Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 12 de março de 2020[1]

Processo C-639/18

KH
contra
Sparkasse Südholstein

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

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2002/65/CE — Defesa do consumidor — Serviços financeiros — Comercialização à distância — Contrato de crédito ao consumo — Acordo posterior relativo à taxa de juro — Sistema organizado de prestação de serviços à distância»

1. Através do presente pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Landgericht Kiel (Tribunal Regional de Kiel, Alemanha), o Tribunal de Justiça é chamado a interpretar, pela primeira vez, o artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65[2] e o conceito de «contrato à distância». Neste contexto, um acordo celebrado posteriormente relativo à taxa de juro que altere um contrato de empréstimo apenas no que se refere a essa taxa de juro pode ser considerado um «contrato» ao qual se aplicam as disposições da Diretiva 2002/65? E quais são os critérios que permitem determinar se um contrato celebrado sem a presença física e simultânea do prestador e do consumidor é um «contrato à distância» na aceção do artigo 2.º, alínea a), da referida diretiva?

Direito da União

TFUE

2. O artigo 12.º TFUE prevê que «[a]s exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e ações da União».

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

3. O artigo 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»)[3] prevê que as políticas da União «devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores».

1 Língua original: inglês.

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 as Diretivas do Conselho 90/619/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE (JO 2002, L 271, p. 16). Algumas disposições desta diretiva foram alteradas desde a sua adoção (a última versão consolidada é a de 2018), mas as disposições que aqui interessam mantiveram-se inalteradas.

3 JO 2007, C 303, p. 1.

Diretiva 97/7

4. A Diretiva 97/7, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, foi a primeira medida de aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas aos contratos à distância celebrados em geral entre consumidores e fornecedores [4].

5. Entende-se por «contrato à distância», na aceção do artigo 2.º, n.º 1, «qualquer contrato relativo a bens ou serviços, celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração».

6. A redação original do artigo 3.º, n.º 1, primeiro travessão, foi substituída pelo artigo 18.º da Diretiva 2002/65, de modo que preveja expressamente que os contratos relativos a serviços financeiros aos quais se aplica a Diretiva 2002/65 são excluídos do âmbito de aplicação da Diretiva 97/7.

Diretiva 2002/65

7. Os considerandos da Diretiva 2002/65 contêm as afirmações seguintes. «No âmbito do mercado interno, é do interesse dos consumidores ter acesso sem discriminações à mais ampla gama possível de serviços financeiros disponíveis […]. 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» [5]. «A presente diretiva deve assegurar um elevado nível de defesa do consumidor a fim de garantir a livre circulação dos serviços financeiros» [6]. «A presente diretiva abrange todos os serviços financeiros que podem ser prestados à distância» [7]. «Os contratos negociados à distância implicam o emprego de técnicas de comunicação à distância que são utilizadas no quadro de um sistema de venda ou de prestação de serviços à distância sem a presença simultânea do prestador e do consumidor. A evolução permanente das referidas técnicas impõe a definição de princípios válidos mesmo para aquelas que ainda são pouco utilizadas. Os contratos à distância são portanto aqueles cuja proposta, negociação e conclusão são efetuados à distância» [8]. «Um mesmo contrato que abranja operações sucessivas ou distintas da mesma natureza, de execução continuada pode ser objeto de qualificações jurídicas diferentes nos diversos Estados-Membros. No entanto, a presente diretiva deverá ser aplicada de igual modo em todos os Estados-Membros. Para o efeito, deve considerar-se que a presente diretiva se aplica à primeira de uma série de operações sucessivas ou da mesma natureza, de execução continuada e que podem ser consideradas como formando um todo, independentemente de esta operação ou esta série de operações ser objeto de um contrato único ou de contratos distintos sucessivos» [9]. «Por "acordo inicial de serviço" entende-se, por exemplo, a abertura de uma conta bancária, a aquisição de um cartão de crédito, a celebração de um contrato de gestão de carteira; por "operações" entende-se, por exemplo, o depósito de dinheiro numa conta bancária ou o levantamento de dinheiro de uma conta bancária, pagamentos efetuados por cartão de crédito, transações realizadas no âmbito de um contrato de gestão de carteira. O aditamento de novos elementos a um acordo inicial de serviço, como a possibilidade de usar um instrumento de pagamento eletrónico juntamente com a

4 V. artigo 1.º da Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997 (JO 1997, L 144, p. 19). Esta diretiva foi revogada e substituída pela 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).

5 Considerando 3.

6 Considerando 13.

7 Considerando 14.

8 Considerando 15.

9 Considerando 16.

conta bancária existente, não constitui "uma operação", mas sim um contrato adicional a que se aplica a presente diretiva. A subscrição de novas unidades de participação do mesmo fundo de investimento coletivo é considerada uma das "operações sucessivas da mesma natureza"» [10]. «Ao fazer referência a um sistema de prestação de serviços organizado pelo prestador de serviços financeiros, a presente diretiva pretende excluir do seu âmbito de aplicação as prestações de serviços efetuadas numa base estritamente ocasional e fora de uma estrutura comercial cuja finalidade seja celebrar contratos à distância» [11]. «A utilização de técnicas de comunicação à distância não deve conduzir a uma limitação indevida da informação prestada ao cliente. A fim de assegurar a transparência, a presente diretiva fixa requisitos relativos a um nível adequado de informação do consumidor, tanto antes como após a celebração do contrato» [12]. «Para garantir uma proteção ótima do consumidor, é importante 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» [13].

8. O artigo 1.º prevê:

«1. 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.

2. No caso de contratos relativos a serviços financeiros que compreendam um acordo inicial de serviço seguido de operações sucessivas ou de uma série de operações distintas da mesma natureza, de execução continuada, as disposições da presente diretiva são aplicáveis apenas ao acordo inicial de serviço.

Quando não exista um acordo inicial de serviço, mas as operações sucessivas da mesma natureza de execução continuada sejam realizadas entre as mesmas partes contratuais, os artigos 3.º e 4.º são aplicáveis apenas quando se realizar a primeira operação. No entanto, se durante mais de um ano não for realizada qualquer operação da mesma natureza, a operação seguinte será considerada a primeira de uma nova série de operações, sendo, por conseguinte, aplicáveis os artigos 3.º e 4.º»

9. Conforme definido no artigo 2.º, alínea a), entende-se por «contrato à distância» «qualquer contrato relativo a serviços financeiros, celebrado entre um prestador e um consumidor, ao abrigo de um sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo prestador que, para esse contrato, utilize exclusivamente um ou mais meios de comunicação à distância, até ao momento da celebração do contrato, inclusive».

