



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 30 de janeiro de 2020¹

Processo C-452/18

XZ
contra
Ibercaja Banco, SA

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel (Tribunal de Primeira Instância e de Instrução n.º 3 de Teruel, Espanha)]

«Reenvio prejudicial — Cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores — Diretiva 93/13/CEE — Contrato de crédito hipotecário — Cláusula de limitação da variabilidade da taxa de juro (cláusula “de taxa mínima”) — Falta de transparência — Caráter abusivo — Celebração pelas partes de um acordo que implica a novação da cláusula “de taxa mínima”, a confirmação da validade do contrato de crédito hipotecário e a renúncia mútua a impugná-lo judicialmente — Compatibilidade com a Diretiva 93/13 — Condições»

I. Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial foi apresentado pelo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel (Tribunal de Primeira Instância e de Instrução n.º 3 de Teruel, Espanha) no âmbito de um litígio entre XZ e a Ibercaja Banco, SA (a seguir «Ibercaja»). Em substância, as partes no processo principal estavam vinculadas por um contrato de crédito hipotecário com taxa de juro variável. Este contrato previa uma cláusula «de taxa mínima» que limitava a variabilidade da referida taxa. Um acórdão do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) pôs em causa a compatibilidade de tal cláusula com a regulamentação espanhola que transpõe a Diretiva 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores². Neste contexto, XZ e a Ibercaja celebraram um acordo, cuja qualificação jurídica discutem, que implicava a novação da cláusula em causa, a confirmação da validade do referido contrato de crédito e a renúncia mútua a impugná-lo judicialmente.

2. Com as suas questões, o órgão jurisdicional de reenvio interroga o Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade de tal acordo com a Diretiva 93/13. Estas oferecem ao Tribunal de Justiça a oportunidade de apreciar, pela primeira vez, se, e, sendo caso disso, em que condições, um consumidor pode renunciar contratualmente a invocar o caráter abusivo, na aceção desta diretiva, de uma determinada cláusula. Da resposta a essa questão depende, nomeadamente, o alcance da autonomia de que dispõe um consumidor e um profissional para confirmar ou substituir uma cláusula contratual potencialmente abusiva, ou ainda celebrarem acordos amigáveis, em particular transações, a fim de resolverem extrajudicialmente os seus litígios na matéria.

¹ Língua original: francês.

² Diretiva do Conselho de 5 de abril de 1993 (JO 1993, L 95, p. 29).

3. Nas presentes conclusões, explicarei que a Diretiva 93/13 não proíbe, em princípio, que um consumidor e um profissional celebrem um acordo que implique a renúncia do consumidor ao direito de invocar o caráter abusivo de uma cláusula preexistente. Não obstante, tal acordo deve respeitar as exigências impostas por esta diretiva, designadamente, o imperativo de transparência previsto na mesma. Assim, proporei ao Tribunal de Justiça a adoção de uma abordagem que permita nomeadamente salvaguardar a validade das «verdadeiras» transações amigáveis celebradas com pleno conhecimento de causa pelos consumidores e condenar as transações amigáveis, impostas por profissionais, que são apenas aparentes.

II. Quadro jurídico

A. Diretiva 93/13

4. O artigo 3.º da Diretiva 93/13 dispõe:

«1. Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.

2. Considera-se que uma cláusula não foi objeto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, conseqüentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão.

O facto de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido objeto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto de um contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão.

Se o profissional sustar que uma cláusula normalizada foi objeto de negociação individual, caber-lhe-á o ónus da prova.

3. O anexo contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas.»

5. O artigo 4.º desta diretiva prevê:

«1. Sem prejuízo do artigo 7.º, o caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado 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 aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa.

2. A avaliação do caráter abusivo das cláusulas não incide nem sobre a definição do objeto principal do contrato nem sobre a adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida, por outro, desde que essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível.»

6. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da referida diretiva:

«Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.»

7. O anexo da mesma diretiva, sob a epígrafe «Cláusulas previstas no n.º 3 do artigo 3.º», refere, no seu n.º 1, alínea q), as cláusulas que têm como objetivo ou como efeito «[s]uprimir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando-o a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo-lhe um ónus da prova que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente a outra parte contratante».

B. Direito espanhol

8. A Diretiva 93/13 foi transposta para o direito espanhol, no essencial, pela Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (Lei 7/1998 relativa às Condições Gerais dos Contratos), de 13 de abril de 1998, que foi reformulada, juntamente com outras disposições que transpõem diferentes diretivas da União em matéria de proteção dos consumidores, pelo Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprova o texto consolidado da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Utilizadores e outras leis complementares) (a seguir «Real Decreto Legislativo 1/2007»), de 16 de novembro de 2001.

9. O artigo 10.º do Real Decreto Legislativo 1/2007 dispõe:

«É nula a renúncia prévia aos direitos que esta disposição reconhece aos consumidores e utilizadores, sendo, ainda, nulos os atos praticados em violação da lei, em conformidade com o disposto no artigo 6.º do Código Civil [espanhol].»

10. O artigo 83.º do Real Decreto Legislativo 1/2007 prevê, no seu n.º 1, que «[a]s cláusulas abusivas são automaticamente nulas e consideram-se não escritas».

III. Litígio no processo principal, questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

11. Por escritura de 23 de dezembro de 2011, XZ adquiriu um bem imóvel a uma promotora. Este bem estava onerado por uma hipoteca, constituída a favor da Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, a título de garantia do reembolso de um empréstimo concedido por esta à referida promotora, nos termos de um contrato de 23 de julho de 2010³. Ao adquirir tal bem, XZ sub-rogou-se à referida promotora nesse contrato.

12. O contrato de crédito hipotecário previa a aplicação de uma taxa de juro variável ao referido empréstimo. Não obstante, uma cláusula deste contrato limitava esta variabilidade, estabelecendo uma taxa anual «máxima» de 9,75 % e uma taxa anual «mínima» de 3,25 %.

³ A seguir «contrato de crédito hipotecário».

13. Em 4 de março de 2014, a Ibercaja, que sucedeu à Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón no empréstimo em causa⁴, celebrou com XZ um acordo denominado «contrato de novação». Este acordo previa, em particular, uma redução para 2,35 % da taxa «mínima» aplicável a tal empréstimo, que se tornava efetiva a partir da mensalidade seguinte e até ao seu reembolso completo. O referido acordo estipulava igualmente uma cláusula com a seguinte redação:

«As partes confirmam a validade e a aplicação do empréstimo, consideram que as suas condições são adequadas e, por conseguinte, renunciam expressa e mutuamente ao exercício de ações judiciais contra a outra parte no que diz respeito ao contrato celebrado e às suas cláusulas, assim como às liquidações e pagamentos efetuados até à data, cuja legalidade reconhecem.»

14. Além disso, este mesmo acordo incluía uma menção manuscrita, escrita e assinada por XZ, segundo um modelo fornecido pela Ibercaja e através da qual a primeira declarava:

«Estou consciente e compreendo que a taxa de juro do meu empréstimo nunca descerá da taxa nominal anual de 2,35 %.»

15. Em 14 de janeiro de 2016, XZ reembolsou a última mensalidade do empréstimo.

16. Em 1 de fevereiro de 2017, o interessado intentou uma ação no Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel (Tribunal de Primeira Instância e de Instrução n.º 3 de Teruel), na qual pediu a declaração de nulidade, por ser abusiva, da cláusula «de taxa mínima» prevista no contrato de crédito hipotecário e que a Ibercaja fosse condenada a restituir os montantes pagos em aplicação desta cláusula.

17. Perante este órgão jurisdicional, a Ibercaja contestou o caráter abusivo da referida cláusula e opôs-se à restituição pedida, invocando, nomeadamente, o «contrato de novação» que celebrou com XZ. Neste contexto, alegou que a regra segundo a qual as cláusulas abusivas «não vincul[a]m os consumidores», prevista no artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, deve estender-se a tal contrato, pelo que, tal como a referida cláusula, este deve ser considerado nulo.

18. Tendo em consideração o exposto, o Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel (Tribunal de Primeira Instância e de Instrução n.º 3 de Teruel) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve o princípio da não vinculação das cláusulas abusivas (artigo 6.º da [Diretiva 93/13]) abranger também os contratos e negócios jurídicos posteriores às referidas cláusulas, tal como acontece com o contrato de novação?

Atendendo a que a nulidade absoluta determina que a referida cláusula nunca existiu na vida jurídico-económica do contrato, pode concluir-se que os atos jurídicos posteriores e os seus efeitos sobre a referida cláusula, isto é, o contrato de novação, desaparecem igualmente da realidade jurídica, devendo considerar-se como inexistente e sem qualquer efeito?

2) Os documentos que modificam ou aceitam cláusulas não negociadas, que possam violar o princípio da cláusula abusiva e da transparência, adquirem a natureza de condições gerais da contratação, para efeitos do disposto no artigo 3.º da [Diretiva 93/13], sendo afetadas pelas mesmas causas de nulidade que os atos originais objeto da novação ou transação?

⁴ Resulta da decisão de reenvio e das observações da Ibercaja que, em data não comunicada, a Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón foi integrada no Banco Grupo Cajatrés SA. Em seguida, em 23 de maio de 2013, esta mesma instituição foi integrada na Ibercaja, antes de acabar por ser absorvida por esta em 1 de outubro de 2014.

- 3) Deve a renúncia às ações judiciais, prevista no contrato de novação, ser igualmente declarada nula, já que os contratos assinados pelos clientes não os informavam de que a cláusula era nula, nem dos montantes ou valores que tinham direito a receber a título de reembolso dos juros pagos pela aplicação inicial das “cláusulas de taxa mínima”?

Deste modo, sublinha-se que o cliente assinava uma renúncia às ações sem ter sido informado, pelo banco, sobre aquilo a que estava a renunciar [ou] a que montantes renunciava.

- 4) Uma vez analisado o contrato de novação, nos termos da jurisprudência do TJUE e dos artigos 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13, a nova “cláusula de taxa mínima” incluída padece também de falta de transparência, na medida em que o banco deixa novamente de cumprir os critérios de transparência estipulados no Acórdão do Supremo Tribunal [STS] de 9 de maio de 2013, ao não informar o cliente sobre os verdadeiros custos económicos da referida cláusula no seu crédito, para que este pudesse saber a taxa de juro (e o respetivo valor) que teria que pagar caso fosse aplicada a nova “cláusula de taxa mínima” e a taxa de juro (e o respetivo valor) que teria que pagar caso não fosse aplicada qualquer “cláusula de taxa mínima” e fosse aplicada a taxa de juro acordada no crédito hipotecário, sem limitação em caso de descida?

Isto é, ao impor o documento denominado como de novação sobre as “cláusulas de taxa mínima”, a instituição financeira deveria ter respeitado os deveres de transparência previstos nos artigos 3.º, n.º 1, e 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13, informando o consumidor sobre os montantes em que terá sido lesado pela aplicação das “cláusulas de taxa mínima”, assim como sobre a taxa de juro a aplicar caso não existissem as referidas cláusulas e se, por não ter procedido em conformidade, estes documentos padecem igualmente de nulidade?

