à decisão de celebrar e de executar o contrato.

2. Observações na generalidade

2.1. O Comité é de entendimento que medidas de harmonização na comercialização à distância dos serviços financeiros são necessárias, e a iniciativa da Comissão de avançar com a presente proposta de directiva (COM(1998) 468 final, de 14 de Outubro de 1998), que saúda, só pecou por tardia.

2.2. Por isso mesmo, e sem embargo de reconhecer que a transposição da directiva é susceptível de colocar alguns problemas de adaptação na estrutura e no funcionamento das instituições financeiras visadas, também julga que a entrada em vigor da moeda única em 1 de Janeiro de 1999 contribuirá positivamente para a consecução das medidas de adaptação necessárias. Por conseguinte, sugere que o prazo de três anos proposto para finalizar a transposição (até 30 de Junho de 2002, n.º 1 do art. 17.º) seja reduzido de um ano, fixando-o portanto em 30 de Junho de 2001.

2.3. O Comité aceita que o âmbito de aplicação da presente proposta de directiva fique restringido não só à mera forma da comercialização à distância dos serviços financeiros nela identificados, com expressa exclusão do seu âmbito de todos os restantes aspectos relativos designadamente ao conteúdo desses serviços, que continuarão a ser regulados pelas normas comunitárias já existentes, mas também e tão somente às transacções cuja contraparte dos profissionais ou fornecedores sejam «pessoas singulares (pessoas físicas em francês) que (...) actuem de acordo com objectivos que não integrem o âmbito da sua actividade comercial ou profissional» [art. 2.º, alínea d)].

2.3.1. Em contrapartida, o Comité é de parecer que as intenções da Comissão, ao propor a presente directiva, só serão alcançadas desde que o seu âmbito se circunscreva a situações em que a comercialização de serviços financeiros utilize exclusivamente técnicas de comunicação à distância. A definição de contrato à distância [art. 2.º, alínea a)] deverá reflectir esta recomendação.

2.3.2. Deve evitar-se que ocorram sobreposições com outras directivas de protecção do consumidor e procurar-se, antes, compatibilizá-las entre si.

2.4. A proposta de directiva apenas refere, como base ou fundamento jurídico, para além dos artigos 57.º, n.º 2 e 66.º, o artigo 100.º-A, relativo à realização do mercado interno.

Apesar de fazer preceder a invocação dos fundamentos jurídicos da expressão adverbial «nomeadamente», e de no seu 1.º considerando, referir, ocasionalmente, o artigo 129.º-A do Tratado, o CES é de entendimento que na enumeração das bases jurídicas da Proposta — logo no 1.º parágrafo do preâmbulo, se deveria fazer uma expressa menção ao artigo 129.º-A, n.º 3, alínea b) do Tratado (art. 153.º do Tratado de Amesterdão, o qual entra em vigor no dia 1 de Maio de 1999).

2.5. Desta referência entende o Comité que a Comissão deveria, aliás, retirar uma importante consequência quanto ao tipo de harmonização proposto para a directiva, introduzindo-lhe, designadamente, uma «cláusula minimal», semelhante à constante da Directiva 97/7/CE, que reflecta o consagrado no n.º 5 do artigo 129.º-A do Tratado, e que permita que, sem prejuízo de o regime instituído pela directiva ser aferido a um elevado nível de protecção de consumidores, ainda assim seja deixada aos Estados-Membros a possibilidade de definirem regras mais estritas de protecção, de acordo com a tradição das normas comunitárias neste domínio.

2.6. O Comité aceita que o âmbito da directiva se circunscreva apenas aos serviços financeiros operados por meio de «sistema organizado de vendas ou prestação de serviços à distância pelos fornecedores», excluindo assim, do seu âmbito, a transacção ocasional ou fortuita por quem não possua um tal sistema organizado [artigo 2.º, alínea a)].

Entende, no entanto, o Comité que, neste caso, por razões de elementar segurança jurídica, a directiva deve definir com precisão não só o que se deve entender por «sistema organizado» para o efeito da presente directiva, como a partir de que nível de transacções elas deixam de ser consideradas ocasionais ou fortuitas, para obrigar o fornecedor ao efectivo estabelecimento de um «sistema organizado» de vendas ou prestação de serviços à distância.

2.7. Ainda ao nível das definições, o Comité é de entendimento que a proposta de directiva não define, pela positiva, o que se deve entender por «incitamento desleal» (art. 4.º, n.º 2).