10. Conforme definido no artigo 2.º, alínea b), entende-se por «serviço financeiro» «qualquer serviço bancário, de crédito, de seguros, de pensão individual, de investimento ou de pagamento».

11. O artigo 2.º, alínea e) define «meio de comunicação à distância» como «qualquer meio que possa ser utilizado, sem a presença física e simultânea do prestador e do consumidor, para a comercialização à distância de um serviço entre essas partes».

12. O artigo 3.º prevê:

«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:

[…]

10 Considerando 17.
11 Considerando 18.
12 Considerando 21.
13 Considerando 23.

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 as consequências do não exercício desse direito;

[…]

2. As informações referidas no n.º 1, cujo objetivo comercial deva ser evidenciado de modo inequívoco, devem ser prestadas de maneira clara e compreensível, por qualquer forma adaptada ao meio de comunicação à distância utilizado, nomeadamente, na observância dos princípios de boa-fé nas transações comerciais e da proteção das pessoas que, como os menores, são consideradas incapazes nos termos da legislação dos Estados-Membros.

[…]»

13. Em conformidade com o artigo 6.º:

«1. Os Estados-Membros devem garantir que o consumidor disponha de um prazo de 14 dias de calendário para rescindir o contrato, sem indicação do motivo nem penalização. […]

O prazo para o exercício do direito de rescisão começa a correr:

– a contar da data da celebração do contrato à distância, exceto no que se refere a seguros de vida, em que esse prazo começa a correr a partir do momento em que o consumidor for informado da celebração do contrato, ou

– a contar da data de receção, pelo consumidor, dos termos do contrato e das informações, nos termos dos n.ºs 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.

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 projetad[o]s, ou para efeitos de renovação ou beneficiação de um prédio; quer

b) A qualquer crédito garantido por uma 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.»

14. O artigo 11.º prevê:

«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.»

15. O artigo 18.º substitui o n.º 1, primeiro travessão, do artigo 3.º da Diretiva 97/7 e prevê que esta última não se aplica aos contratos «relacionado[s] com qualquer serviço financeiro abrangido pela Diretiva 2002/65 […]».

Direito nacional

16. O § 312b, n.º 1, do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil; a seguir «BGB»), na versão em vigor entre 8 de dezembro de 2004 e 22 de fevereiro de 2011, dispõe: «Contratos celebrados à distância são contratos relativos à entrega de bens ou a prestação de serviços, incluindo 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 ao abrigo de um sistema organizado de venda ou prestação de serviços à distância. Serviços financeiros, na aceção do primeiro período, são serviços bancários, de crédito, de seguros, de pensão individual, de investimento ou de pagamento».

17. O § 312d, n.ºs 1 e 2, do BGB, na versão em vigor entre 8 de dezembro de 2004 e 10 de junho de 2010, tem a seguinte redação:

«1) Num contrato celebrado à distância, o consumidor tem um direito de rescisão 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 do cumprimento das obrigações de informação nos termos do § 312c, n.º 2; […] no caso das prestações de serviços, não antes da data da celebração do contrato.»

18. O § 312d, n.ºs 1 e 2, do BGB, na versão em vigor entre 11 de junho de 2010 e 3 de agosto de 2011, prevê:

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

2) Em derrogação do § 355, n.º 3, primeiro período, o prazo para a rescisão do contrato não começa a correr antes do cumprimento das obrigações de informação nos termos do artigo 246.º, n.º 2, em conjugação com o § 1, n.ºs 1 e 2, da Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche [Lei que Aprova o Código Civil] […].»

19. O § 495 do BGB, na versão em vigor entre 1 de agosto de 2002 e 12 de junho de 2014, prevê: «Num contrato de crédito celebrado por um consumidor, o mutuário tem um direito de rescisão nos termos do § 355.»

Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

20. O Sparkasse Südholstein é um banco com uma rede de filiais que opera a nível regional. Celebra contratos de empréstimo para financiamentos imobiliários, garantidos por hipoteca, exclusivamente nas suas filiais. Em casos específicos, as alterações ou aditamentos a esses contratos, no quadro de relações contratuais em curso, são introduzidas através de meios de comunicação à distância. É facto assente que, no início de 2008, o Sparkasse Südholstein já tinha celebrado vários contratos com recurso exclusivo a meios de comunicação à distância.

21. O litígio submetido à apreciação do juiz *a quo* é relativo a três contratos de empréstimo que KH celebrou, na qualidade de consumidor, com o Sparkasse Südholstein:

– Em 1 de julho de 1994, KH celebrou um contrato de empréstimo com a antecessora jurídica do Sparkasse Südholstein para financiamento da aquisição de um bem imóvel no valor de 114 000 DM (aproximadamente 58 000 euros; a seguir «primeiro empréstimo»). O empréstimo deveria ser reembolsado em 30 de dezembro de 2017. O empréstimo teria uma taxa de juro anual de 6,95 %, fixada para um período inicial de dez anos. Num prazo nunca inferior a seis semanas antes de 30 de maio de 2004, qualquer das partes poderia encetar negociações quanto a um ajustamento da taxa de juro com efeitos a partir de 1 de junho de 2004. Caso não fosse possível chegar a acordo, seriam aplicáveis, a partir de 1 de junho de 2004, as «condições variáveis» tal como fixadas pelo Sparkasse Südholstein para empréstimos deste tipo (ou seja, uma taxa de juro variável). Foi ainda acordada uma garantia hipotecária.

– Em 25 de maio de 2004, as partes estipularam, por via de um acordo de alteração, uma taxa de juro anual de 5,03 % por um período adicional de dez anos, aplicável a partir de 1 de junho de 2004.

– Em outubro de 2010[14], utilizando exclusivamente meios de comunicação à distância, as partes celebraram um novo acordo relativo à taxa de juro, nos termos dos quais, a partir de 1 de junho de 2014 e durante o período remanescente do contrato, o empréstimo teria uma taxa de juro de 4,01 %. KH não foi informado sobre a existência de um direito de rescisão.

