

Versão anonimizada

Tradução

C-776/19 - 1

Processo C-776/19

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

22 de outubro de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Tribunal de grande instance de Paris (Tribunal de primeira instância de Paris (França))

Data da decisão de reenvio:

1 de outubro de 2019

Demandantes:

VB

WA

Demandada:

BNP Paribas Personal Finance SA

**TRIBUNAL
DE GRANDE
INSTANCE
DE PARIS**

[Omissis] **DECISÃO INTERLOCUTÓRIA**

Proferida na terça-feira, 1 de outubro de 2019

[Omissis]

DEMANDANTES

PT

VB

[*Omissis*] PARIS

WA

[*Omissis*]PARIS

[*Omissis*]

DEMANDADA

S.A. BNP PARIBAS PERSONAL FINANCE

[*Omissis*] PARIS

[*Omissis*] [*Omissis*]

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

[*Omissis*]

Nos termos de uma proposta emitida em 19 de junho de 2009, cuja aceitação não foi contestada, VB e WA contraíram na sociedade BNP Paribas Personal Finance um primeiro empréstimo imobiliário no montante de 425.525,61 francos suíços, designado «Helvet Immo», com uma duração inicial de 25 anos, destinado à compra de um apartamento para arrendamento.

O contrato [*omissis*] precisava que o crédito era financiado por um empréstimo subscrito em francos suíços pela mutuante nos mercados internacionais de divisas, que «*vos permite beneficiar da taxa de juros definida no presente contrato*». Mencionava também que o crédito era gerido simultaneamente em francos suíços (moeda de conta) e em euros (moeda de pagamento), com a criação de duas contas internas, uma em euros e outra em francos suíços. Relativamente às «operações cambiais», previa-se [*omissis*] que «*não se tratando de uma operação de crédito internacional, os vossos pagamentos relativos a este empréstimo só podem ser efetuados em euros para reembolso em francos suíços*». [*Omissis*] O contrato também previa que o montante do crédito, incluindo as despesas de câmbio, era fixado com base numa taxa de câmbio de 1 euro para 1,5096 francos suíços. O contrato enumerava as operações de câmbio a efetuar, incluindo, em caso de incumprimento do mutuário, a possibilidade de o mutuante substituir unilateralmente o franco suíço pelo euro [*omissis*], e indicava que o montante das despesas cambiais seria de 1,50% em cada operação.

O montante inicial do reembolso, nos primeiros 34 meses, era de 1.033,91 euros, e posteriormente de 1.695,49 euros durante os 266 meses seguintes – dependendo a amortização da evolução da paridade euro/franco suíço, precisando o contrato que, se a operação de câmbio implicasse um montante inferior à prestação vencida em francos suíços, a amortização do empréstimo seria «*menos rápida*», e a eventual

parte do capital não amortizado seria inscrita no saldo devedor e que, no caso contrário, o reembolso do crédito seria mais rápido. Se o montante das prestações vencidas não permitisse pagar a totalidade do saldo na duração inicial do empréstimo acrescida de cinco anos, as prestações de reembolso seriam aumentadas para permitir esse pagamento, no limite do índice dos preços ao consumo do INSEE nos cinco anos precedentes. Se, no termo do quinto ano de prorrogação, subsistisse um saldo devedor, os pagamentos deviam continuar até ao reembolso completo.

A taxa de juro, inicialmente fixada em 4,1%, podia ser revista de cinco em cinco anos, segundo uma fórmula *[omissis]* composta de uma parte fixa de 2,25% e outra parte igual à média mensal da taxa de SWAP de francos suíços a cinco anos relativa ao mês precedente.

O contrato previa a possibilidade de o mutuário optar, no momento da revisão quinquenal da taxa de juro, por uma moeda de conta em euros, escolhendo uma taxa fixa em euros, baseada na taxa média mensal dos empréstimos do Estado a longo prazo acrescida de 2,35%, ou de 2,55% ou mesmo de 2,65% consoante o prazo de amortização restante, ou escolhendo uma taxa variável em euros, sendo essa taxa baseada numa parte fixa (2,35%) e outra parte na média mensal do EURIBOR.

Estavam anexadas ao contrato duas simulações, uma relativa ao impacto de uma subida ou de uma descida de 2 pontos da taxa de juro que pudesse ocorrer a partir da 61.^a prestação sobre o montante dos reembolsos, a duração e o custo total do crédito, e a segunda, designada «*informações relativas às operações cambiais que serão realizadas na gestão do vosso crédito*», simulava as variações destes mesmos elementos na hipótese de uma apreciação do euro em relação ao franco suíço (1 euro para 1,5896 francos suíços) e de uma depreciação do euro (1 euro para 1,4296 francos suíços).

Na sequência de um inquérito judicial (inquérito penal confiado a um juiz de instrução), a sociedade BNPPF foi acusada no tribunal correctionnel (tribunal correcional) de práticas comerciais enganosas.

Em 22 de fevereiro de 2018, VB e WA promoveram a citação, através de um oficial de justiça, da sociedade BNP Paribas para uma ação intentada no presente tribunal, invocando, além do mais, o caráter abusivo das cláusulas contratuais que instituíam o mecanismo financeiro do contrato de empréstimo.

Por despacho de 23 de janeiro de 2019, o juiz-relator do processo *[omissis]* ordenou a suspensão da instância até decisão definitiva do processo penal.

Tendo-lhe sido apresentado um pedido de suspensão da instância enquanto se aguardavam várias decisões da Cour de cassation, o juiz-relator suscitou a possibilidade de serem submetidas questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Nos termos do seu último articulado notificado *[omissis]* em 20 de maio de 2019, VB e WA pedem ao tribunal [que submeta ao Tribunal de Justiça da União Europeia uma série de questões prejudiciais nos termos do artigo 267.º TFUE]

[Omissis] *[OMISSIS]* *[OMISSIS]* [questões prejudiciais sugeridas pelos demandantes no processo principal]

Nos termos do seu último articulado notificado *[omissis]* em 20 de maio de 2019, a sociedade BNPPF pede ao tribunal que *[omissis]*:

- *Decida que não há necessidade de proceder ao reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia;*

- *Em consequência, indefira o pedido de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia formulado por VB e WA;*

[Omissis] *[Omissis]*

FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE REENVIO:

[Omissis] [considerações relativas à tramitação processual nacional]

Quanto às questões prejudiciais

A. Direito da União pertinente - generalidades

Em matéria de cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, nos termos da Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, transposta para o direito francês, à data do contrato, pelo artigo L. 132-1 do *code de la consommation* (código do consumo), o princípio da efetividade do direito da União impõe que o órgão jurisdicional examine oficiosamente o possível caráter abusivo de uma cláusula contratual [TJUE, Acórdão de 4 de junho de 2009, *Pannon*, processo C-243/08 (n.º 35)], o que é a tradução de um princípio mais geral de direito do consumo da União [TJUE, Acórdão de 21 de abril de 2016, *Radlinger*, processo C-377/14], que se opõe a qualquer mecanismo processual que obste à aplicação efetiva das disposições de proteção do consumidor, como, por exemplo, a caducidade [v. por exemplo, TJUE, Acórdão de 21 de novembro de 2002, *Cofidis c/ Frédout*, processo C-473/00].

O artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13 precisa, todavia, que «*[a] avaliação do caráter abusivo das cláusulas não incide nem sobre a definição do objeto principal do contrato nem sobre a adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida, por outro, desde que essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível.*»

No que respeita à apreciação do objeto essencial do contrato, em matéria de contratos de empréstimos indexados e/ou reembolsáveis em moeda estrangeira, o

Tribunal de Justiça precisou, por um lado, que a exceção ao mecanismo de fiscalização de cláusulas abusivas prevista no artigo 4.º, n.º 2, da diretiva deve ser interpretada de forma estrita (TJUE, Acórdão de 30 de abril de 2014, *Kasler e outros c/ OTP Jelzalogbank Zrt*, processo C-26/13, n.º 42), e, por outro, que:

«57) No caso vertente, importa além disso indicar que, dado que é limitada à adequação do preço e da remuneração, por um lado, aos serviços ou aos bens a fornecer em contrapartida, por outro, a exclusão da apreciação do caráter abusivo de uma cláusula não pode ser aplicada se for posta em causa uma assimetria entre o valor do câmbio de venda da divisa estrangeira, que deve ser utilizado em aplicação desta cláusula para o cálculo dos reembolsos, e o valor do câmbio de compra desta divisa, que deve ser utilizado em aplicação de outras cláusulas do contrato de mútuo para o cálculo do montante do empréstimo disponibilizado.

58) De resto, esta exclusão não pode ser aplicada a cláusulas que, como a cláusula III/2, se limitam a determinar, para o cálculo dos reembolsos, o valor do câmbio de conversão da divisa estrangeira em que o contrato de mútuo é expresso, sem que, no entanto, seja prestado qualquer serviço de câmbio pelo mutuante, quando do referido cálculo, e, portanto, não comportam uma «remuneração» cuja adequação, enquanto contrapartida de uma prestação efetuada pelo mutuante, não pode ser objeto de uma apreciação do seu caráter abusivo ao abrigo do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13.»

No processo *Andriciuc* (TJUE, Acórdão de 20 de setembro de 2017, processo C-186/16), precisou-se que, pelo contrário, a cláusula que previa que o empréstimo devia ser reembolsado na mesma divisa estrangeira em que foi concedido (n.º 40) se incluía, em princípio, no objeto principal do contrato, dado que se tratava de um contrato de empréstimo em francos suíços reembolsável em francos suíços.

No que respeita ao caráter «*claro e compreensível*» de uma cláusula, o Tribunal de Justiça precisou, nomeadamente, [TJUE, Acórdão de 20 de setembro de 2018, *OTP Bank c/ Ilyes e Kiss*, processo C-51/17, n.º 78] que:

«Tendo em conta o que precede, há que responder à terceira questão que o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que a exigência segundo a qual uma cláusula contratual deve ser redigida de maneira clara e compreensível obriga as instituições financeiras a prestar aos mutuários informações suficientes que os habilitem a tomar decisões prudentes e fundamentadas.

A este respeito, esta exigência implica que uma cláusula relativa ao risco cambial seja compreendida pelo consumidor, tanto nos planos formal e gramatical como quanto ao seu alcance concreto, no sentido de que um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, possa não só ter consciência da possibilidade de depreciação da moeda nacional face à divisa estrangeira em que o mútuo foi denominado, mas também avaliar as

consequências económicas, potencialmente significativas, dessa cláusula para as suas obrigações financeiras.» (sublinhado nosso)

No que respeita à sanção, o artigo 6.º da diretiva dispõe que: «*Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.»*

No que respeita ao ónus da prova do cumprimento das obrigações do profissional, o Tribunal de Justiça precisou, em matéria de crédito ao consumo, que tal ónus incumbia ao profissional e não ao consumidor (v. TJUE, Acórdão de 18 de dezembro de 2014, *Crédit Agricole Consumer Finance c/ Bakkaus*, processo C-449/13).

Para clareza da exposição, o direito da União e o direito nacional pertinentes serão objeto de uma análise mais detalhada relativamente a cada uma destas questões.

B. Quanto à prescrição suscitada pela sociedade BNP Paribas e às questões conexas

A sociedade demandada invoca [omissis] que os pedidos dos mutuários estão «manifestamente prescritos», e que, por conseguinte, não há que suscitar questões prejudiciais.

É, portanto, necessário examinar esta questão e eventualmente submetê-la também ao Tribunal de Justiça antes das outras.

1. Exposição dos elementos do direito da União e do direito nacional pertinentes

No direito da União, a questão da conformidade dos prazos eventualmente impostos ao consumidor foi abordada, nomeadamente, no Acórdão de 21 de novembro de 2002, *Cofidis c/ Frédout*, processo C-473/00, no qual o Tribunal de Justiça declarou (n.º 36) que «*uma disposição processual que, findo um prazo de caducidade, impede o juiz nacional de conhecer, oficiosamente ou na sequência de exceção suscitada pelo consumidor, o carácter abusivo de uma cláusula cuja execução é pedida pelo profissional é suscetível de dificultar excessivamente, nos litígios em que os consumidores são demandados, a proteção que a diretiva tem por fim conferir-lhes.»*

No Acórdão de 29 de outubro de 2015 (*BBVA S.A. c/ Lopez*, processo C-8/14), o Tribunal de Justiça declarou que, embora a existência de um prazo de preclusão para permitir ao consumidor invocar o carácter abusivo de uma cláusula contratual no quadro de um processo de penhora imobiliária não fosse em si mesma contrária ao direito da União,

«39)...há que salientar que a disposição transitória controvertida, na parte em que prevê que o prazo de preclusão começa a contar, no caso vertente, sem que os consumidores em causa sejam informados pessoalmente da possibilidade de poderem invocar um fundamento novo de oposição no quadro de um processo de execução já instaurado antes da entrada em vigor da referida lei, não é de molde a garantir o pleno gozo desse prazo e, portanto, o exercício efetivo do novo direito reconhecido pela alteração legislativa em causa.

40) Com efeito, tendo em conta a tramitação, a especificidade e a complexidade do processo, bem como a legislação aplicável, existe um risco significativo de que o referido prazo expire sem que os consumidores em causa possam invocar efetiva e utilmente os seus direitos pela via judicial em razão, designadamente, do facto de ignorarem ou não se aperceberem, na realidade, do alcance exato desses direitos.»

Além disso, a Grande Secção do Tribunal de Justiça, no Acórdão de 21 de dezembro de 2016 no processo *Naranjo e outros c/ Cajasur Banco e outros*, C-154/15), examinou a jurisprudência do *Tribunal Supremo* espanhol que limitou no tempo, por razões deduzidas do princípio da segurança jurídica, os efeitos da declaração do caráter abusivo de uma cláusula contida em numerosos contratos de empréstimos hipotecários, de modo que os pagamentos efetuados antes da data da sua decisão não podiam ser contestados. A Grande Secção considerou que essa regra jurisprudencial, que distinguiu de um prazo de prescrição «razoável», era contrária ao direito da União, porque levava a que os consumidores, contrariamente aos termos da diretiva, ficassem vinculados pela cláusula, apesar de esta ter sido declarada abusiva (v. n.ºs 70 a 75).

Em direito nacional, a sociedade demandada invoca [omissis] diversas decisões deste tribunal e da Cour d'appel de Paris, que aplicaram, nas ações intentadas pelo mutuário, a prescrição de cinco anos prevista no artigo 2224.º do Código Civil, e que estabeleceram a contagem do prazo de prescrição a partir da data da aceitação da proposta de empréstimo, de modo que os pedidos que lhes tinham sido apresentados estavam prescritos.

