



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GIOVANNI PITRUZZELLA
apresentadas em 28 de março de 2019¹

Processo C-143/18

**Antonio Romano,
Lidia Romano
contra**

**DSL Bank — eine Niederlassung der DB Privat - und Firmenkundenbank AG, anteriormente DSL
Bank — ein Geschäftsbereich der Deutsche Postbank AG**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Landgericht Bonn (Tribunal Regional de Bona,
Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Defesa dos consumidores — Diretiva 2002/65/CE — Contrato de crédito ao consumo à distância — Harmonização das legislações nacionais — Direito de rescisão — Exercício do direito de rescisão após o contrato ter sido integralmente cumprido por ambas as partes a pedido expresso do consumidor — Comunicação ao consumidor das informações sobre o direito de rescisão — Conceito de consumidor para efeitos das obrigações de informação e do direito de rescisão — Restituição das prestações recebidas pelo profissional»

1. No âmbito da comercialização à distância de serviços financeiros, e, em particular, o de mútuo hipotecário, é legítimo o exercício do direito de rescisão por um consumidor, após o cumprimento integral do contrato, com fundamento no facto de as informações fornecidas pelo profissional sobre o referido direito de rescisão estarem em conformidade com o direito da União, mas não com a interpretação consolidada do direito nacional aplicável?
2. Por outras palavras, a alegada falta de informação sobre o direito de rescisão, como regulado pela legislação nacional aplicável, em caso de maior proteção do consumidor relativamente ao direito da União, pode ter como efeito um direito de rescisão «perpétuo» para o consumidor?
3. Nas presentes conclusões, partindo da análise da Diretiva 2002/65/CE, que tem por objetivo uma harmonização completa em matéria de comercialização à distância de serviços financeiros, ilustrarei as razões pelas quais, sobre o tema do direito de rescisão, as legislações nacionais não podem derrogar as disposições previstas pela referida diretiva, nem no caso em que a derrogação seja mais favorável para o consumidor.

¹ Língua original: italiano.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União

4. Nos termos do artigo 3.º da Diretiva 2002/65², com o título «Informação do consumidor antes da celebração do contrato à distância»:

«1. Em tempo útil e antes de ficar vinculado por um contrato à distância ou por uma proposta, o consumidor deve beneficiar das seguintes informações relativas:

[...]

3. ao contrato à distância

- a) existência ou não do direito de rescisão previsto no artigo 6.º e, quando este exista, a respetiva duração e condições de exercício, incluindo informações sobre o montante que pode ser exigido ao consumidor nos termos do n.º 1 do artigo 7.º, bem como das consequências do não exercício desse direito.»

5. O artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2002/65, com o título «Requisitos de informação adicionais» dispõe:

«Enquanto se aguarda uma maior harmonização, os Estados-Membros podem manter ou adotar disposições mais rigorosas em relação aos requisitos de informação prévia, desde que essas disposições observem o direito comunitário.»

6. Nos termos do n.º 1 do artigo 5.º, da Diretiva 2002/65, com o título «Comunicação dos termos do contrato e das informações prévias»:

«O prestador comunica ao consumidor todos os termos do contrato e as informações referidas no n.º 1 do artigo 3.º e no artigo 4.º, em papel ou noutra suporte duradouro disponível e acessível ao consumidor, em tempo útil, antes de este estar vinculado por um contrato à distância ou uma proposta.»

7. O artigo 6.º da Diretiva 2002/65, com o título «Direito de rescisão» dispõe:

«1. [...] o prazo para o exercício do direito de rescisão começa a correr:

[...]

- A contar da data de receção, pelo consumidor, dos termos do contrato e das informações, nos termos dos n.º 1 ou 2 do artigo 5.º, se esta última data for posterior.

2. O direito de rescisão não é aplicável

[...]

- c) aos contratos integralmente cumpridos por ambas as partes a pedido expresso do consumidor antes de este exercer o direito de rescisão.

² Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, e que altera a Diretiva 90/619/CEE do Conselho e das Diretivas 97/7/CE e 98/27/CE (JO 2002, L 271, p. 16).

3. Os Estados-Membros podem prever que o direito de rescisão não seja aplicável:

- a) a qualquer crédito destinado principalmente à aquisição ou à manutenção de direitos de propriedade sobre terrenos ou prédios existentes ou projetados, ou para efeitos de renovação ou beneficiação de um prédio; quer
- b) a qualquer crédito garantido por hipoteca sobre um bem imóvel ou por um direito relativo a um bem imóvel;

[...]

6. Se o consumidor exercer o direito de rescisão, deverá notificá-lo, antes do termo do prazo, seguindo as instruções práticas que lhe tenham sido dadas nos termos do n.º 1, ponto 3, alínea d) do artigo 3.º, por meios de que possa fazer prova nos termos da legislação nacional. Considera-se que o prazo foi observado se a notificação, desde que tenha sido feita em suporte de papel ou por outro meio duradouro disponível e acessível ao destinatário, tiver sido enviada antes de terminado o prazo.»

8. Nos termos do artigo 7.º da Diretiva 2002/65, com o título «Pagamento do serviço prestado antes da rescisão»:

«1. Sempre que o consumidor exercer o direito de rescisão que lhe é conferido pelo n.º 1 do artigo 6.º, ficará vinculado apenas ao pagamento, o mais rápido possível, do serviço financeiro, efetivamente prestado pelo prestador ao abrigo do contrato à distância. O contrato só poderá ser executado após consentimento do consumidor.