– De junho de 2014 a novembro de 2017, KH pagou 8 180,76 euros ao Sparkasse Südholstein no âmbito desse contrato. Em 29 de dezembro de 2017, KH liquidou integralmente o empréstimo através do pagamento de 58 287,27 euros.

– Em 17 de julho de 1994, KH acordou com a antecessora jurídica do Sparkasse Südholstein a concessão de um empréstimo adicional de financiamento imobiliário no montante de 112 000 DM (aproximadamente 57 000 euros; a seguir «segundo empréstimo»). O empréstimo teria uma taxa de juro anual de 5,7 %, fixada para um período inicial de cinco anos. Num prazo nunca inferior a seis semanas antes de 30 de maio de 1999, qualquer uma das partes poderia encetar negociações para ajustar a taxa de juro com efeitos a partir de 1 de junho de 1999. Na falta de acordo, seriam aplicáveis, a partir de 1 de junho de 1999, as «condições variáveis» tal como fixadas pelo Sparkasse Südholstein para empréstimos deste tipo (ou seja, uma taxa de juro variável). Foi ainda acordada uma garantia hipotecária.

– Em 1999, as partes celebraram um acordo de alteração em que estipularam uma taxa de juro anual de 4,89 % por um período de dez anos, aplicável a partir de 1 de junho de 1999.

– Em 15 de abril de 2009, utilizando exclusivamente meios de comunicação à distância, as partes estipularam que, a partir de 1 de junho de 2009, a taxa de juro anual seria de 5,16 %, por um período adicional de dez anos. KH não foi informado sobre a existência de um direito de rescisão.

14 Esta data é com base nas informações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Importa referir que me parece ser anterior ao período de dez anos previsto no acordo de alteração de 25 de maio de 2004.

– Entre junho de 2009 e fevereiro de 2018, KH pagou 18 243,75 euros ao Sparkasse Südholstein no âmbito desse contrato. Além disso, em 30 de novembro de 2009, KH pagou ao Sparkasse Südholstein 12 euros a título de comissão de gestão de conta.

– Em 4 de novembro de 1999, a antecessora jurídica do Sparkasse Südholstein concedeu a KH um empréstimo no valor de 30 000 DM (aproximadamente 15 000 euros; a seguir «terceiro empréstimo»). Nos termos do contrato, o empréstimo deveria ser utilizado no âmbito de uma «participação de capital», tendo, no entanto, sido acordado que seria efetivamente um crédito pessoal. O empréstimo teria uma taxa de juro anual de 6,6 %, fixada para um período inicial de dez anos. Num prazo nunca inferior a seis semanas antes de 30 de novembro de 2008, qualquer uma das partes poderia encetar negociações quanto a um ajustamento da taxa de juro com efeitos a partir de 1 de dezembro de 2008. Na falta de acordo, seriam aplicáveis, a partir de 1 de dezembro de 2008, as «condições variáveis» tal como fixadas pelo Sparkasse Südholstein para empréstimos deste tipo (ou seja, uma taxa de juro variável). Foi ainda acordada uma garantia hipotecária.

– No final de 2008, utilizando exclusivamente meios de comunicação à distância, as partes celebraram um acordo relativo à taxa de juro posterior nos termos do qual, a partir de 1 de dezembro de 2008, o empréstimo teria uma taxa de juro de 4,87 % por um período de dez anos. O Sparkasse Südholstein não informou KH da existência de um direito de rescisão.

– Entre dezembro de 2008 e fevereiro de 2018, KH pagou um total de 8 328,33 euros ao Sparkasse Südholstein no âmbito desse contrato.

22. Em 2 de setembro de 2015, KH rescindiu os três acordos posteriores relativos à taxa de juro, celebrados em 2008, 2009 e 2010. Justificou a rescisão alegando que se tratava de contratos celebrados à distância e que o Sparkasse Südholstein dispunha de um sistema organizado de venda à distância. Por conseguinte, KH defende que tinha um direito de rescisão decorrente do § 495, n.º 1, BGB (na versão em vigor à data dos factos) ou, a título subsidiário, do § 312d, n.º 1, primeiro período, BGB (na versão em vigor à data dos factos).

23. KH intentou uma ação no Landgericht Kiel (Tribunal Regional de Kiel; a seguir «órgão jurisdicional de reenvio»), pedindo o reembolso das prestações dos juros e das amortizações pagas desde a celebração dos acordos de alteração ora rescindidos, bem como da comissão de gestão de conta paga, e o pagamento de uma indemnização pelos benefícios resultantes para a demandada.

24. Mais especificamente, KH pede ao órgão jurisdicional de reenvio que: 1) condene o Sparkasse Südholstein no pagamento de uma quantia de 37 285,38 euros, acrescida de juros; 2) declare que, na sequência da sua rescisão de 2 de setembro de 2015, já não há acordo sobre uma taxa de juro fixa relativamente ao segundo e terceiro empréstimos; 3) declare que, na sequência da sua rescisão de 2 de setembro de 2015, já não é obrigado a pagar prestações mensais relativas ao segundo e terceiro empréstimos e 4) declare que o Sparkasse Südholstein tem obrigação de lhe restituir todos os pagamentos efetuados entre o dia seguinte ao da audiência e a data em que a sentença transite em julgado relativamente ao segundo e terceiro empréstimos, acrescidos de juros, desde o seu depósito inicial na conta do empréstimo.

25. O Sparkasse Südholstein alega que KH não tinha um direito de rescisão e pede ao órgão jurisdicional de reenvio que julgue a ação improcedente.

26. O órgão jurisdicional de reenvio observa que a existência de um direito de rescisão depende da forma como deve ser interpretado o artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65. Para que o direito de rescisão previsto nos §§ 312b, n.º 1, e 312d, n.ºs 1 e 2, do BGB, que transpõem a Diretiva 2002/65, seja aplicável ao caso em apreço, as operações em causa devem ser abrangidas pelo conceito de contrato celebrado «ao abrigo de um sistema organizado de venda ou prestação de serviços à distância» (§ 312b, n.º 1, do BGB) interpretado em conformidade com a referida diretiva. Este conceito tem sido

objeto de interpretação divergente na jurisprudência nacional e na doutrina. Segundo a exposição de motivos que acompanha o projeto de lei nacional, os negócios celebrados com a utilização ocasional e algo aleatória de meios de comunicação à distância devem ser excluídos do âmbito de aplicação das disposições. Contudo, o Sparkasse Südholstein está em condições (no sentido de que dispõe de recursos humanos e materiais) para celebrar regularmente acordos de alteração e complementares à distância com os clientes existentes.

