

Processo C-212/20**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

12 de maio de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie (Tribunal de Primeira Instância de Warszawa-Wola, Varsóvia, Polónia)

Data da decisão de reenvio:

22 de janeiro de 2020

Demandantes:

M.P.

B.P.

Demandada:

«A.» que exerce a sua atividade através da «A.» S.A.

Objeto do processo principal

Pedido de pagamento do montante de 50.000 PLN a título de montantes indevidamente cobrados pelo demandado nos termos de cláusulas abusivas contidas num contrato de crédito no contexto da indexação das prestações de reembolso do crédito e do montante da dívida dos demandantes.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Artigos: 3.º, n.º 1, 4.º, n.º 1 e 5.º da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (a seguir «Diretiva 93/13»)

Questões prejudiciais

1. À luz do artigo 3.º, n.º 1, do artigo 4.º, n.º 1 e do artigo 5.º da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, e dos seus considerandos, que preveem que os contratos devem ser redigidos em termos claros e compreensíveis e que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor, uma cláusula contratual que fixa a taxa de compra e venda de uma moeda estrangeira num contrato de crédito indexado à taxa de câmbio de uma moeda estrangeira deve ser formulada de modo inequívoco, ou seja, de forma a que o mutuário/consumidor possa a qualquer momento determinar autonomamente essa taxa ou, à luz do tipo de contrato a que se refere o artigo 4.º, n.º 1, da diretiva referida, da natureza de longo prazo do contrato (várias décadas), e do facto de o valor da divisa estar sujeito a alterações constantes (a qualquer momento), é possível redigir de forma mais geral uma cláusula contratual, nomeadamente uma cláusula relativa ao valor de mercado da moeda estrangeira, que impede a introdução de um desequilíbrio significativo entre as partes em termos dos direitos e obrigações, em detrimento do consumidor, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da referida diretiva?
2. Em caso de resposta afirmativa à primeira [parte da questão 1], à luz do artigo 5.º da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, e dos seus considerandos, é possível interpretar uma cláusula contratual relativa à fixação pelo mutuante (o banco) da taxa de compra e venda de moeda estrangeira de forma a dissipar as dúvidas resultantes do contrato de um modo favorável ao consumidor, e considerar que o contrato fixa a taxa de compra e venda da moeda estrangeira, não de forma arbitrária, mas em função do mercado livre, especialmente numa situação em que ambas as partes tinham o mesmo entendimento das cláusulas contratuais que definem a taxa de compra e venda da moeda estrangeira ou em que o mutuário/consumidor não estava interessado na disposição contratual contestada no momento da celebração do contrato e da sua execução, não se tendo, inclusivamente, familiarizado com o seu conteúdo no momento da sua celebração nem durante toda a sua vigência?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 93/13: considerandos 20, artigos 3.º, n.º 1, artigo 4.º, n.º 1, artigo 5.º

Disposições de direito nacional invocadas

Kodeks cywilny - ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Código Civil - Lei de 23 de abril de 1964) (Dz. U., n.º 16, posição 93, conforme alterada, a seguir «kc»)

Artigo 65.º

§ 1. A manifestação de vontade deve ser interpretada em conformidade com os princípios da convivência social e com os usos, tendo em conta as circunstâncias em que foi expressa.

§ 2. Há que procurar nos contratos qual foi a intenção comum das partes e qual o objetivo visado, para além do sentido literal dos termos.

Artigo 353^{1.º}

As partes que celebram um contrato podem determinar livremente a relação jurídica, desde que o conteúdo ou a finalidade do contrato não sejam contrários às características essenciais (natureza) da relação, à lei ou às regras de convivência social.

Artigo 385^{1.º}

§ 1. As cláusulas de um contrato celebrado com um consumidor que não tenham sido acordadas individualmente não são vinculativas para o consumidor se estipularem os seus direitos e obrigações de forma contrária aos bons costumes, prejudicando manifestamente os seus interesses (cláusulas contratuais ilícitas).

A presente disposição não é aplicável às cláusulas que definem as principais obrigações das partes, incluindo preços ou contraprestações, se as mesmas tiverem uma redação inequívoca.

§ 2. Se, por força do disposto no § 1, uma cláusula contratual não for vinculativa para o consumidor, as demais cláusulas do contrato continuam a vincular as partes.

§ 3. As cláusulas de um contrato celebrado com um consumidor que não tenham sido acordadas individualmente são cláusulas contratuais sobre cujo conteúdo o consumidor não teve uma influência real. Isto aplica-se, em especial, às cláusulas contratuais extraídas de um modelo de contrato proposto ao consumidor pela outra parte contratante.

§ 4. O ónus da prova de que uma cláusula foi acordada individualmente incumbe a quem o alegar.

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Lei de 29 de agosto de 1997, relativa ao direito bancário) (texto consolidado, Dz. U. 2019, posição 2357)

Artigo 69.º na sua redação atual

1. Com o contrato de crédito, o banco compromete-se a colocar à disposição do mutuário, pelo tempo estipulado no contrato, fundos destinados a um objetivo estipulado, e o mutuário compromete-se a utilizá-los nas condições previstas no

contrato, a reembolsar o montante do crédito utilizado, acrescido dos juros nos prazos indicados, e a pagar uma comissão sobre o crédito concedido.