No entanto, relativamente à aplicabilidade da prescrição aos pedidos formulados com base na diretiva, a Primeira Secção Cível da Cour de cassation proferiu recentemente a seguinte decisão (1ª Civ., 13 de março de 2019, recurso n.º 17-23.169[omissis])

« - **Quanto à prescrição:**

[Omissis] [Omissis]

Mas atendendo a que a Cour d'appel considerou acertadamente que o pedido de que as cláusulas controvertidas fossem consideradas não escritas não equivalia a um pedido de declaração de nulidade, de modo que tal pedido não estava sujeito à prescrição de cinco anos; [Omissis]

No entanto, o acórdão não tratou da eventual prescrição dos pedidos de restituição de juros recebidos em excesso em aplicação da cláusula declarada abusiva, de modo que, mesmo que esta jurisprudência viesse a vingar, não regularia inteiramente a questão. [Omissis] Relativamente ao início da contagem do prazo de prescrição, a jurisprudência noutros domínios é mais flexível: assim, uma jurisprudência antiga da Primeira Secção Cível admite que, em matéria de incumprimento do dever de advertência que incumbe ao banqueiro, o prazo possa só começar a correr quando se manifestem as primeiras dificuldades de reembolso (1ª Civ., 9 de julho de 2009, recurso n.º 08-10.820, Bull. 2009, I, n.º 172). A jurisprudência recente da Secção Comercial, em matéria de dever de aconselhamento, estabelece esta regra de modo mais claro a propósito dos empréstimos *in fine*, isto é, dos empréstimos em que o capital é reembolsável no fim da vida dos mesmos. (v. Com., 6 de março de 2019, recurso n.º 17-22.668[omissis]; Com., 13 de fevereiro de 2019, recurso n.º 17-14.785[omissis]). [Omissis] 2. Questões colocadas pelo tribunal.

Relativamente ao interesse destas questões para a solução do litígio, o mesmo é evidente, dado que o contrato de empréstimo foi celebrado em 2008, de modo que se, por um lado, for aplicável a prescrição e, por outro, o prazo de prescrição de cinco anos correr a partir da celebração do contrato, os pedidos estão prescritos, por terem sido apresentados pelo ato de citação de 13 de outubro de 2016.

A primeira questão refere-se à compatibilidade de um prazo de prescrição com o princípio da efetividade do direito da União, quando o demandante é um consumidor: certas decisões indicam que a existência de um prazo de prescrição não é em si mesma incompatível com o direito da União, ao mesmo tempo que consideram inválido o dispositivo face aos factos do caso concreto (*BBVA c/Lopez*, C-8/14); porém, tanto o Acórdão *Cofidis* (C-473/00) como o Acórdão da Grande Secção *Naranjo* (C-154/15) sublinham as dificuldades que a existência de tais prazos pode colocar a um consumidor pouco avisado dos seus direitos, tanto do ponto de vista da efetividade do direito da União como do princípio estabelecido pela diretiva de que os consumidores não podem ser vinculados por cláusulas abusivas.

Além disso, a distinção entre os casos em que o consumidor é demandante e os casos em que é demandado, embora tradicional, está sujeita a reservas, dado que, se o consumidor deixa de pagar as prestações vencidas, ou por vontade própria ou pela incapacidade real de fazer face às suas dívidas, será alvo de um outro processo ou de um pedido reconvenicional.

Deve, por isso, suspender-se a instância e submeter o Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão:

Primeira questão: A Diretiva 93/13, interpretada à luz do princípio da efetividade, opõe-se, num contexto como o do processo principal, à aplicação das normas de prescrição nos casos seguintes: (a) para a declaração do carácter abusivo de uma cláusula; (b) para eventuais restituições; (c) quando o

consumidor é o demandante, e (d) quando o consumidor é o demandado, inclusivamente num pedido reconvenicional?

A segunda questão só se coloca no caso de resposta negativa à totalidade ou parte da primeira questão. Se a prescrição for aplicável numa destas configurações, coloca-se então a questão do início da contagem do seu prazo, tendo nomeadamente em vista as decisões invocadas pela sociedade BNP Paribas que fixam este início na data da assinatura do contrato.

Com efeito, tratando-se de um contrato com uma duração inicial de 25 anos, e sendo o prazo de prescrição no direito francês de 5 anos, poderia existir o risco de que os mutuários não tivessem, por um lado, consciência dos seus direitos e, por outro, consciência da própria existência de uma dificuldade com a taxa de câmbio se esta se mantivesse estável durante os primeiros anos e se degradasse, por exemplo, quatro ou cinco anos depois, implicando então sérias dificuldades.

[*Omissis*]

Por isso, também há que suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão:

Segunda questão: Em caso de resposta total ou parcialmente negativa à primeira questão, a Diretiva 93/13, interpretada à luz do princípio da efetividade, opõe-se, num contexto como o que está em causa no processo principal, à aplicação de uma jurisprudência nacional que fixa o início da contagem do prazo de prescrição na data da aceitação da proposta de empréstimo, em vez da data de ocorrência de dificuldades financeiras sérias?

C. Quanto à questão da qualificação das cláusulas controvertidas como cláusulas que se referem ou não ao objeto principal do contrato

A qualificação das cláusulas controvertidas como cláusulas que se referem ou não ao objeto principal do contrato é relevante para o exame de mérito do litígio, dado que a resposta a esta questão condiciona a possibilidade de examinar o caráter abusivo das cláusulas controvertidas se estas são «*claras e compreensíveis*».

1. Elementos do direito da União e do direito nacional pertinentes

No direito da União, parece existir uma tensão entre, por um lado, o Acórdão de 30 de abril de 2014, *Kasler* (processo C-26/13) e, por outro, a jurisprudência posterior, especialmente os Acórdãos de 20 de setembro de 2018, *OTP Bank*, processo C-51/17, e de 14 de março de 2019, *Dunai c/ Erste Bank*, processo C-118/17.

Com efeito, como foi afirmado acima, o Acórdão *Kasler* estabeleceu antes de mais o princípio de que a redução do controlo do caráter abusivo das cláusulas

contratuais prevista pelo artigo 4.º, n.º 2, deve ser interpretada de forma estrita, indicando em seguida que:

« 57) No caso vertente, importa além disso indicar que, dado que é limitada à adequação do preço e da remuneração, por um lado, aos serviços ou aos bens a fornecer em contrapartida, por outro, a exclusão da apreciação do carácter abusivo de uma cláusula não pode ser aplicada se for posta em causa uma assimetria entre o valor do câmbio de venda da divisa estrangeira, que deve ser utilizado em aplicação desta cláusula para o cálculo dos reembolsos, e o valor do câmbio de compra desta divisa, que deve ser utilizado em aplicação de outras cláusulas do contrato de mútuo para o cálculo do montante do empréstimo disponibilizado.

58) De resto, esta exclusão não pode ser aplicada a cláusulas que, como a cláusula III/2, se limitam a determinar, para o cálculo dos reembolsos, o valor do câmbio de conversão da divisa estrangeira em que o contrato de mútuo é expresso, sem que, no entanto, seja prestado qualquer serviço de câmbio pelo mutuante, quando do referido cálculo, e, portanto, não comportam uma «remuneração» cuja adequação, enquanto contrapartida de uma prestação efetuada pelo mutuante, não pode ser objeto de uma apreciação do seu carácter abusivo ao abrigo do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13.»

