



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NILO JÄÄSKINEN
apresentadas em 17 de setembro de 2015¹

Processo C-312/14

Banif Plus Bank Zrt.
contra
Márton Lantos e Mártonné Lantos

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Ráckevei Járásbíróság (Hungria)]

«Admissibilidade — Proteção do investidor — Contrato de empréstimo expresso em moeda estrangeira — Conceito de instrumento financeiro na aceção do artigo 4.º, n.º 1, ponto 17, da Diretiva 2004/39/CE — Conceito de serviços de investimento na aceção do artigo 4.º, n.º 1, ponto 2, da Diretiva 2004/39 — Casos em que os prestadores desses serviços estão obrigados a avaliar a sua adequação aos clientes — Validade dos contratos que violam estes requisitos — Sanções previstas no artigo 51.º da Diretiva 2004/39»

I – Introdução

1. Com o presente pedido de decisão prejudicial, o Ráckevei Járásbíróság (Hungria) (Tribunal Distrital de Ráckeve), pede, nomeadamente, orientações sobre os tipos de instrumentos que estão abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/39². Pergunta também se esta diretiva impõe a obrigação de avaliar a adequação dos serviços de investimento e produtos financeiros para clientes particulares. O Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se no âmbito de um litígio que tem por objeto um empréstimo expresso em moeda estrangeira, contraído para financiar a aquisição de um automóvel. Porém, na minha opinião, dada a falta de precisão da descrição dos factos pertinentes e do quadro jurídico nacional, o pedido de decisão prejudicial é inadmissível.

2. Dito isto, o pedido de decisão prejudicial versa sobre um difícil problema social e económico que reveste a maior importância em muitos Estados-Membros. Lamentavelmente, o pedido de decisão prejudicial e o litígio principal não representam uma oportunidade adequada para desenvolver a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria, que deveria ser levada a cabo no âmbito do direito da União em matéria de defesa do consumidor, em especial, a Diretiva 2008/48³, ao invés do direito sobre a proteção dos investidores.

1 — Língua original: inglês.

2 — Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Diretivas 85/611/CEE e 93/6/CEE do Conselho e a Diretiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 93/22/CEE do Conselho, JO 2004, L 145 p. 1.

3 — Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, JO 2008, L 133, p. 66. Por outro lado, a 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), que inclui um capítulo aos empréstimos em moeda estrangeira, não se aplica claramente ao caso em apreço.

II – Quadro jurídico

A – Direito da União

1. Diretiva 2004/39

3. Os considerandos 2 e 31 da Diretiva 2004/39 dispõem o seguinte:

«(2) Nos últimos anos, tem aumentado o número de investidores presentes nos mercados financeiros, sendo-lhes oferecido um leque de serviços e instrumentos cada vez mais amplo e complexo. Perante esta evolução, convém que o enquadramento jurídico comunitário englobe a gama completa de atividades orientadas para o investidor. Para o efeito, é indispensável prever o grau de harmonização necessário para proporcionar aos investidores um elevado nível de proteção e permitir que as empresas de investimento prestem serviços em toda a Comunidade, no quadro de um mercado único, com base na supervisão do país de origem. Tendo em conta o que antecede, a Diretiva 93/22/CEE deve ser substituída por uma nova diretiva.

[...]

(31) Um dos objetivos da presente diretiva é proteger os investidores. As medidas destinadas a proteger os investidores devem ser adaptadas às particularidades de cada categoria de investidores (investidores não profissionais, investidores profissionais e contrapartes).»

4. O artigo 1.º da Diretiva 2004/39 estabelece o seguinte:

«1. 1. A presente diretiva aplica-se às empresas de investimento e aos mercados regulamentados.

2. As disposições a seguir indicadas aplicam-se igualmente às instituições de crédito autorizadas nos termos da Diretiva 2001/12/CE, quando prestem um ou mais serviços de investimento e/ou atividades de investimento:

[...]

Capítulo II do Título II, com exclusão do segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 23.º,

[...].»