2. O contrato de crédito deve ser celebrado por escrito e estipular, em particular:

- 1) as partes contratantes;
- 2) o montante e a moeda do crédito;
- 3) a finalidade para a qual o crédito foi concedido;
- 4) as modalidades e os prazos de reembolso do crédito;
- 4a) no caso de um contrato de crédito expresso ou indexado a uma moeda que não a polaca, regras pormenorizadas que fixam as modalidades e os prazos para o cálculo da taxa de câmbio, com base nas quais é nomeadamente calculado o montante do crédito, as suas parcelas, juros e prestações de capital, bem como as modalidades de conversão em moeda de pagamento ou de reembolso do empréstimo;
- 5) o montante da taxa de juros do crédito e as modalidades da sua alteração;
- 6) as modalidades de garantia do reembolso do crédito;
- 7) o âmbito dos poderes do banco ligados ao controlo da utilização e do reembolso do crédito;
- 8) os prazos e as modalidades da colocação dos fundos à disposição do mutuário;
- 9) o valor da comissão, se o contrato assim o prever;
- 10) as condições de alteração e de rescisão do contrato.

3. No caso de um contrato de crédito expresso ou indexado numa moeda diferente da polaca, o mutuário pode reembolsar as prestações de capital e juros e proceder ao reembolso antecipado total ou parcial do crédito diretamente nessa moeda. Nesse caso, o contrato de crédito especificará igualmente as modalidades de abertura e de manutenção de uma conta destinada a juntar esses fundos para reembolsar o crédito e as modalidades de reembolso através dessa conta.

Artigo 69.º, na redação vigente no momento da celebração do contrato, isto é, em 16 de maio de 2008

1. Com o contrato de crédito, o banco compromete-se a colocar à disposição do mutuário, pelo tempo fixado contratualmente, fundos destinados a um objetivo estipulado e o mutuário compromete-se a utilizá-los nas condições previstas no contrato, a reembolsar o montante do crédito utilizado, acrescido dos juros nos prazos indicados, e a pagar uma comissão sobre o crédito concedido.

2. O contrato de crédito deve ser celebrado por escrito e indicar, em especial:

- 1) as partes contratantes;
- 2) o montante e a moeda do crédito;
- 3) a finalidade para a qual o crédito foi concedido;
- 4) as modalidades e os prazos de reembolso do crédito;
- 5) o montante da taxa de juros do crédito e as modalidades da sua alteração;
- 6) as modalidades de garantia do reembolso do crédito;
- 7) o âmbito dos poderes do banco ligados ao controlo da utilização e do reembolso do crédito;
- 8) os prazos e as modalidades da colocação dos fundos à disposição do mutuário;
- 9) o valor da comissão, se o contrato assim o previr;
- 10) as condições de alteração e de rescisão do contrato.

Artigo 111.º, no momento da celebração do contrato, ou seja, em 16 de maio de 2008

1. O banco tem a obrigação de publicar no local de exercício das suas atividades, de forma disponível ao público:

- 1) as taxas de juro aplicadas aos fundos em contas bancárias, créditos e empréstimos;
- 2) as taxas de comissão aplicadas e o montante das taxas cobradas;
- 3) os prazos de capitalização dos juros;
- 4) as taxas de câmbio praticadas;
- 5) um balanço com o parecer do auditor relativo ao último período auditado;
- 6) a composição do conselho de administração e do conselho de supervisão do banco;
- 7) informação sobre as condições de execução das transferências transfronteiriças;
- 8) nome das pessoas habilitadas a contrair obrigações em representação do banco ou de uma entidade organizacional do banco;

9) informação sobre as empresas, inclusivamente no estrangeiro, a que se refere o artigo 6a.º, n.º 1, na medida em que, por conta de uma unidade organizacional do banco, no exercício das atividades referidas nessa disposição, tenham acesso a informações sujeitas ao sigilo bancário.

2. Os bancos cooperativos devem, além das informações referidas no n.º 1, indicar igualmente o âmbito da sua atividade e o banco associado.

Ustawa o Narodowym Banku Polskim z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Lei sobre o Banco Nacional da Polónia, de 29 de agosto de 1997) (texto consolidado Dz. U. 2019, posição 1810)

Artigo 1.º

O Banco Nacional da Polónia, a seguir «BNP», é o banco central da República da Polónia.

Artigo 24.º

1. O BNP põe em prática uma política monetária fixada pelo Conselho de Ministros em concertação com o Conselho.

2. As modalidades de determinação do valor do zloti polaco em relação às moedas estrangeiras são fixadas pelo Conselho de Ministros em concertação com o Conselho.

