

**Processo C-39/24**

**Pedido de decisão prejudicial**

**Data de entrada:**

15 de janeiro de 2024

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 6 de Ceuta (Tribunal de Primeira Instância e de Instrução n.º 6 de Ceuta, Espanha)

**Data da decisão de reenvio:**

2 de janeiro de 2024

**Demandante:**

Justa

**Demandado:**

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.

---

[Omissis] [Órgão jurisdicional de reenvio, processo e partes] [omissis]

---

**DESPACHO**

[Omissis]

**MATÉRIA DE FACTO**

- 1 No presente processo, foi decidido suspender a instância, tendo sido concedida às partes e ao Ministério Público a possibilidade de submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da [União] Europeia.
- 2 Terminou o prazo concedido às partes e ao Ministério Público para apresentarem as observações que considerassem oportunas quanto à pertinência da apresentação dessa questão prejudicial por este tribunal, tendo sido juntos aos autos documentos cujo conteúdo se dá por reproduzido.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3 [Omissis]

4 [Omissis].

5 [Omissis]

[Pedido de aplicação da tramitação urgente ou da tramitação acelerada, indeferido pelo órgão jurisdicional de reenvio]

6 [Omissis]

[Eventual questão prejudicial sobre as despesas relativas ao presente processo, que o órgão jurisdicional de reenvio recusa submeter]

7 [Omissis]

8 [Omissis]

[Artigo 267.º TFUE e outras disposições de direito da União relativas à apresentação do pedido de decisão prejudicial, bem como as Recomendações do Tribunal de Justiça da União Europeia à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais]

9 São aplicáveis ao presente pedido de decisão prejudicial, as seguintes diretivas da União:

– *Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, artigos 3.º, 5.º, 6.º e 7.º*

– *Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, artigo 7.º*

10 São aplicáveis presente pedido de decisão prejudicial, as seguintes normas de direito nacional:

– *Orden de 5/5/1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios [Despacho de 5 de maio de 1994, relativo à Transparência das Condições Financeiras dos Mútuos Hipotecários], anexo II, n.º 4, e artigo 5.º*

– *Ley 5/2019 de 15 de marzo, que regula los contratos de crédito inmobiliario [Lei n.º 5/2019, de 15 de março, que regula os Contratos de Crédito Imobiliário], artigo 14.º, em matéria de transparência.*

– *Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios [Decreto Legislativo*

*Real 1/2007, de 16 de novembro, que aprova o Texto Reformulado da Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários], artigos 8.º, b) e d), 60.º, 80.º, 82.º e 83.º*

– Ley 26/88 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de entidades de crédito [Lei n.º 26/1988, de 29 de julho, que aprova o Regime e Intervenção das Instituições de Crédito].

– Ley 7/98 de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación [Lei n.º 7/1998, de 13 de abril, relativa às Condições Contratuais Gerais], artigos 3.º, 8.º, n.º 1, 8.º, n.º 2, 5.º, n.º 5, 7.º e 10.º

– Código Civil, artigo 1303.º e demais disposições relacionadas.

- 11 No presente processo, é posta em causa a cláusula relativa à comissão de abertura da escritura pública de um contrato de mútuo hipotecário *[omissis]* em que a demandante figura como mutuário hipotecário e o demandado como mutuante credor, outorgada perante notário em 3 de novembro de 2005. A cláusula 4.1 desse contrato fixava uma comissão de abertura de 0,25 % do capital mutuado, que devia ser liquidada e paga pelo mutuário, por débito em conta corrente à ordem da instituição bancária, no ato da celebração da escritura pública de mútuo hipotecário.
- 12 No Acórdão de 16 de julho de 2020, proferido nos processos *apensos Caixabank e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria [C-224/19 e C-259/19, (EU:C:2020:578)]*, o Tribunal de Justiça da União Europeia, pronunciou-se sobre a comissão de abertura, embora não à luz da legislação que regula especificamente a referida comissão de abertura, e proferiu igualmente o Acórdão de 16 de março de 2023, *Caixabank (Comissão de abertura do empréstimo) (C-565/21, EU:C:2023:212)*, relativo à fiscalização do caráter abusivo dessa cláusula. O Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2020, *Caixabank e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, levou a que a maioria das Audiencias Provinciales (Audiências Provinciais) do nosso país tenham ordenado a anulação da comissão de abertura nos mútuos hipotecários e condenado os bancos na restituição das quantias pagas pelos clientes, acrescidas de juros. O critério adotado no referido Acórdão do Tribunal de Justiça para a anulação dessa comissão é o de que os bancos só a podem cobrar se puderem demonstrar que prestaram ao cliente mutuário um serviço que justifica essa despesa. Nesse Acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que a comissão de abertura não define a essência da relação contratual, que o facto de estar incluída no custo total de um mútuo não se deve a que faça parte da TAEG, o que não implica que seja uma prestação essencial do contrato, e que, de qualquer modo a comissão de abertura está sujeita a uma fiscalização reforçada do caráter abusivo. O Tribunal de Justiça termina concluindo que uma cláusula que exige ao consumidor o pagamento de uma comissão de abertura, é suscetível de dar origem a um desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, entre os direitos e as obrigações das partes decorrentes do contrato, contrariamente às exigências da boa-fé, quando o banco não demonstre que a referida comissão corresponde a