5. O artigo 4.º, n.º 1, pontos 2, 6 e 17, da Diretiva 2004/39 contém as seguintes definições:

«(2) ‘Serviços e atividades de investimento’: qualquer dos serviços e atividades enumerados na Secção A do Anexo I e que incida sobre qualquer dos instrumentos enumerados na Secção C do Anexo I;

[...]

6) ‘Negociação por conta própria’: negociação com base no seu próprio capital, com vista à conclusão de transações em um ou mais instrumentos financeiros;

[...]

17) ‘Instrumento financeiro’: qualquer dos instrumentos especificados na Secção C do Anexo I.»

6. O título II, na secção 2 do capítulo II da Diretiva 2004/39, intitulado «Condições para o exercício da atividade aplicáveis às empresas de investimento», compreende o artigo 19.º, que tem por epígrafe «Normas de conduta a seguir na prestação de serviços de investimento aos clientes». Os n.ºs 4, 5 e 9 deste artigo dispõem o seguinte:

«4. Ao prestar serviços de consultoria para investimento ou de gestão de carteiras, a empresa de investimento deve obter as informações necessárias relativas aos conhecimentos e experiência do cliente ou cliente potencial em matéria de investimento no que respeita ao tipo específico de produto ou serviço em questão, bem como as relativas à sua situação financeira e aos seus objetivos de investimento, de modo a permitir à empresa recomendar ao cliente ou cliente potencial os serviços de investimento e os instrumentos financeiros que lhe são mais adequados.

5. Os Estados-Membros devem assegurar que, ao prestarem serviços de investimento diferentes dos referidos no n.º 4, as empresas de investimento solicitem ao cliente ou potencial cliente que lhes forneça informações sobre os seus conhecimentos e experiência em matéria de investimento no que respeita ao tipo específico de produto ou serviço oferecido ou solicitado, de modo a permitir à empresa determinar se o produto ou o serviço de investimento considerado lhe é mais adequado.

Se, com base nas informações recebidas ao abrigo do parágrafo anterior, a empresa de investimento considerar que o produto ou serviço não é adequado ao cliente ou potencial cliente, deve avisá-lo desse facto. Este aviso pode ser feito em formato normalizado.

No caso de o cliente ou cliente potencial decidir não fornecer as informações a que se refere o primeiro parágrafo, ou não fornecer informações suficientes, sobre os seus conhecimentos e experiência, a empresa de investimento deverá avisar o cliente ou cliente potencial de que essa decisão não permitirá à empresa determinar se o produto ou serviço de investimento considerado lhe é adequado. Este aviso pode ser feito em formato normalizado.

[...]

9. No caso de um serviço de investimento ser proposto no quadro de um produto financeiro que já esteja sujeito a outras disposições da legislação comunitária ou a normas europeias comuns relativas às instituições de crédito e aos créditos ao consumidor no que respeita à avaliação de risco dos clientes e/ou aos requisitos de informação, esse serviço não deve ser adicionalmente sujeito às obrigações estabelecidas no presente artigo.»

7. O artigo 51.º, n.º 1, da Diretiva 2004/39 obriga os Estados-Membros a assegurarem que possam ser tomadas as medidas administrativas adequadas ou aplicadas sanções administrativas contra as pessoas responsáveis, caso as disposições adotadas em aplicação da presente diretiva não tenham sido cumpridas. Os Estados-Membros devem assegurar-se de que estas medidas são efetivas, proporcionadas e dissuasivas⁴.

8. Os «[s]erviços e atividades de investimento» enumerados na secção A do anexo 1 incluem a «[n]egociação por conta própria». Entre os serviços auxiliares enumerados na secção B incluem-se os «[s]erviços cambiais, sempre que este serviço estiver relacionado com a prestação de serviços de investimento». Entre os instrumentos financeiros enumerados na secção C incluem-se «[o]pções, futuros, swaps, contratos a prazo de taxa de juro e quaisquer outros contratos derivados relativos a valores mobiliários, divisas, taxas de juro ou de rendibilidades ou outros instrumentos derivados, índices financeiros ou indicadores financeiros que possam ser liquidados mediante uma entrega física ou um pagamento em dinheiro».