Pelo contrário, o Acórdão *Dunai* indica (no n.º 48) que:

«A este respeito, há que recordar, em segundo lugar, que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as cláusulas contratuais relativas ao risco cambial, na medida em que definem o objeto principal do contrato de mútuo, se enquadram no artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13, escapando somente à avaliação do seu carácter abusivo se o órgão jurisdicional nacional competente considerar, após uma apreciação do caso concreto, que foram redigidas pelo profissional de forma clara e compreensível (v., neste sentido, Acórdão de 20 de setembro de 2018, *OTP Bank e OTP Faktoring*, C-51/17, EU:C:2018:750, n.º 68 e jurisprudência aí referida)».

Ora, o raciocínio do Acórdão *Kasler* não parece permitir que se considere que, em si mesmas, as cláusulas relativas ao risco cambial constituam um «bem» ou um «serviço» ou ainda uma «remuneração» na aceção do artigo 4.º, n.º 2, que deve ser interpretado de modo estrito.

Relativamente ao direito nacional, a Primeira Secção Cível, numa série de acórdãos proferidos em fevereiro de 2019 (v., por exemplo, 1.ª Civ., 12 de dezembro de 2018, recurso n.º 17-18.491) considerou que se tratava do objeto principal dos contratos como os que estavam em causa no processo principal.

2. Questão colocada pelo tribunal

Tratando-se neste caso de um contrato em que o reembolso dos montantes devia ser efetuado, como no processo *Kasler*, mas contrariamente ao processo *Andriciuc* (C-186/16), em moeda nacional, coloca-se, portanto, a questão da validade dos princípios estabelecidos no primeiro acórdão.

Será ainda necessário utilizar o raciocínio do Acórdão *Kasler*, nos termos do qual parece que a cláusula (ainda que muito importante na economia do contrato) não faz parte do «objeto principal» do contrato na aceção estrita dada a este termo pelo artigo 4.º, n.º 2, dado que a contestação não se refere aos encargos cambiais (1,5%) ou, pelo contrário, será necessário considerar que, como nos processos *OTP* e *Dunai*, as cláusulas que se referem ao risco cambial se incluem, só por este facto, no objeto principal do contrato?

Esta questão deve também ser apreciada em relação à aplicação da Diretiva MIF (2004/39), dado que, no Acórdão *Lantos*, pouco tempo depois do Acórdão *Kasler* (TJUE, Acórdão de 3 de dezembro de 2015, processo C-312/14), o Tribunal de Justiça tinha excluído a aplicação das obrigações da Diretiva MIF nos contratos em divisas, designadamente em virtude de:

«56) Com efeito, sem prejuízo de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, estas operações estão limitadas à conversão, com base na taxa de câmbio de compra ou de venda da divisa considerada, dos montantes do empréstimo e das mensalidades expressos nessa divisa (moeda de conta) em moeda nacional (moeda de pagamento).

57) Tais obrigações não têm outra função senão a de servir de modalidades de execução das obrigações essenciais de pagamento do contrato de empréstimo, concretamente, a colocação à disposição do capital pelo mutuante e o reembolso desse capital, acrescido dos juros, pelo mutuário. Estas operações não têm por finalidade a realização de um investimento, uma vez que o consumidor pretende apenas obter fundos para a aquisição de um bem de consumo ou a prestação de um serviço e não, por exemplo, gerir um risco de câmbio ou especular sobre a taxa de câmbio de uma divisa.»

Ora, se estivesse assente que as cláusulas relativas aos risco cambial nos contratos de empréstimo se incluem no objeto principal dos referidos contratos, poderia colocar-se a questão da aplicação a estes contratos de obrigações semelhantes às da Diretiva MIF, especialmente a de verificar a adequação do produto proposto ao perfil do mutuário – mesmo que pareça difícil considerá-los produtos financeiros, como parecem encarar alguns dos demandantes.

Um contrato de crédito como o que está em causa no processo principal implica uma forma de aposta sobre a evolução da paridade entre a moeda de conta e a moeda de reembolso, na qual os interesses do banco e os do mutuário são opostos, o que se aparenta fortemente a especulação (a diferença é que as divisas foram obtidas por empréstimo e não compradas). Isto verifica-se tanto mais quanto o

contrato em causa contém não apenas as disposições sobre o risco cambial mas também [omissis] opções que permitem, a intervalos fixos, modificar as condições financeiras do contrato segundo condições pré-determinadas.

Além disso, dado que se incluem habitualmente no objeto principal do contrato as cláusulas sem as quais o contrato não poderia subsistir (v., por exemplo, o Acórdão *Dunai*, processo C-118/17, n.º 52), os demandantes invocam a existência de uma opção de conversão do contrato em euros em datas precisas, para concluir desse facto que as cláusulas controvertidas não constituem «o objeto principal» do contrato, porque se prevê expressamente a possibilidade de o contrato subsistir em moeda nacional. Não parece que o Tribunal de Justiça tenha tido de se pronunciar sobre o impacto possível dessas cláusulas na análise.

Deve, portanto, suspender-se a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão:

Terceira questão: Cláusulas como as que estão em causa no processo principal, que preveem nomeadamente que o franco suíço é a moeda de conta e o euro a moeda de reembolso, e que têm como efeito imputar o risco cambial ao mutuário, incluem-se no objeto principal do contrato na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13, se não for contestado o montante dos encargos cambiais e se houver cláusulas que prevejam, em datas fixas, a possibilidade de o mutuário exercer uma opção de conversão em euros segundo uma fórmula pré-determinada?

D. Quanto à apreciação do carácter «claro e compreensível» da cláusula

A apreciação do carácter «claro e compreensível» da cláusula é indispensável à solução do litígio no caso de as cláusulas controvertidas constituírem o objeto principal do contrato, mas também no caso contrário, dado que a obrigação do profissional de prestar informação «clara e compreensível» deve ser tomada em conta na apreciação da existência – ou inexistência – de um desequilíbrio significativo.

[Omissis] [Omissis].

1. Quanto aos elementos que devem ser comunicados ao mutuário (advertência específica dos riscos cambiais, simulações e eventuais critérios que estas devem respeitar)

a) Elementos de direito da União e de direito nacional

Em direito da União, o Tribunal de Justiça já declarou que, para que uma cláusula seja «clara e compreensível» na aceção da Diretiva 93/13, deve responder a critérios exigentes, recordados nomeadamente no Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2018, *OTP Bank c/ Ilyes e Kiss*, processo C-51/17:

«73) A este propósito, no contexto de contratos de mútuo denominados em divisas, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que a exigência segundo a qual uma cláusula contratual deve ser redigida de maneira clara e compreensível não pode ficar reduzida ao carácter compreensível da mesma nos planos formal e gramatical (v., neste sentido, Acórdão de 20 de setembro de 2017, *Andriuc e o.*, C-186/16, EU:C:2017:703, n.º 44 e jurisprudência referida).

74) No que se refere aos mútuos em divisas como os que estão em causa no processo principal, deve salientar-se, conforme recordou o Comité Europeu do Risco Sistémico na sua recomendação CERS/2011/1, de 21 de setembro de 2011, relativa aos empréstimos em moeda estrangeira (JO 2011, C 342, p. 1), que as instituições financeiras devem prestar aos mutuários informações suficientes que os habilitem a tomar decisões prudentes e fundamentadas, e incluir, no mínimo, o impacto, nas prestações, de uma forte depreciação da moeda com curso legal no Estado-Membro de domicílio do mutuário e de um aumento na taxa de juro referente a esses empréstimos (Recomendação A — Sensibilização dos mutuários para o risco, ponto 1) (Acórdão de 20 de setembro de 2017, *Andriuc e o.*, C-186/16, EU:C:2017:703, n.º 49).