27. Além disso, o conceito de contrato de «prestação de serviços, incluindo serviços financeiros» (§ 312b, n.º 1, do BGB) também deve ser interpretado em conformidade com a Diretiva 2002/65. O Oberlandesgericht Frankfurt (Tribunal Regional Superior de Frankfurt, Alemanha) defendeu a este respeito que «a alteração das condições de um crédito já concedido não representa uma (nova e autónoma) prestação de serviços do banco. Pelo contrário, integra a concessão inicial do crédito. A existência de um contrato à distância pressupõe sempre a entrega de um bem ou a prestação de um serviço pelo operador comercial, pelo que não é suficiente que, nos termos do acordo celebrado, apenas o consumidor efetue uma prestação característica deste tipo de contrato». Contudo, o órgão jurisdicional de reenvio considera que os contratos que alteram as condições do empréstimo são abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2002/65.

28. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1. Um contrato através do qual é alterado um acordo de empréstimo apenas no que diz respeito ao montante dos juros estipulados (acordo complementar relativo à taxa de juro) constitui um contrato "celebrado […] ao abrigo de um sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo prestador", na aceção do artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65/CE, quando um banco com uma rede de filiais só celebra contratos de empréstimo relativos ao financiamento imobiliário, garantidos por hipoteca, nas suas instalações mas, no quadro de relações comerciais em curso, utiliza, por vezes exclusivamente, meios de comunicação à distância para celebrar contratos relativos à alteração de contratos de empréstimo já concluídos?

2. O conceito de "contrato relativo a serviços financeiros" na aceção do artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65/CE, inclui a modificação de um contrato de empréstimo existente, quando essa modificação diz respeito unicamente à taxa de juro estipulada (acordo complementar relativo à taxa de juro), sem prorrogar a duração do empréstimo nem alterar o seu montante?»

29. Foram apresentadas observações escritas por KH, pelo Sparkasse Südholstein, pelo Governo alemão e pela Comissão Europeia. Estas partes foram ouvidas na audiência de 4 de setembro de 2019.

Apreciação

Admissibilidade

30. O Sparkasse Südholstein alega que a primeira questão prejudicial é inadmissível porque não se refere à interpretação do direito da União, que é suficientemente clara, mas à sua aplicação aos factos do presente processo. Sustenta ainda que é evidente a correta aplicação ao presente processo das disposições do direito da União visadas pelas duas questões prejudiciais. Além disso, os factos apresentados pelo órgão jurisdicional de reenvio não são suficientes para permitir ao Tribunal de Justiça responder à primeira questão prejudicial.

31. O Tribunal de Justiça não tem competência, no âmbito do artigo 267.º TFUE, para se pronunciar sobre a aplicação do direito da União a casos concretos [15]. O processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE estabelece «uma cooperação estreita entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, assente numa repartição de funções entre eles, e constitui um instrumento graças ao qual o Tribunal de Justiça fornece aos órgãos jurisdicionais nacionais os elementos de interpretação do direito da União necessários para a solução dos litígios que lhes são submetidos». «Uma das características essenciais do sistema de cooperação judiciária estabelecido pelo artigo 234.º CE implica que o Tribunal de Justiça responda em termos abstratos e gerais a uma questão de interpretação do direito da União que lhe é submetida, competindo ao órgão jurisdicional de reenvio decidir da causa que é chamado a julgar, levando em conta a resposta do Tribunal de Justiça» [16].

32. Segundo jurisprudência constante, as questões relativas à interpretação do direito da União submetidas pelo juiz nacional no quadro regulamentar e factual que este define sob a sua responsabilidade, e cuja exatidão não compete ao Tribunal de Justiça verificar, gozam de uma presunção de pertinência. O Tribunal de Justiça só pode recusar pronunciar-se sobre um pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional se for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe são submetidas [17].

33. Resulta do pedido de decisão prejudicial que o órgão jurisdicional de reenvio pretende obter orientações do Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65. O órgão jurisdicional de reenvio explica que tal orientação é necessária para efeitos de aplicação do direito nacional, interpretado à luz da diretiva, ao processo que lhe foi submetido. Acrescento que — contrariamente ao afirmado pelo Sparkasse Südholstein — não considero que a resposta às questões formuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio seja «evidente», muito menos que seja desnecessário que o Tribunal de Justiça auxilie o juiz nacional através da interpretação das disposições aplicáveis do direito da União.

34. No que respeita à argumentação relativa às alegadas deficiências na apresentação factual do processo, é jurisprudência assente que o Tribunal de Justiça só pode recusar um pedido de decisão prejudicial apresentado por um órgão jurisdicional nacional quando não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe são submetidas [18]. Contudo, considero que a apresentação das circunstâncias de facto em que assentam as questões prejudiciais, tal como consta do despacho de reenvio, se afigura suficiente para o Tribunal de Justiça dar uma resposta útil a essas questões.

35. Por conseguinte, concluo que as questões prejudiciais são admissíveis.

15 Acórdão de 18 de dezembro de 1986, VAG France, 10/86, EU:C:1986:502, n.º 7.

16 Acórdão de 4 de fevereiro de 2010, Genc, C-14/09, EU:C:2010:57, n.ºs 30 e 31.

17 Acórdão de 19 de dezembro de 2019, Junqueras Vies, C-502/19, EU:C:2019:1115, n.º 55 e jurisprudência referida.

18 Acórdão de 16 de fevereiro de 2012, Varzim Sol, C-25/11, EU:C:2012:94, n.º 29.

Questões prejudiciais

Observações preliminares

36. A Diretiva 2002/65 faz parte de um quadro global instituído pelo legislador da União para a realização de um mercado integrado dos serviços financeiros e da sua comercialização à distância. Em especial, complementa a Diretiva 97/7 relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância que comportam a prestação de serviços financeiros.

37. A Diretiva 97/7 não define o conceito de «serviços financeiros» [19]. Contudo, nos termos do artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 2002/65, trata-se de «qualquer serviço bancário, de crédito, de seguros, de pensão individual, de investimento ou de pagamento».