serviços efetivamente prestados e as despesas em que incorreu. Esta jurisprudência encontrou apoio nos *Acórdãos da Audiencia Provincial de Zaragoza [Audiência Provincial de Saragoça], Quinta Secção, de 17 de dezembro de 2020, da Audiencia Provincial de Lérida [Audiência Provincial de Lérida], Segunda Secção, de 27 de novembro de 2020 e da Audiencia Provincial de Madrid [Audiência Provincial de Madrid], Décima Primeira Secção, de 9 de outubro de 2020*. O Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de março de 2023, *Caixabank (Comissão de abertura do empréstimo)*, segue a linha do anterior *Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2020, Caixabank e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, não se entendendo que a cláusula contratual relativa à comissão de abertura possa satisfazer automaticamente o critério da transparência, devendo ser tidas em consideração: i) a redação da cláusula; ii) as informações que a instituição financeira facultou ao mutuário, incluindo a que é obrigada a facultar em conformidade com a regulamentação do setor; iii) a publicidade feita por essa instituição sobre esse tipo de mútuos; e tudo isto, iv) «tendo em conta o nível de atenção que se pode esperar de um consumidor médio normalmente informado e razoavelmente atento e avisado».

- 13 O *Acórdão do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha), Primeira Secção, n.º 816/2023, recurso n.º 919/2019, de 29 de maio de 2023*, assinalou que a falta de prova relativa aos serviços que são remunerados pela comissão de abertura não releva para efeitos da sua validade, na medida em que entende que, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, aquela não é um requisito essencial de validade a mesma. Por conseguinte, é necessário proceder a um exame da transparência e do conteúdo, mas com um ponto de partida claro: os serviços remunerados pela comissão de abertura são inerentes à própria concessão do mútuo hipotecário e estão enumerados ou identificados na regulamentação do setor.
- 14 O *Acórdão do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) n.º 816/2023, de 29 de maio*, analisa detalhadamente o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça e, nesse sentido, salienta do mesmo o seguinte:

1.º - Importa excluir que a comissão de abertura faz parte do objeto principal do contrato, uma vez que é mantido um conceito estrito de elemento essencial do contrato de mútuo, do ponto de vista do mutuário, e é considerado unicamente como tal os juros remuneratórios.

É por esta razão que o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) entende que deve ser alterada a jurisprudência nacional no sentido de que, uma vez que a comissão de abertura não faz parte dos elementos essenciais do contrato, nos termos do *artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores*, o seu conteúdo pode ser objeto de fiscalização (caráter abusivo).

2.º- A comissão de abertura remunera as despesas de estudo, concessão ou tratamento do mútuo ou crédito hipotecário. Por isso, a comissão de abertura não é, *em si*, abusiva.

3.º- A cláusula relativa à comissão de abertura, além de ser clara e compreensível, no que respeita à sua redação, deve satisfazer o critério da transparência material, quando se trata de um contrato celebrado com consumidores ou usuários. Nesse sentido, a fim de decidir sobre a licitude desta cláusula, o juiz nacional deve verificar:

– As consequências económicas que decorrem dessa cláusula para o consumidor, o que implica que este possa compreender a natureza dos serviços prestados em contrapartida das despesas previstas na referida cláusula.

– Se não existe uma sobreposição entre as diferentes despesas previstas no contrato ou entre os serviços por estes remunerados.

– Se a instituição financeira prestou a informação obrigatória, em conformidade com a legislação nacional, e a incluiu na sua proposta ou publicidade anterior relativa ao tipo de contrato celebrado. E se, a partir dessa informação ou publicidade, é possível que o consumidor tenha tomado conhecimento suficiente do conteúdo económico e do funcionamento da cláusula relativa à comissão de abertura no interior do contrato, ou seja, tenha conhecimento dos motivos que justificam a remuneração que a comissão de abertura representa, ainda que o mutuante não seja obrigado a indicar com detalhe no contrato a natureza de todos os serviços prestados em contrapartida da comissão de abertura.

– Valorar a especial atenção que o consumidor médio presta a uma cláusula deste tipo, na medida em que a cláusula estipula o pagamento integral de uma quantia substancial desde o momento da concessão do empréstimo ou do crédito.