[...]

4. O prestador fica obrigado a restituir ao consumidor, o mais rapidamente possível, e o mais tardar no prazo de 30 dias de calendário, quaisquer quantias dele recebidas nos termos do contrato à distância, com exceção do montante referido no n.º 1. Esse prazo começa a correr no dia em que o prestador receber a notificação da rescisão.

[...]»

B. Direito alemão

9. O § 312b do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil, a seguir «BGB»), com o título «Contratos à distância», na versão aplicável ao caso em concreto, dispõe:

«1. Contratos celebrados à distância são contratos relativos à entrega de bens ou prestação de serviços, incluindo a prestação de serviços financeiros, celebrados entre uma empresa e um consumidor, com a utilização exclusiva de meios de comunicação à distância, a menos que a celebração do contrato não ocorra no âmbito de um sistema organizado de venda ou de prestação de serviços à distância. Prestação de serviços financeiros, na aceção do primeiro período, são serviços bancários e prestações de serviços conexos com a concessão de crédito, com um contrato de seguro, com uma pensão de velhice individual, com um investimento ou com um pagamento.»

10. O § 312d do BGB, com o título «Direito de rescisão e reembolso nos contratos celebrados à distância», na versão aplicável ao caso concreto, dispõe:

«1. Num contrato celebrado à distância o consumidor tem direito de rescisão do contrato nos termos do § 355 [...].

2. Em derrogação do disposto no § 355, n.º 2, primeiro período, o prazo para a rescisão do contrato não começa a correr antes de cumpridas as obrigações de informação referidas no § 312c, n.º 2 [...] e, nas prestações de serviços, antes do dia da celebração do contrato.

3. Tratando-se de prestações de serviços, o direito de rescisão do contrato caduca também nos seguintes casos:

1. Nas prestações de serviços financeiros, quando o contrato tenha sido integralmente cumprido por ambas as partes a pedido expresso do consumidor antes de este ter exercido o seu direito de rescisão do contrato,

[...]

5. O consumidor também não beneficia do direito de rescisão do contrato nos contratos celebrados à distância nos quais, por força dos §§ 495 e 499 a 507, já tenha o direito de rescisão do contrato ou do reembolso nos termos do § 355 ou do § 356. Nesses contratos aplica-se, *mutatis mutandis*, o n.º 2.

6. Nos contratos de prestação de serviços financeiros celebrados à distância, o consumidor, em derrogação do § 357, n.º 1, só tem de pagar uma compensação do valor da prestação de serviços realizada nos termos das disposições sobre a rescisão do contrato com os fundamentos previstos na lei, se tiver sido informado desta consequência jurídica antes de emitir a sua declaração contratual e de ter dado o seu acordo expresso a que o empresário inicie o cumprimento da prestação antes do termo do prazo para a rescisão do contrato.»

11. Nos termos do § 495 do BGB, com o título «Direito de rescisão do contrato»:

«1. Num contrato de crédito ao consumo, o mutuário tem direito de rescisão do contrato nos termos do § 355.»

12. O § 355 do BGB, com o título «Direito de rescisão do contrato nos contratos de crédito ao consumo», na versão aplicável ao caso em concreto, dispõe:

«1. Se a lei atribuir a um consumidor o direito de rescisão do contrato nos termos deste artigo, o consumidor deixará de estar vinculado pelo consentimento prestado à celebração do contrato se exerceu o seu direito de rescisão do contrato dentro do prazo.

[...]

3. O direito de rescisão do contrato caduca no prazo máximo de seis meses após a celebração do contrato. No caso de entrega de bens, o referido prazo não começa a correr antes do dia em que os bens chegam ao destinatário. Não obstante o disposto no primeiro período, o direito de rescisão do contrato não caduca se o consumidor não tiver sido devidamente informado do seu direito de rescisão do contrato, nem tão-pouco, nos contratos celebrados à distância relativos à prestação de serviços financeiros, se o profissional não tiver cumprido devidamente as suas obrigações de comunicação nos termos do § 312c, n.º 2, ponto 1.»

II. Factos, processo principal e questões prejudiciais

13. No mês de outubro de 2007, dois consumidores celebraram com a Instituição de Crédito DSL Bank — um departamento comercial do Deutsche Postbank AG — um contrato de mútuo imobiliário, destinado a financiar a aquisição de um imóvel por eles habitado.

14. O contrato, concebido como mútuo com prestações de amortização anual, previa uma taxa de juro fixa até 31 de dezembro de 2017. O contrato também previa que o mutuário efetuasse uma amortização inicial de 2,00% e que durante o período seguinte pagasse prestações mensais de 548,53 euros a título de juros e de capital. O reembolso devia iniciar-se em 30 de novembro de 2007 com o pagamento da primeira prestação. Além disso, a concessão do mútuo estava condicionada à constituição de uma garantia hipotecária sobre o imóvel em questão.

15. O procedimento de celebração do contrato realizou-se da seguinte forma. A DSL Bank enviou aos consumidores, por escrito, um «pedido de empréstimo» previamente preenchido, juntamente com um folheto informativo com as instruções sobre a rescisão, o resumo dos requisitos para a atribuição, as condições de financiamento, e um «folheto informativo para o consumidor relativo ao empréstimo para financiamento imobiliário» (a seguir «folheto informativo»).