3. O BNP publica os câmbios correntes das moedas estrangeiras, bem como outros valores cambiais.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

1. Em 16 de maio de 2008, B.P. e M.P., enquanto mutuários agindo na qualidade de consumidores, celebraram um contrato de mútuo com hipoteca com (A) S.A. [Spółka Akcyjna], com base num modelo de contrato que lhes foi apresentado. Nos termos desse contrato, o banco comprometia-se a disponibilizar aos mutuários o montante de 460.000 PLN. O crédito estava indexado à moeda estrangeira CHF. A duração do empréstimo era de 480 meses, sendo a taxa de juro fixada somando a taxa de referência LIBOR 3M (CHF) e uma margem fixa de 1,20 pontos percentuais do banco. O montante emprestado foi pago aos demandantes em 3 tranches, de acordo com as taxas de compra que figuravam nas tabelas do banco demandando. Em 10 de janeiro de 2013, as partes celebraram um anexo ao contrato que previa a possibilidade de reembolsar o crédito concedido aos mutuários indexado à moeda estrangeira CHF, à qual o crédito está indexado. A possibilidade de celebrar tal anexo existia desde 2009.
2. Segundo o regulamento interno relativo aos créditos vigente no banco, um crédito indexado a uma moeda estrangeira tem uma taxa de juros baseada na taxa de juro

de referência relativa a uma divisa que não PLN, cujo pagamento e reembolso são efetuados em PLN com base na taxa de câmbio da moeda estrangeira para PLN, segundo a tabela (§ 2.º, n.º 2). De acordo com a definição, entende-se por «tabela» a tabela das taxas de câmbio das moedas estrangeiras em vigor no banco (§ 2.º, n.º 12). Em caso de créditos indexados a uma moeda estrangeira, o pagamento do crédito efetuava-se em PLN, a uma taxa de câmbio não inferior à taxa de compra segundo a tabela em vigor no momento do pagamento dos fundos do crédito. Em caso de pagamento do crédito em tranches, aplica-se uma taxa não inferior à taxa de compra, segundo a tabela vigente no momento do pagamento das tranches. O saldo do crédito é expresso em moeda estrangeira e calculado em função da taxa aplicada no momento da sua disponibilização (§ 7.º, n.º 4). Segundo o regulamento interno, no caso de créditos indexados a uma moeda estrangeira, as prestações do crédito a reembolsar são expressas numa moeda estrangeira e, na data do seu vencimento, as prestações do crédito são cobradas a partir da conta bancária a que se refere o n.º 1, de acordo com a taxa de venda que figura na tabela vigente no banco no final do dia útil anterior à data de vencimento das prestações do crédito (§ 9.º, n.º 2);

3. Na sequência do seu pedido de mútuo com hipoteca indexado a uma moeda estrangeira, a parte demandante assinou uma declaração segundo a qual tinha plena consciência do risco cambial, renunciava à possibilidade de contrair um empréstimo em PLN e optava por contrair um empréstimo indexado ao CHF, conhecia as disposições do regulamento interno (A) relativas aos créditos indexados a moedas estrangeiras e tinha sido informada de que os valores atuais de câmbio da moeda estrangeira estavam disponíveis nas instalações do banco. Além disso, reconhecia estar ciente do facto de o risco cambial ter incidência no montante da obrigação para com o banco (A) e no montante das prestações de reembolso do crédito, que o crédito seria pago em PLN nas condições previstas no regulamento interno e que o saldo em dívida pelo crédito estava expresso em moeda estrangeira; as prestações do crédito são expressas nessa moeda estrangeira e são reembolsadas em PLN com base nas regras contidas no regulamento interno. Os mutuários rubricaram todas as páginas do pedido de crédito, do contrato, do regulamento interno e do anexo ao contrato. Os demandantes leram o contrato e viram o regulamento interno, não o tendo feito cuidadosamente.
4. O montante das prestações devidas, no período entre 16 de maio de 2008 e 10 de outubro de 2014, admitindo que o crédito era um crédito expresso em PLN, pondo de parte a cláusula de indexação, com juros para um crédito indexado a uma moeda estrangeira, isto é, a LIBOR 3M mais a margem, seria de 95.491,32 PLN. A diferença entre o montante pago pelos demandantes nos termos do contrato e o montante que pagariam em caso de omissão das cláusulas contratuais contestadas relativas à indexação é de 50.492,46 PLN a favor dos demandantes.
5. As taxas de câmbio praticadas pelo banco segundo a sua tabela correspondiam às praticadas no mercado, sendo que as taxas de câmbio dos diferentes bancos, que não diferem significativamente umas das outras, resultam das diferenças nos preços de compra e venda no mercado interbancário. A aplicação pelo banco da

taxa de compra e de venda resulta da necessidade de garantir a segurança dos fundos que lhe foram confiados, limitando a abertura da posição cambial. A principal forma de eliminar o risco cambial é a obtenção, pelo banco, de financiamento em francos suíços no mercado interbancário.