- 5) Podem as cláusulas de renúncia referentes às ações incluídas nas condições gerais do contrato de novação, atendendo ao seu conteúdo, ser consideradas cláusulas abusivas, à luz do artigo 3.º, n.º 1, da [Diretiva 93/13], nos termos do anexo das cláusulas abusivas e, especificamente [n.º 1], alínea q) desse anexo [...], na medida em que limitam o direito dos consumidores de exercer os direitos que podem nascer com, ou revelar-se após, a assinatura do contrato, tal como sucedeu com a possibilidade de exigir a devolução total dos juros pagos (nos termos do [Acórdão Gutiérrez Naranjo e o.⁵])?»

19. A decisão de reenvio de 26 de junho de 2018 deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 11 de julho de 2018. A Ibercaja, o Governo espanhol e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. As mesmas partes e interessados, assim como XZ, estiveram representados na audiência de alegações realizada em 11 de setembro de 2019.

IV. Análise

20. O presente processo tem por pano de fundo a problemática das cláusulas «de taxa mínima» utilizadas nos contratos de crédito⁶. Recordo brevemente que a prática seguida, em particular, pelos bancos espanhóis antes e durante a crise financeira que afetou a economia mundial entre os anos 2007 e 2012 consistia em oferecer empréstimos hipotecários com taxa de juro variável que incluíam a referida cláusula, a fim de limitar a variabilidade desta taxa. Mais precisamente, esta cláusula implica que, na hipótese de a referida taxa descer abaixo do limite «mínimo» previsto, o devedor deve pagar

5 Acórdão de 21 de dezembro de 2016 (C-154/15, C-307/15 e C-308/15, a seguir «Acórdão Gutiérrez Naranjo», EU:C:2016:980).

6 O Tribunal de Justiça já apreciou esta problemática. V., nomeadamente, Acórdão de 14 de abril de 2016, Sales Sinués e Drame Ba (C-381/14 e C-385/14, EU:C:2016:252); Acórdão Gutiérrez Naranjo; e Despacho de 14 de novembro de 2013, Banco Popular Español e Banco de Valencia (C-537/12 e C-116/13, EU:C:2013:759).

juros correspondentes a este limite⁷. Assim, na prática, as cláusulas «de taxa mínima» tiveram por consequência impedir os consumidores espanhóis de beneficiarem da descida das taxas de juros ocorrida no decurso dessa crise financeira, protegendo as instituições de crédito dos efeitos negativos que esta descida deveria ter produzido nas suas margens⁸.

21. Dito isto, a utilização de cláusulas «de taxa mínima» não deixou de ter consequências para os bancos espanhóis. Num Acórdão de 9 de maio de 2013⁹, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) constatou o caráter abusivo, por falta de transparência, e, consequentemente, declarou a nulidade das cláusulas «de taxa mínima» que figuravam nas condições gerais aplicadas por três deles. Não obstante, este órgão jurisdicional limitou no tempo os efeitos do seu acórdão, considerando que este não devia afetar, nomeadamente, os montantes pagos pelos consumidores por força da aplicação das referidas cláusulas antes da data da sua publicação¹⁰. Embora as partes no processo principal estejam em desacordo quanto ao alcance da publicidade dada a este acórdão no momento da sua prolação, afigura-se possível afirmar com segurança que, no mínimo, este gerou sérias dúvidas quanto à questão de saber se as cláusulas «de taxa mínima» utilizadas por outros bancos padeciam da mesma falta de transparência.

22. Neste contexto, no decurso do mês de julho de 2013, a Ibercaja adotou uma política interna que consistia em celebrar com alguns dos seus clientes, ou mesmo com todos os seus clientes, que tinham um crédito hipotecário que incluía uma cláusula «de taxa mínima»¹¹, um acordo denominado «contrato de novação». Este acordo previa, em especial, uma redução do limite «mínimo» aplicável ao empréstimo do cliente em causa, que se tornava efetiva a partir da mensalidade seguinte e vigorava até ao termo deste empréstimo, assim como uma renúncia expressa e mútua à impugnação judicial das cláusulas do referido empréstimo. Em 4 de março de 2014, a Ibercaja celebrou este acordo com XZ.

23. Em 21 de dezembro de 2016, o Tribunal de Justiça, chamado a pronunciar-se por vários órgãos jurisdicionais espanhóis sobre a questão das consequências que deviam ser extraídas da constatação do caráter abusivo de uma cláusula «de taxa mínima», proferiu o Acórdão Gutiérrez Naranjo. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou, em substância, que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 obriga o juiz nacional, sempre que constata o caráter abusivo de tal cláusula, em princípio, a afastar a sua aplicação e a ordenar que sejam restituídos ao consumidor os montantes pagos por força da aplicação de tal cláusula¹². O Tribunal de Justiça esclareceu, além disso, que a referida disposição opõe-se a que este direito à restituição seja objeto de uma limitação no tempo, à semelhança do que o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) fez no seu Acórdão de 9 de maio de 2013¹³.

7 V. Acórdão Gutiérrez Naranjo, n.º 18.

8 A dimensão do fenómeno foi considerável: a título de exemplo, pelo menos um terço de todos os empréstimos hipotecários comercializados em Espanha no ano 2010 incluía tal cláusula (v. Zunzunegui, F., «Mortgage Credit — Mis-selling of Financial Products — Study requested by the ECON committee», *European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies*, junho de 2018, p. 23 a 32 e referências aí citadas).

9 Acórdão n.º 241/2013 (a seguir «Acórdão do Supremo Tribunal de 9 de maio de 2013» ou «Acórdão de 9 de maio de 2013», ES:TS:2013:1916).

10 O Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) confirmou posteriormente esta solução [v., nomeadamente, Acórdãos de 25 de março de 2015, n.º 139/2015 (ES:TS:2015:1280); e de 29 de abril de 2015, n.º 222/2015 (ES:TS:2015:2207)]. V. Acórdão Gutiérrez Naranjo, n.ºs 18 a 21 e 67.

11 Segundo a Ibercaja, os seus funcionários deviam propor a celebração de um «contrato de novação» apenas aos clientes que, na sequência do Acórdão do Supremo Tribunal de 9 de maio de 2013, tinham apresentado uma reclamação relativa à cláusula «de taxa mínima» prevista no seu contrato. Em contrapartida, segundo XZ, a celebração de tais acordos inseria-se no âmbito de uma campanha dirigida a todos os clientes cujo contrato incluía tal cláusula «de taxa mínima», independentemente de terem apresentado, ou não, uma reclamação a este respeito. Preciso que a questão de saber se a própria XZ tinha apresentado tal reclamação é objeto de discussão entre as partes no processo principal perante o órgão jurisdicional de reenvio (v. n.º 80 das presentes conclusões).

12 Ou seja, em concreto, a diferença entre os montantes pagos em conformidade com o limite «mínimo» e os montantes que deveriam ter sido pagos se este limite não tivesse existido e se a taxa de juro variável tivesse sido aplicada.

13 V. Acórdão Gutiérrez Naranjo, n.ºs 61 a 75, assim como n.º 21 das presentes conclusões.

24. Tendo provavelmente tido conhecimento deste acórdão do Tribunal de Justiça, XZ intentou uma ação no órgão jurisdicional de reenvio, em 1 de fevereiro de 2017, na qual pediu que fosse declarada a nulidade, por caráter abusivo, da cláusula «de taxa mínima» prevista no seu contrato de crédito hipotecário e que a Ibercaja fosse condenada a restituir-lhe os montantes pagos em aplicação desta cláusula¹⁴.

25. A questão central suscitada perante este órgão jurisdicional é a das consequências jurídicas que o «contrato de novação», celebrado por XZ e pela Ibercaja em 4 de março de 2014, pode ter nos referidos pedidos.

26. O banco alega, com efeito, que este acordo impede XZ de invocar judicialmente o caráter abusivo da cláusula «de taxa mínima» inicialmente estipulada no contrato de crédito hipotecário. A sua argumentação a este respeito faz eco de um Acórdão do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), de 11 de abril de 2018¹⁵, no qual este se pronunciou sobre acordos idênticos celebrados entre a Ibercaja e dois outros clientes. Este órgão jurisdicional considerou, em substância, que tal acordo constitui uma *transação*¹⁶, celebrada pelas partes a fim de resolverem extrajudicial e definitivamente a incerteza, gerada pelo seu Acórdão de 9 de maio de 2013, em torno da validade da cláusula «de taxa mínima» incluída nos seus contratos de crédito, em troca de concessões recíprocas que revestem a forma de uma diminuição do limiar estabelecido nessa cláusula. Por conseguinte, o juiz não poderia examinar a questão do caráter abusivo da referida cláusula, uma vez que esta transação possui força vinculativa entre as partes. Neste âmbito, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) declarou que a Diretiva 93/13 não se opõe a que um profissional e um consumidor assumam compromissos para resolverem extrajudicialmente os seus litígios. Além disso, este órgão jurisdicional considerou que os acordos em causa eram transparentes para os consumidores¹⁷.

27. XZ alega, por sua vez, que o «contrato de novação» deve ser considerado nulo e que, por conseguinte, não pode impedir o órgão jurisdicional de reenvio de examinar os seus pedidos. Considera que a sua argumentação a este respeito reflete o voto de vencido que acompanha o Acórdão do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) de 11 de abril de 2018¹⁸, evocado no número anterior. Neste voto é afirmado, em substância, que tal acordo não constitui uma transação mas sim um contrato de *novação*¹⁹ da cláusula «de taxa mínima» incluída nos contratos de crédito hipotecários dos clientes em causa, novação que não é válida segundo o direito nacional²⁰. Em todo o caso, por um lado, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 opõe-se a que as partes alterem ou confirmem uma cláusula abusiva ou ainda a que o consumidor renuncie ao direito de a impugnar judicialmente. Por outro, tal acordo padece de falta de transparência, uma vez que não inclui a informação que permita aos consumidores compreender as consequências económicas e jurídicas que para esses implica a sua celebração. O órgão jurisdicional de reenvio tende a partilhar deste entendimento.

14 O caso de XZ está longe de ser o único. Mais de um milhão de pedidos de restituição de montantes pagos em aplicação de uma cláusula «de taxa mínima» foram apresentados nos órgãos jurisdicionais espanhóis (v. Zunzunegui, F., *op. cit.*, p. 6). V., quanto à questão do impacto do Acórdão do Supremo Tribunal de 9 de maio de 2013 e do Acórdão Gutiérrez Naranjo na economia espanhola, International Monetary Fund, *IMF Country Report n.º 17/345, Spain: Financial Setor Assessment Program — Technical Note on Supervision of Spanish Banks — Select[ed] issues*, 13 de novembro de 2017, p. 8, 10, 23 e 53, que eleva a comercialização de empréstimos hipotecários que incluem uma cláusula «de taxa mínima» ao nível de risco sistémico para esta economia.

15 Acórdão n.º 205/2018 (a seguir «Acórdão do Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018» ou «Acórdão de 11 de abril de 2018», ES:TS:2018:1238).