16. O referido documento informava, designadamente, os consumidores de que «O direito de rescisão caduca antes do prazo quando o contrato tiver sido integralmente cumprido e o mutuário tiver dado o seu consentimento expresso».

17. Os consumidores assinaram o pedido de empréstimo, a informação relativa à rescisão e a declaração de receção do folheto informativo e enviaram à DSL Bank os duplicados assinados dos referidos documentos. A DSL Bank de seguida aceitou o pedido de empréstimo.

18. Assim, os consumidores constituíram a hipoteca acordada. A seguir, a DSL Bank, a pedido destes últimos, concedeu o empréstimo enquanto os consumidores efetuavam os pagamentos acordados.

19. Por carta de 8 de junho de 2016, os consumidores declararam rescindir o contrato de mútuo pelo facto de o folheto informativo, relativo ao direito de rescisão, não estar conforme ao direito alemão.

20. Por causa da falta de reconhecimento da eficácia da rescisão pela DSL Bank, os consumidores propuseram no Landgericht Bonn (Tribunal Regional de Bona, Alemanha) uma ação pedindo que fosse declarado que, a partir da rescisão, a DSL Bank não podia invocar quaisquer direitos emergentes do contrato de mútuo. Além disso, também pediam o reembolso, pela DSL Bank, dos montantes pagos até à rescisão e ainda o pagamento de uma indemnização pela utilização de tais montantes.

21. O órgão de reenvio prejudicial considera que o folheto informativo sobre o direito de rescisão entregue aos mutuários se baseia no § 312 *quinques*, n.º 3, ponto 1, do BGB, que transpõe o artigo 6.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2002/65. Porém, a jurisprudência do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) considera que aquela última disposição não é aplicável aos créditos ao consumo, incluindo os contratos celebrados à distância. Relativamente a esses contratos, o consumidor disporia de um direito de rescisão regulado não pelo § 312 *quinques*, n.º 2, ponto 1, do BGB, mas pelo § 355 BGB, n.º 3, do BGB, lido em conjunto com o disposto no § 495, n.º 1, do BGB, que prevê que o direito de rescisão não caduca apenas pelo facto de o contrato já ter sido integralmente cumprido por ambas as partes a pedido expresso do consumidor antes de ser exercido o direito de rescisão.

22. Neste contexto, uma vez que a resolução do processo principal depende da interpretação das disposições da Diretiva 2002/65, o Landgericht Bonn (Tribunal Regional de Bona) suspendeu a instância e colocou ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve o artigo 6.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2002/65/CE ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição legal nacional ou a uma prática nacional como a do processo principal que não prevê, no caso de contratos de mútuo celebrados à distância, a exclusão do direito de rescisão quando o contrato já tenha sido cumprido por ambas as partes a pedido expresso do consumidor antes de este exercer o seu direito de rescisão?

- 2) Devem o artigo 4.º, n.º 2, o artigo 5.º, n.º 1, o artigo 6.º, n.º 1, segundo parágrafo, segundo travessão, e o artigo 6.º, n.º 6, da Diretiva 2002/65/CE ser interpretados no sentido de que, para a receção regular das informações previstas pelo direito nacional de acordo com o artigo 5.º, n.º 1, e o artigo 3.º, n.º 1, ponto 3, alínea a), da Diretiva 2002/65/CE e para o exercício do direito de rescisão pelo consumidor, segundo o direito nacional, apenas se tem de tomar em consideração um consumidor médio normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, tendo em conta todos os factos pertinentes e todas as circunstâncias associadas à celebração deste contrato?
- 3) No caso de resposta negativa à primeira e segunda questões:

Deve o artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva 2002/65/CE ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição legal de um Estado-Membro que prevê que, após a rescisão de um contrato de mútuo celebrado à distância com um consumidor, o prestador tem de pagar ao consumidor, além do montante que dele tenha recebido nos termos do contrato, uma indemnização pela utilização deste montante?»

III. Análise jurídica

A. A Diretiva 2002/65: harmonização completa, livre circulação de serviços financeiros e proteção do consumidor

23. A Diretiva 2002/65 faz parte de um quadro global do legislador da União destinado à realização do mercado integrado dos instrumentos financeiros e da sua comercialização à distância. Em especial, ela integra a Diretiva 97/7/CE, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância³ — atualmente revogada e substituída pela Diretiva 2011/83/UE⁴ — a qual excluía do seu âmbito de aplicação os instrumentos financeiros.

24. Nesse contexto, a técnica de harmonização das normas nacionais é favorável à remoção dos obstáculos à livre circulação de serviços financeiros e a assegurar um elevado nível de defesa do consumidor no âmbito da contratação à distância de serviços financeiros.

25. Assim, a diretiva em questão destina-se a garantir um nível elevado de defesa do consumidor para a realização de um mercado europeu integrado dos serviços financeiros⁵.

26. Está entre as diretivas que, nos primeiros anos de 2000, concretizam a vontade do legislador da União de passar de um grau de harmonização mínimo para uma harmonização plena da legislação de defesa do consumidor.

27. A necessidade de passar para uma harmonização plena fundamenta-se no facto de a cláusula de harmonização mínima — que permitia aos Estados-Membros preverem no seu próprio ordenamento jurídico um nível de defesa do consumidor mais elevado do que o previsto na legislação da União — levou a uma fragmentação da legislação aplicável nos diversos ordenamentos nacionais.

3 Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância (JO 1997, L 144, p. 19).

4 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 da 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).