75) Mais especificamente, o mutuário deve, por um lado, ser claramente informado do facto de que, ao subscrever um contrato de mútuo denominado numa divisa estrangeira, se expõe a um determinado risco cambial que, eventualmente, será economicamente difícil de assumir em caso de desvalorização da moeda em que recebe os seus rendimentos, face à divisa estrangeira em que o empréstimo foi concedido. Por outro lado, o profissional — no caso em apreço, o banco — deve expor as possíveis variações das taxas de câmbio e os riscos inerentes à subscrição de um empréstimo em divisas estrangeiras (v., neste sentido, Acórdão de 20 de setembro de 2017, *Andriuc e o.*, C-186/16, EU:C:2017:703, n.º 50).

76) Por último, como precisa o vigésimo considerando da Diretiva 93/13, o consumidor deve efetivamente ter a oportunidade de tomar conhecimento de todas as cláusulas do contrato. Com efeito, a informação, prestada em tempo útil antes da celebração de um contrato, sobre as condições contratuais e as consequências da referida celebração é de importância fundamental para um consumidor decidir se deseja vincular-se contratualmente a um profissional aderindo às condições redigidas previamente por este (v., neste sentido, Acórdão de 30 de abril de 2014, *Kásler e Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, n.º 70 e jurisprudência referida).

77) No caso em apreço, atendendo ao que precede, incumbe ao órgão jurisdicional ter em conta, designadamente, a existência, no contrato de mútuo em causa, do seu ponto 10, intitulado «Declaração de comunicação do risco», cuja redação foi transcrita no n.º 19 do presente acórdão, lido em conjugação com eventuais informações complementares prestadas antes da celebração desse contrato. A este respeito, resulta dos elementos submetidos ao Tribunal de Justiça

que os mutuários receberam, designadamente, uma ficha informativa complementar relativa ao risco cambial, com exemplos de cálculos concretos do risco em caso de uma depreciação do forint húngaro face ao franco suíço, que, não obstante, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

78) Tendo em conta o que precede, há que responder à terceira questão que o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que a exigência segundo a qual uma cláusula contratual deve ser redigida de maneira clara e compreensível obriga as instituições financeiras a prestar aos mutuários informações suficientes que os habilitem a tomar decisões prudentes e fundamentadas. A este respeito, esta exigência implica que uma cláusula relativa ao risco cambial seja compreendida pelo consumidor, tanto nos planos formal e gramatical como quanto ao seu alcance concreto, no sentido de que um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, possa não só ter consciência da possibilidade de depreciação da moeda nacional face à divisa estrangeira em que o mútuo foi denominado **mas também avaliar as consequências económicas, potencialmente significativas, dessa cláusula para as suas obrigações financeiras.**» (sublinhado e negrito nossos)

No direito interno, relativamente a contratos «Helvet Immo» sem simulação, a Cour de cassation proferiu as decisões seguintes:

1.ª Civ., 3 de maio de 2018, recurso n.º 17-13.593 [omissis]

[Omissis] [Omissis] [extrato do acórdão]

No mesmo sentido: **1.ª Civ., 20 de fevereiro de 2019, recurso n.º 17-31.065 [Omissis]** [extrato do acórdão]

Quanto às propostas às quais estavam anexadas simulações, a Primeira Secção Cível proferiu, nomeadamente, a seguinte decisão:

1.ª Civ., 12 de dezembro de 2018, recurso n.º 17-18.491

[Omissis] [Omissis] [extrato do acórdão]

b) Questões colocadas pelo tribunal

Nestes acórdãos proferidos em 20 de fevereiro de 2019, a Primeira Secção Cível da Cour de cassation, aprovando a análise da Cour d'appel, considerou que as cláusulas em questão eram «claras e compreensíveis» relativamente aos contratos que não continham simulações, pelas razões seguintes:

- A proposta prévia de empréstimo menciona em detalhe as operações cambiais realizadas no decurso da vida do crédito e precisa que a taxa de câmbio do euro contra o franco suíço será a aplicável dois dias úteis antes da data da ocorrência que determina a operação e que está publicada no sítio *web* do Banco Central Europeu;

- Menciona-se na proposta que o mutuário aceita as operações cambiais de francos suíços para euros e de euros para francos suíços necessárias ao funcionamento e ao reembolso do crédito, e que o mutuante realizará a conversão em francos suíços do saldo dos pagamentos mensais em euros depois do pagamento dos encargos anexos do crédito;

- A proposta indica que, se resultar da operação cambial um montante inferior à prestação vencida exigível em francos suíços, a amortização do capital será menos rápida e a eventual parte do capital não amortizada relativa a uma prestação vencida será inscrita no saldo devedor da conta em francos suíços, e que é precisado que a amortização do capital do empréstimo evoluirá em função das variações, para mais ou para menos, da taxa de câmbio aplicável aos pagamentos mensais, que essa evolução pode implicar o prolongamento ou a redução da duração da amortização do empréstimo e, eventualmente, modificar o encargo total do reembolso;

- Os artigos "conta interna em euros" e "conta interna em francos suíços" especificam as operações efetuadas a cada pagamento das prestações a crédito e a débito de cada conta, e o contrato expõe de modo transparente o correto funcionamento do mecanismo de conversão da divisa estrangeira;

Relativamente aos contratos aos quais estavam anexadas simulações, também era invocada a razão seguinte:

- Estava anexa à proposta de empréstimo uma simulação quantificada que permitia apreciar a influência da taxa de câmbio sobre o capital mutuado e a variação da duração que daí resultava.

Deve, porém, observar-se que, nestes processos, o advogado-geral na Primeira Secção Cível tinha dado o seguinte parecer *[omissis]*, aderindo a uma jurisprudência deste tribunal anterior ao Acórdão OTP:

«Esta diferença entre as duas séries de acórdãos parece-me suficientemente grande para justificar, como decidiu o tribunal, um tratamento distinto das duas situações.»

Com efeito, parece-me que os primeiros acórdãos, contrariamente aos segundos, ignoram a interpretação, pelo juiz da União, dos critérios de clareza e compreensibilidade do artigo 4.º, n.º2, da Diretiva 93/13, que é aplicável aos contratos celebrados anteriormente, na medida em que consideraram, apenas à luz das estipulações da proposta de empréstimo e das indicações do quadro de amortização previsional, que a cláusula controvertida colocava o consumidor em condições de avaliar as consequências económicas sobre as suas obrigações financeiras.

Com efeito, se, no plano formal e gramatical, se pode admitir que as disposições contratuais são acessíveis a um consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, as mesmas não lhe permitem, por si sós, avaliar

suficientemente os riscos a que as variações de taxa de câmbio o expõem, se receber os seus rendimentos na moeda de reembolso e não na divisa estrangeira de pagamento.

Pelo contrário, quando este mesmo consumidor recebe uma simulação de variação de taxas de câmbio com exemplos quantificados, fica em condições de tomar consciência das consequências económicas induzidas por uma desvalorização da moeda nacional de reembolso em relação à divisa estrangeira.»

Estas decisões, que emanam da mais alto tribunal francês, tal como o parecer parcialmente contrário do advogado-geral nesse mesmo órgão jurisdicional, criam, para este tribunal, sérias dificuldades de interpretação, num contencioso que respeita a mais de um milhar de processos só na 9.^a Secção Cível do tribunal de Paris.

Com efeito, quer se esteja ou não perante uma simulação, a expressão «risco cambial» não aparece na proposta em nenhum lugar [omissis].

A indicação mais próxima encontra-se [omissis] no parágrafo «operações cambiais», que trata da situação inversa à que ocorreu, ou seja, a hipótese em que o mutuário deixasse de receber rendimentos em euros e devesse adquirir euros para reembolsar o empréstimo, suportando assim o respetivo risco.