4.º- Para efeitos do exame do carácter eventualmente abusivo da cláusula, [o] Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) indica que o TJUE considera:

– No que diz respeito à boa- fé, que se deve verificar se o mutuante, tratando de modo leal e equitativo com o consumidor, podia razoavelmente esperar que este aceitaria essa cláusula no âmbito de uma negociação individual.

– No que diz respeito ao desequilíbrio significativo, que não se pode afirmar que uma cláusula que estabelece uma comissão de abertura num empréstimo ou num crédito hipotecário não respeita, em nenhum caso, o equilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes decorrentes do contrato, mas que se deve verificar se o custo não é desproporcionado relativamente ao montante do mútuo ou se os serviços remunerados através dessa comissão não foram já incluídos noutras despesas cobradas ao consumidor (n.ºs 51, 58 e 59).

15 Quanto à legislação nacional aplicável à informação que deve ser prestada pela entidade mutuante ao consumidor no âmbito de contratos de mútuo ou de crédito hipotecário e, em concreto, no que diz respeito à comissão de abertura, o *Acórdão do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) de 29 de maio de 2023* enuncia o seguinte:

1.- No âmbito das normas relativas à transparência no setor bancário, a comissão de abertura é objeto de tratamento específico, diferente do reservado às restantes comissões bancárias.

A Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecados [Despacho de 5 de maio de 1994, relativo à Transparência das Condições Financeiras dos Mútuos Hipotecários] (regime ao abrigo do qual foi celebrado o contrato controvertido), no n.º 4 do anexo II, estabeleceu o seguinte:

«4. Comissões.

1. Comissão de abertura — Quaisquer despesas de estudo do empréstimo, de concessão ou de tratamento do mútuo hipotecário, ou outras despesas semelhantes inerentes à atividade da entidade mutuante ocasionadas pela concessão do mútuo, deverão ser obrigatoriamente integradas numa comissão única, designada comissão de abertura, que será devida uma única vez. O seu montante, bem como a sua forma e data de liquidação serão especificados na presente cláusula. [...]

2. Outras comissões e despesas posteriores — Além da “comissão de abertura”, só podem ser acordadas como sendo a cargo do mutuário: [...]

c) As comissões que, tendo sido devidamente comunicadas ao Banco de España [Banco de Espanha] em conformidade com o disposto na Orden de 12 de diciembre de 1989 [Despacho de 12 de dezembro de 1989] e respetivos regulamentos de execução, correspondem à prestação de um serviço específico pela entidade, diferente da simples gestão ordinária do mútuo.»

2.- Este tratamento diferenciado da comissão de abertura e das restantes comissões bancárias foi mantido no texto original da *Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito [Lei n.º 2/2009, de 31 de março, que regula a Celebração, com os Consumidores, de Contratos de Mútuo ou de Crédito Hipotecário e de Contratos de Prestação de Serviços de Mediação para a Celebração de Contratos de Mútuo ou de Crédito]*. O seu artigo 5.º estabelecia o seguinte, no que respeita a obrigações de transparência em matéria de tarifas de comissões e despesas:

«1. As empresas fixam livremente as suas tarifas de comissões, de condições e de despesas que podem ser repercutidas nos consumidores, sem quaisquer outras restrições além das respeitantes a cláusulas abusivas que figuram na presente Lei, na *Ley de 23 de julio de 1908 (Lei de 23 de julho de 1908)* e no Real Decreto

Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (Decreto Legislativo Real 1/2007, de 16 de novembro).

As tarifas respeitantes às comissões ou compensações e às despesas que podem ser repercutidas, incluindo as atividades de consultoria, indicam as situações a que são aplicáveis e, se for o caso, a periodicidade com que serão aplicáveis. As comissões, compensações ou despesas repercutidas no cliente devem corresponder a serviços efetivamente prestados ou a despesas suportadas. Em nenhum caso poderão ser cobradas comissões ou despesas por serviços não expressamente aceites ou solicitados pelo cliente».

2. Não obstante o disposto no número anterior:

a) É aplicável aos empréstimos ou créditos hipotecários o disposto em matéria de compensação mediante amortização antecipada na legislação especial que regula o mercado hipotecário, exceto se se tratar de empréstimos ou créditos hipotecários concedidos antes de 9 de dezembro de 2007 e em que esteja estipulada no contrato a aplicação do regime da comissão por amortização antecipada constante da Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios [Lei n.º 2/1994, de 30 de março, relativa à Sub-rogação e Alteração de Empréstimos Hipotecários], sendo, nesse caso, aplicável esta última.

b) Nos empréstimos ou créditos hipotecários para habitação, a comissão de abertura, que é devida uma única vez, incluirá quaisquer despesas de estudo, de concessão ou de tratamento do mútuo ou crédito hipotecário ou outras despesas semelhantes inerentes à atividade da empresa ocasionada pela concessão do mútuo ou crédito. No caso de empréstimos ou créditos expressos em divisas, a comissão de abertura inclui igualmente qualquer comissão de câmbio de moeda correspondente ao desembolso inicial do empréstimo ou crédito.