5 COM(96) 209 final, Livro verde serviços financeiros: dar resposta às expectativas dos consumidores; COM(97) 309 final, Serviços financeiros: reforçar a confiança do consumidor; COM (2001) 66 final, Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre comércio eletrónico e serviços financeiros; COM(2007) 226 final, Livro verde sobre os serviços financeiros de retalho no Mercado Único.

28. Tal fragmentação, por um lado, desincentivava as operações transfronteiriças das empresas, que muitas vezes tinham de suportar custos adicionais para adquirir as competências jurídicas necessárias de modo que respeite as normas jurídicas dos diversos ordenamentos e, por outro lado, gerava uma quebra de confiança dos consumidores que não sabiam que meios de defesa tinham em concreto nos diversos Estados-Membros.

29. O mesmo Tribunal de Justiça teve oportunidade de demonstrar — ainda que relativamente à Diretiva 2005/29⁶ e à Diretiva 2008/48⁷, que se inserem no mesmo quadro de política legislativa — que a harmonização completa em vários domínios essenciais é «necessária para garantir que todos os consumidores da União beneficiem de um nível elevado e equivalente de defesa dos seus interesses e para facilitar o surgimento de um mercado interno que funciona corretamente em matéria de crédito ao consumo»⁸.

30. Face a essa escolha, na presença de uma diretiva de harmonização plena, nenhum Estado-Membro pode introduzir derrogações à legislação da União, mesmo que mais favorável para o consumidor, salvo se for expressamente consentido pela própria diretiva⁹.

31. No que respeita à Diretiva 2002/65, são vários os elementos, de natureza sistemática, teleológica e literal, que conduzem à possibilidade de a poder qualificar como diretiva de harmonização completa nos termos *supra* expostos.

32. O considerando 12¹⁰, de facto, sublinha a incidência negativa no funcionamento do mercado interno e na concorrência entre empresas de disposições contraditórias ou diferentes de proteção dos consumidores. O objetivo da diretiva é, portanto, de introduzir regras comuns no âmbito da comercialização à distância.

33. Como especificado no considerando 13¹¹, para os domínios que a diretiva harmoniza, os Estados-Membros não podem prever outras disposições. Apenas quando expressamente previsto é que os Estados-Membros podem derrogar as disposições estabelecidas pela referida diretiva.

34. Exemplo do referido pelo considerando 13 é a disposição do artigo 4.º, n.º 2, que permite aos Estados-Membros adotarem ou manterem, em matéria de informações prévias, disposições mais rigorosas do que as previstas na diretiva, desde que conformes ao direito da União.

35. Também, o artigo 1.º¹² especifica que o objeto da diretiva é o de «aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros».

6 Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho e das Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho (JO 2005, L 149, p. 22).

7 Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa aos contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Diretiva 87/102/CEE (JO 2008, L 133, p. 66).

8 Acórdão de 27 de março de 2014, LCL Le Crédit Lyonnais (C-565/12, EU:C:2014:190, n.º 42); no mesmo sentido, Acórdão de 18 de dezembro de 2014, CA Consumer Finance (C-449/13, EU:C:2014:2464, n.º 21); Acórdão de 23 de abril de 2009, VTB-VAB e Galatea (C-261/07 e C-299/07, EU:C:2009:244, n.º 51).

9 A este propósito, fala-se de harmonização «orientada» (*targeted harmonization*), ou seja, uma harmonização que, embora plena, permite — onde esteja expressamente previsto pela fonte normativa — que os Estados-Membros adotem disposições em derrogação a legislação da União.

10 V. o considerando 12 da Diretiva 2002/65, o qual dispõe que «A adoção pelos Estados-Membros de disposições de proteção dos consumidores contraditórias ou diferentes em matéria de comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores teria uma incidência negativa no funcionamento do mercado interno e na concorrência entre as empresas nesse mesmo mercado. Por conseguinte, é necessário introduzir regras comuns ao nível comunitário neste domínio, sem prejudicar a proteção geral do consumidor nos Estados-Membros».

11 V. o considerando 13 da Diretiva 2002/65 o qual dispõe que «A presente diretiva deve assegurar um elevado nível de defesa do consumidor a fim de garantir a livre circulação dos serviços financeiros. Os Estados-Membros não poderão prever outras disposições para além das estabelecidas pela presente diretiva nos domínios por ela harmonizados, salvo disposição explícita em contrário da presente diretiva».

12 O artigo 1.º, n.º 1, dispõe que «A presente diretiva tem por objeto a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores».

36. Por último, a intenção de implementar uma harmonização plena no domínio da comercialização de serviços financeiros à distância também se infere dos trabalhos preparatórios. Na verdade, como resulta do processo, o âmbito da harmonização foi objeto de discussão nas diferentes fases do processo legislativo.

37. Na verdade, a proposta original da Comissão já se referia à necessidade de os Estados-Membros não poderem prever disposições diferentes das previstas na diretiva e nos domínios por ela harmonizados de forma a garantir o efeito útil do ato normativo, ou seja, salvaguardar simultaneamente um elevado nível de proteção do consumidor e a concretização da livre circulação dos serviços financeiros¹³.

38. Posto isto, resulta de uma interpretação não apenas literal, mas sobretudo teleológica que o objetivo da diretiva impõe que as eventuais derrogações das disposições nela previstas serão apenas permitidas se essa faculdade for expressamente atribuída aos Estados-Membros.