16 Nos termos do artigo 1809.º do Código Civil espanhol, uma transação é um contrato através do qual cada uma das partes, oferecendo, prometendo ou retendo qualquer coisa, evita uma impugnação futura ou põe termo a uma impugnação existente.

17 V., para informações mais pormenorizadas, n.º 82 das presentes conclusões.

18 A seguir «voto de vencido do juiz Orduña Moreno».

19 A novação é um contrato, previsto, nomeadamente, no artigo 1203.º do Código Civil espanhol, através do qual duas partes, vinculadas por uma relação obrigacional preexistente, alteram esta obrigação ou substituem-na por outra.

20 V. nota 31 das presentes conclusões.

28. Antes de mais, refiro que, embora resulte dos dois números anteriores que a qualificação jurídica do «contrato de novação» é objeto de discussão entre as partes no processo principal, esta questão, como afirma a Comissão, releva exclusivamente do direito espanhol, de modo que não incumbe ao Tribunal de Justiça mas sim ao órgão jurisdicional de reenvio dirimi-la.

29. Em contrapartida, incumbe ao Tribunal de Justiça analisar à luz da Diretiva 93/13 a hipótese em que (1) um consumidor e um profissional estão vinculados por um contrato (2) existem dúvidas sérias quanto ao caráter potencialmente abusivo, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, desta diretiva, de uma cláusula deste contrato²¹, e (3) as partes, por acordo subsequente, terem substituído a cláusula em questão²², confirmado a validade do contrato inicial e renunciado mutuamente a impugná-la judicialmente. Mais precisamente, trata-se de determinar, antes de mais, como pergunta o órgão jurisdicional de reenvio na sua primeira questão, se o artigo 6.º, n.º 1, da referida diretiva se opõe, *por princípio*, a que tal acordo se torne juridicamente vinculativo em relação ao consumidor. Exporei, numa primeira parte das presentes conclusões, as razões pelas quais, em meu entender, não é isto que sucede (secção A).

A. Quanto ao poder do consumidor para substituir uma cláusula potencialmente abusiva, confirmar a sua validade e/ou renunciar a impugná-la judicialmente (primeira questão prejudicial)

30. O artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 dispõe, como importa recordar, que «nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vincul[a]m o consumidor». Por força desta disposição, o juiz nacional deve, sempre que constatar o caráter abusivo de uma determinada cláusula contratual, extrair todas as consequências que, segundo o direito nacional, decorrem dessa constatação a fim de assegurar que o consumidor não fica vinculado por tal cláusula. De facto, o referido juiz tem o dever de afastar a aplicação dessa cláusula para que a mesma não produza efeitos vinculativos em relação ao consumidor²³.

31. No Acórdão Gutiérrez Naranjo, o Tribunal de Justiça esclareceu ainda que uma cláusula abusiva «deve ser considerada, em princípio, como nunca tendo existido, pelo que não pode produzir efeitos relativamente ao consumidor». Por conseguinte, a constatação judicial do caráter abusivo de uma cláusula contratual «deve, em princípio, ter por consequência o restabelecimento da situação de direito e de facto em que o consumidor se encontraria se a referida cláusula não existisse». Quando a cláusula em questão impõe ao consumidor o pagamento de quantias, a obrigação de o juiz afastar a sua aplicação «implica, em princípio, um correspondente efeito de restituição relativamente a essas mesmas quantias»²⁴.

21 A Ibercaja e o Governo espanhol sublinharam que, no Acórdão de 9 de maio de 2013, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) não anulou todas as cláusulas «de taxa mínima», mas apenas as utilizadas pelos três bancos visados pela ação inibitória que foi chamado a apreciar. Por outro lado, em conformidade com este acórdão, as cláusulas «de taxa mínima» apenas são abusivas na medida em que padeçam de falta de transparência, o que deve ser constatado casuisticamente pelo juiz. Ora, quando as partes no processo celebraram o «contrato de novação», a cláusula «de taxa mínima» prevista no contrato de crédito hipotecário não tinha sido impugnada judicialmente. XZ e a Comissão alegam, no entanto, que as condições de transparência estabelecidas neste acórdão são demasiado estritas, pelo que existe, pelo menos, uma probabilidade elevada de a cláusula «de taxa mínima» controvertida ser abusiva. Em seu entender, em quase 97 % dos casos, os processos judiciais relativos a cláusulas abusivas, incluindo «cláusulas de taxa mínima», foram vencidos pelos consumidores. Recordo que, no Acórdão Gutiérrez Naranjo, o Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre o caráter abusivo das cláusulas «de taxa mínima». Partiu da premissa de que eram abusivas. No presente processo também não incumbe ao Tribunal de Justiça responder a esta questão.

22 Para dizer a verdade, não é a cláusula que é substituída, mas a obrigação que daí resulta. Todavia, falo nas presentes conclusões de «novação de uma cláusula» por uma questão de comodidade.

23 V., nomeadamente, Acórdãos de 6 de outubro de 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, n.º 58); de 15 de março de 2012, Pereničová e Perenič (C-453/10, EU:C:2012:144, n.º 30); de 14 de junho de 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349, n.º 65); e de 30 de maio de 2013, Jörös (C-397/11, EU:C:2013:340, n.º 41).

24 Acórdão Gutiérrez Naranjo, n.ºs 61 e 62.

32. Consequentemente, se o órgão jurisdicional de reenvio concluir, no processo principal, que a cláusula «de taxa mínima» que figura no contrato de crédito hipotecário é abusiva, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, está, em princípio, obrigado, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, desta diretiva, a afastar esta cláusula e a condenar a Ibercaja a restituir a XZ os montantes pagos por força da aplicação da referida cláusula.

33. No entanto, o «contrato de novação», segundo a interpretação do direito espanhol adotada pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) no seu Acórdão de 11 de abril de 2018, *impede que o órgão jurisdicional de reenvio examine a questão do carácter abusivo desta cláusula «de taxa mínima»*²⁵. Mais precisamente, o Governo espanhol refere que, embora XZ já não possa pedir ao juiz para fiscalizar a validade da cláusula «de taxa mínima» inicial que figurava no contrato de crédito hipotecário, pode, em contrapartida, impugnar a validade da nova cláusula «de taxa mínima» prevista nesse acordo.

34. Nestas condições, coloca-se a questão de saber se, como alega XZ²⁶, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 se opõe, por princípio, a que consumidor e profissional celebrem um acordo que implique a novação de uma cláusula potencialmente abusiva, a confirmação²⁷ da sua validade e/ou a renúncia a impugná-la judicialmente — ou, mais precisamente, se esta disposição se opõe a que este acordo seja juridicamente vinculativo em relação ao consumidor.

35. Como referi anteriormente, não partilho deste entendimento. Com efeito, considero que esta questão exige uma resposta matizada.

36. Em meu entender, a abordagem de XZ baseia-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual, tendo em conta a situação de inferioridade em que se encontra o consumidor relativamente ao profissional, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 constitui uma disposição imperativa que pretende substituir o equilíbrio formal que o contrato estabelece entre os direitos e obrigações das partes por um equilíbrio real suscetível de restabelecer a igualdade entre estas. Esta disposição deve, além disso, ser considerada uma norma equivalente às regras nacionais que, na ordem jurídica interna, tem o estatuto de normas de *ordem pública*²⁸.

37. Admito que esta jurisprudência interpretada em conjugação com a recordada nos n.ºs 30 e 31 das presentes conclusões faz eco, em certa medida, ao regime de *nulidade absoluta* que existe no direito de diferentes Estados-Membros, entre os quais o Reino de Espanha²⁹. Aliás, esta é precisamente a sanção prevista, no direito espanhol, em caso de constatação do carácter abusivo de uma cláusula contratual³⁰. Ora, o regime da nulidade absoluta não deixa qualquer margem para a vontade das partes no contrato. Estas não podem confirmar ou substituir uma obrigação que padece de tal nulidade. Também não podem assumir compromissos relativos a tal obrigação, uma vez que o juiz

25 V. n.º 26 das presentes conclusões.

26 V. n.º 27 das presentes conclusões.

27 Refiro-me, através deste termo, ao ato pelo qual uma parte num contrato renuncia a invocar uma causa de nulidade prevista, nomeadamente, nos artigos 1309.º a 1313.º do Código Civil espanhol.

28 V., nomeadamente, Acórdãos de 26 de outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, n.ºs 25, 36 e 37); de 6 de outubro de 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, n.ºs 30, 51 e 52), e de 17 de maio de 2018, Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen (C-147/16, EU:C:2018:320, n.ºs 26, 27, 34 e 35).

29 Recordo que o direito de vários Estados, entre os quais o Reino da Bélgica, a República Francesa e o Reino de Espanha, estabelece uma distinção entre nulidade «absoluta» e nulidade «relativa» dos contratos. A nulidade absoluta ocorre de pleno direito e deve ser declarada oficiosamente pelo juiz. Pelo contrário, a nulidade relativa apenas pode ser invocada em juízo pela parte que a lei pretende proteger e, se necessário, é declarada pelo juiz. É geralmente admitido que o critério de distinção entre estas duas sanções é o fundamento da regra violada consoante vise salvaguardar o interesse geral ou proteger interesses privados. A nulidade é absoluta no primeiro caso e relativa no segundo. V., designadamente, Conclusões apresentadas pela advogada-geral V. Trstenjak no processo Martín Martín (C-227/08, EU:C:2009:295, n.º 51 e referências aí citadas).

30 V. artigo 83.º, n.º 1, do Real Decreto Legislativo 1/2007.

declarará oficiosamente a sua nulidade e a não produção de efeitos destas operações. Segundo XZ, consumidor e profissional não podem, portanto, substituir, confirmar ou transigir quanto a uma nova cláusula abusiva. Um eventual acordo entre as partes não pode impedir o tribunal de apreciar a questão do carácter abusivo de uma dada cláusula contratual³¹.

38. Todavia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça, na verdade, não vai tão longe. Com efeito, tem sido reiteradamente declarado — e, em meu entender, este ponto é fundamental — que *o consumidor pode renunciar a invocar o carácter abusivo de uma cláusula contratual*³². Segundo o Tribunal de Justiça, «a Diretiva 93/13 não vai ao ponto de tornar obrigatório o sistema de proteção contra a utilização de cláusulas abusivas pelos profissionais, que instituiu em benefício dos consumidores»³³ e «o direito a uma proteção efetiva do consumidor engloba a faculdade de renunciar a invocar os seus direitos»³⁴.

39. No Acórdão *Banif Plus Bank*³⁵, o Tribunal de Justiça especificou que incumbe ao juiz nacional «ter em conta, tal sendo o caso, a vontade manifestada pelo consumidor quando, consciente do carácter não vinculativo de uma cláusula abusiva, manifeste, todavia, que se opõe a que ela seja excluída, dando assim um consentimento livre e esclarecido à cláusula em questão».

40. Contrariamente à Comissão, não penso que estas considerações sejam relevantes apenas no caso em que o juiz constatou oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula contratual e disso informou o consumidor. Daqui resulta, em meu entender, uma lógica mais geral segundo a qual este pode renunciar a invocar o carácter abusivo de uma determinada cláusula, desde que esta renúncia resulte, conforme declarou o Tribunal de Justiça neste último acórdão, *de um consentimento livre e esclarecido da sua parte*.

41. Esta lógica reflete, em minha opinião, a ideia, presente na jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual a Diretiva 93/13 visa, nomeadamente, evitar que o consumidor assumia compromissos que ignora ou cujo alcance não conhece realmente³⁶. Assim, quando o consumidor tem consciência das consequências jurídicas que decorrem para ele de uma renúncia à proteção que esta diretiva lhe proporciona, tal renúncia é compatível com esta diretiva.

31 V., nomeadamente, Acórdão do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) de 16 de outubro de 2017, n.º 558/2017. Neste acórdão, o referido órgão jurisdicional considerou que um «contrato de novação» celebrado entre um banco e um consumidor, no qual estes tinham substituído a cláusula «de taxa mínima» incluída no seu contrato de empréstimo, era nulo, uma vez que esta cláusula era abusiva e que, assim, padecia de nulidade absoluta. V., igualmente, Acórdão de 26 de fevereiro de 2015, *Matei* (C-143/13, EU:C:2015:127, n.ºs 37 a 42). No processo que deu origem a este acórdão, dois consumidores tinham impugnado judicialmente diferentes cláusulas do seu contrato de crédito. O juiz nacional submeteu ao Tribunal de Justiça várias questões relativas à interpretação da Diretiva 93/13. Estes consumidores e o banco demandado celebraram, posteriormente, uma transação destinada a resolver extrajudicialmente o litígio. Este banco invocou-a no Tribunal de Justiça para justificar a inadmissibilidade das questões prejudiciais. No entanto, o órgão jurisdicional nacional declarou ao Tribunal de Justiça que não tinha registado essa transação por considerar que a questão do carácter alegadamente abusivo das cláusulas contratuais em causa é uma *questão de ordem pública em relação à qual as partes não podem transigir*. Sublinho que o Tribunal de Justiça, no seu acórdão, não se pronunciou sobre este ponto. Limitou-se a constatar que ainda estava pendente um processo no órgão jurisdicional de reenvio e, por conseguinte, julgou improcedente a exceção de inadmissibilidade perante ele suscitada.

32 V. Acórdão de 4 de junho de 2009, *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350, n.ºs 33 e 35).

33 Acórdão de 3 de outubro de 2019, *Dziubak* (C-260/18, EU:C:2019:819, n.º 54).

34 Acórdão de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués e Drame Ba* (C-381/14 e C-385/14, EU:C:2016:252, n.º 25). V., quanto à origem desta formulação, Conclusões apresentadas pela advogada-geral J. Kokott no processo Duarte Hueros (C-32/12, EU:C:2013:128, n.º 53).

35 Acórdão de 21 de fevereiro de 2013 (C-472/11, EU:C:2013:88, n.º 35).

36 V., nomeadamente, jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao imperativo de transparência das cláusulas contratuais decorrente do artigo 4.º, n.º 2, e do artigo 5.º, da Diretiva 93/13 (v. secção C das presentes conclusões). Refiro-me aqui à ideia de um consentimento «esclarecido» do consumidor. De modo geral, a questão de carácter «livre» do consentimento dado pelo consumidor a um contrato releva das normas nacionais em matéria de vícios do consentimento. (v. nota 54 das presentes conclusões).

42. Ora, embora se considere que o consumidor tem consciência das consequências das suas ações quando renuncia perante o juiz a invocar uma cláusula, após este o ter informado que a mesma era abusiva, tal não significa que não existem outras situações em que isto seja possível. Nomeadamente, não vislumbro obstáculo que impeça, por princípio, um consumidor de exercer o seu poder de renúncia pela via contratual, desde que, mais uma vez, esta renúncia resulte de um consentimento livre e esclarecido. Quanto a este último aspeto, considero que devem ser referidas, não obstante, duas hipóteses.

43. Em meu entender, por um lado, um consumidor nunca pode renunciar imediatamente à proteção que a Diretiva 93/13 lhe confere quando adquire um bem ou recebe um serviço de um profissional. Uma cláusula de um contrato de venda ou de prestação de serviços que implica a confirmação da sua validade ou a renúncia ao direito de a impugnar judicialmente não pode produzir quaisquer efeitos vinculativos em relação ao consumidor. Aliás, diferentes instrumentos do direito da União proibem expressamente esta renúncia³⁷.

44. Com efeito, tal renúncia não pode em caso algum ser considerada «esclarecida». As pessoas só têm realmente noção da importância da proteção proporcionada pelo direito do consumo quando ocorre uma dificuldade e necessitam efetivamente desta proteção. É neste sentido que, em minha opinião, deve ser entendida a ideia de *renúncia prévia*: uma renúncia é «prévia» quando ocorre a montante, no momento do estabelecimento da relação contratual entre o profissional e o consumidor, o qual não imagina que esta relação pode vir a tornar-se problemática ou não atribui importância suficiente a este facto.

45. Em contrapartida, por outro lado, quando ocorre um problema nesta relação contratual, na medida em que, por exemplo, surgiram dúvidas sérias quanto ao caráter potencialmente abusivo, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, de uma determinada cláusula contratual e, eventualmente, existe um litígio entre as partes sobre este aspeto, não se deve considerar que o facto de o consumidor renunciar à invocação da falta de efeito vinculativo desta cláusula tem a mesma gravidade. Nesta hipótese, o consumidor consegue reconhecer a importância da proteção que a referida diretiva lhe proporciona e, por conseguinte, compreender o alcance desta renúncia³⁸. Por outras palavras, entendo que, em determinadas condições, um consumidor pode *renunciar posteriormente*, pela via contratual, aos direitos que a referida diretiva lhe concede.

46. Considero que resulta desta segunda hipótese que o consumidor pode mediante acordo com o profissional substituir a cláusula em causa, confirmá-la ou ainda renunciar a invocar judicialmente a questão do seu caráter abusivo, desde que o faça de forma livre e esclarecida³⁹.

37 V., nomeadamente, artigo 41.º, alínea a), da 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 (JO 2014, L 60, p. 34) e artigo 25.º da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO 2011, L 304, p. 64). V., igualmente, no direito espanhol, artigo 10.º do Real Decreto Legislativo 1/2007.

38 V., por analogia, a solução prevista no Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2012, L 351, p. 1), em matéria de cláusulas atributivas de jurisdição em litígios transfronteiriços relativos a contratos de consumo. Recordo que a secção 4 do capítulo II deste regulamento prevê regras de competência que protegem o consumidor. Neste contexto, o artigo 19.º do referido regulamento dispõe que as partes só podem derrogar estas regras por acordos atributivos de jurisdição que, nomeadamente, *sejam posteriores ao surgimento do litígio* que existe entre elas. Segundo a explicação aceite na doutrina no que se refere a esta regra, o consumidor apenas é capaz de compreender plenamente as consequências de tal acordo e, assim, de concordar de forma esclarecida com o mesmo quando souber do que trata o litígio. V. Nielsen, P. A., «Article 19», em Magnus, U., e Mankowski, P., *Brussels Ibis Regulation — Commentary, European Commentaries on Private International Law*, Schmidt, Otto, Dr., KG, Verlag, 2016, p. 519.

39 A afirmação do Tribunal de Justiça segundo a qual uma cláusula abusiva deve ser considerada «como nunca tendo existido» é, assim, uma ficção jurídica que deve ser relativizada — aliás, o próprio Tribunal de Justiça sublinhou que apenas «em princípio» é este o caso (v. Acórdão Gutiérrez Naranjo, n.º 61). O consumidor tem o poder de preservar a existência da cláusula em causa. Para continuar a analogia com os regimes de nulidade existentes no direito de determinados Estados-Membros (v. n.º 37 das presentes conclusões), considero que o regime das cláusulas abusivas se assemelha, nesta medida, às *nulidades relativas*, suscetíveis de darem origem à novação ou à confirmação.

47. Pode, designadamente, exercer o seu poder de renúncia mediante a celebração, com o profissional, de uma *transação amigável* respeitante à referida cláusula, com caráter judiciário ou extrajudiciário. Tal transação pode, aliás, apresentar algumas vantagens para o consumidor, tais como a obtenção de um benefício imediato — é precisamente este o objeto das concessões recíprocas que devem estar presentes numa transação —, sem ter de impugnar judicialmente esta mesma cláusula, suportar os custos do processo e aguardar pela sua resolução, tanto mais que, no momento em que celebra a referida transação, não tem a certeza de que esta resolução lhe será favorável⁴⁰.

48. Importa recordar que, desde que tenha sido celebrado com pleno conhecimento de causa, não vislumbro obstáculo a que semelhante acordo se torne juridicamente vinculativo, nomeadamente em relação ao consumidor. Em especial, uma transação deve poder proporcionar segurança jurídica às partes, o que implica que não pode deixar de produzir efeitos vinculativos em relação a uma delas. Acresce que a renúncia às ações judiciais em troca de concessões recíprocas é, como explicarei em seguida, «o objeto principal», na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13, de uma transação, ou seja, o cerne da autonomia contratual que esta diretiva não pretende, em princípio, pôr em causa⁴¹.

49. Este último ponto é corroborado, em meu entender, pelas disposições da Diretiva 2013/11/UE sobre a resolução alternativa de litígios de consumo⁴². Em conformidade com esta diretiva, consumidor e profissional podem, quando existir entre ambos um litígio relativo a um contrato de consumo, recorrer a um procedimento de resolução alternativa de litígios (RAL). Quando, neste âmbito, optam por recorrer a um procedimento que visa resolver o litígio propondo uma solução — tal como, por exemplo, a mediação — e tal procedimento conduz a um compromisso mutuamente aceitável, este compromisso é, regra geral, concretizado por uma transação⁴³. Ora, o legislador da União não reservou ao consumidor, em tal hipótese, o direito de pedir ao juiz para examinar este litígio apesar da celebração dessa resolução amigável. Pelo contrário, o referido legislador reconheceu que tal resolução tem consequências jurídicas para o consumidor⁴⁴. Não obstante, a referida diretiva prevê garantias destinadas a assegurar que a conclusão de tal transação resulta de um consentimento livre e esclarecido da parte deste último⁴⁵. Embora esta diretiva não seja aplicável às resoluções amigáveis celebradas entre profissional e consumidor fora de um procedimento de RAL⁴⁶, considero que a lógica que daqui decorre pode ser generalizada.

50. Ao contrário da Comissão, não considero que o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia exija uma resposta diferente. Em meu entender, por um lado, este artigo garante ao consumidor um poder efetivo de exercer em juízo os direitos que lhe são concedidos pela Diretiva 93/13, assegurando que, para o efeito, dispõe de vias de recurso que não estão sujeitas a condições processuais suscetíveis de tornar este exercício excessivamente difícil ou até impossível⁴⁷. No entanto, esta disposição não pretende obrigar o consumidor a exercer este poder quando, em

40 V., neste sentido, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral N. Wahl no processo Gavrilescu (C-627/15, EU:C:2017:690, n.ºs 46 a 52).

41 V. Conclusões apresentadas pela advogada-geral V. Trstenjak no processo Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2009:682, n.º 40 e referências aí citadas). V. n.º 73 das presentes conclusões.

42 Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Diretiva RAL) (JO L 165, 2013, p. 63).

43 É certo que a Diretiva 2013/11 não regula a questão da natureza ou dos efeitos jurídicos do instrumento que deve ser utilizado para formalizar o consentimento das partes em relação à solução proposta, pelo que esta é uma questão de direito de cada Estado-Membro. No entanto, a transação é o instrumento mais utilizado para concretizar a resolução amigável resultante de uma mediação (v. Caponi, R., «“Just Settlement” or “Just About Settlement”? Mediated Agreements: A Comparative Overview of the Basics», *RabelsZ*, n.º 79, 2015, p. 117-141).

44 V. artigo 9.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2013/11.

45 V. artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 2013/11, reproduzido na nota 75 das presentes conclusões.

46 Nos termos do seu artigo 2.º, n.º 2, alínea e), a Diretiva 2013/11 não é aplicável «[à] negociação direta entre o consumidor e o comerciante». Observo, quanto ao restante, que, através desta disposição, o legislador da União limitou-se a excluir do âmbito de aplicação da referida diretiva as transações diretamente negociadas entre profissional e consumidor: no entanto, não as proibiu, embora pudesse perfeitamente tê-lo feito se tivesse sido essa a sua vontade.

47 V., neste sentido, Acórdãos de 1 de outubro de 2015, ERSTE Bank Hungary (C-32/14, EU:C:2015:637, n.º 59); e de 21 de abril de 2016, Radlinger e Radlingerová (C-377/14, EU:C:2016:283, n.º 56).

consciência, decide renunciar ao mesmo. Por outro, embora admita que, tendo em conta a importância fundamental do direito a um recurso efetivo, um particular não pode ceder, em regra, o seu direito de recorrer à justiça, esta hipótese deve, não obstante, ser distinguida de uma renúncia orientada, centrada numa cláusula ou num litígio específico.

51. Posto isto, a situação de inferioridade em que se encontra o consumidor em relação ao profissional no que diz respeito tanto ao poder de negociação como ao nível de informação⁴⁸ não deve, todavia, ser esquecida. O risco de a renúncia do consumidor a invocar o caráter abusivo de uma cláusula resultar de um abuso de poder⁴⁹ do profissional não pode ser ignorado. Ao celebrar com este um acordo que implique tal renúncia, o consumidor não pode, assim, renunciar a toda a proteção jurisdicional e essa situação de inferioridade deve poder ser compensada por uma «intervenção positiva», do tribunal⁵⁰.

52. A este respeito, observo que tal acordo constitui, por definição, um contrato que, por um lado, está sujeito às regras gerais e especiais do direito dos contratos que lhe é aplicável e, por outro, pode estar abrangido, como qualquer contrato entre um profissional e um consumidor, pela Diretiva 93/13⁵¹. A renúncia apenas é vinculativa se o referido acordo respeitar estas diferentes regras.

53. Por conseguinte, o referido acordo pode ser sujeito a uma fiscalização judicial⁵². Aliás, observo que, embora as partes no processo principal e outros interessados discutam, no caso em apreço, a questão de saber se XZ pode pedir ao juiz para declarar o caráter abusivo da cláusula «de taxa mínima» que figurava inicialmente no contrato de crédito hipotecário, tendo em conta a celebração do «contrato de novação», não é posto em causa o facto de XZ poder impugnar, perante esse juiz, a validade das cláusulas deste último acordo⁵³.

54. Ora, em meu entender, é no âmbito desta fiscalização jurisdicional que o juiz pode realizar a «intervenção positiva» necessária para proteger o consumidor contra os abusos de poder do profissional. O juiz deve verificar, incluindo oficiosamente, quando tal acordo é submetido à sua apreciação, se a renúncia do consumidor a invocar o caráter abusivo de uma determinada cláusula resulta de um consentimento livre e esclarecido da sua parte ou, pelo contrário, de tal abuso. Isto implica verificar designadamente⁵⁴ se as cláusulas deste acordo foram individualmente negociadas ou, pelo contrário, se foram impostas pelo profissional e, na segunda hipótese, se os imperativos de transparência, de equilíbrio e de boa-fé decorrentes da Diretiva 93/13 foram respeitados.

55. Face ao exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda à primeira questão no sentido de que quando um consumidor e um profissional estão vinculados por um contrato, quando surgem dúvidas sérias em relação ao caráter potencialmente abusivo, na aceção do artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva 93/13, de uma cláusula desse contrato, e quando as partes, por acordo subsequente, alteraram a cláusula em questão, confirmaram a validade do contrato inicial e renunciaram mutuamente a impugnar em juízo as suas cláusulas, o artigo 6.º, n.º 1, dessa diretiva não se opõe a que esse acordo seja vinculativo relativamente ao consumidor, desde que o referido acordo resulte do consentimento livre e esclarecido deste último.

48 V. jurisprudência referida no n.º 36 das presentes conclusões.

49 V., quanto a este conceito, nono considerando da Diretiva 93/13.

50 V., nomeadamente, Acórdãos de 27 de junho de 2000, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346, n.º 27); de 6 de outubro de 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, n.º 31); e de 14 de abril de 2016, Sales Sinués e Drame Ba (C-381/14 e C-385/14, EU:C:2016:252, n.º 23).

51 Conforme estabelece o seu décimo considerando, a Diretiva 93/13 é aplicável a «todos os contratos» celebrados entre um profissional e um consumidor.

52 V. conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Gavrilescu (C-627/15, EU:C:2017:690, n.º 55).

53 V. n.º 33 das presentes conclusões.

54 Saber se o consentimento do consumidor é «livre» deve ser verificado à luz das regras nacionais em matéria de vícios do consentimento. Além disso, quanto ao caráter «esclarecido» do consentimento do consumidor, o direito dos Estados-Membros pode prever garantias relativas a operações tais como a novação, a confirmação ou a transação, com a finalidade de assegurar, precisamente, que as partes concluem tal operação com pleno conhecimento de causa. V., a título de exemplo, o artigo 1182.º do Código Civil francês, que prevê que o ato que confirma uma obrigação deve referir o vício que afeta o contrato.

56. Tendo em conta esta proposta de resposta, exporei, numa segunda parte das presentes conclusões, as condições que um acordo como aquele que é referido no número anterior deve cumprir para ser compatível com a Diretiva 93/13. A este título, em conformidade com o que já referi no n.º 54 das presentes conclusões, abordarei, antes de mais, o conceito de «cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual», na aceção do artigo 3.º, n.º 1, desta diretiva, conceito que é objeto da segunda questão prejudicial (secção B). Em seguida, examinarei as exigências de transparência, de equilíbrio e de boa-fé resultantes da referida diretiva, evocados na terceira, quarta e quinta questões prejudiciais (secções C).

B. Quanto ao conceito de «cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual» (segunda questão prejudicial)

57. Em meu entender, com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende obter esclarecimentos sobre o conceito de «cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual» que figura no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, a fim de poder fiscalizar as cláusulas do «contrato de novação» à luz das exigências de transparência, de equilíbrio e de boa-fé resultantes desta diretiva. Recordo que, em conformidade com o referido artigo 3.º, n.º 1, esta diretiva é unicamente aplicável às cláusulas contratuais que não tenham sido objeto de tal negociação. Esta disposição impõe, assim, um requisito prévio à referida fiscalização. Ora, em minha opinião, devem ser efetuados alguns esclarecimentos a este respeito⁵⁵.

58. A Diretiva 93/13 não define o referido conceito de «cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual». Não obstante, o artigo 3.º, n.º 2, desta diretiva precisa, no seu primeiro parágrafo, que uma cláusula não foi objeto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido «redigida previamente» e, «consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo», em especial no âmbito de um «contrato de adesão».

59. Em meu entender, é possível extrair vários ensinamentos desta disposição. Antes de mais, uma cláusula é «negociada individualmente», de acordo com a aceção comum destes termos, quando foi especificamente discutida entre as partes. Em seguida, tal não sucede, nomeadamente, quando a cláusula em questão é redigida pelo profissional «previamente» a qualquer discussão sobre o assunto em causa. Por último, como alega a Comissão, o critério decisivo consiste em saber *se o consumidor teve, ou não, a possibilidade de influenciar o conteúdo desta cláusula*⁵⁶.

60. Daqui resulta ainda que entre as cláusulas cujo conteúdo não pode ser influenciado pelos consumidores se incluem, designadamente, aquelas que figuram nos denominados contratos «de adesão», isto é, os contratos que os consumidores apenas podem aceitar ou recusar na íntegra, estando a sua margem de manobra limitada a contratar ou a não contratar com o profissional. O conceito de «contrato de adesão» está, por outro lado, estreitamente ligado ao conceito de «condições gerais», ou seja, às cláusulas normalizadas pré-redigidas que um profissional utiliza de forma sistemática nas suas relações comerciais com os consumidores a fim de racionalizar os seus custos.

⁵⁵ Até à data, o Tribunal de Justiça limitou-se essencialmente a recordar o conteúdo do artigo 3.º da Diretiva 93/13 aos órgãos jurisdicionais nacionais. V. Despachos de 16 de novembro de 2010, Pohotovost' (C-76/10, EU:C:2010:685, n.º 57); e de 3 de abril de 2014, Sebestyén (C-342/13, EU:C:2014:1857, n.º 24).

⁵⁶ V., para uma definição semelhante, artigo II.-1:110, n.º 1, do *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [Von Bar, C. e al. (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) — Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2008, p. 160]. V., igualmente, neste sentido, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral E. Tanchev no processo OTP Bank e OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:303, n.º 53).

61. Embora as condições gerais e os contratos de adesão constituam, assim, o «principal alvo» da Diretiva 93/13, importa sublinhar, não obstante, que esta é aplicável a todas as cláusulas não negociadas. Simplesmente, no caso de uma cláusula normalizada pré-redigida, o artigo 3.º, n.º 2, desta diretiva estabelece uma presunção de falta de negociação, suscetível de ser ilidida mediante prova em sentido contrário, cujo ónus recai sobre o profissional⁵⁷. Ao invés, esta presunção não é aplicável e, por conseguinte, incumbe ao consumidor provar a inexistência de negociação.

62. No processo principal, incumbirá ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se as cláusulas do «contrato de novação» foram, ou não, objeto de negociação individual, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13⁵⁸. Como ponto de partida da sua análise deverá verificar se se trata de cláusulas normalizadas pré-redigidas — o que parece suceder⁵⁹. Se for efetivamente esse o caso, presume-se a inexistência de semelhante negociação, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 2, desta diretiva, e recairá sobre a Ibercaja o ónus de apresentar prova em sentido contrário.

63. Quanto a este último ponto, importa precisar que para determinar se existiu negociação há que ter em conta, como alega e bem a Comissão, as circunstâncias em que o contrato foi celebrado. O consumidor teve a possibilidade de influenciar o conteúdo de uma determinada cláusula quando esta celebração foi precedida de discussões entre as partes que lhe proporcionaram uma oportunidade efetiva de o fazer. Por conseguinte, o profissional deve apresentar elementos que demonstrem não apenas a existência de tais discussões, mas igualmente que o consumidor desempenhou, no decurso das mesmas, um papel ativo na fixação do conteúdo da cláusula⁶⁰.

64. No caso em apreço, observo que a Ibercaja se limita, no essencial, a alegar que, segundo as informações contidas no documento interno que define a política que tinha adotado relativamente à renegociação das cláusulas «de taxa mínima» incluídas nos contratos de crédito dos seus clientes⁶¹, o limite mais baixo que os seus funcionários podiam propor-lhes neste âmbito era de 2,75 %. O facto de o «contrato de novação» celebrado com XZ incluir um limite «mínimo» de 2,35 % demonstra, assim, que existiu negociação entre as partes. Incumbirá ao órgão jurisdicional de reenvio determinar o valor probatório destas informações — as quais dificilmente são suficientes, em meu entender, para demonstrar os elementos evocados no número anterior⁶².

65. Tendo em consideração o exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda à segunda questão no sentido de que uma cláusula contratual não foi objeto de negociação individual, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, quando o consumidor não teve uma possibilidade efetiva de influenciar o seu conteúdo. Este ponto é apreciado à luz das circunstâncias em que o contrato foi

57 Com efeito, embora o primeiro parágrafo do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 93/13 estabeleça que uma cláusula pré-redigida deve ser «sempre» (ou seja, necessariamente) considerada como não tendo sido objeto de uma negociação individual, o seu terceiro parágrafo concede, no entanto, ao profissional a possibilidade de demonstrar que uma cláusula normalizada (eventualmente pré-redigida) foi objeto de uma negociação individual.

58 V., por analogia, Acórdão de 16 de janeiro de 2014, Constructora Principado (C-226/12, EU:C:2014:10, n.º 19); e Despacho de 24 de outubro de 2019, Topaz (C-211/17, não publicado, EU:C:2019:906, n.º 46).

59 A própria Ibercaja reconhece que a celebração de tais acordos com os seus clientes resultava de uma política generalizada (v. n.º 22 das presentes conclusões). Além disso, no Acórdão de 11 de abril de 2018, que, recorde, diz respeito a acordos idênticos ao que está em causa no processo principal, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) declarou que estes acordos não tinham sido objeto de negociação individual, pelo que podiam ser fiscalizadas à luz da exigência de transparência resultante do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13 (v. n.ºs 26 e 82 das presentes conclusões).

60 Neste sentido, o mero facto de o profissional explicar o conteúdo de uma cláusula ao consumidor não demonstra que existiu uma negociação. O mesmo sucede quanto ao facto de o consumidor não se opor ao conteúdo de uma cláusula ou pedir explicações quanto ao seu conteúdo. Em contrapartida, o facto de uma cláusula ter sido materialmente alterada no decurso dos debates realizados entre as partes constitui um indício de uma negociação individual. Na hipótese de o consumidor, após ter ouvido as explicações do profissional, ter feito uma contraproposta e de as partes terem tido uma discussão que conduziu a um compromisso, deve considerar-se que a cláusula foi negociada (v. Von Bar, C. e al., *op. cit.*, p. 161 e 162).

61 V. n.º 22 das presentes conclusões.

62 De igual modo, o facto de o «contrato de novação» incluir uma cláusula manuscrita através da qual o consumidor confirma que compreende o mecanismo da cláusula «de taxa mínima» (v. n.º 14 das presentes conclusões) não é suscetível de demonstrar que existiu uma negociação individual desta cláusula: v., neste sentido, Despacho de 24 de outubro de 2019, Topaz (C-211/17, não publicado, EU:C:2019:906, n.ºs 47 a 51) ou, *a fortiori*, da cláusula que implica a renúncia mútua a ações judiciais.

celebrado e, em particular, do alcance das discussões mantidas entre as partes no que diz respeito ao conteúdo dessa cláusula. Quando se trata de uma cláusula normalizada pré-redigida, incumbe ao profissional o ónus de apresentar a prova de que esta foi objeto de tal negociação, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 2, da referida diretiva.

C. Quanto à fiscalização das exigências de transparência, de equilíbrio e de boa-fé resultantes da Diretiva 93/13 (terceira, quarta e quinta questões prejudiciais)

66. Admitindo que as cláusulas do «contrato de novação» não foram objeto de negociação individual, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, o órgão jurisdicional de reenvio interroga o Tribunal de Justiça, na terceira, quarta e quinta questões, sobre a compatibilidade com as exigências de transparência, de equilíbrio e de boa-fé resultantes desta diretiva das duas cláusulas principais deste acordo: por um lado, a cláusula que implica a renúncia mútua às ações judiciais; por outro, a nova cláusula «de taxa mínima», que altera o limite que figura no contrato de crédito hipotecário que vincula XZ e a Ibercaja. Em seguida, apreciarei estas duas cláusulas.

1. Fiscalização da cláusula que implica a renúncia mútua às ações judiciais

67. Com a sua terceira e quinta questões, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, conjugado com o n.º 1, alínea q), do anexo da mesma, deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula que implica a renúncia mútua às ações judiciais, que não foi objeto de negociação individual, é abusiva, na aceção do referido artigo 3.º, n.º 1, na medida em que, por um lado, impede o consumidor de exercer direitos que têm origem após a celebração deste acordo, entre os quais a possibilidade de pedir a restituição dos montantes pagos em aplicação da cláusula «de taxa mínima»⁶³ e que, por outro, não informava o consumidor do potencial caráter abusivo desta última cláusula ou do montante a cuja restituição tinha potencialmente direito.

68. A este respeito, importa recordar que, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de *boa-fé*, der origem a um *desequilíbrio significativo* em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato. Por outro lado, o artigo 5.º desta diretiva prevê que, quando as cláusulas propostas ao consumidor estejam consignadas por escrito, deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível, sendo esta exigência geralmente entendida no sentido de que impõe um imperativo de transparência. Acresce que o n.º 1, alínea q), do anexo da referida diretiva visa, enquanto cláusulas suscetíveis de ser abusivas, aquelas que tenham como objetivo ou como efeito «[s]uprimir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor».

69. Neste contexto, a Comissão alega que uma cláusula que implica a renúncia mútua às ações judiciais, que não foi objeto de negociação individual, na aceção do referido artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13 — como é provavelmente o caso da cláusula incluída no «contrato de novação» — é *abusiva em si mesma*, não sendo necessário a este respeito um exame complementar⁶⁴.

63 V. Acórdão Gutiérrez Naranjo, n.º 62.

64 V., no que respeita a uma cláusula atributiva de jurisdição que não tenha sido objeto de negociação individual e que designa os órgãos jurisdicionais da sede do profissional, Acórdão de 27 de junho de 2000, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346, n.º 24).

70. Pela minha parte, e de acordo com as explicações dadas na secção A das presentes conclusões, considero que a resposta deve ser mais matizada. Com efeito, além do facto de a lista que figura no anexo da Diretiva 93/13, em conformidade com o seu artigo 3.º, n.º 3, ser unicamente indicativa e de, por conseguinte, uma cláusula contratual não poder ser qualificada de abusiva apenas por aí figurar⁶⁵, importa, em meu entender, ter presente a distinção entre *renúncia prévia* e *renúncia posterior*.

71. Por um lado, uma cláusula que implica a renúncia às ações judiciais incluída num contrato de venda ou de prestação de serviços deve efetivamente ser considerada abusiva em si mesma. Com efeito, conforme referi nos n.ºs 43 e 44 das presentes conclusões, um consumidor nunca pode renunciar previamente à proteção jurisdicional e aos direitos que lhe são concedidos pela Diretiva 93/13. A este respeito, é irrelevante que esta renúncia seja mútua.

72. Em contrapartida, por outro lado, entendo que a Diretiva 93/13 não se opõe, em princípio, às cláusulas contratuais que preveem uma renúncia mútua às ações judiciais quando estas se encontram previstas em acordos, tais como uma transação, que têm por finalidade a resolução de um litígio existente entre um profissional e um consumidor.

73. Com efeito, em tal contexto, conforme referi no n.º 47 das presentes conclusões, a cláusula de renúncia às ações judiciais pode ser considerada abrangida pelo «objeto principal» de tal acordo, na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13. Recordo que, segundo o Tribunal de Justiça, as cláusulas do contrato que estão abrangidas por este conceito são as que fixam as prestações essenciais do contrato em causa e que, como tais, o caracterizam⁶⁶. A este respeito, é da própria essência de uma transação incluir uma cláusula que implica a renúncia a todos os direitos, ações e pretensões relativos ao litígio que lhe deu origem e impedir ações judiciais entre as partes com o mesmo objeto⁶⁷.

74. Ora, em aplicação deste artigo 4.º, n.º 2, o eventual carácter abusivo das cláusulas abrangidas pelo «objeto principal do contrato» não é, em princípio, objeto de apreciação⁶⁸. Contanto que se insira no âmbito específico referido nos dois números anteriores, uma cláusula que implica a renúncia às ações judiciais não pode, assim, ser considerada abusiva em si mesma.

75. Neste contexto específico, considero que tal cláusula também não é abusiva pelo simples facto de ser suscetível de impedir o consumidor de exercer direitos que têm origem após a celebração do acordo que a inclui. É o que sucede no caso em apreço, como sublinha o órgão jurisdicional de reenvio na sua quinta questão, no que diz respeito ao direito à restituição que é concedido a XZ pelo artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 93/13. A este propósito, recordo que, no Acórdão de 9 de maio de 2013 relativo às cláusulas «de taxa mínima», o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) limitou os efeitos temporais do seu acórdão, o qual não devia afetar os pagamentos efetuados antes da data da sua publicação. Ora, este acordo foi celebrado em 4 de março de 2014, ou seja, após este acórdão, mas dois anos antes do Acórdão Gutiérrez Naranjo, proferido em 21 de dezembro de 2016, no qual o Tribunal de Justiça declarou que o referido artigo 6.º, n.º 1, se opõe a essa limitação⁶⁹. No entanto, o

65 V. Acórdão de 19 de setembro de 2019, Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:764, n.ºs 45, 46 e 49, e jurisprudência aí referida).

66 V. Acórdãos de 30 de abril de 2014, Kásler e Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, n.ºs 49 e 50); e de 20 de setembro de 2017, Andrić e o. (C-186/16, EU:C:2017:703, n.ºs 35 e 36).

67 V. artigo 1816.º do Código Civil espanhol e Caponi, R., «Agreements Resulting from Mediation: Judication Review, Avoidance, and Enforcement», em Stürner, M. e al, *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, 2013, Sellier, p. 149 e segs.

68 Nos termos desta disposição «[a] avaliação do carácter abusivo das cláusulas não incide nem sobre a definição do objeto principal do contrato nem sobre a adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida, por outro, desde que essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível». V. Acórdãos de 3 de junho de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309, n.ºs 31, 35 e 40); e de 30 de abril de 2014, Kásler e Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, n.º 41).

69 V. n.ºs 21 e 23 das presentes conclusões.

caráter abusivo de uma cláusula contratual é apreciado *com referência ao momento da celebração do contrato em causa*, tendo em conta todas as circunstâncias que o profissional podia conhecer no momento da celebração do contrato e que eram suscetíveis de afetar a execução subsequente do referido contrato⁷⁰.

76. Incumbirá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, no processo principal, se a cláusula de renúncia mútua às ações judiciais incluída no «contrato de novação» está efetivamente abrangida pelo «objeto principal do contrato», na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13. Isto dependerá, nomeadamente, da questão de saber se, como alega a Ibercaja, está realmente em causa uma transação⁷¹.

77. Dito isto, em todo o caso, a análise não deverá terminar aqui. Com efeito, recorro que, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13, o eventual caráter abusivo das cláusulas abrangidas pelo «objeto principal do contrato» não é objeto de apreciação *desde que essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível*. O imperativo de transparência que figura no artigo 5.º dessa diretiva deve, assim, ser respeitado mesmo tratando-se destas cláusulas.

78. A este propósito, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, este imperativo de transparência não pode ficar reduzido apenas ao caráter compreensível das cláusulas contratuais nos planos formal e gramatical⁷². O artigo 4.º, n.º 2, e o artigo 5.º da Diretiva 93/13 impõem uma fiscalização da *transparência material* destas cláusulas⁷³. Uma cláusula contratual é transparente, do ponto de vista material, quando um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, pode compreender as consequências (tanto jurídicas quanto económicas) que daí decorrem para ele. Há que verificar, em particular, se o contrato em causa expõe com transparência os fundamentos e as especificidades do mecanismo visado pela cláusula em questão. Neste contexto, são igualmente relevantes a publicidade e a informação pré-contratual fornecidas pelo profissional, sobre as condições contratuais e as suas consequências para o consumidor⁷⁴.

79. No que diz respeito a uma cláusula contratual que implica a renúncia mútua a impugnar judicialmente a validade de uma cláusula preexistente, que se insere num acordo tal como uma transação, considero que um consumidor médio pode compreender as consequências jurídicas e económicas que daí decorrem para ele se, no momento da celebração deste acordo, estiver consciente do vício que potencialmente afeta esta última cláusula, dos direitos que a Diretiva 93/13 lhe concedia a

70 V., neste sentido, Acórdão de 20 de setembro de 2017, Andriuc e o. (C-186/16, EU:C:2017:703, n.º 54).

71 O Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), no seu Acórdão de 11 de abril de 2018, considerou que as condições da transação, tais como previstas no artigo 1809.º do Código Civil (v. nota 16 das presentes conclusões), estavam reunidas no que diz respeito a um acordo como o que está em causa no processo principal, uma vez que as partes tinham decidido resolver definitivamente uma «situação de incerteza» relativa à validade das cláusulas «de taxa mínima» renunciando às ações judiciais em troca de «concessões recíprocas»: por um lado, a instituição de crédito, que beneficiava de determinado limite «mínimo», admitia uma redução deste limite; por outro, o consumidor, que não deseja a cláusula «de taxa mínima», admitia suportar uma taxa mínima mais baixa do que a inicialmente fixada (v. n.º 26 das presentes conclusões). No seu voto de vencido, o juiz Orduña Moreno, por sua vez, afirmou que este acordo não constituía uma transação, uma vez que o referido acordo não refletia a existência de uma situação controvertida entre as partes. De igual modo, a Audiencia Provincial de Badajoz (Audiência Provincial de Badajoz, Espanha), no Acórdão n.º 168/2018, de 26 de abril de 2018, relativo a um contrato semelhante, declarou que não era possível falar de transação, uma vez que não existia litígio entre as partes. Eu próprio tenho dúvidas quanto à apreciação do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) a este propósito (v. n.º 80 das presentes conclusões).

72 V. Acórdãos de 30 de abril de 2014, Kásler e Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, n.ºs 71 e 72); e de 20 de setembro de 2018, EOS KSI Slovensko (C-448/17, EU:C:2018:745, n.º 61).

73 V. Acórdão Gutiérrez Naranjo, n.ºs 48 a 51.

74 V., nomeadamente, Acórdãos de 30 de abril de 2014, Kásler e Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282, n.ºs 73 e 74), e de 5 de junho de 2019, GT (C-38/17, EU:C:2019:461, n.º 35). Com efeito, o Tribunal de Justiça tem declarado reiteradamente que a informação pré-contratual assume, para um consumidor, uma importância fundamental. Nomeadamente, é com base em tal informação que este decide se pretende vincular-se às condições previamente redigidas pelo profissional. V., nomeadamente, Acórdãos de 21 de março de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, n.º 44), e de 20 de setembro de 2017, Andriuc e o. (C-186/16, EU:C:2017:703, n.º 48).

este respeito, bem como de que era livre de concluir o referido acordo ou de o recusar e recorrer aos tribunais, bem como do facto de que, após a sua celebração, deixaria de poder fazê-lo⁷⁵. Incumbirá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar esta situação no processo principal, à luz das disposições do «contrato de novação» e da informação pré-contratual fornecida pela Ibercaja à XZ.

80. Neste contexto, o referido órgão jurisdicional deverá verificar, por um lado, se XZ tinha verdadeiramente consciência, antes da celebração do «contrato de novação», do vício que potencialmente afetava a cláusula «de taxa mínima» que figurava no contrato de crédito hipotecário e dos direitos que, eventualmente, a Diretiva 93/13 lhe concedia. A este respeito, limitar-me-ei a observar que não é certo que XZ tenha sequer apresentado à Ibercaja uma queixa que visava a eliminação desta cláusula e que o acordo em questão foi apresentado por este banco não como uma transação que traduzia a existência de um litígio entre as partes sobre este ponto⁷⁶, mas como um «contrato de novação» destinado a adaptar o contrato de crédito hipotecário às alterações da conjuntura económica. A cláusula de renúncia mútua estipulada neste acordo é, em si mesma, ambígua por ser particularmente ampla, uma vez que não incide sobre a questão da validade da cláusula «de taxa mínima», mas visa todas as cláusulas do contrato de crédito hipotecário.

81. O referido órgão jurisdicional deverá verificar, por outro lado, se XZ tinha sido informada pela Ibercaja do facto de que era livre para assinar ou para recusar este acordo e recorrer aos tribunais, e do facto de que, após a sua celebração, deixaria de poder fazê-lo⁷⁷. Neste âmbito, é igualmente relevante a questão de saber se XZ dispôs de um prazo de reflexão razoável antes de comunicar a sua decisão. Quanto a esta questão, referirei simplesmente que é pacífico que o projeto de acordo não lhe foi previamente apresentado⁷⁸ e que esta também não teve a oportunidade de levá-lo para casa, tendo sido obrigada a tomar uma decisão no local.

82. É certo que no seu Acórdão de 11 de abril de 2018, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) declarou que um acordo como o que foi celebrado por XZ respeitava o imperativo de transparência, uma vez que, o seu Acórdão de 9 de maio de 2013 relativo às cláusulas «de taxa mínima» era do conhecimento do grande público e este acordo incluía uma cláusula manuscrita na qual o consumidor reconhecia ter compreendido o alcance do novo limite «mínimo». Todavia, tenho dúvidas em relação a este raciocínio. Com efeito, a eventual notoriedade de uma decisão não é suficiente, em meu entender, para dispensar um profissional da sua obrigação de redigir cláusulas transparentes e de agir de forma

75 Em meu entender, neste ponto é possível obter inspiração nas garantias previstas pelo legislador da União na Diretiva 2013/11, evocadas no n.º 49 das presentes conclusões. Nos termos do artigo 9.º, n.º 2, desta diretiva, «[e]m procedimentos de RAL que visem a resolução do litígio propondo uma solução, os Estados-Membros asseguram que as partes: [...] b) Antes de aceitarem ou adotarem uma solução proposta, sejam informadas de que: i) podem optar por aceitar, recusar ou adotar a solução proposta; ii) a participação no procedimento de RAL não obsta à possibilidade de procurarem obter reparação através de uma ação judicial; iii) a solução proposta pode ser diferente de uma resolução por via judicial que aplique as disposições em vigor; c) Antes de aceitarem ou adotarem a solução proposta, sejam informadas dos efeitos jurídicos de terem aceitado ou adotado a solução proposta; d) Antes de darem o seu consentimento à solução proposta ou a um acordo amigável, disponham de um prazo razoável para refletir».

76 A título de exemplo, em matéria de acordos atributivos de jurisdição em litígios transfronteiriços de consumo (v. nota 38 das presentes conclusões), considera-se que existe um litígio entre as partes se as mesmas estiverem em desacordo relativamente a um determinado ponto e se estiver iminente ou próximo um processo [v. relatório de P. Jenard sobre a Convenção de Bruxelas, relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (assinada em 27 de setembro de 1968) (JO 1979, C 59, p. 1; EE01 F1, p. 186), p. 33]. Uma simples reclamação do consumidor não é suficiente para se considerar que é esse o caso: é ainda necessário que o profissional tenha recusado deferi-la (Nielsen, P. A., *op. cit.*, p. 520).

77 Isto não implica necessariamente, como refere o órgão jurisdicional de reenvio, que o profissional deve indicar os montantes exatos a que o consumidor renuncia. Tal exigência afigura-se irrealista no âmbito da negociação de uma transação. Aliás, no âmbito do imperativo de transparência, o Tribunal de Justiça assegura que não é ultrapassado o que pode ser razoavelmente esperado do profissional [v. Acórdão de 19 de setembro de 2019, Lovasné Tóth (C-34/18, EU:C:2019:764, n.º 69)]. De mais a mais, no caso em apreço, no momento da celebração do «contrato de novação», o banco não podia razoavelmente saber que XZ potencialmente beneficiava de tal direito à restituição (v. n.º 75 das presentes conclusões).

78 O vigésimo considerando da Diretiva 93/13 precisa que o consumidor deve efetivamente ter a oportunidade de tomar conhecimento de todas as cláusulas do contrato. Além disso, o Tribunal de Justiça já declarou que o facto de que o consumidor receba previamente o contrato contribui para o respeito do imperativo da transparência. V., neste sentido, Despacho de 24 de outubro de 2019, Topaz (C-211/17, não publicado, EU:C:2019:906, n.º 50).

igualmente transparente na fase pré-contratual. Por outro lado, não estou certo de que uma cláusula manuscrita, cujo modelo é imposto pelo banco, e que se refere ao facto de o consumidor ter compreendido que a sua taxa de juro não descerá abaixo de um determinado limite, possa demonstrar a compreensão, por parte deste, do alcance da renúncia que acaba de consentir.