Ora, tratando-se de uma prática ilícita, é da própria natureza do direito que a sua tipificação conste da lei; não parece aceitável que, em particular no caso de uma directiva que se pretende de harmonização total, e num aspecto tão importante como este, de que decorrem consequências do maior relevo ao nível do exercício do direito de retratação e da obtenção de indemnizações, o fundamento para tal, a prática ilícita do «incitamento desleal», não seja definido com precisão nos seus elementos típicos, na norma comunitária.

2.7.1. O Comité recomenda, assim, vivamente que, não só por uma razão de legalidade, mas também por uma questão de igualdade e de segurança, não seja deixada ao critério de cada Estado-Membro a definição do que entende por «incitamento desleal» e antes se tipifique com precisão, no quadro da directiva, o que por tal se entende.

2.7.2. Neste sentido, o Comité entende ainda que deve ser ponderada a inclusão no conceito de «incitamento desleal» da mistura, frequente, de aspectos publicitários e propagandísticos, com as condições contratuais, devendo uns e outras ser claramente separados.

2.8. O Comité entende que a noção de «suporte duradouro» carece de maior precisão, recomendando que uma definição mais técnica e mais exaustiva deverá ser introduzida, apoiando-se sobre os elementos já constantes em pareceres anteriores do CES, como sejam, designadamente, o parecer sobre as assinaturas electrónicas⁽¹⁾, o parecer relativo a utilização segura da Internet⁽²⁾ ou o (projecto de) parecer relativo a certos aspectos do comércio electrónico no Mercado Interno⁽³⁾.

2.9. Quanto ao exercício do direito de retratação, a proposta de directiva não define, com clareza, se a comunicação do consumidor ao fornecedor tem carácter recipiêdo e, nesse caso, se a sua recepção pelo fornecedor deve ter lugar durante o prazo para o exercício do direito, ou se basta que este seja exercido nesse prazo, ainda que a sua recepção seja posterior (art. 4.º, n.º 1, 2 e 3).

Tendo conhecimento que a interpretação, para casos semelhantes, nos Estados-Membros, não é uniforme, havendo até decisões de jurisprudência em sentido diverso, o Comité recomenda que a questão do carácter da comunicação do direito de retratação seja esclarecida de forma expressa, para evitar dúvidas de interpretação.

2.10. No atinente à natureza e à definição dos prazos previstos em várias disposições da proposta, o Comité considera que os prazos estabelecidos para o exercício do direito de retratação (14 ou 30 dias — n.º 1 e 2 do art. 4.º) não devem ser restritivos, mas sim representarem um mínimo, podendo os Estados-Membros dilatá-los se entenderem necessário para uma maior protecção dos consumidores.

2.11. Entende igualmente o Comité que a natureza do prazo deve ser explícita no articulado da proposta por forma a saber-se se os dias se contam seguidos, ou se se trata apenas de dias úteis, não se contando os domingos e feriados, e qual a forma de resolver a questão se o último dia do prazo cair em domingo ou feriado.

2.12. É ainda o Comité de parecer que as locuções «urgente», «no mais curto prazo possível» ou «logo que possível», que surgem em várias disposições que impõem o cumprimento de obrigações (art. 5.º n.ºs 1 e 3, art. 8.º n.º 1 e art. 11.º n.º 2 parágrafo 2), deveriam ser sempre acrescentadas de uma expressão que fixasse, para cada caso, um prazo máximo, do tipo de «que não exceda 48 horas» ou «dentro de um máximo de 5 dias», para o efeito de evitar incertezas e insegurança.

⁽¹⁾ JO C 40 de 15.2.1999.

⁽²⁾ JO C 214 de 10.7.1998.

⁽³⁾ CES 457/99 de 29.4.1999.

2.13. É essencial que os consumidores tenham confiança, tenham acesso à informação e disponham de meios simples, de custo pouco elevado e não judiciais de recurso em caso de desacordo com prestadores de serviços estrangeiros.

2.13.1. O CES salienta, por isso, a necessidade de a Comissão e os Estados-Membros assegurarem a rápida preparação de mecanismos transfronteiriços de recurso para os consumidores como os que poderiam ser proporcionados por uma rede de organismos de defesa ou provedores do consumidor nacionais que actuariam como mediadores ou árbitros em caso de litígio.