39. Além disso, estes últimos, no caso de adotarem ou manterem uma legislação derogatória, têm de seguir o procedimento definido pela diretiva¹⁴, adequado a permitir à Comissão comunicar aos consumidores e às empresas as informações sobre as disposições nacionais, de modo que não ponha em risco os objetivos de harmonização da própria diretiva.

40. Por tudo o que foi até aqui observado, resulta que a livre circulação dos serviços financeiros pressupõe uma harmonização completa com a finalidade de evitar desigualdades entre Estados, nomeadamente em domínios como a comercialização à distância que tem um intrínseco caráter transnacional.

41. Porém, as medidas adotadas para a realização do mercado interno não podem comprometer a defesa do consumidor, mas, pelo contrário, devem contribuir para alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores no mercado, como também é indicado no considerando 1¹⁵.

42. De facto, essas regras comuns, ao conciliarem a exigência de reforço do mercado interno com a garantia de um elevado nível de proteção do consumidor, têm por objetivo aumentar a confiança do consumidor que estará mais inclinado para o comércio à distância¹⁶.

B. Quanto à primeira questão prejudicial

43. A primeira questão prejudicial, no essencial, submete ao Tribunal de Justiça a seguinte questão interpretativa: a legislação das obrigações informativas pré-contratuais e a do direito de rescisão previstas na Diretiva 2002/65 opõem-se a uma legislação nacional que adote, no caso de o consumidor não ter sido informado adequadamente da legislação nacional sobre o direito de rescisão, a possibilidade de uma rescisão a todo tempo, também no caso de o contrato ter sido integralmente cumprido por ambas as partes a pedido expresso do consumidor.

44. De tudo o que foi anteriormente referido sobre a natureza da harmonização plena da Diretiva 2002/65 resulta linearmente uma resposta afirmativa à questão.

13 COM (1998) 468 final Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda à distância de serviços financeiros aos consumidores que altera a Diretiva 90/619/CEE do Conselho e as Diretivas 97/7/CE e 98/27/CE (JO 1998, C 385, p. 10, considerando 9).

14 Artigo 4.º, Diretiva 2002/65.

15 V. o considerando 1 da Diretiva 2002/65, «No contexto da realização dos objetivos do mercado interno importa aprovar medidas destinadas a consolidar progressivamente esse mercado, devendo estas, por outro lado, contribuir para a concretização de um elevado nível de defesa dos consumidores, nos termos dos artigos 95.º e 153.º do Tratado».

16 V. o considerando 3 da Diretiva 2002/65 «[...]». A fim de garantir a liberdade de escolha dos consumidores, que constitui um direito fundamental destes, é necessário um elevado nível de proteção dos consumidores para garantir o reforço da confiança do consumidor na venda à distância».

45. Todavia, para completar, analisaremos, ainda que sinteticamente, as várias questões jurídicas conexas.

46. Em especial, pode ver-se que a defesa do consumidor foi implementada na diretiva, por um lado, através da imposição de certas obrigações informativas, também na fase pré-contratual, da responsabilidade do prestador e, por outro, através da atribuição ao consumidor da faculdade de exercer o próprio direito de rescisão.

47. O direito de ser informado adequadamente e o direito de rescisão, apesar de estritamente conexos, são, todavia, estruturalmente distintos e são regulados de forma diferente na Diretiva 2002/65.

1. Quanto às obrigações de informação previstas na Diretiva 2002/65

48. A obrigação de informações prévias desempenha um papel fundamental na sistemática geral da diretiva porquanto, como o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de afirmar em matéria de defesa do consumidor no âmbito dos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais, é um pressuposto que o consumidor, enquanto parte mais fraca, tenha plena consciência dos seus direitos. Assim, a obrigação de informação constitui uma garantia fundamental do exercício efetivo dos direitos do consumidor e, também, do direito de rescisão e, por isso, necessária para a concretização do efeito útil da legislação da União para a proteção dos consumidores¹⁷.

49. O considerando 23¹⁸ dispõe, de facto, que a proteção ótima do consumidor exige que este seja devidamente informado das disposições da diretiva e que disponha de um direito de rescisão.

50. Além disso, se se encontrar perante uma situação como a referida no processo principal, o consumidor deve ser informado da não aplicação do direito de rescisão quando solicite expressamente o cumprimento do contrato¹⁹.

51. Da mesma forma, de entre as informações prévias que devem ser facultadas ao consumidor antes da celebração do contrato à distância, deve ser comunicada a existência ou a inexistência do direito de rescisão conforme o artigo 3.º da diretiva.

52. Por último, o artigo 4.º da diretiva permite que os Estados mantenham ou adotem normas mais rigorosas em relação aos requisitos de informações prévias, desde que conformes ao direito da União e prévia comunicação à Comissão.

53. Resulta evidente que os Estados-Membros podem adotar uma legislação mais rigorosa unicamente quanto aos requisitos adicionais em matéria de informações prévias.

54. Do processo não resulta que a República Federal Alemã tenha comunicado à Comissão querer utilizar a referida possibilidade de derrogação e, em todo o caso, de acordo com a legislação vigente à data dos factos, não resulta que tenham sido introduzidos, relativamente à diretiva, requisitos adicionais em matéria de informações prévias.