Também se podem assinalar as indicações, constantes doutra parte da proposta, [omissis] que se referem ao facto de que a amortização do capital será «menos rápida» no caso de «resultar da operação cambial um montante inferior à prestação vencida em francos suíços exigível».

Ora, a jurisprudência da União parece exigir não apenas que seja possível deduzir das indicações do contrato e da documentação a existência de um risco cambial e do seu impacto, o que a Cour de cassation parece ter considerado suficiente, mas também que estes riscos sejam *explicitados*, a fim de serem compreendidos não apenas por magistrados especializados mas também por consumidores com um nível de competência e de atenção moderado.

No Acórdão *Andriuc* (de 20 de setembro de 2017, processo C-186/16), tinha sido decidido que:

« O artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que o requisito segundo o qual uma cláusula contratual deve ser redigida de maneira clara e compreensível pressupõe que, no caso dos contratos de crédito, as instituições financeiras devam prestar aos mutuários informação suficiente que os habilite a tomar decisões prudentes e fundamentadas. A este respeito, esse requisito implica que a cláusula relativa ao reembolso do crédito na mesma divisa estrangeira em que foi contratado seja compreendida pelo consumidor, tanto no plano formal e gramatical como quanto ao seu alcance concreto, no sentido de que um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente

atento e avisado, possa não só conhecer a possibilidade de a divisa estrangeira em que o empréstimo foi contratado sofrer uma valorização ou uma depreciação mas também avaliar as consequências económicas, potencialmente significativas, dessa cláusula nas suas obrigações financeiras.»

O Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 20 de setembro de 2018, *OTP Bank c/ Ilyes e Kiss*, processo C-51/17), fez importantes precisões quanto à exigências concretas que isso implica:

74) «...as instituições financeiras devem prestar aos mutuários informações suficientes que os habilitem a tomar decisões prudentes e fundamentadas, e incluir, no mínimo, o impacto, nas prestações, de uma forte depreciação da moeda com curso legal no Estado-Membro de domicílio do mutuário e de um aumento na taxa de juro referente a esses empréstimos»;

75) «...o mutuário deve, por um lado, ser claramente informado do facto de que, ao subscrever um contrato de mútuo denominado numa divisa estrangeira, se expõe a um determinado risco cambial que, eventualmente, será economicamente difícil de assumir em caso de desvalorização da moeda em que recebe os seus rendimentos, face à divisa estrangeira em que o empréstimo foi concedido. Por outro lado, o profissional — no caso em apreço, o banco — deve expor as possíveis variações das taxas de câmbio e os riscos inerentes à subscrição de um empréstimo em divisas estrangeiras.» (sublinhado e negrito nossos)

Se, no processo OTP, os mutuários tinham recebido (v. n.º 77) uma «declaração de comunicação do risco», não é esse o caso no presente processo. A proposta não emprega – a não ser no parágrafo acima mencionado – o termo «risco», ou qualquer outra expressão equivalente como «perigo» ou «dificuldade», suscetível de alertar um consumidor médio para as consequências de uma variação desfavorável da taxa de câmbio do franco suíço se receber os seus rendimentos em euros.

Deve pois, suspender-se a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão:

Quarta questão: A Diretiva 93/13, interpretada à luz do princípio da efetividade do direito da União, opõe-se a uma jurisprudência nacional que considera que uma cláusula ou um conjunto de cláusulas como as que estão em causa no processo principal são «claras e compreensíveis» na aceção da diretiva pelas seguintes razões:

- a proposta prévia de empréstimo menciona em detalhe as operações cambiais realizadas durante a vida do crédito e precisa que a taxa de câmbio do euro contra o franco suíço será a aplicável dois dias úteis antes da data da ocorrência que determina a operação e que é publicada no sítio *web* do Banco Central Europeu;
- é indicado na proposta que o mutuário aceita as operações cambiais de francos suíços para euros e de euros para francos suíços necessárias ao funcionamento e

ao reembolso do crédito, e que o mutuante realizará a conversão para francos suíços do saldo dos pagamentos mensais em euros após pagamento dos encargos anexos do crédito;

- a proposta indica que, se resultar da operação cambial um montante inferior à prestação vencida exigível em francos suíços, a amortização do capital será menos rápida e a eventual parte do capital não amortizada relativa a uma prestação vencida será inscrita no saldo devedor da conta em francos suíços, e que é precisado que a amortização do capital do empréstimo evoluirá em função das variações da taxa de câmbio aplicada aos pagamentos mensais para cima ou para baixo, que esta evolução pode implicar o prolongamento ou a redução da duração da amortização do empréstimo e, eventualmente, modificar o encargo total do reembolso;

- os artigos "conta interna em euros" e "conta interna em francos suíços" mencionam em detalhe as operações efetuadas a cada pagamento da prestação vencida a crédito e a débito de cada conta, e o contrato expõe de modo transparente o funcionamento concreto do mecanismo de conversão da divisa estrangeira;

quando não consta da proposta, nomeadamente, nenhuma menção expressa do «risco cambial» que incumbe ao mutuário dado que este não recebe rendimentos na moeda de conta, nem menção expressa do «risco da taxa de juros»?

Na eventualidade de uma resposta afirmativa a esta quarta questão, coloca-se então a questão da influência das simulações anexas à proposta em alguns processos (entre os quais o presente), nomeadamente da simulação intitulada «*informações relativas às operações cambiais que serão realizadas no âmbito da gestão do seu crédito*», que simula as variações destes mesmos elementos na hipótese de uma apreciação do euro em relação ao franco suíço e de uma depreciação do euro em relação à taxa de câmbio à data do contrato [omissis]. Estas simulações parecem ausentes no presente processo (apesar de o contrato ter sido celebrado numa data em que eram geralmente anexadas).

Com efeito, o advogado-geral nos processos acima referidos, retomando uma jurisprudência deste tribunal anterior ao Acórdão *OTP*, tinha considerado que essa simulação era suficiente, por si só, para cumprir os requisitos enunciados por este último (processo C-51/17).

Porém, embora seja incontestável que estas informações, nomeadamente a duração do crédito e o custo total do crédito, fornecem um complemento útil em relação aos contratos em que não figuram estas informações, deve recordar-se antes de mais que estas simulações também não utilizam terminologia suscetível de alertar os mutuários para a existência de «*riscos*», «*perigos*» ou «*dificuldades*» na aceção dos n.ºs 74, 75 e 77, nomeadamente, do Acórdão *OTP* (processo C-51/17).

O título muito neutro da simulação que se refere à taxa de câmbio («*informações relativas às operações cambiais que serão realizadas no âmbito da gestão do vosso crédito*») não dá a entender, aliás, que a página em questão inclui simulações de variação da taxa de câmbio, contrariamente à precedente («*simulação da evolução da taxa de juro do vosso crédito*» [omissis]).

[Omissis]

Deve, portanto, suspender-se a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão:

Quinta questão: Na eventualidade de uma resposta afirmativa à quarta questão, a Diretiva 93/13, interpretada à luz do princípio da efetividade do direito da União, opõe-se a uma jurisprudência nacional que considera que uma cláusula ou um conjunto de cláusulas como as que estão em causa no processo principal são «claras e compreensíveis» na aceção da diretiva, uma vez que apenas se acrescenta aos elementos mencionados na quarta questão uma simulação de uma depreciação de 5,29% da moeda de pagamento em relação à moeda de conta, num contrato com uma duração inicial de 25 anos, e sem outra menção de termos como «risco» ou «dificuldade»?