As restantes comissões e despesas que podem ser repercutidas no consumidor, que a empresa aplique sobre estes empréstimos ou créditos, deverão corresponder à prestação de um serviço específico diferente da concessão do empréstimo ou crédito, ou da gestão ordinária do mútuo ou crédito.

3.- Atualmente, este regime legal consta da *Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* [Lei n.º 5/2019, de 15 de março, que regula os Contratos de Crédito Imobiliário], cujo artigo 14.º, relativo às regras em matéria de transparência na comercialização de empréstimos imobiliários, estabelece o seguinte:

«3. Só poderão ser repercutidas despesas ou cobradas comissões por serviços relacionados com os empréstimos que tenham sido expressamente aceites ou pedidos por um mutuário ou potencial mutuário e desde que correspondam a serviços efetivamente prestados ou a despesas suportadas que possam ser demonstradas.

4. Nos casos em que tenha sido acordada uma comissão de abertura, a mesma é devida uma única vez e incluirá todas as despesas de estudo, concessão ou tratamento do mútuo ou outras despesas semelhantes inerentes à atividade da entidade mutuante ocasionada pela concessão do mútuo. No caso de empréstimos expressos em divisas, a comissão de abertura incluirá igualmente qualquer comissão de câmbio de moeda correspondente ao desembolso inicial do empréstimo.

Para além do facto de o novo regime legal manter o tratamento diferenciado da comissão de abertura relativamente às restantes comissões aplicáveis aos mútuos ou créditos hipotecários, há que salientar que esta comissão de abertura corresponde a despesas “inerentes” à atividade ocasionada pela concessão do mútuo ou crédito, pelo que não inclui nenhum outro tipo de despesas que não sejam inerentes a essa concessão.»

O *Tribunal Supremo (Supremo Tribunal)*, no *Acórdão de 29 de maio de 2023*, deixa muito claro que não há uma solução unívoca quanto à validade ou invalidade da cláusula que estabelece a comissão de abertura, dado que dependerá do exame individualizado de cada caso, em função da prova realizada.

- 16 O *Tribunal Supremo (Supremo Tribunal)*, no referido *Acórdão 816/23*, considera válida a comissão de abertura com base nas seguintes considerações:

A instituição financeira cumpriu cabalmente a Orden de 5 de mayo de 1994 [Despacho de 5 de maio de 1994] (norma aplicável *ratione temporis*). Mais concretamente: (i) a comissão inclui todas as despesas de estudo, concessão ou tratamento do mútuo, inerentes à atividade ocasionada pela concessão do mútuo; (ii) apresenta-se sob a designação de «comissão de abertura» e não com designações suscetíveis de gerar confusão; (iii) a comissão é devida uma única vez, no início; e (iv) o seu montante, forma e data de liquidação são especificados na cláusula contratual. O montante cobrado não é desproporcionado, uma vez que a comissão correspondia a 0,65 % do capital mutuado; sendo que o custo médio das comissões oscila entre 0,25 % e 1,5 %.

- 17 Cabe, portanto, aos tribunais analisar, de acordo com as orientações fornecidas pelo *Tribunal Supremo (Supremo Tribunal)* no referido *Acórdão 816/23*, se cada uma das cláusulas controvertidas supera a fiscalização da transparência e do conteúdo, uma vez que a comissão de abertura não faz parte da remuneração do contrato.

## **DISPOSITIVO**

### **É DECIDIDO:**

- 18 Suspender a instância.

- 19 Submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de que este dê resposta às seguintes questões:
- 20 **Primeira questão.** Opõe-se a regulamentação [da União] à interpretação feita pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), no que respeita à comissão de abertura, segundo a qual é suficiente a simples indicação na escritura de hipoteca do montante da cláusula e que a referida quantia não ultrapasse o limite fixado, para se considerar que, à luz do *artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13/CEE* [de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores], não tem esta cláusula caráter abusivo por falta de transparência, ainda que nela não se especifiquem o seu conteúdo e tempo?
- 21 **Segunda questão.** Se a cláusula em questão for previamente comunicada ao consumidor e se se entender que não é abrangida pela atividade de mútuo bancário, como se indica na *Diretiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho*, [de 4 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos de crédito aos consumidores para imóveis de habitação e que altera as Diretivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010], e se for considerada alheia ao próprio juro remuneratório, não deveriam ser emitidas faturas e especificados definitivamente tais serviços antes de os repercutir no consumidor? Não serão tais omissões contrárias à regulamentação da União, uma vez que afetam a transparência em sentido material da referida cláusula?

[*Omissis*] [Fórmulas processuais finais]