17 Acórdão de 17 de dezembro de 2009, Martín Martín (C-227/08, EU:C:2009:792, n.ºs 26 e 27.)

18 V. o considerando 23 da Diretiva 2002/65 dispõe que «Para garantir uma proteção ótima do consumidor, é importante garantir que este seja suficientemente informado das disposições da presente diretiva e, eventualmente, dos códigos de conduta em vigor neste domínio e que ele tenha um direito de rescisão».

19 V. o considerando 24 da Diretiva 2002/65, o qual prevê que «Quando o direito de rescisão não for aplicável porque o consumidor pede expressamente o cumprimento do contrato, o prestador deve informar o consumidor desse facto».

2. Quanto ao direito de rescisão

55. A par da obrigação de informações prévias, o direito de rescisão é fundamental no quadro da defesa do consumidor no direito da União Europeia, e constitui um direito de reflexão do consumidor.

56. A *ratio* da introdução generalizada deste instituto nos contratos celebrados com consumidores reside na vontade do legislador da União pôr fim ao desequilíbrio contratual que caracteriza a relação com um prestador, dando ao próprio consumidor a possibilidade de escolher o vínculo contratual com base numa reflexão subjetiva que pode ser exercida num determinado prazo.

57. O direito de rescisão regulado pela Diretiva 2002/65 é um direito unilateral de proteção do consumidor, o qual pode rescindir dentro do prazo de catorze dias, sem penalizações e sem mencionar o motivo da sua escolha.

58. A única situação em que o direito de rescisão caduca antes do fim do prazo, conforme mencionado no artigo 6.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2002/65, está prevista para os contratos integralmente cumpridos por ambas as partes a pedido expresso do consumidor antes de este exercer o direito de rescisão.

59. A *ratio* dessa norma prende-se com o facto de que não existe razão para a existência de rescisão nas situações em que ambas as partes tenham cumprido as suas próprias obrigações, expressando desse modo a sua plena vontade contratual. Portanto, na referida situação, pretende-se evitar que o consumidor, que já exteriorizou e confirmou a própria vontade contratual, possa beneficiar indevidamente de um arrependimento tardio com vista a obter a anulação de um serviço do qual já beneficiou.

60. Porém, de forma a prevenir possíveis abusos dessa norma pelo prestador, está previsto que lhe incumbe a obrigação de informar o consumidor sobre a caducidade do direito de rescisão no caso em que este tenha pedido expressamente o cumprimento integral do contrato, mesmo que o prazo para o exercício do direito de rescisão ainda não tenha caducado.

61. Além disso, inovando relativamente à legislação anterior em matéria de contratos à distância²⁰, a Diretiva 2002/65 prevê a obrigação de facultar ao consumidor as informações prévias sobre a existência ou não do direito de rescisão²¹ bem como as instruções práticas para o exercício do referido direito no caso de existir²².

62. O n.º 3 do artigo 6.º prevê algumas situações em que os Estados-Membros, comunicando-o sempre à Comissão, podem utilizar a faculdade de «prever que o direito de rescisão não seja aplicável» em situações específicas e taxativas. Essa possibilidade de derrogação, referente à possibilidade de exclusão do direito de rescisão e já não a ampliação das possibilidades de exercício do mesmo, não é pertinente no presente caso e, em todo o caso, nos autos não consta nenhuma comunicação da República Federal Alemã à Comissão a este respeito.

63. Portanto, na Diretiva 2002/65, não existe nenhuma margem para os Estados-Membros adotarem uma legislação do direito de rescisão derogatória da adotada pela mesma diretiva, precisamente pelas razões acima expostas relativamente à escolha de política legislativa adotada pelo legislador da União de proceder a uma harmonização completa nesta matéria.

20 Diretiva 97/7 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância (JO 1997, L 144, p. 19).

21 Artigo 3.º, n.º 1, ponto 3, alínea a), da Diretiva 2002/65.

22 Artigo 3.º, n.º 1, ponto 3, alínea d), da Diretiva 2002/65.

64. Como especificado até aqui, poder-se-ia responder em sentido afirmativo à primeira questão prejudicial.

65. Porém, considero oportuno fazer algumas considerações breves relativamente à circunstância de que, no litígio no processo principal, pode observar-se uma sobreposição das condições materiais do direito do consumidor a rescindir um contrato de crédito ao consumo celebrado à distância e o conteúdo das obrigações informativas prévias do prestador.

66. De todo o exposto deduz-se, tendo em consideração a natureza da harmonização completa da Diretiva 2002/65, a informação correta ao abrigo do direito da União em matéria de direito de rescisão deve ser aquela que, segundo os autos, foi fornecida ao consumidor e que também consta no direito alemão no que diz respeito, em geral, aos serviços financeiros, nos termos da própria diretiva.

67. O órgão jurisdicional de reenvio refere, contudo, que no direito nacional alemão consta uma disposição, já em vigor antes da aplicação da Diretiva 2002/65²³ e ainda em vigor no momento da celebração do contrato entre as partes do processo principal, por força da qual, por interpretação constante do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha), o direito de rescisão dos contratos de crédito ao consumo, incluídos os celebrados à distância, é regulado de forma diferente, atribuindo, de facto, ao consumidor um direito de rescisão «perpétuo» quando as instruções sobre a rescisão sejam irregulares.

68. A Diretiva 2002/65 não prevê consequências específicas na situação de um cumprimento defeituoso da obrigação de informar, limitando-se no artigo 6.º, n.º 1, a prever, que o prazo para exercer o direito de rescisão por parte do consumidor começa a correr na data da receção, pelo consumidor, dos termos do contrato e das informações, se tal data for posterior à da celebração do contrato.