4 — Esta disposição refere que tal obrigação não prejudica os procedimentos destinados à revogação de uma autorização ou do direito de os Estados-Membros aplicarem sanções penais.

2. Diretiva 2008/48

9. O artigo 1.º da Diretiva 2008/48, com a epígrafe «Objeto», dispõe:

«A presente diretiva visa a harmonização de determinados aspetos das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de contratos que regulam o crédito aos consumidores».

10. O artigo 2.º da Diretiva 2008/48, com a epígrafe «Âmbito de aplicação», estabelece o seguinte:

«1. A presente diretiva é aplicável aos contratos de crédito.

2. A presente diretiva não é aplicável a: [...]

h) Contratos de crédito celebrados com empresas de investimento tal como definidas no n.º 1 do artigo 4.º da Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (9), ou com instituições de crédito tal como definidas no artigo 4.º da Diretiva 2006/48/CE que tenham por objeto autorizar um investidor a realizar uma transação que incida sobre um ou mais dos instrumentos especificados na Secção C do anexo I da Diretiva 2004/39/CE, sempre que a empresa de investimento ou a instituição de crédito que concede o crédito intervenha nessa transação;

[...]»

11. O artigo 3.º da Diretiva 2008/48, com a epígrafe «Definições», estabelece o seguinte:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[...]

c) ‘Contrato de crédito’: o contrato por meio do qual um mutuante concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de pagamento diferido, empréstimo ou qualquer outro acordo financeiro semelhante; excetuam-se os contratos de prestação de serviços ou de fornecimento de bens do mesmo tipo com carácter de continuidade, nos termos dos quais o consumidor pague esses serviços ou bens a prestações durante o período de validade dos referidos contratos».

B – *Direito nacional*

12. O artigo 231.º do Código Civil da Hungria⁵ (a seguir «Código Civil») dispõe o seguinte:

«1. Salvo disposição em contrário, as obrigações pecuniárias devem ser cumpridas na moeda com curso legal no local do cumprimento da obrigação.

2. As obrigações expressas em moeda diferente ou em ouro serão convertidas de acordo com a taxa de câmbio (preço) em vigor no local e à data do pagamento».

13. A Kúria, enquanto Tribunal Supremo da Hungria, estabeleceu no seu acórdão 6/2003 PJE uma interpretação vinculativa da jurisprudência nacional respeitante aos contratos de empréstimo expressos em moeda estrangeira. Baseando-se no artigo 231.º do Código Civil, a Kúria qualificou os empréstimos expressos em moeda estrangeira como créditos de divisas. A Kúria precisou que estes

5 — A Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. (Ptk.).

créditos de divisas cria um passivo expresso em moeda estrangeira, mas, ao contrário do verdadeiro crédito de divisas (que contém uma cláusula de execução efetiva em moeda estrangeira), no empréstimo expresso em moeda estrangeira, define uma divisa como a moeda em que as obrigações de pagamento devem ser cumpridas, mas a moeda em que as obrigações de pagamento são realmente cumpridas é o forint. Por conseguinte, a Kúria interpretou a referida transação no sentido de que o fluxo monetário registado em moeda estrangeira é fictício e o fluxo monetário expresso em forints húngaros é real.

III – Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

14. Resulta do despacho de reenvio que, em «11 de junho de 2008, a recorrente, a instituição financeira Banif Plus Bank Zrt. (a seguir «banco»), celebrou, ao abrigo do artigo 523.º da Lei IV de 1959, que aprova o Código Civil da Hungria, [...] um contrato de empréstimo expresso em moeda estrangeira com o primeiro recorrido, um cliente de nacionalidade húngara. O contrato de empréstimo tinha por objeto a estipulação das condições relativas à disponibilização de um montante financeiro (prestação de um serviço) e as parcelas de reembolso (contraprestação). As cláusulas do contrato de empréstimo estabelecem as disposições contratuais essenciais relativas ao fluxo monetário fictício (registado) expresso em moeda estrangeira e ao fluxo monetário real expresso em forints».