6. A diferença entre o montante do crédito que os demandantes deveriam pagar se tivessem celebrado um contrato de crédito em PLN com a taxa de juros que lhe é própria (176.584,79 PLN) e o que pagaram nos termos do contrato (145.983,78 PLN), entre 16 de maio de 2008 e 10 de outubro de 2014, é de 30.601,01 PLN em detrimento dos demandantes. Em 11 de fevereiro de 2017, essa diferença era de 24.803,31 PLN em detrimento dos demandantes.
7. Durante o período visado pela ação, as prestações do crédito indexado ao CHF, na maior parte do tempo, eram inferiores às do crédito em PLN, e simultaneamente, num crédito indexado ao CHF, o reembolso do capital era várias vezes superior ao de um crédito em PLN. A título de exemplo, pode salientar-se, com base numa análise seletiva das prestações em períodos iguais de seis meses, que, por exemplo, em julho de 2009, a prestação mensal de um crédito indexado ao CHF era de 1.825,06 PLN, correspondendo a capital 991,92 PLN, ou seja, mais de 54% do valor da prestação, ao passo que a prestação do crédito em PLN era de 2.485,27 PLN, correspondendo a capital 288,73 PLN, ou seja, mais de 11% do valor da prestação. Em janeiro de 2010, a prestação do crédito indexado ao CHF ascendia a 1.712,60 PLN, correspondendo a capital 965,73 PLN, ou seja, mais de 56% do valor da prestação, sendo que a prestação do empréstimo em PLN era de 2.357,96 PLN, correspondendo a capital 255,56 PLN, ou seja, mais de 10% do valor da prestação. Em seguida, em janeiro de 2013, a prestação do crédito indexado ao CHF era de 2.019,29 PLN, correspondendo a capital 1.299,12 PLN, ou seja, mais de 64% do valor da prestação do empréstimo em PLN, que era de 2.396,93 PLN, correspondendo a capital 298,60 PLN, ou seja, mais de 12% do valor da prestação. Por sua vez, em janeiro de 2014, a prestação do crédito indexado ao CHF era de 2.030,99 PLN, correspondendo a capital 1.320,26 PLN, ou seja mais de 65% do valor da prestação, sendo a prestação do crédito em PLN 1.928,45 PLN, correspondendo a capital 484,85 PLN, ou seja mais de 25% do valor da prestação. Por último, em julho de 2014, a prestação do crédito indexado ao CHF era de 2.041,59 PLN, correspondendo a capital 1.362,16 PLN, ou seja, mais de 66% do valor da prestação, enquanto a prestação em PLN era de 1.938,79 PLN, correspondendo a capital 537,15 PLN, ou seja, mais de 27% do valor da prestação.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

1. A parte demandante invoca como fundamento para alegar o caráter abusivo das cláusulas contratuais o facto de o demandado ser totalmente livre para determinar, de modo arbitrário, a taxa de compra e de venda da moeda estrangeira CHF na tabela do banco com as taxas de câmbio para os empréstimos em moeda estrangeira e para os créditos indexados à taxa de uma moeda estrangeira. Além

disso, foi indicado que nem o contrato nem o regulamento interno contêm disposições relativas ao modo como é determinado o valor de referência com base no qual seria determinada a taxa de compra e de venda de CHF. A taxa de câmbio dessa moeda na tabela do banco é determinada com base na taxa de câmbio no mercado interbancário, de tal forma que a taxa de compra ou de venda pende para um ou outro lado da taxa de câmbio interbancária, o que é decidido pelo conselho de administração do banco, e os consumidores não têm qualquer influência na determinação da taxa de compra e venda da moeda estrangeira. Por conseguinte, ao fixar o montante da dívida e das prestações do crédito com base numa cláusula ilícita, o demandado agiu ilegalmente e deve reembolsar as quantias indevidamente cobradas. Na ação pede-se o reembolso da diferença entre as quantias cobradas pelo demandado a título do reembolso do crédito e as que seriam devidas caso se pusesse de parte as cláusulas abusivas.

2. O banco demandado indicou na sua resposta que a parte demandante não contestou durante mais de 8 anos a validade do contrato de crédito nem as suas diferentes cláusulas, tendo executado o contrato e retirado as vantagens económicas da escolha desta forma de crédito comparativamente a créditos em PLN. A procura de uma violação dos interesses do consumidor constitui uma tentativa de eludir os efeitos de uma decisão financeira tomada que já não está a gerar os benefícios esperados. Na opinião do banco, a cláusula de indexação não está sujeita a exame quanto à sua conformidade com o artigo 385^{1.º} do kc, uma vez que foi acordada individualmente entre as partes, não contém cláusulas contrárias aos bons costumes nem viola os interesses do consumidor, sendo que o banco não define a tabela de câmbio de modo livre e arbitrário, e a taxa de compra e venda do CHF nas tabelas de câmbio do demandado corresponde aos valores do mercado. Além disso, o banco ainda referiu que, com base no artigo 111.º do prawo bankowe (Direito Bancário), se encontra obrigado a publicar as taxas de câmbio que aplica independentemente de qualquer relação contratual e independentemente de qualquer modelo de contrato, não existindo no momento da celebração do contrato legislação que impusesse aos bancos a obrigação de determinar com exatidão os indicadores e modelos matemáticos utilizados para a fixação das taxas. Acrescentou que as taxas de câmbio, que se alteram em frações de segundo, são estabelecidas com base em indicadores globais de mercado que são independentes do banco, estando a política de gestão da tabela cambial sujeita ao controlo da Komisja Nadzoru Finansowego (Comissão de Supervisão Financeira polaca).
3. O demandado acrescentou que, em cumprimento da Rekomendacja S [Recomendação S], a partir de abril de 2009 estipulou no seu Regulamento Interno que as taxas de câmbio de divisas estrangeiras são fixadas tendo em conta: as taxas médias de câmbio publicadas pelo BNP, a situação corrente no mercado cambial, a atual posição cambial do banco e a previsão da evolução das taxas de câmbio.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 1 A análise da Diretiva do Conselho 93/13, que foi transposta para o ordenamento jurídico polaco, designadamente, pelo artigo 385^{1.º} do kc, as disposições acima referidas do direito polaco e a jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial a relativa ao artigo 5.º da diretiva e os Acórdãos nos processos C-186/16, C-96/14 e C-26/13, não servem para dar resposta às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio.
- 2 A primeira dúvida do órgão jurisdicional diz respeito à questão de saber se, à luz do artigo 3.º, n.º 1, do artigo 4.º, n.º 1, e do artigo 5.º da Diretiva do Conselho 93/13/CEE, bem como dos artigos 69.º e 111.º do Prawo bankowe (Direito Bancário), vigentes no momento da celebração do contrato, é possível exigir ao banco que a cláusula do contrato que determina a taxa de compra e de venda da moeda estrangeira no contrato de crédito indexado à taxa de câmbio dessa moeda estrangeira seja redigida em termos totalmente inequívocos, a saber, que o mutuário/consumidor possa autonomamente determinar essa taxa em qualquer altura, tendo em conta a natureza desse contrato, as disposições nacionais e os usos preestabelecidos no momento da celebração do contrato. À data da assinatura do contrato não existia qualquer disposição que previsse a obrigação de dar indicações sobre a regra de fixação das taxas cambiais de moedas estrangeiras, e o artigo 69.º, n.º 2, do Prawo bankowe (Direito Bancário), na redação vigente à época, exigia que o contrato de crédito tivesse uma forma escrita e enunciava o que devia esse contrato estipular especificamente (por exemplo, o montante e a moeda do crédito, a finalidade para a qual o crédito era concedido, as modalidades e os prazos de reembolso do crédito, bem como as taxas de juro do crédito e as condições da sua alteração). Em 26 de agosto de 2011, isto é, mais de três anos após a celebração do contrato, esta situação foi alterada pela entrada em vigor do artigo 69.º, n.º 2, ponto 4a, do Prawo bankowe (Direito Bancário) que prevê que, no caso de um contrato de crédito expresso ou indexado a uma moeda que não a polaca, esse contrato deve, nomeadamente, incluir regras pormenorizadas que fixem as modalidades e os prazos para o cálculo da taxa de câmbio, com base nas quais é nomeadamente calculado o montante do crédito, as suas parcelas, juros e prestações de capital, bem como as modalidades de conversão em moeda de pagamento ou de reembolso do empréstimo. Esta disposição não exclui, porém, a liberdade do banco na fixação do valor da moeda estrangeira, introduzindo apenas a obrigação de determinar as regras e os prazos para a fixação das taxas cambiais. No projeto de exposição de motivos da lei à qual foi aditada o ponto 4a indica-se, entre outras coisas, que esse aditamento tem por efeito que o mutuário logo na fase do contrato de crédito será devidamente informado pelo banco sobre as regras para ele mais importantes referentes ao reembolso do crédito. Graças a essa solução, os bancos fazem concorrência entre si com o montante do chamado *spread*. O órgão jurisdicional de reenvio indica que no direito nacional não existe qualquer disposição que precise como devem ser determinadas as taxas de câmbio, o que se afigura oportuno à luz da atividade no mercado livre.

- 3 Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, ao apreciar a possibilidade de uma formulação inequívoca das regras de fixação das taxas de câmbio, as regras de fixação das taxas de câmbio pelo BNP em vigor à data da celebração do contrato não podem ser ignoradas. Acontece que, nos termos do § 2.º, ponto 1, da Uchwała n.º 51/2002 Zarządu NBP (Resolução n.º 51/2002 do Conselho de Administração do BNP), de 23 de setembro de 2002, sobre o modo de cálculo e a publicação das taxas de câmbio correntes para moedas estrangeiras, as taxas médias de moedas estrangeiras são calculadas, no caso do EUR e do USD para PLN, com base na chamada «cotação». Esta consiste em perguntar diariamente a dez bancos constantes da «Lista dos bancos candidatos às funções de dealer de câmbio no mercado monetário segundo o volume de negócios realizado no mercado cambial interbancário – operações de ‘spot’ de uma moeda – para PLN», a taxa de compra e de venda do EUR e do USD em PLN aplicadas nesse bancos. Segundo o ponto 2, as taxas de moedas estrangeiras como, por exemplo, o CHF, são calculados com base nos preços do EUR em PLN e no mercado cambial, calculados segundo o ponto 1, relativamente às diferentes moedas às 11:00 horas. O banco demandado figurava na lista dos bancos candidatos a realizar as funções de dealer de câmbio no mercado monetário, o que significa que as taxas de câmbio das tabelas de câmbio do banco demandado estavam na base da fixação do câmbio do BNP. Aqui importa acrescentar que o BNP, enquanto entidade de consolidação legislativa e institucional (artigo 227.º da Constituição da RP), que executa a política monetária e, mais importante, a política cambial, alterou por três vezes as regras relativas à fixação das taxas do câmbio num período de 18 anos, ou seja, num período mais curto daquele para o qual o contrato foi celebrado.
- 4 Surge, portanto, uma dúvida quanto à questão de saber se, à luz do caráter de longa duração do contrato de crédito indexado e das imprevisíveis alterações do mercado cambial, é de todo possível exigir ao demandado que determine com rigor e precisão as modalidades de estabelecimento do câmbio da moeda estrangeira ou se, tendo em conta a natureza do serviço, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, é possível fazer referência ao conceito mais geral da cotação do mercado, tanto mais que a eventual liberdade de um banco na determinação do câmbio da moeda estrangeira, dentro dos limites dos valores de mercado, não geraria um desequilíbrio significativo, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 1, da diretiva referida, no plano económico, em detrimento do consumidor. Esta dúvida parece confirmada pelo regulamento interno aplicado pelo demandado após a entrada em vigor do artigo 69.º, n.º 2, ponto 4a, do Prawo bankowe (Direito Bancário). Como indicou o demandado, desde a alteração acima indicada, segundo o regulamento interno, as taxas das moedas estrangeiras são fixadas tendo em conta: as taxas médias de câmbio publicadas pelo BNP, a situação corrente no mercado cambial, a atual posição cambial do banco e a previsão da evolução das taxas de câmbio. Esta redação do regulamento interno, embora indique os critérios de determinação da taxa de câmbio da moeda estrangeira, em razão das regras imprecisas e pouco rigorosas, impede efetivamente a determinação do valor do câmbio da moeda estrangeira.

- 5 Se se considerar que uma cláusula contratual relativa às modalidades de fixação das taxas de câmbio se pode caracterizar pela sua generalidade no caso de um contrato de crédito indexado a uma moeda estrangeira e tomar como referência a cotação do mercado, coloca-se mais uma dúvida quanto à questão de saber se é possível interpretar uma cláusula contratual relativa à fixação pelo mutuante (o banco) da taxa de compra e de venda da moeda estrangeira de forma a resolver as dúvidas resultantes do contrato a favor do consumidor e a considerar que o contrato não determina as taxas de compra e de venda da moeda estrangeira com total liberdade, mas em função do mercado.
- 6 Neste contexto, há que determinar se é possível suprimir a ambiguidade de uma cláusula contratual que defina as modalidades de fixação do câmbio da moeda estrangeira, segundo os considerandos e o artigo 5.º da Diretiva 93/13, sem que seja necessário suprimir a cláusula contratual contestada. Parecem apontar para esta solução a distinção entre a possibilidade de interpretar as cláusulas contratuais a favor do consumidor, nos termos do artigo 5.º da referida diretiva e a possibilidade de excluir uma cláusula contratual que seja considerada abusiva, nos termos do artigo 6.º da referida diretiva. No ordenamento jurídico nacional, a questão da interpretação da manifestação de vontade e dos contratos é regulada pelo artigo 65.º do kc, que toma por referência os princípios da convivência social e os usos estabelecidos nas circunstâncias da manifestação de vontades e, no caso dos contratos, na intenção comum das partes e na finalidade do contrato. Trata-se, portanto, em substância, de saber se uma cláusula ambígua num contrato celebrado com um consumidor pode ser suprimida através de uma interpretação da intenção comum das partes e da finalidade do contrato ou se tal cláusula contratual deve ser quase automaticamente considerada sem efeito, na aceção do artigo 385^{1.º} do kc. Isto é importante no contexto dos depoimentos dos demandantes quanto ao facto de terem pensado, no momento da celebração do contrato, que seria utilizada uma taxa objetiva, como a do BNP, por exemplo, e das declarações do demandando, que indicou que o câmbio que praticou correspondia a uma cotação de mercado e não era arbitrariamente fixada.
- 7 A dúvida diz igualmente respeito ao procedimento de apreciação do eventual carácter abusivo da cláusula contratual em questão. Com base na posição apresentada pelas autoridades nacionais (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Rzecznik Finansowy [Serviço de Protecção da Concorrência e dos Consumidores, Provedor de Justiça]) e na jurisprudência nacional, pode admitir-se que a apreciação do carácter eventualmente abusivo de uma cláusula contratual relativa à determinação da taxa de compra e de venda de uma moeda estrangeira num contrato de crédito indexado a uma moeda estrangeira à luz da Diretiva 93/13 só pode ser feita com base nos termos literais do contrato. Contudo, à luz dos Acórdãos do Tribunal de Justiça (de 26 de janeiro de 2017, nos processos C-421/14 e no Acórdão aí referido de 4 de junho de 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, n.º 39, e de 14 de março de 2013, no processo C-415/11, Aziz/Catalunyacaixa), o exame do carácter eventualmente abusivo de uma cláusula deve ser feito tendo em conta todas as circunstâncias que rodeiam a sua celebração. Quando as cláusulas contratuais neste tipo de processo forem

iguais ou semelhantes, as circunstâncias que rodeiam a atividade das partes no momento da celebração do contrato justificam a questão de saber se do ponto de vista do exame do caráter eventualmente abusivo de uma cláusula contratual são relevantes aspetos como: a) a execução do contrato, destinada a reproduzir as circunstâncias do momento da celebração do contrato; b) a não assinatura de um anexo ao contrato que permite reembolsar diretamente o crédito em moeda estrangeira; c) a incidência das cláusulas contestadas na vontade do consumidor de celebrar o contrato; d) a compreensão da cláusula contestada pelo consumidor; ou e) a falta de interesse do consumidor pela cláusula contratual contestada, no momento da celebração e da execução do contrato, incluindo a não tomada de conhecimento do conteúdo do contrato no momento da sua celebração e durante todo o período da sua vigência. Esta dúvida resulta da tese expressa no Acórdão nos processos C-415/11 e C-421/14 em que se indica que se pode falar em oposição aos ditames da boa-fé quando uma cláusula contratual estipula os direitos e obrigações de uma forma que não seria aceite pelas partes no decurso de uma negociação legítima entre as partes. Na opinião do órgão jurisdicional de reenvio, a apreciação das circunstâncias da celebração do contrato, incluindo a intenção comum das partes quanto à determinação das taxas de câmbio da moeda estrangeira aplicadas na execução do contrato, deve ser efetuada à luz da jurisprudência expressa pelo Tribunal de Justiça no seu Acórdão nos processos C-415/11 e C-421/14. Nestas condições, o órgão jurisdicional de reenvio considera que as circunstâncias relativas à atividade das partes no momento da celebração do contrato, mencionadas nos pontos a) a e) *supra*, são de elevada importância.

- 8 Ora, a questão de saber se uma cláusula contratual seria aceitável pode ser esclarecida com base nas dúvidas acima apresentadas. Em especial, a questão da execução do contrato, a falta de atenção dada às regras sobre a fixação da taxa de câmbio da moeda estrangeira ou a não tomada de conhecimento do contrato durante toda a sua vigência permitem concluir que o contrato teria sido celebrado mesmo que a parte no decurso de negociações legítimas tivesse apreendido os detalhes da fixação pelo banco da taxa de câmbio da moeda estrangeira. No caso em apreço, estas dúvidas são reforçadas pelo facto de o demandante ter declarado que esperava que o câmbio fosse fixado de forma objetiva, indicando, a título de exemplo, a taxa do BNP. Por outro lado, o demandado reconhece que estava obrigado a aplicar a cotação do mercado e, portanto, no essencial, uma cotação também objetiva. Com efeito, pode acontecer que as partes compreendessem conjuntamente dada disposição contratual no sentido de que tinha sido aceite no decurso de negociações legítimas, cumprindo a obrigação de boa-fé referida nos acórdãos do Tribunal de Justiça proferidos nos processos C-415/11 e C-421/14. Isso justifica, em seguida, a dúvida sobre a questão de saber se efetivamente a vontade comum das partes quanto à necessidade de recorrer a um câmbio objetivo permite qualificar a cláusula contratual em causa de abusiva ou se é possível, a este respeito, dissipar as dúvidas contratuais no sentido de considerar que a taxa de câmbio da moeda estrangeira constante da tabela do banco não é de fixação livre, mas antes um câmbio formulado no âmbito de uma liberdade decorrente dos

artigos 69.º e 111.º do Prawo bankowe (Direito Bancário), exclusivamente dentro dos limites dos valores do mercado.