69. O artigo 11.º²⁴, em seguida, dispõe que os Estados-Membros podem prever sanções adequadas em caso de incumprimento pelo prestador «das disposições nacionais adotadas em execução da presente diretiva» e que tais sanções, que devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas, podem consistir também no direito de o consumidor «resolver o contrato a qualquer momento, sem despesas nem penalização».

70. No presente processo, segundo o que consta dos autos, a informação sobre o direito de rescisão foi comunicada pelo prestador ao consumidor dentro do prazo e de modo correto nos termos da Diretiva 2002/65, bem como no que diz respeito às disposições de direito nacional «adotadas em conformidade» com a diretiva.

71. Por conseguinte, não parece razoável poder considerar a previsão do direito nacional alemão como uma «sanção» na aceção do referido artigo 11.º da Diretiva 2002/65.

72. O facto de o legislador nacional ter previsto no seu ordenamento um regime de direito de rescisão limitado apenas aos contratos de crédito ao consumo, em vez de aplicar, relativamente aos outros contratos de serviços financeiros, as disposições relativas ao direito de rescisão previstas na Diretiva 2002/65, representa uma falta de coordenação da legislação nacional com o Direito da União²⁵ que, ao estabelecer uma disposição mais favorável para o consumidor, não é conforme aos objetivos de harmonização completa da referida diretiva.

23 § 355, n.º 3, terceira frase, do BGB.

24 O artigo 11.º da Diretiva 2002/65, com o título «Sanções», dispõe: «Os Estados-Membros estabelecem sanções adequadas em caso de incumprimento pelo prestador das disposições nacionais adotadas em execução da presente diretiva. Para o efeito, os Estados-Membros podem, nomeadamente, prever que o consumidor possa resolver o contrato a qualquer momento, sem despesas nem penalização. Essas sanções devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas».

25 Uma transposição completa e correta da diretiva deve ter em conta o objetivo da harmonização que prosseguem as referidas normas. E, portanto, deve-se considerar que também uma legislação nacional preexistente deve ser coordenada com a legislação de transposição.

73. Com efeito, ao prever que para os contratos de crédito ao consumo não se aplica a legislação de transposição da diretiva e, em particular o artigo 6.º, n.º 2, alínea c), a lei nacional, como interpretada pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha), manteve em vigor uma legislação que está em conflito com o direito da União de duas formas: o direito de rescisão é regulado de modo diferente ao previsto no artigo 6.º da Diretiva 2002/65; foi adotado um conceito de serviço financeiro diferente e contrário ao conceito referido no artigo 2.º, alínea b), da diretiva, bem como uma regulação diferente do direito de rescisão, que varia em função do tipo de serviço financeiro e do tipo de contrato no qual está contido.

74. Na verdade, por «serviço financeiro», nos termos da Diretiva 2002/65, entende-se «qualquer serviço bancário, de crédito, de seguros, de pensão individual, de investimento ou de pagamento»; e o considerando 14 especifica que a diretiva abrange todos os serviços financeiros que podem ser prestados à distância²⁶.

75. Existe, no entanto, uma margem para o juiz nacional avaliar, no caso concreto, se o consumidor foi informado pelo prestador de forma adequada a permitir-lhe tomar uma decisão prudente e razoável e se, por conseguinte, decidiu pelo cumprimento do contrato conscientemente.

C. Quanto à segunda questão prejudicial

76. Através da segunda questão prejudicial o órgão de reenvio prejudicial pergunta se o modelo do consumidor médio normalmente informado e razoavelmente atento e avisado é o único parâmetro que deve ser considerado para avaliar se as informações prévias e as formas de exercício do direito de rescisão pelo consumidor previstas pela legislação nacional de transposição da Diretiva 2002/65 são compreensíveis para o consumidor.

77. Na realidade, resulta dos atos que, durante período relevante no caso em apreço, existia uma diferença entre o conceito de consumidor médio adotado pelo Tribunal de Justiça e o definido na legislação nacional.

78. Como foi referido, o objetivo da diretiva é garantir uma proteção ótima do consumidor, o qual deve ser suficientemente informado das disposições da diretiva²⁷, incluindo as informações relativas à existência ou não do direito de rescisão²⁸.

79. A definição de consumidor contida no artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 2002/65²⁹ é idêntica à das Diretivas 2005/29³⁰ e 93/13³¹ em relação às quais o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar, afirmando que por «consumidor médio» deve entender-se um consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e avisado³².

26 V. o considerando 14 da Diretiva 2002/65 refere que «A presente diretiva abrange todos os serviços financeiros que podem ser prestados à distância. Determinados serviços financeiros são, no entanto, regulados por disposições específicas da legislação comunitária que continuam a ser-lhes aplicáveis. Contudo, devem ser consagrados princípios relativos à comercialização desses serviços à distância».

27 V. o considerando 23 da Diretiva 2002/65.

28 Artigo 3.º, n.º 1, ponto 3 alínea a) e alínea d), da Diretiva 2002/65.

29 O artigo 2.º, alínea d), da Diretiva 2002/65 define «consumidor»: qualquer pessoa singular que, nos contratos à distância, atue de acordo com objetivos que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial ou profissional».

30 O artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2005/29 define «consumidor»: qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional».

31 O artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 93/13 define «consumidor»: qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional».