15. Decorre também do despacho de reenvio que, «no momento da concessão do empréstimo, o banco calculou o equivalente, expresso em moeda estrangeira, do montante que deveria entregar em forints, em conformidade com a taxa de câmbio em vigor numa data previamente determinada e nos termos do artigo 231.º do Código Civil. [Seguidamente], o banco comprou ao cliente as referidas divisas (registadas) por conta do cliente, aplicando a taxa de câmbio efetiva para compra de divisas em vigor no momento da disponibilização do empréstimo (transação à taxa de câmbio em vigor) e entregou-lhe o contravalor em forints. [Em seguida], o banco vendeu ao cliente as divisas registadas em troca de forints, aplicando a taxa de câmbio efetiva para venda de divisas em vigor no momento do reembolso do empréstimo (transação à taxa de câmbio futura em vigor no momento do reembolso), de modo a que o cliente pudesse cumprir, em moeda estrangeira, a sua obrigação de reembolso, registada em moeda estrangeira».

16. Resulta ainda do despacho de reenvio que, tendo em conta «que o contrato de empréstimo expresso em moeda estrangeira, que constitui o objeto do litígio principal, tem uma vertente relativa ao mercado monetário (que consiste no empréstimo) e uma eventual vertente relativa ao mercado de capitais (que consiste nas transações cambiais), levantam-se dúvidas quanto à interpretação dos conceitos de instrumento financeiro e de atividade de investimento realizada através de um instrumento financeiro».

17. Nestas circunstâncias, o órgão jurisdicional nacional submeteu as seguintes questões prejudiciais:

- «1. Pode considerar-se que, por força do disposto no artigo 4.º, n.º 1, pontos 2) (Serviços e atividades de investimento) e 17) (Instrumento financeiro), e no anexo I, secção C, ponto 4) (contratos a prazo relativos a divisas, instrumentos derivados), da [Diretiva 2004/39/CE], constitui um instrumento financeiro a proposta ao cliente de uma transação (cambial) que, sob a forma jurídica de um contrato de empréstimo expresso em moeda estrangeira, consiste numa transação à vista no momento da disponibilização do empréstimo e numa transação a prazo no momento do reembolso, o qual é executado através da conversão para forints de um montante registado, expresso em moeda estrangeira, e que expõe o crédito do cliente aos efeitos e riscos (risco cambial) do mercado de capitais?

2. Pode considerar-se que, por força do artigo 4.º, n.º 1, ponto 6) (Negociação por conta própria), e do anexo I, secção A, ponto 3) (Negociação por conta própria), da Diretiva 2004/39/CE, constitui um serviço ou atividade de investimento a realização de uma atividade de negociação por conta própria a respeito do instrumento financeiro descrito na primeira questão?
 3. Deve a entidade financeira proceder à verificação de adequação imposta pelo artigo 19.º, n.ºs 4 e 5, da [Diretiva 2004/39/CE], tendo em conta que o contrato a prazo relativo a divisas — que constitui um serviço de investimento relativo a instrumentos financeiros derivados — foi proposto como parte de outro produto financeiro (ou seja, um contrato de empréstimo) e que o instrumento derivado constitui por si só um instrumento financeiro complexo? Deve considerar-se que não é aplicável o artigo 19.º, n.º 9, da [Diretiva 2004/39/CE] pelo facto de, uma vez que os riscos assumidos pelo cliente a respeito do empréstimo e do instrumento financeiro são fundamentalmente diferentes, ser indispensável a avaliação da adequação, na medida em que a transação envolve um instrumento derivado?
 4. A inobservância do artigo 19.º, n.ºs 4 e 5, da [Diretiva 2004/39/CE] implica a nulidade do contrato de empréstimo celebrado entre o banco e o cliente?»
18. Apresentaram observações escritas os recorridos, Márton Lantos e Mártonné Lantos, os Governos da Hungria, da Alemanha, da Polónia e do Reino Unido, e a Comissão. Não houve audiência.