3. Observações na especialidade

3.1. Artigo 1.º, n.º 1 — Sendo diversos os conceitos de «aproximação» de legislações e de «harmonização» de legislações, o Comité entende que neste artigo a prevalecer a orientação da Comissão de uma «harmonização total», a expressão deverá ser antes «harmonizar as disposições legislativas»⁽¹⁾.

3.2. Artigo 1.º, n.º 2 — Tendo em conta a dificuldade de se distinguirem, com rigor, o que sejam «contratos únicos» ou «sucessão de contratos», o Comité é de parecer que a directiva deve referir-se antes a «cada novo contrato distinto e individual».

3.3. Artigo 2.º, alínea a) — Na definição de «contrato à distância», deverá ser incluído o advérbio «exclusivamente» depois da palavra «utilize» ... técnica de comunicação à distância.

3.4. Artigo 3.º — A redacção do artigo 3.º deverá ser aperfeiçoada. Assim:

3.4.1. no ponto 1 deverá ser acrescentado um parágrafo novo com a seguinte redacção:

«Até à aceitação da oferta do contrato pelo consumidor, nenhum pagamento, sob qualquer forma, pode ser exigido pelo fornecedor ao consumidor.»

3.4.2. no ponto 3 deverá ser substituída a expressão «taxas de mercado» por «flutuações do mercado»; deve ainda ser suprimida, por inútil, a frase «com o consentimento expresso do consumidor».

3.5. Artigo 4.º — O artigo 4.º também deve ser alterado, de acordo com as seguintes recomendações:

3.5.1. no 1.º parágrafo do n.º 1 deverá dizer «deverá comunicar» em vez de «comunicará».

3.5.2. no 2.º parágrafo do n.º 1 deverá ser intercalada a expressão «neste caso» entre «dispõe» e «de um direito de retratação».

Na alínea a) do parágrafo 4 do n.º 1 deverá ser suprimida a expressão «de taxas» entre «flutuações» e «mercado financeiro».

Na alínea b) do mesmo parágrafo deverá ser ponderado o caso dos seguros não vida «de execução imediata», pois poderá constituir abuso de direito admitir a retratação nestes casos.

3.5.3. Embora sem os incluir no texto das exclusões ao direito de retratação, o Comité entende que a situação dos serviços de gestão de carteiras e o aconselhamento em matéria de investimentos, relativos aos produtos financeiros visados nos pontos 5 e 7 do anexo merece uma referência expressa no preâmbulo da directiva, esclarecendo que os contratos de mandato para gestão individualizada, de produtos financeiros, conquanto possam ser sempre revogados nos termos gerais, tal não implica a retratação dos contratos concluídos, sob mandato, que tenham por objecto os produtos financeiros constantes dos pontos 5 e 7 do anexo.

3.6. Artigo 3.º, n.º 3 e 4.º, n.º 1 parágrafo 4 — O Comité é de parecer que a remissão para os pontos 5 e 7 do anexo pode ser limitativa, devendo antes formular-se de modo genérico, para «todos os serviços financeiros em que, pela sua natureza, não seja materialmente possível o exercício dos direitos de reflexão e retratação, como sejam, designadamente os constantes dos pontos 5 e 7 do anexo».

3.7. Artigo 7.º — O Comité é de entendimento que, na medida em que o «suporte informático duradouro» não ofereça garantias suficientes de fidedignidade e de segurança, em coerência com parecer anterior⁽²⁾, será de deixar às iniciativas dos Estados-Membros a faculdade de exigir, nos casos previstos neste preceito, documento escrito⁽³⁾.

3.7.1. Em alternativa, e desde que não seja possível chegar a uma definição segura e exhaustiva de «suporte duradouro», o Comité recomenda que seja estabelecida a obrigatoriedade de, em prazo razoável (8 dias), a comunicação transmitida por «suporte duradouro», desde que dela não tenha sido acusada a recepção, ser confirmada por escrito, produzindo, no entanto, os seus efeitos a partir do momento da recepção da comunicação por «suporte duradouro», salvo prova da sua não recepção por parte do consumidor. Neste último caso os efeitos da comunicação apenas operariam a partir da recepção do meio escrito.