2. Estatuto dos elementos do processo penal, nomeadamente dos prospetos de formação e dos argumentários, e ónus da prova

a) Elementos de direito da União e de direito nacional

Em direito da União, já foi decidido que o caráter abusivo ou não de uma cláusula devia ser apreciado «no momento da celebração do contrato, por referência a todas as circunstâncias que rodearam a sua celebração (TJUE, Acórdão de 20 de setembro de 2018, *OTP Bank c/ Ilyes e Kiss*, processo C- 51/17, n.º 83).

Além disso, nesse mesmo acórdão foi afirmado que «as instituições financeiras devem prestar aos mutuários informações suficientes que os habilitem a tomar decisões prudentes e fundamentadas» (n.º 74).

Esta redação sugere que o ónus da prova do caráter claro e compreensível da cláusula incumbe ao profissional, mas não parece que o Tribunal de Justiça tenha tomado claramente posição sobre este ponto.

Pelo contrário, no domínio próximo do crédito ao consumo, já foi decidido que, nos termos da Diretiva 2008/48/CE (v. TJUE, Acórdão de 18 de dezembro de 2014, *CA CF c/ Bakkaus*, processo C-449/13, n.ºs 27 a 32, em especial o n.º 28) o ónus da prova das obrigações do mutuante, nos termos da diretiva, incumbe a este último, que deve conservar a prova.

No direito nacional, deve mencionar-se que um inquérito judicial levou a que dois juízes de instrução considerassem, num despacho de 29 de agosto de 2017

[omissis], que havia «*imputações suficientes*» contra a sociedade BNPPF de ter tido práticas comerciais enganosas (na aceção da Diretiva 2005/29/CE, transposta pelo artigo L. 121 -2 do *code de la consommation*, na sua redação aplicável) no que respeita precisamente ao risco cambial.

O Ministério Público juntou a um certo número de processos cíveis documentos [omissis] que sugerem, por exemplo, que advertências sobre o risco cambial foram retiradas de documentos de formação interna do banco e que a comunicação comercial visava minimizar ou até negar a existência de riscos cambiais.

Ora, a Cour d'appel de Paris, nomeadamente num acórdão de 6 de janeiro de 2017 (RG n.º 15/14128) [omissis] decidiu que não estava provado que esses documentos e prospetos tivessem sido entregues aos mutuários pelo banco e não pelo gabinete de aconselhamento em gestão de património, e, por isso, não os tomou em conta.

b) Questões colocadas pelo tribunal

A sexta questão refere-se ao ónus da prova, dado que é contestada a comunicação de um certo número de informações suscetíveis de influenciar o caráter «claro e compreensível» das cláusulas controvertidas:

Sexta questão: O ónus da prova do caráter «claro e compreensível» de uma cláusula na aceção da Diretiva 93/13, nomeadamente a respeito das circunstâncias que envolvem a celebração do contrato, incumbe ao profissional ou ao consumidor?

Feito este enquadramento, e se o ónus da prova incumbir ao profissional, coloca-se a questão da força probatória dos elementos respeitantes às técnicas de venda, que fazem parte das «circunstâncias que envolvem a celebração do contrato» (testemunhos de antigos empregados, prospetos publicitários, documentos de formação...)

O raciocínio seguido pela Cour d'appel de Paris, nomeadamente no seu Acórdão de 6 de janeiro de 2017, impõe aos demandantes o dever de provarem, para além da existência de argumentação comercial destinada aos empregados comerciais do banco e aos intermediários, que foram destinatários dos argumentos em questão – revestindo geralmente este tipo de comunicação a forma oral, e que foi o banco, e não o intermediário (consultor de investimentos financeiros ou outro), que lhos transmitiu.

Ora, num processo cível num tribunal de primeira instância em França, é muito raro que sejam ouvidas as partes ou as testemunhas, por razões ligadas principalmente ao volume de trabalho dos tribunais, de modo que essa prova é, na prática, muito difícil ou impossível de produzir.

Outro raciocínio consistiria em considerar, por um lado, que estes elementos criam a presunção simples de que as informações contidas nestes documentos

foram fornecidas, inclusivamente verbalmente, aos mutuários, e, por outro, que o facto de as informações terem sido comunicadas por um consultor em gestão de património ou outro é irrelevante, uma vez que o profissional deve assumir a responsabilidade pelos atos dos intermediários que escolheu.

Com efeito, presume-se que o profissional domina os canais de distribuição dos seus produtos, quer se trate da escolha dos intermediários ou da comunicação comercial em sentido amplo, e está em condições de dispor das provas (por exemplo, a ordem de retirar um ou outro prospeto que cause dificuldades) de que os elementos apresentados pelos demandantes não foram, na realidade, utilizados ou já o não eram à data da celebração do contrato.

Deve, pois, suspender-se a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão:

Sétima questão: Se o ónus da prova do carácter claro e compreensível da cláusula incumbir ao profissional, a Diretiva 93/13 opõe-se a uma jurisprudência nacional que considera, quando existem documentos relativos a técnicas de venda, que compete aos mutuários provar, por um lado, que foram destinatários das informações contidas nesses documentos e, por outro, que foi o banco que lhes transmitiu tais informações, ou, pelo contrário, a diretiva exige que estes elementos constituam uma presunção de que as informações contidas nestes documentos foram transmitidas, incluindo verbalmente, aos mutuários, presunção simples que incumbe ao profissional refutar, dado que este é responsável pelas informações transmitidas pelos intermediários que escolheu?

E. Quanto ao conceito de desequilíbrio significativo

No caso de (a) as cláusulas controvertidas não se incluem no objeto principal do contrato, ou (b) embora se incluam no objeto principal do contrato, não estarem redigidas de modo «claro e compreensível», competiria então ao tribunal averiguar a existência ou inexistência de um desequilíbrio significativo.

1. Elementos de direito da União e de direito nacional pertinentes

A apreciação da existência de um «*desequilíbrio significativo*» nos direitos e obrigações das partes deve ser efetuada mesmo que o tribunal tenha decidido que a cláusula não era «clara e compreensível» - noutros termos, a circunstância de a cláusula não ser clara e compreensível não basta para caracterizar a existência de um desequilíbrio significativo, mas é um dos elementos a tomar em conta (v., implicitamente, TJUE, Despacho *Lupean*, processo C-119/17).

Para apreciar a existência de um tal desequilíbrio, deve tomar-se em conta «a experiência e os conhecimentos do profissional», bem como os desequilíbrios que se manifestem apenas durante a execução do contrato. (TJUE, Acórdão de 20 de setembro de 2017, *Andriciuc*, processo C- 186/16, n.º 54).

O Tribunal de Justiça precisou nomeadamente que:

«56) A este respeito, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio avaliar, à luz de todas as circunstâncias do processo principal, e tendo em conta nomeadamente a experiência e os conhecimentos do profissional, neste caso o banco, no que diz respeito às possíveis variações das taxas de câmbio e aos riscos inerentes à subscrição de um empréstimo em divisa estrangeira, num primeiro momento, o possível desrespeito da exigência de boa-fé e, num segundo momento, a existência de um eventual desequilíbrio significativo, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13.

57) Com efeito, para se saber se uma cláusula como a que está em causa no processo principal dá origem, a despeito da exigência de boa-fé, a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato, o juiz nacional deve verificar se o profissional, ao tratar o consumidor de forma leal e equitativa, podia razoavelmente esperar que este aceitaria essa cláusula, na sequência da negociação individual (v., neste sentido, Acórdão de 14 de março de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, n.ºs 68 e 69).»