IV – Admissibilidade

19. Na minha opinião, o pedido de decisão prejudicial é inadmissível, pelas razões a seguir expostas.
20. Relembro que as informações contidas no despacho de reenvio devem de permitir ao Tribunal de Justiça, aos Estados-Membros e às restantes partes a quem assiste o direito de apresentar observações compreender corretamente o quadro factual e jurídico do processo principal, e indicar as razões precisas que conduziram o juiz nacional a interrogar-se sobre a interpretação do direito da União e a considerar necessário apresentar questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. Importa sublinhar que as informações contidas no despacho de reenvio servem não só para permitir ao Tribunal de Justiça dar respostas úteis, mas também para dar aos governos dos Estados-Membros e aos outros interessados a possibilidade de apresentarem observações em conformidade com o artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia⁶.
21. Estes requisitos relativos ao conteúdo do pedido de decisão prejudicial figuram de maneira explícita do artigo 94.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e estão também refletidas nas Recomendações do Tribunal de Justiça da União Europeia à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais⁷. Decorre, Designadamente, do n.º 22 destas recomendações que um pedido de decisão prejudicial deve «ser suficientemente completo e conter todas as informações pertinentes, de forma a permitir tanto ao Tribunal como aos interessados que têm o direito de apresentar observações *compreender corretamente* o quadro factual e regulamentar do processo principal» (itálico meu).
22. O despacho de reenvio serve de base ao processo no Tribunal de Justiça. Por conseguinte, é indispensável que o juiz nacional explicita, no próprio despacho de reenvio, o quadro factual e regulamentar do litígio no processo principal e forneça um mínimo de explicações sobre os motivos de escolha das disposições do direito da União de que pede a interpretação e sobre o nexo que

6 — V. despacho Herrenknecht, C-366/14, EU:C:2014:2353, n.ºs 14, 15 e 17, e jurisprudência aí referida.

7 — JO 2012, C 338, p. 1.

estabelece entre essas disposições e a legislação nacional aplicável ao litígio que lhe foi submetido⁸. O Tribunal de Justiça declarou que os órgãos jurisdicionais nacionais estão obrigados a respeitar «escrupulosamente» os requisitos relativos ao conteúdo de um pedido de decisão prejudicial⁹. No meu entender, o pedido de decisão prejudicial não preenche estes requisitos.

23. As reduzidas informações factuais fornecidas no despacho de reenvio encontram-se reproduzidas nos n.ºs 14-16 das presentes conclusões¹⁰. Por conseguinte, no despacho de reenvio falta um grande número de informações sobre o quadro factual que têm de ser disponibilizadas para poder dar uma resposta útil às questões prejudiciais. Com isto, refiro-me, por exemplo, às exatas condições contratuais controvertidas e à descrição pormenorizada dos acontecimentos que levaram as partes a litigar sobre os seus direitos e obrigações legais¹¹. O despacho de reenvio nem sequer inclui quaisquer informações sobre a moeda estrangeira em que o contrato foi celebrado¹².

24. Nas suas observações escritas, a Comissão refere ter analisado os autos do processo apresentados pelo órgão jurisdicional de reenvio, pelo que, quanto a ela, a lacuna factual está parcialmente preenchida. No entanto, os autos não foram disponibilizados aos governos dos Estados-Membros. Os Estados-Membros foram obrigados a decidir se iriam ou não intervir no presente processo com base no despacho de reenvio e nos conhecimentos gerais sobre a concessão de empréstimos em moeda estrangeira aos consumidores.

25. Além disso, conforme vários governos referiram nas suas observações escritas, os factos transmitidos são incompreensíveis em alguns aspetos. O que cria um problema de coerência das questões prejudiciais.

26. Em primeiro lugar, o Governo húngaro observa que o órgão jurisdicional de reenvio faz referência a disposições nacionais sobre crédito ao investimento e a contratos de *swaps* em moeda estrangeira, sem especificar se o contrato em questão se insere em alguma dessas categorias. Em segundo lugar, o Governo alemão menciona o facto de o despacho de reenvio referir que o contrato de empréstimo em moeda estrangeira consiste numa aquisição à vista, à data em que o empréstimo é disponibilizado, e numa aquisição a prazo, à data do reembolso. Para o Governo alemão, é difícil compreender por que motivo o órgão jurisdicional de reenvio considera estar em presença de uma compra de divisas a prazo, quando refere que se aplica a taxa de câmbio em vigor à data do reembolso. O Governo húngaro também não percebe se o órgão jurisdicional nacional sustenta que o contrato entre as partes constitui uma transação a prazo relativa a divisas [num mercado OTC (*não regulado*)] ou se pretende apenas fazer referência à definição legal deste conceito¹³.

8 — Despacho Talasca (C-19/14, EU:C:2014:2049), n.º 20 e jurisprudência aí referida.

9 — *Idem*, n.º 21.

10 — Por razões de exaustividade, acrescento que constam também do documento uma breve descrição dos entendimentos divergentes das partes relativamente à questão jurídica em apreço, nomeadamente uma referência muito sucinta aos seus diferentes pontos de vista sobre a aplicabilidade da Diretiva 2004/39, e um resumo de algumas disposições aparentemente pertinentes da lei húngara, mas não mais do que isso.

11 — Segundo as observações dos mutuários, o processo principal parece respeitar à recuperação do empréstimo pelo banco. Márton Lantos é o devedor principal, mas Mártonné Lantos foi também demandada pelo banco, com base nas disposições de direito nacional em matéria de responsabilidade solidária dos cônjuges por dívidas que envolvam bens do casal. As suas observações também incluem a descrição das condições contratuais, e uma breve discussão sobre as cláusulas pertinentes do contrato de empréstimo, tendo este sido anexado às observações dos mutuários.

12 — Apesar de o despacho de reenvio não fazer qualquer referência à moeda estrangeira em causa, segundo várias observações escritas, os contratos foram celebrados em francos suíços.

13 — Pessoalmente, tenho dificuldade em entender por que razão os mutuários precisavam de um empréstimo bancário se podiam vender ao banco a importância em causa em francos suíços. É indicado no despacho de reenvio que «[Seguidamente,] o banco comprou ao cliente as referidas divisas». No entanto, como observa a Comissão, apoiando-se nos autos do processo nacional, o empréstimo foi concedido em francos suíços, mas a disponibilização e o reembolso fizeram-se em forints húngaros. Segundo as observações dos mutuários, o esquema em questão configura, pelo menos parcialmente, um instrumento relativo a um investimento em francos suíços.

27. Em segundo lugar, não há coerência e rigor factual suficientes que permitam ao Tribunal de Justiça decidir se a transação descrita no despacho de reenvio constitui um «instrumento financeiro» para efeitos da Diretiva 2004/39. Tal como referido nas observações escritas da Alemanha e do Reino Unido, o tipo de transação realizada entre o banco e o mutuário é ambíguo e pouco claro. O Governo alemão acrescenta que, por vezes, parece resultar do despacho de reenvio que terá lugar uma compra e venda de moeda estrangeira, mas ao mesmo tempo é descrito um fluxo fictício de moeda estrangeira. Não se sabe claramente quais as aquisições de moeda estrangeira e fluxos de pagamento que ocorreram efetivamente. Segundo o Reino Unido, não é claro se o contrato é constituído por dois instrumentos separados ou por um instrumento híbrido, nem se existe realmente uma combinação entre uma transação à vista e uma transação a prazo e não uma combinação de duas transações à vista.

28. Além disso, a relevância das disposições nacionais referidas no despacho de reenvio, não é evidente dado que não explica de que modo se relacionam com as disposições alegadamente pertinentes do direito da União. Consequentemente, quem não conheça profundamente o direito húngaro terá dificuldade em compreender o pedido de decisão prejudicial¹⁴.

29. Por último, devido à insuficiência das informações constantes do despacho de reenvio, é impossível determinar se o banco está obrigado a realizar a avaliação da adequação previsto no artigo 19.º, n.ºs 4 e 5, da Diretiva 2004/39 ou se, nos termos do artigo 19.º, n.º 9, desta diretiva, está isento dessa obrigação. O Tribunal de Justiça é aqui chamado a decidir se é a Diretiva 2004/39 que se aplica ou outro instrumento do direito da União, que vise proteger os interesses dos consumidores, como a Diretiva 2008/48. No meu entender, como se concluirá das considerações que se seguem, decorre das informações disponíveis que o litígio em apreço não está abrangido pela Diretiva 2004/39, sendo antes regulado pela Diretiva 2008/48. Além disso, observo que a legislação nacional que transpõe a Diretiva 2004/39 se aplica aos créditos ao investimento¹⁵. Por outro lado, estes créditos não estão abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/48, mas também não são definidos como serviços financeiros ou instrumentos financeiros na Diretiva 2004/39. Feitas estas observações, não creio que o Tribunal de Justiça disponha de informações suficientes para responder à terceira questão.

V – Análise

A – Observações preliminares

30. Na eventualidade de, ainda assim, o Tribunal de Justiça considerar admissíveis as questões prejudiciais, abordarei sucintamente os aspetos jurídicos que, na minha opinião, podem ser relevantes para lhes responder.

31. Em primeiro lugar, partirei a hipótese de o litígio ter por objeto um empréstimo expresso em moeda estrangeira concedido a uma pessoa singular e, mais precisamente, a um consumidor. Com efeito, as observações escritas dos recorridos no processo principal demonstram que a finalidade do contrato de empréstimo era financiar a compra de um automóvel¹⁶.

14 — Saliento que as observações escritas da Hungria descrevem o quadro jurídico mais pormenorizadamente do que o despacho de reenvio, mas o Governo húngaro considera que o pedido de decisão prejudicial é inadmissível, nomeadamente devido à falta de clareza quanto à pertinência das disposições de direito nacional nele referidas.

15 — V. artigo 4.º, n.º 6, da Lei CXXXVIII de 2007, que entrou em vigor em 1 de dezembro de 2007 e que transpõe para o direito húngaro a Diretiva 2004/39 (a befektetési vállalkozásokról és az árutőzsdei szolgáltatókról, valamint az általuk végezhető tevékenységek szabályairól szóló 2007. évi CXXXVIII. Törvény).

16 — Nas suas observações escritas, os recorridos no processo principal, afirmam que Márton Lantos contratou com o banco, em 11 de junho de 2008, um crédito ao consumo expresso em francos suíços, para o financiamento da aquisição de um veículo automóvel.

32. Recordo que nas suas conclusões apresentadas no processo Kásler e Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:85, n.º 1) o advogado-geral N. Wahl observou que o «presente processo insere-se no contexto da oferta de contratos de crédito ao consumo expressos em moeda estrangeira. O recurso a este tipo de contratos, que constitui uma prática relativamente corrente em certos Estados-Membros da União Europeia e que, à primeira vista, pode ser considerado atrativo pelos mutuários devido à taxa de juro inferior à normalmente aplicada, revelou-se problemático para muitos particulares, na sequência da crise financeira internacional do final dos anos 2000, devido à forte depreciação de certas moedas relativamente à moeda estrangeira em questão (nomeadamente o franco suíço). Esses particulares viram-se obrigados a reembolsar mensalidades, expressas em moeda nacional, substancialmente mais elevadas do que as que teriam que pagar se as mesmas tivessem sido calculadas com base na taxa de câmbio histórica, aplicável no momento da disponibilização do empréstimo. A decepção que se verificou foi tal que, por ricochete, o setor bancário de certos Estados-Membros viu-se consideravelmente afetado¹⁷.»