38. Esta definição é formulada em termos latos e abrange uma série de produtos [20]. Da exposição de motivos que acompanha a proposta alterada resulta claramente que era essa a intenção do legislador da União: a proposta explica que «[a] definição dos serviços financeiros é simplificada em relação à proposta inicial; suprime-se qualquer referência às diretivas em vigor, com o objetivo de, por um lado, garantir que qualquer serviço financeiro suscetível de ser proposto a um consumidor possa ser coberto e, por outro, no sentido de evitar a subsistência de lacunas, resultado que decorreria da definição anterior» [21]. Resulta também da própria redação do artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 2002/65 que os serviços relativos ao «crédito», sob a forma de empréstimo, constituem serviços financeiros [22]. Correlativamente, tais serviços estão excluídos do âmbito de aplicação da Diretiva 97/7. É assim sem razão que KH alega que a Diretiva 97/7 seria aplicável ao caso em apreço.

39. Há que apreciar agora as questões prejudiciais. Afigura-se mais lógico inverter a ordem da sua abordagem.

Quanto à segunda questão prejudicial

40. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o conceito de «contrato relativo a serviços financeiros», na aceção do artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65, inclui um acordo que altera um contrato de empréstimo existente no que respeita à taxa de juro, sem prorrogar a duração do empréstimo nem alterar o seu montante.

41. Conforme o órgão jurisdicional de reenvio refere no seu despacho de reenvio, esta questão coloca-se, em substância, porque o artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2002/65 dispõe que, quando um contrato relativo a serviços financeiros compreende um acordo inicial de serviço seguido de operações sucessivas ou de uma série de operações distintas da mesma natureza, de execução continuada, as disposições da diretiva apenas são aplicáveis ao acordo inicial de serviço.

42. A celebração posterior de um acordo relativo à taxa de juro acarreta para o prestador (o mutuante) as obrigações previstas na Diretiva 2000/65? Ou está, portanto, isenta por força do artigo 1.º, n.º 2?

19 O anexo II da Diretiva 97/7, suprimido por força do artigo 18.º da Diretiva 2002/65, incluía uma lista não exaustiva de serviços financeiros: serviços de investimento, operações de seguros e resseguros, serviços bancários e serviços relativos a operações a prazo ou sobre opções.

20 Haentjens, M. e de Gioia-Carabellese, P., European Banking and Financial Law, Routledge, London and New York, 2015, p. 64.

21 Proposta alterada de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à comercialização à distância dos serviços financeiros junto dos consumidores e que altera as Diretivas 97/7/CE e 98/27/CE, COM 99 0385 final (JO 2000, C 177E, p. 21) (a seguir «proposta alterada de diretiva»).

22 V., igualmente, Conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo Kareda, C-249/16, EU:C:2017:305, n.º 41.

43. O Sparkasse Südholstein e o Governo alemão alegam que as disposições da Diretiva 2002/65 não se aplicam a um acordo posterior relativo à taxa de juro. Tal acordo apenas diz respeito à obrigação principal do consumidor ao abrigo de um contrato de empréstimo e não aos outros elementos constantes do mesmo. Um acordo relativo à taxa de juro não pode, portanto, ser considerado um contrato autónomo.

44. A Comissão e KH argumentam que o acordo posterior sobre taxas de juro é um «contrato relativo a serviços financeiros» ao qual se aplica a Diretiva 2002/65.

45. A Diretiva 2002/65 procede a uma harmonização completa das disposições nacionais, pelo que os seus termos devem ser objeto de uma interpretação comum a todos os Estados-Membros [23]. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, decorre da exigência de uma aplicação uniforme do direito da União que, na medida em que uma disposição deste não remeta para o direito dos Estados-Membros no que respeita a um conceito concreto, este último deve ser objeto, em toda a União Europeia, de uma interpretação autónoma e uniforme, que deve ser procurada tendo em conta o contexto da disposição e o objetivo prosseguido pela regulamentação em causa [24].

46. A interpretação uniforme no contexto da comercialização à distância de serviços financeiros permite evitar divergências entre os Estados-Membros. Isto é especialmente importante num domínio que tem um intrínseco caráter transnacional. Porém, as medidas adotadas para a realização do mercado interno não podem comprometer a defesa do consumidor. Pelo contrário, devem contribuir — conforme indica o primeiro considerando da Diretiva 2002/65 — para alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores no mercado. Estas regras comuns, ao conciliarem a exigência de reforço do mercado interno com a garantia de um elevado nível de proteção do consumidor, procuram assim aumentar a confiança do consumidor que estará mais inclinado para o comércio à distância [25]. A Diretiva 2002/65 tem por objetivo proporcionar aos consumidores uma proteção alargada, conferindo-lhes determinados direitos em matéria de contratos à distância, uma vez que a utilização de meios de comunicação à distância não deve conduzir a uma diminuição da informação prestada ao consumidor [26].

47. O artigo 2.º, alínea a), define o conceito de «contrato à distância» como «qualquer» contrato relativo a «serviços financeiros, celebrado entre um prestador e um consumidor, ao abrigo de um sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo prestador». O considerando 14 refere que a diretiva abrange «todos os serviços financeiros» que podem ser prestados à distância.

48. Estes textos sugerem que o conceito de «contrato à distância» a que se aplicam as disposições da Diretiva 2002/65 deve ser interpretado em sentido lato, uma vez que o artigo 2.º, alínea a), se refere a «*qualquer* contrato» e o considerando 14 a «*todos* os serviços financeiros». Esta abordagem é igualmente coerente com o objetivo de proteção da diretiva, que consiste em assegurar um elevado nível de defesa do consumidor.

49. O considerando 16 acrescenta que, ao elaborar a Diretiva 2002/65, o legislador da União estava ciente do facto de que um mesmo contrato que abranja operações sucessivas ou distintas da mesma natureza, de execução continuada, pode ser objeto de qualificações jurídicas diferentes nos diversos Estados-Membros. Os considerandos da diretiva fornecem algumas orientações sobre a forma como esses conceitos devem ser interpretados.

23 Acórdão de 11 de setembro de 2019, Romano, C-143/18, EU:C:2019:701, n.os 34 e 55.

24 Acórdão de 7 de setembro de 2017, Schottelius, C-247/16, EU:C:2017:638, n.º 31.

25 V. Conclusões do advogado-geral G. Pitruzzella no processo Romano, C-143/18, EU:C:2019:273, n.os 41 e 42.

26 O considerando 12 refere que as regras comuns nesta área devem ser adotadas «sem prejudicar a proteção geral do consumidor». V., igualmente, neste sentido e por analogia, Acórdão de 5 de julho de 2012, Content Services, C-49/11, EU:C:2012:419, n.º 36, um acórdão relativo à Diretiva 97/7.