32 Acórdão de 20 de setembro de 2017, Andriuciu e o. (C-186/16, EU:C:2017:703, n.º 47), e Acórdão de 8 de fevereiro de 2017, Carrefour Hypermarchés (C-562/15, EU:C:2017:95, n.º 31); Acórdão de 25 de julho de 2018, Dyson (C-632/16, EU:C:2018:599, n.º 56); Acórdão de 13 de setembro de 2018, Wind Tre e Vodafone Italia (C-54/17 e C-55/17, EU:C:2018:710, n.º 51); Acórdão de 20 de setembro de 2018, OTP Bank e OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750, n.º 78).

80. Embora o Tribunal de Justiça seja chamado a interpretar o conceito de consumidor no que respeita à Diretiva 2002/65, não é possível encontrar na diretiva nenhum elemento que possa sugerir a necessidade de ser adotado um conceito diferente do formulado pelo Tribunal de Justiça relativamente às diretivas de defesa do consumidor acima citadas.

81. É esse conceito de consumidor, na falta de elementos em sentido contrário e disposições que autorizem derrogações, que deve ser tomado em consideração em relação à Diretiva 2002/65 e às legislações nacionais de transposição da mesma.

82. De facto, o objetivo da harmonização completadas legislações nacionais quês prossegue a diretiva em causa conduz à adoção necessária de um modelo de consumidor comum a todos os Estados-Membros³³.

83. Caberá ao juiz nacional, na avaliação das circunstâncias do caso concreto, verificar se antes da celebração do contrato à distância, foram prestadas ao consumidor todas as informações prévias previstas na diretiva. No âmbito dessa avaliação será também necessário verificar a clareza e a compreensão dessas informações³⁴, de modo que permita que o consumidor médio, no sentido anteriormente exposto, possa avaliar todos os elementos essenciais do contrato e, como foi referido, tome uma decisão prudente e razoável.

D. Quanto à terceira questão prejudicial

84. À luz das considerações expostas relativas à primeira e segunda questões prejudiciais e à proposta de resposta afirmativa às mesmas, considero que não é necessário responder à terceira questão prejudicial.

85. Por conseguinte, limitar-nos-emos a fazer breves comentários caso o Tribunal de Justiça não siga a minha proposta.

86. Com a terceira questão prejudicial o órgão de reenvio prejudicial pergunta se o artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva 2002/65 se opõe a uma legislação nacional que preveja, em consequência da rescisão do contrato de crédito ao consumo celebrado à distância, adicionalmente ao reembolso do capital concedido, que o prestador pague ao consumidor uma indemnização pela utilização daquele montante.

87. O artigo 7.º, n.º 4, da diretiva exige que o prestador, na sequência do exercício legítimo do direito de rescisão, restitua ao consumidor «quaisquer quantias dele recebidas nos termos do contrato à distância». Esta norma regula exaustivamente as consequências do exercício do direito de rescisão, sem deixar qualquer margem aos Estados-Membros para adotarem normas diferentes.

88. Portanto, à luz do anteriormente exposto, no que se refere ao sistema de harmonização implementado pela diretiva e na falta de qualquer elemento em sentido contrário, deve ser excluída a possibilidade de um Estado-Membro legislar de forma mais favorável ao consumidor quanto ao que a este é devido no caso de exercício do direito de rescisão, e que chegue a prever o pagamento de uma indemnização pelas potenciais vantagens obtidas pelo mutuário.

33 Como especificado pelo Tribunal de Justiça, em relação ao conceito de consumidor definido na Diretiva 2005/29, no Acórdão de 14 de janeiro de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12, n.º 41).

34 Acórdão de 20 de setembro de 2017, Andriuc e o. (C-186/16, EU:C:2017:703, n.ºs 44, 45, 47 e 48).

89. Por outro lado, como foi sublinhado também pela Comissão, a limitação do reembolso pelo prestador aos montantes pagos em conformidade com o contrato à distância parece razoável considerando o breve prazo de tempo previsto para o exercício do direito de rescisão (catorze dias — prazo alargado para 30 dias para os contratos celebrados à distância relativos a seguros de vida e pensões individuais nos termos da Diretiva 90/619/CE). Neste contexto, de facto, não é razoável identificar uma vantagem concreta conseguida pelo mutuário num prazo tão curto.

IV. Conclusão

90. À luz das considerações precedentes proponho ao Tribunal de Justiça que responda ao pedido de decisão prejudicial do Landgericht Bonn (Tribunal Regional de Bona, Alemanha) nos termos seguintes:

- 1) O artigo 6.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2002/65/CE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição legal nacional, como a interpretada pela jurisprudência, que não estabeleça a exclusão do direito de rescisão nos contratos de crédito celebrados à distância, no caso em que o contrato tenha sido integralmente cumprido por ambas as partes a pedido expresso do consumidor antes de exercer o seu direito de rescisão.
- 2) O artigo 4.º, n.º 2, o artigo 5.º, n.º 1, o artigo 6.º, n.º 1, segundo parágrafo, segundo travessão, e n.º 6, da Diretiva 2002/65/CE devem ser interpretados no sentido de que quanto à correta receção das informações previstas pela legislação nacional, em conformidade com o artigo 5.º, n.º 1, o artigo 3.º, n.º 1, ponto 3, alínea a), da referida diretiva e quanto ao exercício do direito de rescisão pelo consumidor, há que tomar como referência o consumidor médio normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, considerando todos os factos pertinentes e as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato.