

Processo C-140/22**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:**

25 de fevereiro de 2022

Órgão jurisdicional de reenvio:

Sąd Rejonowy dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie (Tribunal de Primeira Instância de Varsóvia - Centro, Varsóvia, Polónia)

Data da decisão de reenvio:

18 de janeiro de 2022

Demandantes:

SM

KM

Demandado:

mBank S.A.

Objeto do processo principal

Cláusulas contratuais abusivas – Nulidade do contrato – Obrigação do consumidor de apresentar uma declaração – Prescrição das ações de restituição – Ação com vista ao pagamento de uma quantia em dinheiro a título do reembolso de uma prestação indevida dada a nulidade de um contrato de mútuo hipotecário.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, em particular do artigo 6.º, n.º 1, e do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, e dos princípios da efetividade e da equivalência; artigo 267.º TFUE.

Questões prejudiciais

Devem os artigos 6.º, n.º 1, e 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, bem como os princípios da efetividade e da equivalência, ser interpretados no sentido de que se opõem a uma interpretação judicial das disposições nacionais segundo a qual, em caso de celebração de um contrato que contém uma cláusula abusiva sem a qual esse contrato não pode ser executado:

1. esse contrato só se torna definitivamente ineficaz (nulo), com efeitos retroativos, a partir da data da sua celebração, depois de o consumidor ter apresentado uma declaração de acordo com a qual não consente que a cláusula abusiva se mantenha, está consciente das consequências da nulidade do contrato e consente na mesma,
2. o prazo de prescrição da ação do profissional para o reembolso das prestações indevidas executadas com base no contrato só começa a contar a partir da data em que o consumidor apresentou a declaração referida no ponto 1, mesmo que o consumidor tenha solicitado previamente o pagamento ao profissional e que o profissional pudesse já esperar que o contrato, tal como o formulou, continha cláusulas abusivas,
3. o consumidor só pode reclamar o pagamento de juros legais de mora a partir da data em que apresentou a declaração referida no ponto 1, mesmo que tenha previamente solicitado o pagamento ao profissional,
4. o direito do consumidor ao reembolso das prestações que cumpriu com base num contrato de crédito nulo (prestações do crédito, despesas, comissões e prémios de seguro) deve ser reduzido no equivalente aos juros de capital a que o banco teria direito se o contrato de crédito fosse válido, enquanto o banco pode exigir o reembolso da prestação que cumpriu com base nesse mesmo contrato de crédito nulo (o capital do crédito) no montante total?

Disposições de direito da União invocadas

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO C 202 de 7.6.2016): artigo 169.º, n.º 1;

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (JO C 202 de 7.6.2016, pp. 391 a 407): artigo 38.º;

Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO 1993, L 95, p. 29, Edição especial em polaco, Capítulo 15, Volume 2, p. 288, a seguir «Diretiva 93/13»): considerandos quarto, vigésimo primeiro, vigésimo quarto, artigo 3.º, n.º 1, artigo 6.º, n.º 1, artigo 7.º, n.º 1.

Disposições de direito nacional invocadas

Disposições polacas

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Constituição da República da Polónia de 2 de abril de 1997)

As autoridades públicas protegem os consumidores, utilizadores e inquilinos de atos que comprometam a sua saúde, privacidade e segurança, e de práticas comerciais desleais. O âmbito desta proteção é definido por lei (artigo 76.º).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny [Lei de 23 de abril de 1964, que aprova o Código Civil] (Dz.U. n.º 16, posição 93, conforme alterada), a seguir «k.c.»:

Não se pode fazer uso de um direito de forma contrária à sua finalidade socioeconómica ou aos princípios da boa convivência em sociedade. Tal ato ou omissão do titular do direito não é considerado um exercício desse direito e não beneficia de proteção (artigo 5.º).

Entende-se por consumidor qualquer pessoa singular que celebre com um profissional um negócio jurídico que não esteja diretamente relacionado com a sua atividade profissional (artigo 22¹.º).

Um profissional é uma pessoa singular, uma pessoa coletiva ou uma entidade organizacional referida no artigo 33¹.º, § 1, que exerce uma atividade comercial ou profissional em seu próprio nome (artigo 43¹.º).

Um negócio jurídico contrário à lei ou destinado a contornar a lei é nulo, salvo se a disposição aplicável prever um efeito diferente, nomeadamente que as cláusulas nulas do negócio jurídico são substituídas pelas disposições legais pertinentes (artigo 58.º, § 1).

É nulo o negócio jurídico que seja contrário aos princípios da boa convivência em sociedade (artigo 58.º, § 2).

Se apenas uma parte do negócio jurídico for nula, o negócio permanece válido quanto às restantes partes, a menos que resulte das circunstâncias que sem as disposições inválidas o negócio não teria sido celebrado (artigo 58.º, § 3).

Sem prejuízo das exceções previstas na lei, a vontade da pessoa que celebra um negócio jurídico pode ser expressa por qualquer comportamento dessa pessoa que revele suficientemente a sua vontade, incluindo também a divulgação dessa vontade em formato eletrónico (declaração de vontade) (artigo 60.º k.c).

A declaração de vontade destinada a outra pessoa considera-se feita no momento em por ela tenha sido recebida de tal forma que tenha podido tomar conhecimento

do seu conteúdo. A revogação de tal declaração é efetiva se tiver sido feita simultânea ou anteriormente a esta declaração (artigo 61.º, § 1).

Se o consentimento de um terceiro for necessário para realizar o negócio jurídico, essa pessoa pode dar o seu consentimento também antes ou após a declaração pela pessoa que pratica o negócio. O consentimento dado após a declaração tem efeitos retroativos a partir da data desta última (artigo 63.º, § 1).

A declaração 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 (artigo 65.º, § 1).

Salvo exceções previstas na lei, as ações relativas a bens estão sujeitas a prescrição (artigo 117.º, § 1).

Após o termo do prazo de prescrição, a pessoa contra a qual o pedido de restituição é apresentado pode não o satisfazer, a menos que renuncie à utilização da exceção de prescrição. No entanto, é nula a renúncia à exceção de prescrição antes do termo do prazo (artigo 117.º, § 2).

A título excepcional, o tribunal pode, após ter ponderado os interesses das partes, ignorar o termo do prazo de prescrição de uma ação contra um consumidor quando a equidade o exija (artigo 117¹.º, § 1).

No exercício da faculdade referida no § 1, o tribunal deve considerar, em especial: 1) a duração do prazo de prescrição; 2) a duração do período compreendido entre o termo do prazo de prescrição e a reclamação do crédito; 3) a natureza das circunstâncias que levaram a pessoa para tal habilitada a não reclamar o crédito, incluindo os efeitos da conduta do devedor no atraso da pessoa habilitada na reclamação do crédito (artigo 117¹.º, § 2).

Salvo disposição específica em contrário, o prazo de prescrição é de dez anos, e para as ações relacionadas com prestações periódicas e ações relacionadas com uma atividade comercial, de três anos (artigo 118.º na redação em vigor até 8 de julho de 2018).

Salvo disposição específica em contrário, o prazo de prescrição é de seis anos, e para as ações relacionadas com prestações periódicas e ações relacionadas com uma atividade comercial, de três anos. Todavia, o termo do prazo de prescrição é fixado no último dia do ano civil, salvo se o prazo de prescrição for inferior a dois anos (artigo 118.º, na redação em vigor até 9 de julho de 2018).

O prazo de prescrição começa a correr no dia em que o crédito se tornou exigível. Se a exigibilidade de um crédito depender da prática de um ato específico pelo titular do direito, o prazo começa a correr a partir do dia em que o crédito se teria tornado exigível se o titular do direito tivesse agido o mais cedo possível (artigo 120.º, § 1).

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 353^{1.º}).

São devidos juros sobre uma quantia em dinheiro apenas quando tal resulta de um negócio jurídico ou da lei, de uma decisão judicial ou de uma decisão de outra autoridade competente (artigo 359.º, § 1).

Se o montante dos juros não estiver determinado de outro modo, são devidos os juros legais, cujo montante é correspondente à soma da taxa de referência do Banco Nacional da Polónia e de 3,5 pontos percentuais (artigo 359.º, § 2).

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 modo contrário aos bons costumes, prejudicando manifestamente os seus interesses (cláusulas contratuais ilícitas). A presente disposição não é aplicável às cláusulas que definem as principais prestações das partes, incluindo preços ou contraprestações, se as mesmas tiverem uma redação inequívoca (artigo 385^{1.º}, § 1).

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 (artigo 385^{1.º}, § 2).

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 das condições gerais dos contratos propostas ao consumidor pela outra parte contratante (artigo 385^{1.º}, § 3).

O ónus da prova de que uma cláusula foi acordada individualmente incumbe a quem o invocar (artigo 385^{1.º}, § 4).

A conformidade de uma cláusula contratual com os bons costumes é apreciada atendendo à situação no momento da celebração do contrato, tendo em conta o seu conteúdo, as circunstâncias da sua celebração e os demais contratos conexos com o contrato cuja cláusula é objeto de apreciação (artigo 385^{2.º}).

Quem, sem causa justificativa, obtiver uma vantagem patrimonial à custa de outrem é obrigado a conceder-lhe essa vantagem em espécie ou, se tal não for possível, a restituir o seu valor (artigo 405.º).

As disposições dos artigos anteriores são aplicáveis, em especial, às prestações indevidas (artigo 410.º, § 1).

A prestação é indevida se quem a cumpriu não tinha a obrigação de o fazer, ou não tinha essa obrigação em relação à pessoa a quem a prestou, ou se deixou de

existir o fundamento da prestação ou a finalidade da prestação não foi alcançada, ou se o ato jurídico que fixava a obrigação de cumprir a prestação era inválido e não tiver sido tornado válido depois de a prestação ter sido executada (artigo 410.º, § 2).

Se o prazo de cumprimento da prestação não for determinado ou não resultar da natureza da obrigação, a prestação deve ser efetuada imediatamente após a interpelação do devedor (artigo 455.º).

Se o devedor se atrasar no cumprimento de uma prestação pecuniária, o credor pode exigir juros de mora, mesmo que não tenha sofrido nenhum prejuízo e mesmo que o atraso se deva a circunstâncias não imputáveis ao devedor (artigo 481.º, § 1).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe [Lei de 29 de agosto de 1997, Relativa ao Direito Bancário] (Dz.U. n.º 140, posição 939, conforme alterada)

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 (artigo 69.º, n.º 1).

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; 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 69.º, n.º 2, na redação vigente na data da celebração do contrato).

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Em 18 de fevereiro de 2009, as partes celebraram um contrato de mútuo hipotecário valorizado ao câmbio do CHF. O montante do crédito expresso na moeda de valorização em 22 de janeiro de 2009, segundo a taxa de compra da moeda constante da tabela de câmbio do banco, não constituía uma obrigação para o banco. O montante do crédito expresso em moeda estrangeira no dia da disponibilização do crédito podia ser diferente do indicado (§ 1, n.º 3A). O crédito vencia juros a uma taxa de juro variável (§ 10, n.º 1), correspondente à soma da taxa LIBOR 3M e da margem fixa de 3,60 % do banco. As prestações de capital e juros eram pagas em zlotis depois de terem sido convertidas segundo a taxa de

venda do CHF com base na tabela de câmbio do banco em vigor à data do reembolso (§ 10, n.º 5). O reembolso antecipado da totalidade do crédito ou das prestações de capital e juros, bem como o reembolso que ultrapassa o montante das prestações tinham por efeito que o montante do reembolso fosse convertido segundo a taxa de venda do CHF fixada na tabela de câmbio do banco em vigor no dia e hora do reembolso (§ 12, n.º 4). Todas as quantias foram pagas pelo banco em PLN, nenhuma parte das quantias foi paga pelo banco em CHF. Os demandantes também pagaram todas as prestações do crédito em PLN. Em contrapartida, se se admitisse que as partes não estavam vinculadas pelo § 1, n.º 3A, § 10, n.º 5, e § 12, n.º 4, do contrato de crédito, mantendo-se em vigor as outras disposições do contrato, o montante das prestações do crédito seria de menos 52 268,06 PLN no período de 18 de agosto de 2009 a 18 de março de 2019.

- 2 Em 4 de julho de 2019, os demandantes apresentaram uma reclamação ao banco demandando, exigindo o reembolso, no prazo de 30 dias, das prestações do crédito indevidamente cobradas, devido à nulidade do contrato de crédito, no montante de 242 238,61 PLN e, em caso de inexistência de fundamentos para declarar o contrato nulo, o reembolso do montante de 52 298,92 PLN a título do reembolso da parte paga em excesso das prestações de capital e juros cobrados pelo banco no período entre 20 de julho de 2009 e 18 de março de 2019. Por carta de 16 de julho de 2019, o banco respondeu à reclamação, indicando que o contrato de crédito é legal, válido e não contém cláusulas contratuais abusivas.
- 3 Em 31 de julho de 2019, os demandantes apresentaram no Sąd Rejonowy dla Warszawy - Śródmieścia w Warszawie (Tribunal de Primeira Instância de Varsóvia - Centro, Varsóvia, Polónia) um pedido de citação para tentativa de conciliação exigindo ao banco demandado o pagamento do montante de 242 238,61 PLN a título de prestações indevidamente cobradas ao abrigo de um contrato de crédito nulo, ou eventualmente, do montante de 52 281,02 PLN a título do reembolso da parte paga em excesso das prestações de capital e juros cobradas pelo banco. Em resposta a esse pedido, o banco indicou que não via a possibilidade de se chegar a um acordo. Na sequência da audiência pública de 13 de dezembro de 2019, o órgão jurisdicional declarou que não tinha sido alcançado um acordo e ordenou que o processo com vista a uma tentativa de acordo fosse declarado encerrado.

Por petição apresentada em 27 de abril de 2020, os demandantes pediram a condenação do demandado no pagamento no total de 52 270 PLN, acrescido dos juros legais de mora a contar de 17 de julho de 2019 até à data de pagamento, a título das prestações de capital e juros indevidamente cobradas pelo demandado aos demandantes num montante superior ao que deviam pagar no período de 18 de agosto de 2009 a 18 de março de 2019. Na ação principal, os demandantes pedem ao demandado o reembolso do pagamento em excesso, ou seja, da diferença entre o montante das prestações que efetivamente lhes foram cobradas e o montante das prestações devidas, partindo do princípio de que as partes não estão vinculadas pelas cláusulas contratuais abusivas acima referidas.

- 4 Por outro lado, caso o órgão jurisdicional declare que o contrato de crédito não pode ser executado sem as referidas cláusulas abusivas, os demandantes intentaram uma ação subsidiária, na qual pediram que o contrato de crédito de 18 de fevereiro de 2009 fosse declarado nulo e que o demandado fosse condenado a pagar-lhes, conjuntamente, o montante de 52 270 PLN acrescido dos juros legais de mora de 17 de julho de 2019 até ao dia do pagamento a título dos fundos indevidamente cobrados pelo demandado aos demandantes no período compreendido entre 18 de agosto de 2009 e 19 de dezembro 2011 devido à nulidade do contrato de crédito. Na sua declaração escrita de 10 de agosto de 2020, os demandantes indicaram que consentiam em que o contrato de crédito fosse declarado nulo na íntegra, consideravam que a nulidade do contrato de crédito lhes era favorável e aceitavam os efeitos da nulidade do contrato, incluindo as consequências financeiras. Os demandantes declararam ter compreendido que, como resultado de o contrato ser declarado nulo na sua totalidade, ambas as partes seriam obrigadas a reembolsar-se mutuamente os pagamentos feitos ao abrigo do contrato, com o que concordaram. Simultaneamente, os demandantes declararam que estavam cientes de que o banco demandado podia alegar contra eles a utilização extracontratual do capital. O banco demandado pediu que a ação fosse julgada improcedente na íntegra.

Na audiência realizada em 27 de outubro de 2020, o órgão jurisdicional instruiu os demandantes sobre os efeitos da nulidade do contrato de crédito, os quais declararam seguidamente que compreendiam essas consequências e que estavam de acordo com a declaração de nulidade do contrato.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

Os demandantes fundamentaram este pedido indicando que no contrato de mútuo hipotecário indexado ao câmbio do CHF, de 18 de fevereiro de 2009, celebrado pelas partes, havia cláusulas abusivas –chamadas «cláusulas de conversão» (§ 1, n.º 3A, § 10, n.º 5, e § 12, n.º 4), em resultado das quais o banco cobrou aos demandantes prestações demasiado elevadas. O banco demandado alegou que o contrato celebrado pelas partes era válido e não continha cláusulas abusivas.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 5 Segundo as constatações do órgão jurisdicional de reenvio, os demandantes no processo principal celebraram um contrato na qualidade de consumidores, e o banco demandado é um profissional. Nem as cláusulas do contrato de mútuo que preveem que o crédito está indexado a uma moeda estrangeira (§ 1, n.º 3), nem as que habilitam o banco a fixar a taxa de câmbio dessa moeda (§ 1, n.º 3A, § 10, n.º 5, e § 12, n.º 4) foram objeto de negociação individual. Simultaneamente, nenhuma das cláusulas contratuais *supra* reflete as disposições legislativas ou regulamentares em vigor. Além disso, todas as cláusulas contratuais acima referidas definem o objeto principal do contrato mas não estão redigidas de maneira clara e compreensível. Por último, o órgão jurisdicional de reenvio

declarou que o § 1, n.º 3, § 1, n.º 3A, § 10, n.º 5, e § 12, n.º 4, do contrato de crédito são contrários à exigência de boa-fé e dão origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato, pelo que o órgão jurisdicional de reenvio considera que todas essas cláusulas são abusivas. Por conseguinte, nenhuma das cláusulas contratuais acima referidas é vinculativa para os consumidores, não sendo ao mesmo tempo possível que o contrato de crédito na sua parte restante continue a vincular as partes após terem sido excluídas as cláusulas abusivas. Na jurisprudência nacional, cláusulas de conteúdo análogo, ou mesmo idêntico, são consideradas abusivas. Além disso, também se admite, na jurisprudência recente dos órgãos jurisdicionais nacionais, que um contrato de crédito ligado a uma divisa estrangeira não pode subsistir sem cláusulas contratuais como as acima mencionadas, o que está, aliás, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça (a seguir «Tribunal de Justiça»)¹, concordando o órgão jurisdicional de reenvio com esta apreciação.

- 6 Na sua jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça declarou que, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, as cláusulas abusivas não vinculam o consumidor. Trata-se de uma disposição imperativa². Os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a declarar que o contrato contém cláusulas contratuais abusivas³. Em especial, têm a obrigação de informar as partes no processo que o contrato contém uma cláusula abusiva⁴, e indicar de forma

¹ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de março de 2019, C-118/17, Dunai, n.º 52, bem como de 3 de outubro de 2019, C-260/18, Dziubak, n.º 44.

² V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2006, C-168/05, Mostaza Claro, n.º 36, de 4 de junho de 2009, C-243/08, Pannon GSM, n.º 25; de 9 de novembro de 2010, C-137/08, VB Pénzugyi Lizing, n.º 47 e Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de novembro de 2010, C-76/10, Pohotovost', n.º 38. V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de março de 2012, C-453/10, Pereničová e Perenič, n.º 28; de 26 de abril de 2012, C-472/10, Invitel, n.º 34; de 26 de janeiro de 2017, C-421/14, Banco Primus, n.º 41; de 17 de maio de 2018, C-147/16, Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, n.ºs 27 e 34; de 19 de setembro de 2018, C-109/17, Bankia, n.ºs 37 e 38; bem como de 11 de março de 2020, C-511/17, Lintner, n.º 24.

³ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 27 de junho de 2000, C-240/98 a C-244/98, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores, n.ºs 26 e 29; de 26 de outubro de 2006, C-168/05, Mostaza Claro, n.ºs 27 a 30, 38 e 39; de 28 de julho 2016, C-168/15, Tomášová, n.ºs 28 a 32; bem como Despacho do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2016, C-568/14 a C-570/14, Ismael Fernández Oliva e o., n.º 24. V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, C-421/14, Banco Primus, n.º 43; de 17 de maio de 2018, C-147/16, Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, n.ºs 29 e 37; de 13 de setembro de 2018, C-176/17, Profi Credit Polska, n.º 42; de 3 de abril de 2019, C-266/18, Aqua Med, n.ºs 27 e 52; bem como Despacho do Tribunal de Justiça de 28 de novembro 2018, C-632/17, PKO Bank Polski, n.º 36.

⁴ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de fevereiro de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, n.ºs 29 a 36; de 30 de maio de 2013, C-488/11, Asbeek Brusse e de Man Garabito, n.ºs 52 e 53; de 7 de novembro de 2019, C-419/18 e C-483/18, Profi Credit Polska, n.º 70; de 11 de março de 2020, C-511/17, Lintner, n.º 42; bem como de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, n.º 93.

objetiva e exaustiva as consequências jurídicas que a supressão de uma cláusula abusiva pode implicar nomeadamente, a nulidade de todo o contrato e os direitos de restituição daí decorrentes⁵. Além disso, resulta dessa jurisprudência que a plena eficácia da proteção prevista pela referida diretiva requer que o juiz nacional que declarou oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula possa extrair todas as consequências dessa declaração, sem esperar que o consumidor, informado dos seus direitos, apresente uma declaração em que pede a anulação da referida cláusula⁶.

7 O consumidor, tendo sido informado de que o contrato contém cláusulas contratuais abusivas, pode dar o seu consentimento voluntário e consciente a essa cláusula e, assim, devolver-lhe a sua força vinculativa⁷. Em contrapartida, na falta dessa consentimento do consumidor, uma cláusula contratual declarada abusiva deve ser considerada, em princípio, como não tendo existido, pelo que não pode produzir efeitos relativamente ao consumidor, o que tem por efeito restabelecer a situação de facto e de direito em que o consumidor se encontraria se essa cláusula não existisse⁸.

8 Isto implica um correspondente efeito de restituição relativamente às quantias pagas com base na cláusula abusiva⁹.

9 O referido efeito de restituição, que inclui a obrigação de reembolsar as quantias indevidamente pagas com base na cláusula abusiva não pode, porém, ser limitado no tempo apenas aos montantes pagos após a prolação da decisão em que o tribunal declarou o carácter abusivo da cláusula contratual, porque essa proteção revela-se incompleta e insuficiente e não constitui um meio adequado nem eficaz

⁵ V. Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, n.ºs 96 a 99.

⁶ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de fevereiro de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, n.ºs 28 e 36; de 30 de maio de 2013, C-397/11, Jörös, n.ºs 42 e 48; de 30 de maio de 2013, C-488/11, Asbeek Brusse e de Man Garabito, n.º 50; de 1 de outubro de 2015, C-32/14, ERSTE Bank Hungary, n.º 49; de 21 de dezembro de 2016, Gutiérrez Naranjo, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, n.º 59.

⁷ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 2009, C-243/08, Pannon GSM, n.º 33; de 14 de junho de 2012, C-618/10, Banco Español de Crédito, n.º 63; de 21 de fevereiro de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, n.º 27.

⁸ V. Despacho do Tribunal de Justiça de 16 de novembro de 2010, C-76/10, Pohotovost', n.º 62; e Acórdãos de 15 de março de 2012, C-453/10, Pereničová e Perenič, n.º 30; de 26 de abril de 2012, C-472/10, Invitel, n.º 42; de 21 de fevereiro de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, n.º 27; bem como de 30 de maio de 2013, C-397/11, Jörös, n.ºs 51 e 53; de 30 de maio de 2013, C-488/11, Asbeek Brusse e de Man Garabito, n.º 49; bem como o Despacho do Tribunal de Justiça de 3 de abril de 2014, C-342/13, Sebestyén, n.º 35.

⁹ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Gutiérrez Naranjo e o., n.ºs 62, 63 e 66; de 9 de julho de 2021, C-698/18 e C-699/18 Raiffeisen Bank e BRD Groupe Société Générale, n.º 54; de 16 de julho de 2020, C-224/19 e C-259/19, Caixabank, i Banco Bilbao Vizcaya Argentaria n.º 53; bem como de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, n.º 51.

para fazer cessar a utilização desse tipo de cláusula¹⁰. Uma cláusula abusiva é vinculativa na sua totalidade e não apenas na parte em que é abusiva¹¹. Em princípio, também não é possível ao tribunal modificar o conteúdo de uma cláusula contratual abusiva¹² nem interpretar essa cláusula a fim de atenuar o seu carácter abusivo¹³. Em contrapartida, o tribunal pode substituir uma cláusula abusiva por uma disposição nacional de carácter supletivo, mas unicamente caso a supressão de uma cláusula abusiva implique a nulidade de todo o contrato, que expõe o consumidor a consequências particularmente prejudiciais¹⁴. É à data da superveniência do litígio que se deve apreciar se é esse o caso¹⁵, sendo a posição do consumidor a este respeito vinculativa para o tribunal¹⁶. Com efeito, o contrato deve subsistir, em princípio, sem nenhuma alteração a não ser a resultante da supressão das cláusulas abusivas, na medida em que, em conformidade com as regras de direito interno, a subsistência do contrato seja juridicamente possível, o que há que examinar com base numa abordagem objetiva¹⁷.

10 Contudo, se, em conformidade com as disposições pertinentes do direito nacional, não for possível, tendo em conta critérios objetivos, manter o contrato sem as cláusulas abusivas nele contidas, pode ser considerado nulo¹⁸. Em

¹⁰ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Gutiérrez Naranjo, n.ºs 73 e 75.

¹¹ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de março de 2019, C-70/17 e C-179/17, Abanca Corporación Bancaria SA e Bankia, n.º 64; de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, n.ºs 70 e 80.

¹² V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2012, C-618/10, Banco Español de Crédito, n.ºs 69 a 73; de 13 de setembro de 2018, C-176/17, Profi Credit Polska, n.º 41; de 26 de março de 2019, C-70/17 e C-179/17, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, n.ºs 53 e 54; bem como de 7 de novembro de 2021, C-349/18 a C-351/18, Kanyebe, n.º 67, de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, n.ºs 67 e 68.

¹³ V. Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de novembro de 2021, C-212/20, A. S.A., n.º 79.

¹⁴ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler e Káslerné Rábai, n.ºs 80 a 85; de 21 de janeiro de 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, Unicaja Banco e Caixabank, n.º 33; de 7 de agosto de 2018, C-96/16 e C-94/17, Banco Santander e Escobedo Cortés, n.º 74; de 20 de setembro de 2018, C-51/17, OTP Bank e OTP Faktoring, n.ºs 60 e 61; de 14 de março de 2019, C-118/17, Dunai, n.º 54; bem como de 26 de março de 2019, C-70/17 e C-179/17, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, n.ºs 56 a 59 e 64.

¹⁵ V. Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2019, C-260/18, Dziubak, n.ºs 50 e 56.

¹⁶ V. Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 2019, C-260/18, Dziubak, n.ºs 67 e 68.

¹⁷ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de junho de 2012, C-618/10, Banco Español de Crédito, n.º 65; de 10 de setembro de 2014, C-34/13, Kušionová, n.º 50; de 21 de janeiro de 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, Unicaja Banco e Caixabank, n.º 28; de 21 de abril de 2016, C-377/14, Radlinger e Radlingerová, n.º 97; bem como de 7 de agosto de 2018, C-96/16 e C-94/17, Banco Santander e Escobedo Cortés, n.º 73.

¹⁸ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de março de 2012, C-453/10, Pereničová e Perenič, n.ºs 35 e 36; de 30 de maio de 2013, C-397/11, Jörös, n.º 47; de 14 de março de 2019, C-118/17, Dunai, n.º 56; de 3 de outubro de 2019, C-260/18, Dziubak, n.ºs 41 a 45 e 47; bem como de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, n.ºs 85 e 89.

contrapartida, os efeitos da declaração pelo tribunal de que existe uma cláusula abusiva no contrato celebrado entre o profissional e o consumidor dependem exclusivamente do direito nacional, desde que seja assegurada a proteção que as disposições da Diretiva 93/13 garantem aos consumidores ¹⁹.

11 Simultaneamente, as disposições processuais do direito nacional devem estar em conformidade com os princípios da efetividade e da proporcionalidade ²⁰.

12 Quanto ao **primeiro ponto da questão prejudicial**, os órgãos jurisdicionais polacos consideraram, até agora, que resulta do artigo 385^{1.º}, § 1, do k.c. que as cláusulas de conversão, que constituem cláusulas contratuais ilícitas, são inoperantes, isto é, não vinculam o consumidor desde o momento da celebração do contrato (*ex tunc*) e como essas cláusulas definem o objeto principal do contrato, sem elas o contrato de crédito não pode ser válido, pelo que todo o contrato de crédito é nulo desde o início (*ex tunc*) ²¹. Isto significa que as partes no contrato têm direito a reclamar mutuamente o reembolso do equivalente a todas as prestações indevidas cumpridas em execução desse contrato, nos termos do artigo 405.º do k.c., lido em conjugação com o artigo 410.º, § 1, do k.c. Os pedidos de reembolso de uma prestação indevida, pela sua natureza, não têm prazo ²², pelo que deve ser cumprido pela parte enriquecida após ter lhe ter sido reclamado o pagamento pela parte empobrecida (artigo 455.º do k.c.).

13 Contudo, a interpretação das disposições nacionais exposta no número anterior foi alterada na sequência de uma resolução do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal, Polónia) (a seguir «SN») de 7 de maio de 2021 (III CZP 7/21). Afigura-se necessário discutir esta resolução para verificar se a interpretação que dela é feita continua em conformidade com a Diretiva 93/13. O SN indicou, nesta resolução, que «a declaração de que a cláusula abusiva não produz efeitos desde o início (*ab initio*) e por força do próprio direito (*ipso iure*), o que cabe ao tribunal ter em conta oficiosamente com base nos factos apurados no processo, corresponde às características das sanções da chamada nulidade absoluta [...]». Todavia, a simples remissão para esta sanção opõe-se à regra da jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual o consumidor, consciente do carácter abusivo de uma cláusula, pode opor-se à recusa da sua aplicação dando o seu livre

¹⁹ V. Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, n.ºs 88 e 90.

²⁰ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2006, C-168/05, Mostaza Claro, n.º 24; Despacho de 16 de novembro de 2010, C-76/10, Pohotovost', n.º 47; de 14 de junho de 2012, C-618/10, Banco Español de Crédito, n.º 46; de 21 de fevereiro de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, n.º 26; de 14 de março de 2013, C-415/11, Aziz, n.º 50; de 1 de outubro de 2015, C-32/14, ERSTE Bank Hungary, n.º 51; de 29 de outubro de 2015, C-8/14, BBVA, n.º 24; de 26 de junho de 2019, C-407/18, Addiko Bank, n.º 46, bem como de 16 de julho de 2020, C-224/19 e C-259/19, Caixabank, n.º 83.

²¹ V. jurisprudência referida na nota de rodapé n.º 2.

²² V. Acórdãos do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) de 22 de março de 2001, V CKN 769/00, e de 29 de setembro de 2017, V CSK 642/16.

consentimento a essa cláusula, o que pode ser feito tanto em tribunal, depois de ter sido plenamente informado das consequências jurídicas que a supressão da cláusula abusiva pode implicar, como extrajudicialmente, ao consentir livre e conscientemente na renovação da obrigação ou na alteração do contrato (da cláusula ilícita). Ora, na jurisprudência e na doutrina nacionais, é geralmente aceite que uma das características da chamada nulidade absoluta é o seu carácter definitivo [...]. Além disso, conceder ao consumidor a faculdade de expressar o seu consentimento unilateralmente e de forma a sanar uma cláusula abusiva não permite considerar que a ineficácia dessa cláusula pode ser invocada de forma idêntica por qualquer uma das partes no contrato, e por qualquer terceiro que tenha um interesse jurídico, que é o modo como tradicionalmente a nulidade é caracterizada [...]. Em contrapartida, a possibilidade de sanar uma disposição ineficaz com um consentimento posterior unilateral para se manter vinculado por essa cláusula que é, por assim dizer, um substituto para a ausência do consentimento inicial efetivo dado a esta disposição (negociações individuais), traz à mente, por outro lado, a chamada sanção de ineficácia suspensa, a qual, aplicada ao contrato enquanto tal, consiste no facto de o contrato por ela afetado (isto é um negócio defeituoso ou incompleto) não produzir os efeitos pretendidos (por força do próprio direito, desde o início, o que o tribunal deve ter em conta oficiosamente), em particular, não gera a obrigação de cumprir as prestações acordadas, mas, ao contrário de um contrato nulo, pode em seguida produzir esses efeitos retroativamente caso seja apresentada uma declaração de vontade (por uma das partes ou por um terceiro) nesse sentido, sendo que se se recusar a fazê-lo, ou o prazo para tal declaração expirar, se torna definitivamente ineficaz, ou seja, nulo [...]. A ineficácia suspensa distingue-se igualmente da nulidade pelo facto de as declarações de vontade das partes manterem, durante o período de suspensão, a sua força jurídica, isto é, podem produzir efeitos jurídicos no futuro e pelo menos uma das partes que manifestou a sua vontade perde a possibilidade de decidir autonomamente se esses efeitos se produzem, não pode revogar livremente a sua declaração de vontade e, neste sentido, embora permaneça num estado de incerteza, está “vinculada” por ela [...].»

- 14 Assim, existem dois argumentos principais que se opõem a que as cláusulas contratuais abusivas sejam absolutamente nulas, ao mesmo tempo que justificam a conclusão de que se lhes aplica a chamada sanção de ineficácia suspensa. O primeiro argumento é o de que a nulidade absoluta do contrato ou de uma cláusula sua é definitiva, ao passo que uma cláusula contratual abusiva pode ser aceite pelo consumidor.
- 15 Contudo, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, nada se opõe a que os órgãos jurisdicionais nacionais, ao aplicarem a chamada interpretação conforme das disposições do direito nacional, interpretem as disposições relativas à nulidade absoluta dos negócios jurídicos (artigo 58.º, § 1 e 3, do k.c.) de um modo que tenha em conta os objetivos da Diretiva 93/13 e a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Por conseguinte, os órgãos jurisdicionais nacionais poderiam considerar que uma cláusula contratual abusiva é nula, na aceção do artigo 58.º do k.c., com

a única reserva de que o consumidor as pode convalidar (sanar) fazendo uma declaração de vontade que restabeleça o efeito *ex tunc* dessa cláusula.

16 Por outro lado, o segundo argumento invocado perante o SN é que, segundo o direito polaco, a nulidade absoluta de um contrato pode ser invocada por todas as partes no contrato e por terceiros, ao passo que a falta de força vinculativa de uma cláusula contratual abusiva só pode ser invocada pelo consumidor, e não pelo profissional. O próprio Tribunal de Justiça nota o efeito potencial da exclusão de uma cláusula abusiva do contrato de crédito, que tem por efeito a nulidade desse contrato e, por conseguinte, a obrigação de o mutuário reembolsar o capital do crédito ao banco ²³. Assim, uma vez que o Tribunal de Justiça refere expressamente a possibilidade de o banco pedir o reembolso do capital do crédito como consequência de uma cláusula contratual abusiva não ser vinculativa, é lógico que aceite a possibilidade de o banco invocar a não vinculação a essa cláusula e a nulidade do contrato de crédito daí resultante.

17 Tendo em conta o acima exposto, não existem motivos fundamentados para concluir que as cláusulas contratuais ilícitas devem ser tratadas como tendo o efeito de sanção de ineficácia suspensa. Antes de mais, esta sanção parece não satisfazer as exigências decorrentes do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13. Além disso, o Tribunal de Justiça requer que o juiz nacional possa extrair todas as consequências da não vinculação por uma cláusula contratual abusiva, sem esperar que o consumidor apresente a declaração correspondente ²⁴. Ora, a sanção de ineficácia suspensa, tal como formulada na resolução do SN acima referida, impõe de facto que os órgãos jurisdicionais nacionais aguardem essa declaração do consumidor, uma vez que, antes da sua apresentação, a validade da cláusula contratual (e, portanto, de todo o contrato) continua suspensa.

18 Segundo esta resolução, a declaração do consumidor deve ter um conteúdo altamente formalizado (específico). A exigência de uma declaração nesse sentido com tal conteúdo não decorre do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, do artigo 385^{1.º} do k.c., nem de nenhuma outra disposição do direito da União ou do direito nacional, e também não foi evocada pela jurisprudência anterior à resolução do SN de 7 de maio de 2021. Consequentemente, impor aos consumidores o requisito de apresentarem uma declaração com o referido conteúdo (os quais, de qualquer modo, muitas vezes nem estão inteirados do conteúdo das disposições aplicáveis) e subordinar-lhe a avaliação da questão de

²³ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler e Káslerné Rábai, n.º 84; de 20 de setembro de 2018, C-51/17, OTP Bank e OTP Faktoring, n.º 61; de 26 de março de 2019, C-70/17 e C-179/17, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, n.º 58; de 3 de março de 2020, C-125/18, Gómez del Moral Guasch, n.º 63; de 25 de novembro de 2020, C-269/19, Banca B., n.º 34.

²⁴ V. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de fevereiro de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, n.ºs 28 e 36; de 30 de maio de 2013, C-397/11, Jörös, n.ºs 42 e 48; de 30 de maio de 2013, C-488/11, Asbeek Brusse e de Man Garabito, n.º 50; de 1 de outubro de 2015, C-32/14, ERSTE Bank Hungary, n.º 49; de 21 de dezembro 2016, Gutiérrez Naranjo, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, n.º 59.

saber se é aplicável o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 afigura-se contrário a esta disposição e ao princípio da efetividade e suscita dúvidas à luz do princípio da segurança jurídica.

- 19 Quanto ao **segundo ponto da questão prejudicial**, as outras consequências de considerar as cláusulas contratuais abusivas como sendo acompanhadas de uma sanção de ineficácia suspensa são igualmente contrárias às disposições da Diretiva 93/13. Enquanto o estado de suspensão durar, o mutuante não pode reclamar o pagamento das prestações previstas nesse contrato. Todavia, segundo a jurisprudência constante relativa ao estado de ineficácia suspensa [...], também não pode exigir o reembolso da prestação indevidamente executada, uma vez que a decisão de se manter vinculado por uma cláusula e um contrato está, em regra, nas mãos do consumidor. Como o mutuante não pode apresentar tal pedido e, assim, fazer valer os seus direitos de restituição, nos termos do artigo 455.º do k.c. [...], o início do seu prazo de prescrição não entra em linha de conta. A situação só muda em caso de confirmação da cláusula abusiva pelo consumidor, quando a cláusula e o contrato produzem efeitos retroativos, ou em caso de recusa de confirmação [...], quando o contrato se mantém com regulamentação de substituição (se as condições pertinentes estiverem reunidas), ou de ineficácia (nulidade) total e definitiva do contrato. Esta ineficácia definitiva (nulidade) equivale a um estado em que « o ato jurídico que fixava a obrigação de cumprir a prestação era inválido e não ti[nha] sido tornado válido depois de a prestação ter sido executada», na aceção do artigo 410.º, § 2, *in fine* do k.c. (*condictio sine causa*) e «de nulidade do negócio jurídico» na aceção do artigo 411.º, n.º 1, do k.c. A situação do consumidor é mais vantajosa do que a do profissional, porque o mutuário pode, em qualquer momento, pôr termo à ineficácia suspensa consentindo ou recusando-se a ficar vinculado pela cláusula abusiva, com a condição de, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a efetividade dessas declarações depender de o mutuário ter sido ou não devidamente informado previamente das consequências desse caráter abusivo. Por conseguinte, pode surgir a questão de saber se, e eventualmente, quando, o facto de o consumidor apresentar, ainda que a título extrajudicial, um pedido de restituição que pressupõe a ineficácia definitiva (nulidade) de todo o contrato pode ser considerado uma recusa implícita de confirmar a cláusula e de aceitar as consequências da anulação do contrato, que conduz à sua ineficácia definitiva (nulidade). É problemático que, confrontado com esse pedido, o mutuante possa não ter clareza quanto à questão de saber se, ao formulá-lo, o consumidor foi devidamente informado das consequências do caráter abusivo da cláusula (por exemplo, de todos os pedidos de restituição relacionados com a ineficácia total e definitiva do contrato). Ora, trata-se de uma questão importante pois determina o início do prazo de prescrição dos pedidos de restituição do mutuante e a possibilidade de se considerarem devidos (artigo 455.º do k.c.), e de os apresentar para compensação (artigo 498.º, § 1, do k.c.). [...]»²⁵.

²⁵ V. a Resolução da formação de sete juízes do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) de 7 de maio de 2021, III CZP 6/21.

- 20 As maiores reservas quanto à resolução do SN acima referida surgem justamente da conclusão de que o prazo de prescrição da ação do profissional com vista à restituição pelo consumidor da prestação recebida só começa a contar no momento em que este apresenta uma declaração em como aceita a nulidade de uma cláusula contratual ilícita, e de todo o contrato, ou em como aceita essa cláusula contratual. Antes de mais, esta posição parece violar o princípio da equivalência. Com efeito, a regra geral que decorre do artigo 120.º, § 1, do k.c., no direito civil polaco, é que o prazo de prescrição da ação de reembolso da prestação indevida começa a contar a partir da data de execução dessa prestação²⁶, incluindo no caso de a prestação ter sido cumprida em execução de um contrato nulo, mesmo quando quem a executou não tinha conhecimento de que o contrato era nulo e executou a prestação indevida²⁷. Se o consumidor não tiver apresentado uma declaração (e, simultaneamente, não lhe tiver sido dado um prazo para apresentar essa declaração), o pedido do profissional a esse consumidor nunca prescreverá. Outra consequência possível é aquela em que o consumidor declarou, antes da abertura do processo civil, que não aceita as cláusulas abusivas contidas no contrato e que aceita a nulidade do contrato. Na opinião do consumidor, tal declaração seria suficiente e teria por efeito que começasse a contar o prazo de prescrição da ação do banco, quando, num processo civil posterior, o banco poderia alegar que a declaração do consumidor não produziu efeitos jurídicos, uma vez que «não é acompanhada por uma declaração expressa do consumidor, confirmando a receção de informação exhaustiva» sobre os efeitos da nulidade do contrato de crédito. Assim, a alegada falta de conhecimento do consumidor será utilizada contra ele próprio, estando esta tática processual maquiavélica do profissional baseada em disposições do direito nacional interpretadas de acordo com a resolução do SN de 7 de maio 2021.
- 21 Além disso, esta posição do SN tem por consequência que o prazo de prescrição da ação do profissional começa sempre a contar mais tarde do que o prazo de prescrição da ação do consumidor.
- 22 Acresce que o profissional nesta situação encontra-se numa melhor posição jurídica, não só em relação ao consumidor com o qual celebrou um contrato que contém cláusulas contratuais ilícitas que têm por efeito a nulidade do contrato. Nomeadamente, se o banco tivesse celebrado um contrato de crédito que se tivesse revelado absolutamente nulo, ou seja, nulo por ser contrário à lei ou aos princípios da convivência social (artigo 58.º, §§ 1 e 2, do k.c.) e não em razão de nele estarem incluídas cláusulas contratuais ilícitas (artigo 385¹.º, § 1, do k.c.), o prazo de prescrição da ação do banco com vista ao reembolso do capital do mutuário teria começado logo no momento em que o capital foi desembolsado, segundo a regra geral acima mencionada decorrente do artigo 120.º, § 1, do k.c. Assim, nesse caso, a ação do banco prescreveria muito mais cedo do que uma

²⁶ [V.]

²⁷ V. Acórdãos do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) de 8 de julho de 2010, II CSK 126/10; de 16 de dezembro de 2014, III CSK 36/14; bem como de 23 de junho de 2016, V CNP 55/15.

ação idêntica que se baseasse na nulidade do contrato resultante da inclusão de cláusulas abusivas no mesmo. Em caso de nulidade do contrato, o prazo de prescrição da ação do banco começa a contar, portanto, o mais tardar quando nele são celebradas cláusulas contratuais abusivas. O início do prazo de prescrição da ação do banco seria posterior se o contrato não contivesse cláusulas contratuais abusivas e também se fosse absolutamente nulo. Também o prazo de prescrição da ação do consumidor com vista ao reembolso da prestação indevida tem início antes.

- 23 Por conseguinte, o banco que redigiu um contrato que contém cláusulas abusivas sem as quais esse contrato não pode subsistir, encontra-se numa posição jurídica melhor do que as entidades que se encontram nas três situações referidas. Uma vantagem tão importante para o banco parece ser contrária ao princípio da equivalência. Também suscita dúvidas a questão de saber se colocar o profissional numa situação jurídica tão favorável não viola ainda o princípio da efetividade e o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, uma vez que o profissional que redigiu o contrato abusivo obtém assim uma garantia de facto de que a sua ação não prescreve, se o consumidor não o tiver claramente informado antes que está a par de que foram celebradas cláusulas contratuais abusivas e das consequências jurídicas daí resultantes. Além disso, se o consumidor não fizer tal declaração (o que é viável, especialmente tendo em conta o facto de os consumidores não estarem frequentemente conscientes dos seus direitos), a ação do profissional com vista ao reembolso das prestações por ele cumpridas não prescreve nunca (mesmo após muitos anos), o que, por sua vez, é uma situação completamente sem precedentes no sistema de direito civil polaco, cujo princípio fundamental é o de que as reclamações relativas a bens estão sujeitas a prescrição (artigo 117.º do k.c.).
- 24 Se o consumidor exigir ao profissional um pagamento baseando-se na afirmação de que o contrato celebrado pelas partes é nulo devido à celebração de cláusulas contratuais abusivas neste, a consequência lógica é que o consumidor não consinta nessas cláusulas e esteja ciente das consequências da nulidade do contrato. O conteúdo dessa declaração é inteligível (artigo 65.º, § 1, do k.c.) e o consumidor revela suficientemente a sua vontade (artigo 60.º, § 1, do k.c.). Por conseguinte, o profissional que recebe essa declaração do consumidor (artigo 61.º, § 1, do k.c.) deve estar ciente de que o consumidor está consciente das consequências que a nulidade do contrato implica e as aceita. É, pois, o mais tardar, a partir desse momento que o prazo de prescrição da ação do comerciante deve começar a contar.
- 25 Além disso, pelo menos em certos casos, é possível encontrar motivos que justifiquem uma posição que vai ainda mais longe, nomeadamente, que, segundo a regra geral, o prazo de prescrição da ação de um banco já começa a contar no momento da execução da prestação pelo banco ou de uma data um pouco posterior. Como o banco dispõe de um serviço jurídico altamente especializado, parece razoável concluir que, com a devida diligência, deveria ter-se apercebido muito mais cedo de que existiam cláusulas abusivas no contrato que estava a

redigir. Por conseguinte, uma vez que o banco devia estar consciente, desde o início, de que o contrato continha cláusulas abusivas, o que tem por efeito o reembolso pelas partes das suas prestações recíprocas, não é menos verdade que a devida diligência exigia que tivesse logo tomado medidas nessa altura para recuperar a sua prestação ou, pelo menos, para chegar a um acordo com o consumidor.

26 Também é importante o facto de já no Acórdão de 27 de dezembro de 2010, o Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Tribunal Regional de Varsóvia - Tribunal da Concorrência e de Proteção dos Consumidores) ter declarado abusiva e proibido o banco demandado de utilizar, com consumidores, uma cláusula geral do contrato intitulada «Contrato de mútuo hipotecário para pessoas singulares [...] valorizada ao câmbio do CHF» que tem uma redação idêntica ao § 10, n.º 5, do contrato de crédito celebrado pelas partes e, portanto, o mais tardar na data da inscrição desta cláusula no registo das cláusulas ilícitas, o banco demandado já estava consciente de que esta constituía uma cláusula contratual abusiva.

27 Mesmo admitindo que depende do consumidor que o contrato se torne definitivamente ineficaz (nulo), não é possível aprovar a atitude de um banco, que mesmo estando consciente de que existem cláusulas abusivas no contrato que formulou, nega ou oculta esse facto ao consumidor. Ora admitir que o prazo de prescrição da ação do banco com vista ao reembolso do capital do crédito só começa a contar no momento em que o consumidor apresenta uma declaração com conteúdo específico é não apenas aceitar tal atitude por parte do profissional, mas até promovê-la, uma vez que o profissional obtém assim uma garantia de que a sua ação não é suscetível de prescrever. É por esta razão que, na opinião do órgão jurisdicional de reenvio, a posição referida é contrária ao artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 e ao princípio da efetividade.

28 Quanto ao **terceiro ponto da questão prejudicial**, importa salientar que se admite que o direito do consumidor ao reembolso da prestação indevida só se torna exigível (artigo 455.º do k.c.) depois de este ter feito uma declaração consciente e voluntária na qual expressa o seu consentimento para que o contrato seja declarado nulo. Uma vez que, até ao momento da apresentação da declaração acima referida, se verifica uma situação de ineficácia suspensa, o consumidor não pode reclamar efetivamente o reembolso da prestação indevida que cumpriu, pelo que só a partir dessa data é que o banco é obrigado a pagar juros legais de mora (artigo 481.º, § 1 e 2, do k.c.).

29 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a limitação em questão do direito do consumidor de reclamar juros de mora é contrária ao princípio da equivalência, uma vez que, de acordo com os princípios gerais do direito civil, um crédito sem prazo torna-se exigível quando é reclamado. Assim, a imposição de uma exigência adicional agrava a situação desse consumidor e limita os seus direitos. Esta posição é contrária ao artigo 6.º, n.º 1 e ao artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 e ao princípio da efetividade. Foi o que o próprio Tribunal de

Justiça observou, o qual declarou que «os juros de mora visam punir o incumprimento pelo devedor da sua obrigação de efetuar os reembolsos do empréstimo nos prazos contratualmente acordados, dissuadir esse devedor de se atrasar no cumprimento das suas obrigações e, sendo caso disso, indemnizar o mutuante pelo prejuízo sofrido devido a um atraso de pagamento»²⁸. Em contrapartida, uma limitação no tempo do direito de reclamar esses juros deve ser considerada uma limitação no tempo do direito do consumidor de intentar uma ação de restituição relacionada com a cobrança de créditos pelo profissional com base em cláusulas contratuais abusivas, o que foi julgado inadmissível pelo Tribunal de Justiça²⁹. Por conseguinte, limitar o direito do consumidor de exigir juros legais de mora parece ir contra o princípio da efetividade, tanto mais que equivale, simultaneamente, a aprovar o comportamento do profissional que atrasa deliberadamente a liquidação do crédito do consumidor, com vista nomeadamente a prolongar a duração do processo judicial.

- 30 No que diz respeito ao **quarto ponto da questão prejudicial**, o órgão jurisdicional de reenvio chama a atenção, antes de mais, para o Despacho do SN de 29 de julho de 2021 (I CSKP 146/21), segundo o qual «[no] caso de um contrato de crédito ser declarado nulo, as partes devem restituir mutuamente a prestação indevida, ou seja, o que efetivamente receberam. O banco deve, portanto, reembolsar ao mutuário as quantias recebidas a título do reembolso das prestações de crédito para além das devidas, calculadas sem aplicação das cláusulas de indexação, juntamente com os juros e comissões, margens, seguro de entrada reduzida, etc., também calculadas sem ter em conta essas cláusulas. Há que sublinhar que o banco demandado recebeu efetivamente o reembolso do capital com juros segundo a taxa LIBOR, pelo que parece duvidoso considerar que a liquidação entre as partes deva abranger juros à taxa WIBOR que teriam sido aplicados se tivessem sido celebrados contratos de crédito em PLN válidos. Neste contexto, importa salientar o facto de que a condição da prestação indevida, tal como o enriquecimento sem causa, não se destina a compensar o prejuízo que sofreu a parte empobrecida, mas a recuperar o valor que transferiu indevidamente para o património de outra pessoa, pelo que a sua ação limita-se ao reembolso daquilo que a parte enriquecida obteve. É igualmente importante que a determinação dos efeitos da declaração de nulidade de um contrato de crédito não conduza à privação da proteção garantida aos consumidores pelas disposições da Diretiva 93/13, a qual visa, designadamente, ter um efeito preventivo tal como referido no seu artigo 7.º [...]. Contudo, não se pode deixar de observar que os juros sobre as prestações de capital à taxa LIBOR, no caso de um contrato de crédito indexado ao franco ser declarado nulo e, por conseguinte, se considerar como prestação devida o reembolso das prestações sem ter em conta a indexação a uma moeda estrangeira (o que pressupõe que se considere hipoteticamente que foi

²⁸ V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de agosto de 2018, C-96/16 e C-94/17, Banco Santander e Escobedo Cortés, n.º 76; de 10 de junho de 2021, C-192/20, Prima banka Slovensko, n.º 39.

²⁹ V. Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Gutiérrez Naranjo, n.ºs 73 e 75.

concedido um crédito em zlotis) tem por efeito sancionar severamente o mutuante e, independentemente disso, coloca o mutuário numa posição mais vantajosa em relação a um mutuário que beneficia de um crédito concedido em zlotis a uma taxa de juro superior, a WIBOR».

- 31 Segundo o SN, o crédito do consumidor deve ser reduzido ao equivalente dos juros de capital a que o banco teria direito a receber do mutuário se, hipoteticamente, o contrato de crédito fosse válido. A necessidade dessa redução dos créditos do consumidor resulta do facto de a devolução ao consumidor de todas as prestações no seu todo implicar que ele próprio seria indevidamente enriquecido.
- 32 O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à questão de saber se esta posição é conforme com as disposições da Diretiva 93/13. Nos termos do artigo 405.º do k.c., em conjugação com o artigo 410.º, § 1, do k.c., a prestação indevida deve ser restituída. Estas disposições não preveem a possibilidade de limitar o pedido *in personam* ao equivalente às potenciais vantagens resultantes da poupança de despesas em que a pessoa que efetuou a prestação teria de incorrer se tivesse celebrado um contrato válido. A posição do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) apresentada parece ser contrária ao princípio da equivalência uma vez que limita o direito dos consumidores ao reembolso da prestação indevida que executaram em relação a outras pessoas que também efetuaram prestações indevidas, mas que podem reclamar o reembolso integral dessa prestação. Além disso, o consumidor que executou uma prestação indevida ao abrigo de um contrato nulo encontra-se numa posição de desvantagem em relação ao próprio banco, que pode exigir ao consumidor o reembolso da totalidade do capital do crédito.
- 33 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a situação em discussão também é contrária ao princípio da efetividade. Isto significa que o consumidor é tratado pior do que o profissional, o que, por um lado, pode desencorajar o consumidor de prosseguir com as suas pretensões e, por outro, encorajar o profissional a utilizar cláusulas contratuais ilícitas. Importa notar que, embora o contrato de crédito seja nulo em resultado das cláusulas contratuais abusivas, na prática o saldo dos créditos entre o mutuário e o banco é praticamente idêntico ao que existiria se estivessem vinculados por um contrato de crédito válido. O montante das prestações recíprocas das partes será quase idêntico ao que o mutuário pagaria em capital do crédito juntamente com os juros. Simultaneamente, admitir que é possível reduzir os créditos do consumidor ao equivalente dos juros hipotéticos de capital violaria o princípio da efetividade da mesma forma que conceder aos bancos o direito de reclamar créditos ao consumidor pela utilização extracontratual do capital (em causa no processo C-520/21).
- 34 Além disso, a limitação em causa da ação do consumidor para reembolso da prestação executada com base num contrato nulo por conter cláusulas abusivas parece ser muito semelhante à limitação no tempo da ação de restituição do consumidor, que foi declarada inadmissível pelo Tribunal de Justiça no seu

Acórdão de 21 de dezembro de 2016³⁰. A diferença é apenas que a consequência do Despacho do SN de 29 de julho de 2021 é que a ação de restituição do consumidor é limitada quanto ao montante, enquanto o Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016 dizia respeito à limitação da ação de restituição do consumidor no tempo. É também por essa razão que a limitação do direito do consumidor ao reembolso das prestações indevidas cumpridas em execução de um contrato nulo ao equivalente aos juros hipotéticos de capital, na opinião do órgão jurisdicional de reenvio, pode ser considerada, não só uma violação dos princípios da eficácia e da equivalência, mas também diretamente contrária aos artigos 6.º, n.º 1, e 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13.

35 **Relação das questões prejudiciais com a resolução do presente processo**

36 No presente processo, o órgão jurisdicional tem o dever de determinar todas as consequências associadas à nulidade do contrato de crédito e informar desse facto as partes do processo, incluindo, em particular, os demandantes. Com efeito, a obrigação de informar o consumidor sobre os efeitos da nulidade de um contrato que contém cláusulas abusivas decorre tanto da regulamentação da União³¹ como da nacional³². Uma das consequências fundamentais da nulidade do contrato de crédito é a da constituição do crédito do banco para reembolso do capital, mas é crucial para ambas as partes no processo saber se o referido crédito do banco está prescrito. Assim, o órgão jurisdicional de reenvio considera que é necessário examinar esta questão no presente processo e informar as partes dos resultados dessa análise. É certo que, no caso em apreço, o órgão jurisdicional explicou aos demandantes, em 27 de outubro de 2020, e que a nulidade do contrato tinha por efeito uma ação de reembolso do capital pelo banco, mas não prestou informações sobre a questão de saber se esse crédito prescreveu.

37 É igualmente fundamental determinar a partir de que data os demandantes têm direito a receber juros legais de mora da parte do banco demandado. Segundo a nova linha jurisprudencial (que surgiu na sequência da Resolução do SN de 7 de maio de 2021), esses juros só seriam devidos a partir da data em que o consumidor apresenta uma declaração esclarecida e voluntária de que está ciente dos efeitos da nulidade do contrato. Esta questão reveste uma importância financeira considerável.

38 Também é pertinente a questão de saber se o crédito dos demandantes em relação ao demandado deve ser reduzido ao equivalente à taxa de juros a que o

³⁰ V. Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Gutiérrez Naranjo, n.ºs 73 e 75.

³¹ V. Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, n.ºs 96 a 99.

³² V. Resolução do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) de 15 de setembro de 2020, III CZP 87/19, Resolução do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) de 7 de maio de 2021, III CZP 6/21 e Acórdão do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) de 27 de julho de 2021, V CSKP 49/21.

banco teria hipoteticamente direito se o contrato de crédito não fosse nulo. Os demandantes reclamam, nomeadamente, ao demandado, no âmbito de uma ação subsidiária, o reembolso do montante de 52 270 PLN a título do equivalente a todas as prestações de capital e juros do crédito pagas entre 18 de agosto de 2009 e 19 de dezembro de 2011, em razão da nulidade do contrato. Caso se admita que os demandantes podem pedir o reembolso de todas as prestações do crédito no seu montante total, a ação subsidiária seria julgada procedente na sua íntegra. Em contrapartida, a ação subsidiária em questão deve ser julgada parcialmente improcedente se se considerar que a ação dos demandantes deve ser reduzida ao equivalente aos juros hipotéticos de capital que teriam sido pagos ao banco demandado se o contrato fosse válido. O montante exato da taxa de juro hipotética a reduzir à que é aplicável aos demandantes exigiria cálculos precisos.

39 **Questão prejudicial e proposta de decisão**

40 Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio propõe que o Tribunal de Justiça responda pela afirmativa à questão submetida, tendo em conta os argumentos acima expostos, que podem ser resumidos do modo que se segue.

41 Em primeiro lugar, a sanção de ineficácia suspensa não satisfaz a exigência de as cláusulas contratuais abusivas (e os contratos que as contêm) deverem ser consideradas como «nunca tendo existido e sem efeitos para o consumidor». Além disso, a Diretiva 93/13 prevê que uma cláusula abusiva não é vinculativa para o consumidor a partir do momento da celebração do contrato (*ex tunc*), e o tribunal nacional é obrigado a declará-lo oficiosamente e sem esperar que o consumidor tome uma posição, ao passo que em caso de ineficácia suspensa do contrato (de uma cláusula contratual), o consumidor só deixa de estar vinculado depois de o consumidor ter apresentado uma declaração com um conteúdo específico ou de o prazo para a apresentação dessa declaração ter expirado. Fazer depender a concessão ao consumidor da proteção prevista pela Diretiva 93/13 da apresentação por este de tal declaração não encontra fundamento no conteúdo do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, não prossegue o objetivo previsto no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 e, acima de tudo, viola o princípio da efetividade.

42 Em segundo lugar, admitir que o prazo para a ação do banco com vista ao reembolso do capital pago em execução de um contrato de crédito nulo começa a correr com a apresentação de uma declaração do consumidor em como não consente nas cláusulas abusivas, está consciente das consequências da nulidade do contrato e concorda com elas, coloca o banco numa posição privilegiada tanto em relação ao consumidor como a outros profissionais que se encontrem numa situação jurídica semelhante. Uma vez que o prazo de prescrição da ação do banco começa mais tarde do que se o contrato fosse absolutamente nulo, tal significa que, deste ponto de vista, a conclusão de um contrato com um consumidor que contenha cláusulas contratuais ilícitas é mais vantajosa para o banco. Isto é contrário ao princípio da equivalência, tal como o facto de a ação do banco poder prescrever mais tarde do que a ação do consumidor, ou mesmo nunca prescrever (se o consumidor não souber que o contrato contém cláusulas abusivas, ou mesmo

que saiba, se não apresentar uma declaração pertinente, ou mesmo que a apresente, se o seu conteúdo se revelar insuficiente). Ao mesmo tempo, favorecer de modo tão amplo um banco que aplica cláusulas contratuais abusivas não prossegue o objetivo do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13. Por último, admitir o ponto de vista em apreço coloca o consumidor num estado de permanente incerteza quanto ao momento em que o crédito do banco prescreve, uma vez que mesmo que o consumidor apresente uma declaração em como não consente nas cláusulas contratuais abusivas, está consciente das consequências da nulidade do contrato e as aceita, esta pode revelar-se insuficiente. Por seu lado, o banco pode argumentar que, apesar de tudo, o consumidor não tinha plena consciência dos seus direitos quando apresentou a referida declaração.

43 Em terceiro lugar, admitir que só a partir do momento em que é apresentada a referida declaração pelo consumidor é que a sua ação com vista ao reembolso da prestação indevida se torna exigível, e que só nesse momento é que o consumidor começa a ter direito aos juros legais de mora por parte do profissional, também é contrário ao princípio da equivalência. Nomeadamente, em situações análogas, um pedido de reembolso de uma prestação indevida torna-se exigível logo após a apresentação de um pedido de pagamento sem ser necessário apresentar uma declaração com um conteúdo específico. Além disso, este ponto de vista tem como consequência a considerável limitação no tempo da ação relativa aos juros, pelo que a impossibilidade de o consumidor beneficiar dos fundos que lhe são devidos e a perda do seu valor resultante da inflação não lhe são de modo algum compensadas, o que viola o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 e o princípio da efetividade. Além disso, o profissional não suporta quaisquer consequências negativas por atrasar o reembolso dos fundos devidos ao consumidor e prolongar um eventual processo judicial, o que não concretiza o objetivo do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 93/13.

44 Em quarto lugar, a posição segundo a qual, por um lado, o contrato de crédito é nulo por nele estarem incluídas cláusulas abusivas, mas, por outro, o consumidor não pode obter junto do banco as prestações do montante total do crédito que reembolsou, também é contrária às disposições da Diretiva 93/13. Quando o contrato é nulo com base noutro fundamento jurídico, as partes têm direito a reclamar o reembolso de todas as prestações, sem nenhuma limitação de montante, pelo que a aplicação dessa limitação ao consumidor é contrária ao princípio da equivalência. Além disso, a redução do montante do crédito devido ao consumidor não satisfaz as exigências do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 e faz com que a proteção concedida ao consumidor seja fragmentada. Por último, tem como consequência que, do ponto de vista dos fluxos pecuniários entre as partes, a situação é análoga à que existiria se as partes tivessem celebrado um contrato válido ao abrigo do qual o banco obtém lucro. Por conseguinte, o profissional auferir receitas com um contrato que é nulo por nele estarem incluídas cláusulas contratuais abusivas, o que é contrário ao princípio da efetividade.