50. Assim, os considerandos explicam que a diretiva se aplica «à primeira de uma série de operações sucessivas ou da mesma natureza, de execução continuada e que podem ser consideradas como formando um todo, independentemente de esta operação ou esta série de operações ser objeto de um contrato único ou de contratos distintos sucessivos» [27]. O conceito de «acordo inicial de serviço» é explicado através da apresentação de alguns exemplos, tais como «a abertura de uma conta bancária, a aquisição de um cartão de crédito» ou «a celebração de um contrato de gestão de carteira», ao passo que «o depósito de dinheiro numa conta bancária ou o levantamento de dinheiro de uma conta bancária, pagamentos efetuados por cartão de crédito» e «transações realizadas no âmbito de um contrato de gestão de carteira» são considerados «operações». No entanto, «[o] aditamento de novos elementos a um acordo inicial de serviço, como a possibilidade de usar um instrumento de pagamento eletrónico juntamente com a conta bancária existente, não constitui uma "operação", mas sim um contrato adicional a que se aplica a presente diretiva» [28].

51. Daqui decorre que o elemento-chave para a existência de um «contrato» na aceção do artigo 2.º, alínea a), é que deve haver um acordo entre as partes, ou seja, uma vontade comum. A Diretiva fornece algumas orientações, no considerando 15, sobre os elementos constitutivos de um «contrato», nomeadamente, a proposta, a negociação e a conclusão. Não obstante as definições de «contrato» e «acordo» poderem divergir ao abrigo da legislação nacional, afigura-se que o que é necessário para efeitos da Diretiva 2002/65 é a existência de uma proposta e de uma aceitação que conduzam a uma conjugação de vontades. Um «acordo» abrangido pelo âmbito de aplicação da diretiva é definido por contraposição a uma «operação». Uma «operação» é um ato que *executa* um acordo existente *sem acrescentar elementos em relação aos quais seria necessária uma nova conjugação de vontades*. No contexto de um contrato de empréstimo, uma «operação» abrangeria, assim, transações individuais, tais como pagamentos que reduzem o montante total em dívida [29].

52. No âmbito de um contrato de empréstimo, a «obrigação característica» é a própria concessão da quantia emprestada, ao passo que a obrigação do mutuário de reembolsar a referida quantia é a consequência da execução da prestação do mutuante [30]. O mutuante propõe uma quantia de dinheiro disponibilizada a título de empréstimo. Além do montante emprestado, os outros elementos-chave do contrato necessários para se chegar a um acordo são a estrutura e o prazo de reembolso e a taxa de juro. Uma questão fundamental para o eventual mutuário é saber se deve optar por uma taxa de juro fixa ou variável. Um consumidor muito avesso ao risco seria mais propenso a optar por uma taxa de juro fixa, enquanto um consumidor com uma menor aversão ao risco poderia optar por uma taxa de juro variável. Nos casos em que o consumidor opta por uma taxa de juro fixa, é por vezes acordado que, após um determinado período de tempo, a taxa de juro será renegociada entre as partes. Foi o que aconteceu no processo principal. Conforme referido pelo órgão jurisdicional de reenvio e confirmado pelo Sparkasse Südholstein nas suas observações escritas, os três contratos de empréstimo incluíam uma cláusula análoga, prevendo que, num prazo de seis a duas semanas antes do termo do período para o qual a taxa de juro tinha sido fixada, qualquer uma das partes poderia pedir a sua renegociação. Se, após esse período, não se tivesse chegado a acordo quanto a um ajustamento, seria aplicada uma taxa de juro variável, tal como estipulada pelo Sparkasse Südholstein para o tipo de empréstimo em questão.

53. Ao que tudo indica, a taxa de juro foi renegociada entre as partes mediante a apresentação de uma nova proposta pelo banco. Caso não se chegasse a acordo, as condições contratuais iniciais não iriam sofrer alterações. Ora, verificaram-se alterações substanciais. Concretamente, a taxa de juro que era fixa passou a ser variável. O novo acordo não era, portanto, apenas uma «operação» cujos elementos se encontravam abrangidos pelo acordo anterior, mas um novo acordo relativo à taxa de juro, para o

27 Considerando 16.

28 Considerando 17.

29 V. Linaritis, I., «The access to financial services through the Internet: in light of Directives 2002/65/EC, 2000/31/EC, 1999/93/EC» (in Greek), Sakkoulas, Athens, Thessaloniki, 2005, p. 119.

30 Acórdão de 15 de junho de 2017, Kareda, C-249/16, EU:C:2017:472, n.º 41.

qual era necessária uma nova conjugação de vontades. Uma das partes tomou a iniciativa de encetar as negociações e foram discutidas as eventuais taxas de juro. As partes podiam chegar a acordo sobre uma nova taxa de juro fixa ou optar por uma taxa de juro variável. Esta segunda possibilidade funcionava como um acordo por defeito.

54. Contrariamente ao que o Sparkasse Südholstein e o Governo alemão alegam, o facto de outros elementos do empréstimo, tais como o montante e a sua duração, não terem sido alterados pelo acordo posterior relativo à taxa de juro, não significa que este acordo tenha sido apenas uma «operação», à qual não se aplicam as disposições específicas da Diretiva 2002/65. Tal interpretação limitaria excessivamente o âmbito de aplicação de uma diretiva concebida para abranger «qualquer contrato» relativo a serviços financeiros (artigo 2.º, alínea a)). Nada na Diretiva 2002/65 indica que, para que as suas disposições sejam aplicáveis, um acordo de alteração deve modificar todos ou a maior parte dos elementos do contrato anterior. Quando um elemento-chave do acordo abrangido pelo contrato inicial chega ao seu termo e é renegociado, e se após a celebração de um novo acordo (ou de um acordo por defeito) forem aplicáveis novas cláusulas, o consumidor deve beneficiar de todas as informações necessárias para dar o seu consentimento, conforme previsto na Diretiva 2002/65.