3.8. Artigo 9.º — Na epígrafe, substituir a expressão «serviços não solicitados» por «serviços não pedidos».

3.8.1. No n.º 1, substituir a expressão «solicitado» por «pedido».

⁽¹⁾ Embora no texto da exposição de motivos se fale em «harmonizar», o artigo 1.º utiliza a expressão «aproximar». São, contudo, conceitos diversos, como se pode ver em Filali Osman «Codification, Unification, Harmonisation du Droit en Europe» e Antoine Jeammaud, «Unification, Uniformisation, Harmonisation: de quoi s'agit-il?» in «vers un Code européen de la consommation», p. 11 e 35 (Bruylant, 1998).

⁽²⁾ JO C 40 de 15.2.1999, sobre as assinaturas electrónicas.

⁽³⁾ Note-se que as versões linguísticas da proposta são divergentes.

3.9. Artigo 10.º — O Comité entende que se não justifica deixar ao critério de cada Estado-Membro a opção por um dos sistemas previstos no n.º 2 do artigo 10.º.

Entende, ainda, que deve ser tomada uma opção clara e inequívoca pelo sistema referido na alínea a) do n.º 2 — ou seja, as comunicações não serão autorizadas se não tiverem obtido o consentimento prévio dos consumidores em questão.

3.10. Artigo 11.º, n.º 2 — A matéria relativa às sanções pelo incumprimento dos artigos 6.º e 10.º deverá constituir um artigo separado.

3.11. Artigo 11.º, n.º 3 — A noção de «vínculo estreito» deve ser clarificada no artigo 2.º no mesmo sentido em que é usada a expressão «conexão mais estreita» na Convenção de Roma, independentemente do legislador dever ponderar a vantagem de utilizar a mesma expressão, tanto mais que se verifica diversidade terminológica noutros textos, designadamente no artigo 6.º da Directiva 93/13/CEE de 5 de Abril de 1993 (cláusulas abusivas).

3.12. Artigo 12.º — O Comité é de parecer que a Comissão — sem prejuízo do que estabelecem sobre a matéria as Convenções de Bruxelas e Lugano — deveria ponderar a possibilidade de incluir uma disposição sobre a competência dos tribunais, permitindo que, em caso de litígio transfronteiriço, fique à escolha do consumidor propor acção contra a sua contratante quer no Tribunal do Estado em que ele resida, quer no Tribunal do Estado do domicílio ou sede do fornecedor, mas que, ao invés, qualquer acção contra o consumidor deveria ser sempre intentada no Tribunal da residência deste.

3.13. O Comité é, enfim, de parecer que a directiva deve incluir um preceito que submeta a aplicação desta directiva a uma avaliação periódica, do tipo da que se pode encontrar em várias directivas comunitárias ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ A título de exemplo, a constante do artigo 26.º da Directiva 89/552/CEE de 3 de Outubro de 1989: «O mais tardar no final do quinto ano a contar da data de adopção da presente directiva e daí em diante, de dois em dois anos, a Comissão submeterá ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social um relatório sobre a aplicação da presente directiva e, se necessário, apresentará propostas com vista a adaptá-la à evolução da radiodifusão televisiva.»

Bruxelas, 29 de Abril de 1999.

A Presidente

do Comité Económico e Social

Beatrice RANGONI MACHIAVELI

ANEXO

ao parecer do Comité Económico e Social

Os textos seguintes do parecer da secção foram rejeitados por votação de propostas de alteração na plenária, mas obtiveram pelo menos um quarto dos votos expressos:

Ponto 2.2

«O Comité faz, pois, um apelo aos prestadores de serviços financeiros para que, voluntariamente, apliquem desde já, com brevidade, as disposições da directiva, as quais devem ser aplicadas até 30 de Junho de 2002.»

Resultado da votação

Votos a favor: 74, votos contra: 43, abstenções: 8.

Ponto 2.8

«Tendo em mira a regulação do direito a informação prévia completa e do direito de reflexão, assim como as dispendiosas condições de refinanciamento dos fornecedores, entende o Comité que os prazos de exercício do direito de retractação propostos se afiguram suficientes, devendo ser introduzidos em todos os Estados-Membros.»

Resultado da votação

Votos a favor: 75, votos contra: 48, abstenções: 5.

Ponto 2.11

«O mercado único exige que os prestadores de serviços possam operar por toda a UE com base na regulamentação do seu país de origem em detrimento de se submeterem a 15 legislações nacionais diferentes, o que fragmentaria o mercado, aumentaria os custos e os preços e impediria a escolha do consumidor.»

Resultado da votação

Votos a favor: 71, votos contra: 59, abstenções: 2.