Em virtude destas posições sobre o carácter «claro e compreensível» das cláusulas controvertidas, a Cour de cassation não tomou posição sobre esta questão.

2. Questão do tribunal

É incontestável [omissis] [que] o banco dispõe de meios muito superiores a um consumidor para antecipar as evoluções económicas e o risco cambial.

No presente contrato, cada uma das partes suporta uma parte do risco cambial: o banco obtém um lucro se o franco suíço se valorizar e sofre uma perda no caso contrário.

No entanto, poderia haver um desequilíbrio na exposição ao risco cambial: o da sociedade BNP é limitado ao montante emprestado (na pior das hipóteses, a totalidade do saldo devedor seria reembolsado ao fim de 5 anos por um único euro [...]), o do mutuário não parece limitado do mesmo modo, mesmo considerando a interpretação de que o montante total dos reembolsos estaria limitado pela duração da extensão, o que é muito discutido. Este desequilíbrio pode ser agravado pelo facto de o banco receber tanto mais juros quanto mais o reembolso se atrase.

Aliás, é impossível ao tribunal estabelecer um modelo das consequências da variação da taxa de câmbio e das taxas de juro e respetivas probabilidades, em virtude da estrutura do contrato e do número de variáveis em jogo.

Em sentido inverso, o possível ganho para o consumidor é limitado ao capital mutuado, deduzidos os montantes reembolsados a título de capital nos cinco primeiros anos. O banco sustenta também que os mutuários beneficiaram de uma taxa de juro mais favorável.

Deve, pois, suspender-se a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão:

Oitava questão: A existência de um desequilíbrio significativo pode ser caracterizada, num contrato como o que está em causa no processo principal, no qual ambas as partes correm um risco cambial, dado que, por um lado, o profissional dispõe de meios superiores ao consumidor para antecipar o risco cambial e, por outro, o risco suportado pelo profissional está limitado, ao passo que o suportado pelo consumidor não o está?

[*Omissis*]

PELOS FUNDAMENTOS EXPOSTOS:

O Tribunal [*omissis*]

SUSPENDE a instância até que o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronuncie sobre as seguintes questões:

Primeira questão: A Diretiva 93/13, interpretada à luz do princípio da efetividade, opõe-se, num contexto como o do processo principal, à aplicação das normas de prescrição nos casos seguintes: (a) para a declaração do carácter abusivo de uma cláusula; (b) para eventuais restituições; (c) quando o consumidor é o demandante, e (d) quando o consumidor é o demandado, inclusivamente num pedido reconvenicional?

Segunda questão: Em caso de resposta total ou parcialmente negativa à primeira questão, a Diretiva 93/13, interpretada à luz do princípio da efetividade, opõe-se, num contexto como o que está em causa no processo principal, à aplicação de uma jurisprudência nacional que fixa o início da contagem do prazo de prescrição na data da aceitação da proposta de empréstimo, em vez da data de ocorrência de dificuldades financeiras sérias?

Terceira questão: Cláusulas como as que estão em causa no processo principal, que preveem nomeadamente que o franco suíço é a moeda de conta e o euro a moeda de reembolso, e que têm como efeito imputar o risco cambial ao mutuário, incluem-se no objeto principal do contrato na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13, se não for contestado o montante dos encargos cambiais e se houver cláusulas que prevejam, em datas fixas, a possibilidade de o mutuário exercer uma opção de conversão em euros segundo uma fórmula pré-determinada?

Quarta questão: A Diretiva 93/13, interpretada à luz do princípio da efetividade do direito da União, opõe-se a uma jurisprudência nacional que considera que uma cláusula ou um conjunto de cláusulas como as que estão em causa no processo principal são «claras e compreensíveis» na aceção da diretiva, pelas seguintes razões:

- a proposta prévia de empréstimo menciona em detalhe as operações cambiais realizadas durante a vida do crédito e precisa que a taxa de câmbio do euro contra o franco suíço será a aplicável dois dias úteis antes da data da ocorrência que determina a operação e que é publicada no sítio *web* do Banco Central Europeu;

- é indicado na proposta que o mutuário aceita as operações cambiais de francos suíços para euros e de euros para francos suíços necessárias ao funcionamento e ao reembolso do crédito, e que o mutuante realizará a conversão em francos suíços do saldo dos pagamentos mensais em euros após pagamento dos encargos anexos do crédito;

- a proposta indica que, se resultar da operação cambial um montante inferior à prestação vencida exigível em francos suíços, a amortização do capital será menos rápida e a eventual parte do capital não amortizada relativa a uma prestação vencida será inscrita no saldo devedor da conta em francos suíços, e que é precisado que a amortização do capital do empréstimo evoluirá em função das variações da taxa de câmbio aplicada aos pagamentos mensais para cima ou para baixo, que esta evolução pode implicar o prolongamento ou a redução da duração da amortização do empréstimo e, eventualmente, modificar o encargo total do reembolso;

- os artigos "conta interna em euros" e "conta interna em francos suíços" mencionam em detalhe as operações efetuadas a cada pagamento da prestação vencida a crédito e a débito de cada conta, e o contrato expõe de modo transparente o funcionamento concreto do mecanismo de conversão da divisa estrangeira, quando não consta da proposta, nomeadamente, nenhuma menção expressa do «risco cambial» que incumbe ao mutuário dada a inexistência de perceção de rendimentos na moeda de conta, nem menção expressa do «risco da taxa de juros»?

Quinta questão: Na eventualidade de uma resposta afirmativa à quarta questão, a Diretiva 93/13, interpretada à luz do princípio da efetividade do direito da União, opõe-se a uma jurisprudência nacional que considera que uma cláusula ou um conjunto de cláusulas como as que estão em causa no processo principal são «claras e compreensíveis» na aceção da diretiva, uma vez que apenas se acrescenta aos elementos mencionados na quarta questão uma simulação de uma depreciação de 5,37% da moeda de pagamento em relação à moeda de conta, num contrato com uma duração inicial de 25 anos, e sem outra menção de termos como «risco» ou «dificuldade»?

Sexta questão: O ónus da prova do carácter «claro e compreensível» de uma cláusula na aceção da Diretiva 93/13, nomeadamente a respeito das circunstâncias que envolvem a celebração do contrato, incumbe ao profissional ou ao consumidor?

Sétima questão: Se o ónus da prova do caráter claro e compreensível da cláusula incumbir ao profissional, a Diretiva 93/13 opõe-se a uma jurisprudência nacional que considera, quando existem documentos relativos a técnicas de venda, que compete aos mutuários provar, por um lado, que foram destinatários das informações contidas nesses documentos e, por outro, que foi o banco que lhes transmitiu tais informações, ou, pelo contrário, a diretiva exige que estes elementos constituam uma presunção de que as informações contidas nestes documentos foram transmitidas, incluindo verbalmente, aos mutuários, presunção simples que incumbe ao profissional refutar, dado que este é responsável pelas informações transmitidas pelos intermediários que escolheu?

Oitava questão: A existência de um desequilíbrio significativo pode ser caracterizada, num contrato como o que está em causa no processo principal, no qual ambas as partes correm um risco cambial, dado que, por um lado, o profissional dispõe de meios superiores ao consumidor para antecipar o risco cambial e, por outro, o risco suportado pelo profissional está limitado, ao passo que o suportado pelo consumidor não o está?

[Omissis]

DOCUMENTO DE TRABALHO