55. O Sparkasse Südholstein e o Governo alemão alegam ainda que, numa relação contratual, o contrato de empréstimo inicial e as posteriores alterações que modificam a taxa de juro devem ser considerados no seu conjunto, no sentido de formar um único contrato. O Sparkasse Südholstein refere-se a um Despacho do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha), de 15 de janeiro de 2019, no qual este decidiu que nos casos de «Unechte Abschnittsfinanzierung» [31] um acordo relativo à taxa de juro não constitui um contrato distinto, fazendo antes parte do contrato de empréstimo. Assim, o consumidor só tem um direito de rescisão em relação ao contrato de empréstimo inicial e não em relação aos acordos posteriores relativos à taxa de juro.

56. Esta decisão foi, tanto quanto sei, baseada puramente em considerações de direito nacional. Contudo, conforme já referi anteriormente (no n.º 45), a Diretiva 2002/65 procede a uma harmonização completa das disposições nacionais, pelo que os seus termos devem ser objeto de uma interpretação comum a todos os Estados-Membros [32]. O facto de um determinado ordenamento jurídico nacional qualificar um acordo posterior relativo à taxa de juro como parte integrante do contrato de empréstimo inicial não tem, portanto, qualquer incidência na interpretação do conceito de «contrato à distância» previsto no artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65 e das «operações» a que as disposições da diretiva não se aplicam por força do seu artigo 1.º, n.º 2. Apenas determinadas «operações» são expressamente excluídas pela diretiva da aplicação das suas disposições; e um acordo relativo à taxa de juro celebrado no termo do acordo inicial sobre a taxa de juro constitui, pelas razões que indiquei [33], um novo «contrato relativo a serviços financeiros».

57. Por conseguinte, concluo que o conceito de «contrato relativo a serviços financeiros», na aceção do artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65, deve ser interpretado no sentido de que inclui um acordo celebrado posteriormente relativo à taxa de juro que não prorroga a duração do empréstimo nem altera o seu montante. Um tal acordo não constitui uma «operação», na aceção do artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2002/65, pelo que lhe são aplicáveis as disposições da referida diretiva.

31 Em tradução literal, a frase terá o sentido de «subdivisão fictícia do cronograma de pagamento».

32 Acórdão de 11 de setembro de 2019, Romano, C-143/18, EU:C:2019:701, n.os 34 e 55.

33 V. n.os 47 a 53, *supra*.

Quanto à primeira questão prejudicial

58. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se numa situação em que um banco só celebra determinados tipos de contratos de empréstimo nas suas instalações comerciais, mas por vezes celebra posteriormente contratos relativos à alteração de contratos de empréstimo recorrendo exclusivamente a meios de comunicação à distância, existe um «sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo prestador», na aceção do artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65.

59. A definição de «contrato à distância» constante do artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65 é inspirada na do artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 97/7 [34]. Caracteriza-se por dois elementos-chave. O primeiro elemento consiste na ausência da presença física e simultânea das duas partes contratantes — o prestador e o consumidor — na elaboração e no momento da celebração dos contratos à distância. O segundo elemento consiste no facto de estas operações serem realizadas no âmbito de um sistema de venda ou prestação de serviços à distância, organizado pelo prestador, utilizando exclusivamente meios de comunicação à distância [35].

60. No que diz respeito ao primeiro elemento, há que salientar que a definição de «contrato à distância» implica apenas a utilização exclusiva, para esse contrato, de um meio de comunicação à distância. Entende-se por «meio de comunicação à distância», conforme definido pela Diretiva 2002/65, «qualquer meio que possa ser utilizado, sem a presença física e simultânea do prestador e do consumidor, para a comercialização à distância de um serviço entre essas partes». Esta definição é ampla e inclui qualquer meio de comunicação sem a presença física e simultânea das duas partes, tais como telefones, correio eletrónico, correio postal, fax, etc. Todas as etapas necessárias para a celebração do contrato devem ser realizadas através da utilização exclusiva de um meio de comunicação à distância [36]. Concordo com a abordagem defendida pela doutrina segundo a qual o facto de, antes do momento da celebração, ter havido algum contacto presencial entre o prestador e o consumidor para outros fins *que não* a proposta, a negociação e a conclusão do contrato não deve, por si só, impedir que o contrato seja qualificado como contrato à distância [37].

61. O órgão jurisdicional de reenvio afirma que os acordos relativos à taxa de juro que modificam os acordos iniciais em causa no processo principal foram celebrados com a utilização exclusiva de meios de comunicação à distância. Tal afigura-se pacífico entre as partes.

62. O que é controvertido é saber se o Sparkasse Südholstein dispunha de um «sistema organizado de venda ou prestação de serviços à distância». Esta expressão não encontra definição na diretiva. O considerando 18 fornece alguma orientação na medida em que explica que o objetivo deste requisito é excluir do âmbito de aplicação da diretiva «as prestações de serviços efetuadas numa base estritamente ocasional e fora de uma estrutura comercial cuja finalidade seja celebrar contratos à distância» [38].

63. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio fazer a necessária constatação de facto quanto aos métodos exatos utilizados pelo Sparkasse Südholstein para celebrar os acordos de alteração relativos à taxa de juro. O Tribunal de Justiça é, no entanto, competente para fornecer orientações sobre a interpretação do conceito de «sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo prestador», na aceção da Diretiva 2002/65.

34 V. Exposição de motivos que acompanha a proposta alterada de diretiva.

35 V. Considerandos 15 e 18 e artigo 2.º, alíneas a) e e) da Diretiva 2002/65. V., igualmente, por analogia, Conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo Handelsgesellschaft Heinrich Heine, C-511/08, EU:C:2010:48, n.º 27.

36 V., a este respeito, artigo 2.º, alínea e), da Diretiva 2002/65. V., igualmente, Yonge, W., «The distance marketing of consumer financial services directive», Journal of Financial Services Marketing, vol. 8, 2003, p. 80.

37 Fisher, J., Bewsey, J., Waters, M., Ovey, E., The Law of Investor Protection, Sweet & Maxwell, London, 2ª ed., 2003, p. 247.