- 9 Todas as questões prejudiciais *supra* são pertinentes para a determinação do padrão normativo correto decorrente das disposições da Diretiva 93/13 em causa e, por conseguinte, são de grande importância no que respeita às disposições do direito nacional. Tendo em conta o grande número de processos pendentes nos órgãos jurisdicionais nacionais contra diferentes bancos, que invocam como primeiro e mais importante argumento a ausência de liberdade no estabelecimento de taxas de câmbio, a resposta do Tribunal de Justiça será de extrema utilidade para a resolução não só do litígio no processo principal, mas também de vários outros litígios nacionais do mesmo tipo. Uma resposta negativa à primeira questão permite, no essencial, decidir eficazmente processos análogos, sem que seja necessário resolver outras questões, incluindo a do risco cambial.
- 10 Uma resposta positiva é apoiada pelo facto de o tipo de contrato de crédito indexado a uma moeda estrangeira, celebrado a várias décadas (no caso em apreço, 40 anos), provavelmente impossibilitar a redação de uma cláusula contratual de forma tão inequívoca que seja aplicável durante todo o período de vigência do contrato. Tendo o BNP, durante 18 anos, alterado por três vezes as regras relativas à fixação dos câmbios de moedas estrangeiras, parece legítimo interrogarmo-nos sobre a questão de saber se é possível exigir que um banco comercial possa adotar uma solução inequívoca quanto a esta questão, e isto por um período tão longo.
- 11 A referência a uma fórmula aritmética que tenha em conta as cotações do mercado interbancário indicadas nos serviços de informação Reuters e Bloomberg corrigidas em função das margens poderia não trazer clareza e segurança à cláusula contratual. Com efeito, tendo em conta a duração tão longa dos contratos e a imprevisibilidade do contexto económico, a referência aos dados desses serviços de informação poderia revelar-se insuficiente, dado que a sua fiabilidade não pode ser controlada. Todavia, há que salientar que, uma vez que a cotação do BNP é o resultado das taxas de câmbio dos bancos comerciais fixadas nas suas tabelas (incluindo o banco demandado), a referência no contrato à taxa do BNP poderia igualmente ser censurada pela arbitrariedade da sua fixação em razão da influência indireta dos bancos comerciais na taxa do BNP. Por conseguinte, é igualmente duvidoso que a taxa do BNP possa ser considerada um indicador objetivo e independente da vontade dos bancos comerciais. Nestas condições, talvez a única cláusula contratual segura, ainda que bastante geral, seja uma que faça referência às taxas de compra e de venda do mercado de moedas estrangeiras. Simultaneamente, uma certa generalidade da cláusula contestada poderia ser justificada à luz do artigo 3.º, n.º 1, da diretiva pela natureza própria de um contrato de crédito indexado a uma moeda estrangeira com uma duração de várias décadas. Do mesmo modo, o facto de se deixar ao banco uma certa liberdade na fixação das taxas de câmbio, unicamente dentro dos limites dos valores de mercado, impede que se considere que essa cláusula introduz um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, segundo o artigo 4.º, n.º 1, da

diretiva. As disposições nacionais não proíbem a fixação pelos bancos dos seus próprios câmbios, segundo os artigos 69.º e 111.º do Prawo bankowe (Direito Bancário), e um mercado livre seria talvez uma garantia adequada de taxas de câmbio reais e objetivas.

- 12 Quanto a uma resposta positiva à segunda questão, há que notar que, tendo em conta que a Diretiva 93/13 distingue a possibilidade de suprimir a ambiguidade de uma cláusula contratual, segundo o seu artigo 5.º, e a exigência de suprimir essa cláusula contratual, nos termos do artigo 6.º da diretiva, parece necessário recorrer, num primeiro momento, a uma solução mais ligeira e tentar suprimir a ambiguidade contratual, permitindo assim preservar inteiramente o contrato segundo a vontade das partes. O artigo 65.º do kc pode servir para determinar a vontade das partes. Prova disto é o facto de as partes indicarem que as taxas de câmbio, nos termos do contrato, têm de ser objetivas, o que o demandado entendeu como sendo a cotação do mercado, sem que os demandantes tivessem a esse respeito uma posição muito precisa, tendo mencionado, por exemplo, a taxa de câmbio da BNP.
- 13 Em especial, no Acórdão proferido no processo C-421/14, o Tribunal de Justiça indicou que compete ao juiz nacional pronunciar-se, tendo em conta os referidos critérios, sobre a qualificação concreta de uma cláusula contratual particular em função das circunstâncias próprias do caso em apreço (n.º 57). No n.º 61 desse acórdão indica-se também que, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, desta diretiva, o carácter abusivo de uma cláusula contratual deve ser apreciado em função da natureza dos bens ou dos serviços objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração. No sentido indicado neste acórdão, é de referir o acórdão nele citado, proferido no processo C-243/08 (n.º 39), em que se indica que o artigo 4.º da diretiva estabelece que o carácter abusivo de uma cláusula contratual deve ser apreciado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que foi celebrado, rodearam a sua conclusão (v. também Acórdão do Tribunal de Justiça, processo C-415/11, n.º 71).
- 14 Adicionalmente, há que salientar que a cláusula contestada, embora não seja suficientemente precisa, não permite atribuir ao demandado má-fé, uma vez que, ao longo de toda a duração da execução do contrato, aplicou as taxas de câmbio do mercado, segundo o seu entendimento do contrato, mesmo numa altura em que a questão do carácter abusivo das cláusulas não se colocava. A este respeito, não se pode atribuir ao banco a vontade de formular uma cláusula contratual para prejudicar o consumidor aplicando taxas de câmbio de moedas estrangeiras de modo arbitrário e alheado do mercado. Cláusulas contratuais análogas em contratos de crédito deste tipo eram também prática corrente noutros bancos. Também as considerações económicas podem militar a favor do reconhecimento destas taxas como correspondendo à cotação de mercado. É de notar que mesmo admitindo que o banco tem liberdade para fixar as taxas de câmbio no âmbito do valor do mercado, os mutuários encontram-se, no caso em apreço, numa situação

económica mais favorável do que se fossem parte num contrato de crédito em PLN com os juros que lhes são próprios.

DOCUMENTO DE TRABALHO