83. Se o órgão jurisdicional de reenvio confirmar a falta de transparência da cláusula que implica a renúncia mútua às ações judiciais prevista no «contrato de novação», pode fiscalizar o carácter abusivo desta cláusula, mesmo que esta esteja abrangida pelo «objeto principal do contrato», na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13. Por conseguinte, tal falta de transparência basta, em meu entender, no contexto particular de um acordo como o que está em causa para demonstrar a incompatibilidade da referida cláusula com esta diretiva, mesmo sem ser necessário analisar os critérios do desequilíbrio significativo e da boa-fé previstos no seu artigo 3.º, n.º 1. Com efeito, devido a esta falta de transparência, a renúncia prevista nessa cláusula não pode ser considerada resultante do «consentimento esclarecido» do consumidor⁷⁹. De resto, considero que a referida falta de transparência e a assimetria de informação que ela implica, permitiriam presumir esse desequilíbrio significativo e demonstrariam por parte da Ibercaja um desrespeito da boa-fé⁸⁰.

84. Tendo em consideração o exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda à terceira e à quinta questões que uma cláusula que implica a renúncia mútua às ações judiciais que não foi objeto de uma negociação individual, é abusiva, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, exceto no caso em que essa cláusula é estipulada num acordo cujo objeto é a resolução de um litígio existente entre um consumidor e um profissional. Não obstante, mesmo nesse caso, uma tal cláusula deve respeitar o requisito de transparência resultante do artigo 4.º, n.º 2, e do artigo 5.º desta diretiva. Relativamente a uma cláusula de tal acordo que implica a renúncia mútua a impugnar judicialmente a validade de uma cláusula contratual preexistente, um consumidor médio pode compreender as consequências jurídicas e económicas que daí decorrem para ele se, no momento da celebração desse acordo, estiver consciente do vício que potencialmente afeta esta última cláusula, dos direitos que a referida diretiva lhe concedia a este respeito, do facto de que era livre de celebrar ou de recusar o referido acordo e de recorrer aos tribunais, e do facto de que, após a sua celebração, deixaria de poder fazê-lo.

2. Fiscalização da nova cláusula «de taxa mínima»

85. Com a sua quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se uma cláusula, tal como a nova cláusula «de taxa mínima» estipulada no «contrato de novação», padece de falta de transparência, na aceção do artigo 4.º, n.º 2, e do artigo 5.º da Diretiva 93/13, devido ao facto de o banco não ter informado o consumidor, neste acordo, dos verdadeiros custos económicos da referida cláusula, de forma que este pudesse conhecer a taxa de juro que seria aplicável e as mensalidades que deveria pagar se a referida cláusula não existisse.

86. No processo principal, é provável que a nova cláusula «de taxa mínima» esteja abrangida pelo «objeto principal», na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 93/13, do «contrato de novação», independentemente da qualificação jurídica que deve ser dada a este acordo, ao abrigo do direito nacional. Com efeito, se o objetivo do referido acordo é, como alega XZ, substituir a cláusula «de taxa mínima» que figurava inicialmente no contrato de crédito hipotecário, deve considerar-se que esta

⁷⁹ Ver a resposta que proponho para a primeira questão prejudicial.

⁸⁰ O Tribunal de Justiça declarou que a fim de determinar se o desequilíbrio causado por uma cláusula contratual é criado «a despeito da exigência de boa-fé», na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, deve o juiz nacional verificar para o efeito se o profissional, negociando de forma leal e equitativa com o consumidor, podia razoavelmente esperar que este aceitasse tal cláusula na sequência de uma negociação individual. V., nomeadamente, Acórdão de 14 de março de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164, n.º 69).

nova cláusula só pode ser o objeto principal. Se a finalidade deste mesmo acordo consiste, como alega a Ibercaja e o Governo espanhol, em resolver definitivamente um litígio em troca de concessões recíprocas, deve considerar-se que a referida cláusula está igualmente abrangida por este objeto principal, na medida em que concretiza tais concessões.

87. Não obstante, conforme referi anteriormente, mesmo uma cláusula abrangida pelo «objeto principal do contrato», na aceção deste artigo 4.º, n.º 2, deve respeitar o imperativo de transparência. Como foi recordado nas presentes conclusões, uma cláusula contratual é transparente quando um consumidor médio está em condições de compreender as consequências económicas que daí decorrem para ele. No que diz respeito a uma cláusula «de taxa mínima», o contrato que a inclui deve expor de forma transparente os motivos e as especificidades do mecanismo visado por essa cláusula⁸¹. A este respeito, o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) estabeleceu, no seu Acórdão de 9 de maio de 2013, exigências relativas à utilização deste tipo de cláusulas nos contratos de crédito⁸², que constituem, em meu entender, uma concretização do imperativo de transparência estabelecida, em termos gerais, pelo Tribunal de Justiça. Estas condições devem ser respeitadas no caso em apreço, independentemente do facto de o «contrato de novação que altera o empréstimo» não ser, em si mesmo, um contrato de crédito. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar esta situação.

88. Não obstante, devem ser abordados dois pontos específicos. Por um lado, não estou certo de que se possa exigir à instituição de crédito que indique, em relação ao futuro, as mensalidades que o consumidor deveria pagar se a cláusula «de taxa mínima» não existisse. Com efeito, uma vez que a taxa de juro depende de variações económicas raramente previsíveis, tal exigência não se afigura razoável⁸³. Quando muito, o profissional deve explicar, como o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) realçou na sua jurisprudência, os cenários quanto ao comportamento razoavelmente previsível da taxa de juro à data da celebração do contrato. Por outro, quanto à cláusula manuscrita redigida pelo consumidor⁸⁴, e à qual o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) concedeu, no seu Acórdão de 11 de abril de 2018, um peso determinante na demonstração do respeito do imperativo de transparência, considero que se tal cláusula é inquestionavelmente um indício relevante, não pode ser, por si só, decisiva. Esta cláusula manuscrita prova, é certo, que foi chamada a atenção do consumidor para os efeitos de uma cláusula de «taxa mínima». Contudo, essa cláusula não basta para demonstrar o cumprimento dos estritos requisitos de transparência fixados pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal). O indício que constitui esta cláusula deve, pois, em meu entender, ser completado por outros elementos concordantes.

89. Tendo em consideração o exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à quarta questão que uma cláusula «de taxa mínima» que não foi objeto de uma negociação individual deve ser considerada transparente, na aceção do artigo 4.º, n.º 2, e do artigo 5.º da Diretiva 93/13, quando o consumidor está em condições de compreender as consequências económicas que daí decorrem para

81 V. n.º 78 das presentes conclusões.

82 O Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) declarou que falta transparência a uma cláusula «de taxa mínima» na medida em que a) faltem informações suficientemente claras em relação ao facto de que se trata de um elemento que define o objeto principal do contrato; b) as cláusulas sejam inseridas ao mesmo tempo que as cláusulas de taxa máxima e apresentadas como se constituíssem a contrapartida destas; c) não existam simulações de diversos cenários quanto ao comportamento razoavelmente previsível da taxa de juro à data da celebração do contrato; d) não exista informação prévia, clara e compreensível do custo comparado a outras modalidades de empréstimo da instituição — se existirem — ou um aviso ao cliente de que, atendendo ao seu perfil, estas modalidades não lhe são propostas, e e) a cláusula de «taxa mínima» figura entre uma enorme quantidade de dados que as escondem e que desviam a atenção do consumidor.

83 Em particular, afigura-se que tal iria muito além das exigências impostas pela Diretiva 2014/17 que, embora não seja aplicável *ratione temporis* ao litígio no processo, fornece, não obstante, um ponto de referência útil. Com efeito, esta diretiva prevê, no seu artigo 14.º, que o mutuante deve cumprir a sua obrigação de informação pré-contratual através da ficha de informação normalizada europeia (FINE) que figura no anexo II da referida diretiva. Ora, este anexo limita-se a prever no n.º 6 da sua secção 3, sob a epígrafe «Principais características do empréstimo» que «[e]sta secção deve especificar se a taxa devedora é fixa ou variável e, se aplicável, o período ou períodos durante os quais permanecerá fixa, a periodicidade das revisões subsequentes e a existência de limites à variação da taxa devedora, tais como limites máximos (caps) ou mínimos (floors)».

84 V. n.º 14 das presentes conclusões.

ele. Em particular, o contrato que a inclui deve expor de forma transparente os motivos e as especificidades do mecanismo visado por essa cláusula. Em contrapartida, não se pode exigir ao profissional que explique, em relação ao futuro, as mensalidades que o cliente deveria pagar no caso de a referida cláusula não existir.

V. Conclusão

90. Tendo em consideração o exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda o seguinte às questões submetidas pelo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel (Tribunal de Primeira Instância e de Instrução n.º 3 de Teruel, Espanha):

- 1) Quando um consumidor e um profissional estão vinculados por um contrato, quando surgem dúvidas sérias em relação ao caráter potencialmente abusivo, na aceção do artigo 3.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, de uma cláusula desse contrato, e quando as partes, por acordo subsequente, alteraram a cláusula em questão, confirmaram a validade do contrato inicial e renunciaram mutuamente a impugnar em juízo as suas cláusulas, o artigo 6.º, n.º 1 dessa diretiva não se opõe a que esse acordo seja vinculativo relativamente ao consumidor, desde que o referido acordo resulte do consentimento livre e esclarecido deste último.
- 2) Uma cláusula contratual não foi objeto de negociação individual, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, quando o consumidor não teve uma possibilidade efetiva de influenciar o seu conteúdo. Este ponto é apreciado à luz das circunstâncias em que o contrato foi celebrado e, em particular, do alcance das discussões mantidas entre as partes no que diz respeito ao conteúdo dessa cláusula. Quando se trata de uma cláusula normalizada pré-redigida, incumbe ao profissional o ónus de apresentar a prova de que esta foi objeto de tal negociação, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 2, da referida diretiva.
- 3) Uma cláusula que implica a renúncia mútua às ações judiciais, que não foi objeto de uma negociação individual, é abusiva, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, exceto no caso em que essa cláusula é estipulada num acordo cujo objeto é a resolução de um litígio existente entre consumidor e profissional. Não obstante, mesmo nesse caso, uma tal cláusula deve respeitar o requisito de transparência resultante do artigo 4.º, n.º 2, e do artigo 5.º desta diretiva. Relativamente a uma cláusula de tal acordo que implica a renúncia mútua a impugnar judicialmente a validade de uma cláusula contratual preexistente, um consumidor médio, pode compreender as consequências jurídicas e económicas que daí decorrem para ele se, no momento da celebração desse acordo, estiver consciente do vício que potencialmente afeta esta última cláusula, dos direitos que a referida diretiva lhe concedia a este respeito, do facto de que era livre de celebrar ou de recusar o referido acordo e de recorrer aos tribunais, e do facto de que, após a sua celebração, deixaria de poder fazê-lo.
- 4) Uma cláusula «de taxa mínima» que não foi objeto de uma negociação individual deve ser considerada transparente, na aceção do artigo 4.º, n.º 2, e do artigo 5.º da Diretiva 93/13, quando o consumidor está em condições de compreender as consequências económicas que daí decorrem para ele. Em particular, o contrato que a inclui deve expor de forma transparente os motivos e as especificidades do mecanismo visado por essa cláusula. Em contrapartida, não se pode exigir ao profissional que explique, em relação ao futuro, as mensalidades que o cliente deveria pagar no caso de a referida cláusula não existir.