38 V., igualmente, Exposição de motivos que acompanha a proposta alterada de diretiva.

64. Decorre da própria redação do artigo 2.º, alínea a), que um tal sistema deve preencher determinados critérios. Em primeiro lugar, deve ser «organizado». Isto significa que o prestador deve estar preparado, no sentido de dispor de uma estrutura comercial, incluindo recursos humanos e materiais, para celebrar contratos sem a presença física e simultânea do prestador e do consumidor. Em segundo lugar, deve ser «organizado pelo prestador». É o prestador que define o quadro para propor ao consumidor a celebração de contratos à distância. Em terceiro lugar, a sua utilização deve ser «exclusivamente» para o contrato em questão «até ao momento da celebração do contrato, inclusive». Por conseguinte, deve abranger todas as fases do contrato previstas pela Diretiva 2002/65, nomeadamente a proposta, a negociação e a conclusão do contrato. Em quarto lugar, não deve ser «estritamente ocasional». A celebração de um contrato relativo a serviços financeiros sem a presença física e simultânea das partes não deve ocorrer «excecionalmente», «raramente» ou «irregularmente». Pelo contrário, deve ser uma possibilidade ou opção relativamente normal na celebração de contratos. O considerando 18 associa este quarto elemento ao primeiro, que consiste na existência de um «sistema organizado» em termos de estrutura comercial, recursos humanos e materiais. É difícil imaginar um prestador que tenha envidado esforços para criar uma estrutura que permita a celebração de contratos à distância, apenas utilizar esta estrutura numa base «estritamente ocasional».

65. Na minha opinião, se o sistema foi concebido para que tudo se possa realizar à distância, então trata-se de um sistema organizado de prestação de serviços à distância[39]. Não está em causa exigir que a celebração de contratos à distância seja «frequente» ou «sistemática», ou que constitua a regra geral para a maioria dos contratos, ou para contratos de um determinado tipo, celebrados pelo prestador. Tal interpretação é incompatível com a redação da Diretiva 2002/65, que não faz qualquer referência a um determinado grau de «frequência», mas sim a um comportamento que não seja « *estritamente* ocasional» (o sublinhado é meu). Tal seria igualmente contrário ao objetivo de proteção prosseguido pela diretiva, uma vez que limitaria o seu âmbito de aplicação para além do que está expressamente previsto na sua redação. Pelas mesmas razões rejeito o argumento do Sparkasse Südholstein segundo o qual o prestador deveria «dar a entender», por exemplo através do seu sítio na Internet, que dispõe de um sistema geral de transações à distância. Parece-me ser igualmente irrelevante o critério proposto pelo Governo alemão segundo o qual deve haver uma «escolha estratégica» por parte do prestador para criar uma estrutura para a celebração de contratos à distância. A Diretiva 2002/65 não prevê a apreciação subjetiva do prestador, mas sim a realidade objetiva: o prestador dispõe, de facto, de um «sistema organizado de venda ou prestação de serviços à distância»?

66. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar os factos com base nesses critérios e determinar se existia, no presente processo, um «sistema organizado de venda ou prestação de serviços à distância». As informações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio indicam que o Sparkasse Südholstein dispunha dos recursos humanos e materiais para poder celebrar regularmente acordos de alteração e complementares à distância com os clientes existentes. Como o próprio Sparkasse Südholstein explicou na audiência, é mais conveniente para o cliente celebrar um contrato à distância, quando não está próximo da sede do banco. Isto significa que é possível celebrar à distância acordos posteriores relativos à taxa de juro sempre que se prevê um acordo deste tipo. Saber se é o que realmente acontece pode ser uma questão de ordem prática. Portanto, é plausível considerar que o Sparkasse Südholstein dispõe de um sistema de prestação de serviços organizado para efeitos de celebração de acordos posteriores relativos à taxa de juro.

67. O facto de o Sparkasse Südholstein celebrar determinados tipos de contratos de empréstimo exclusivamente nas suas instalações comerciais ou de os contratos de empréstimo iniciais com KH terem sido celebrados com a presença física e simultânea das partes não afeta esta conclusão. A Diretiva 2002/65 não exige, no quadro de uma relação comercial global entre o prestador e o consumidor, que a relação seja conduzida na sua totalidade à distância. Quando existe uma sequência

39 V., igualmente, neste sentido, Van Huffel, M., «La Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs», Euredia, vol. 3, 2003, p. 363.

de «contratos» distintos, como é o caso dos contratos de empréstimo iniciais e dos acordos posteriores relativos à taxa de juro no presente processo, resulta da redação do artigo 2.º, alínea a) [segundo o qual o prestador deve utilizar «para *esse* contrato» (o sublinhado é meu) exclusivamente meios de comunicação à distância] que é o *contrato específico em causa* que deve ser celebrado «à distância» para que sejam aplicáveis as disposições da Diretiva 2002/65.

68. Por conseguinte, concluo que estamos perante um «sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo prestador» na aceção do artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65, sempre que um prestador utilize exclusivamente meios de comunicação à distância para celebrar um acordo posterior relativo à taxa de juro, num quadro por ele definido em termos da sua estrutura comercial, incluindo recursos humanos e materiais, que não seja estritamente ocasional e que lhe permita celebrar contratos sem a presença física e simultânea das partes. Cabe ao órgão jurisdicional nacional, que tem competência exclusiva para apreciar a matéria de facto, determinar as características de cada processo, e se essas características estão presentes num caso específico.

Conclusão

69. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões submetidas pelo Landgericht Kiel (Tribunal Regional de Kiel, Alemanha) da seguinte forma:

– O conceito de «contrato relativo a serviços financeiros», na aceção do artigo 2.º, alínea a), da 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 as Diretivas 90/619/CEE do Conselho, 97/7/CE e 98/27/CE, deve ser interpretado no sentido de que inclui um acordo celebrado posteriormente relativo à taxa de juro que não prorroga a duração do empréstimo nem altera o seu montante. Um tal acordo não constitui uma «operação» na aceção do artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2002/65, pelo que lhe são aplicáveis as disposições da referida diretiva.

– Estamos perante um «sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo prestador» na aceção do artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/65, sempre que um prestador utilize exclusivamente meios de comunicação à distância para celebrar um acordo posterior relativo à taxa de juro, num quadro por ele definido em termos da sua estrutura comercial, incluindo recursos humanos e materiais, que não seja estritamente ocasional e que lhe permita celebrar contratos sem a presença física e simultânea das partes. Cabe ao órgão jurisdicional nacional, que tem competência exclusiva para apreciar a matéria de facto, determinar as características de cada processo, e se essas características estão presentes num caso específico.