33. Efetivamente, o legislador húngaro reagiu ao peso agravado da dívida das famílias húngaras adotando um pacote legislativo destinado principalmente a proteger os proprietários de imóveis endividados. As medidas adotadas tornaram possível, nomeadamente, o reembolso final das dívidas em moeda estrangeira a taxas de câmbio preferenciais fixas, através de um sistema apoiado pelo Governo, e impuseram a conversão compulsiva dos empréstimos hipotecários expressos em moeda estrangeira. Além disso, limitaram a utilização de bens imóveis para habitação como garantia e promoveram os empréstimos em forints com taxas de juros bonificadas, bem como o apoio social aos devedores em iminência de despejo devido às dificuldades encontradas para reembolsar os empréstimos em moeda estrangeira¹⁸.

34. Em segundo lugar, é útil recordar alguns conceitos jurídicos fundamentais do direito no domínio das obrigações pecuniárias, nomeadamente os conceitos de *moeda da obrigação*, que define a moeda em que a obrigação é expressa, e de *moeda do pagamento*, que respeita à moeda do cumprimento da obrigação¹⁹. A distinção entre moeda da obrigação e moeda do pagamento numa cláusula de moeda específica permite ao mutuante transferir o risco de desvalorização do valor externo e/ou interno da moeda de pagamento para o mutuário, que pode também beneficiar de uma taxa de juro nominal mais baixa. É por este motivo que os empréstimos expressos em moeda estrangeira são amplamente usados em alguns Estados-Membros. A utilização de uma cláusula de moeda específica significa que o mutuário incorre numa obrigação de pagamento de uma importância em dinheiro indeterminada, mas determinável. Contudo, estamos perante uma obrigação pecuniária cujo cumprimento pode ser feito através do pagamento da importância correspondente em moeda de pagamento²⁰.

35. Com base no exposto, os factos em apreço parecem consubstanciar um empréstimo concedido por um banco a um consumidor, sendo a moeda da obrigação acordada o franco suíço, cujo valor determina o capital e as prestações do empréstimo, e a moeda de pagamento o florint húngaro.

17 — O advogado-geral N. Wahl explicou ainda (na nota 2 das conclusões) que, segundo o órgão jurisdicional de reenvio no referido caso, o montante total dos empréstimos contraídos pelas famílias húngaras junto das instituições de crédito ascendeu a 32,56% do produto nacional bruto, conforme resulta dos dados relativos ao segundo semestre de 2012 fornecidos pelo Magyar Nemzeti Bank (banco nacional da Hungria), representando os empréstimos concedidos com base numa moeda estrangeira, tal como o que está em causa no processo principal em Kásler, 18,54% desse produto, ou seja, um valor de 5 289 HUF. No que respeita, mais precisamente, aos empréstimos expressos em francos suíços, estes foram propostos em grande escala, não só na Hungria como também noutros Estados-Membros, nomeadamente na Polónia e na Croácia.

18 — Ver, entre outras iniciativas, a Lei LXXV de junho de 2011, relativa à fixação da taxa de juro utilizada no cálculo dos instrumentos dos empréstimos hipotecários expressos em moeda estrangeira e à venda forçada de imóveis para habitação; o Decreto Governamental n.º 341/2011, relativo à bonificação dos juros à habitação; e a Lei CLXXIII de 2013, relativa ao estabelecimento de limites às taxas de câmbio.

19 — *Mann on the Legal Aspect of Money*, Proctor, Ch.—Kleiner, C.—Mohs, Fl. (eds.), sétima edição (Oxford University Press, Oxford 2012), p. 127.

20 — *Mann on the Legal Aspect of Money*, p. 104. O artigo 4.º, n.º 28, da Diretiva 2014/17, define «empréstimo em moeda estrangeira» como um contrato de crédito em que o crédito é expresso numa moeda que não é aquela em que o consumidor auferir o rendimento ou detém os ativos que serão usados para reembolsar o crédito ou em que o crédito é expresso numa moeda que não é a do Estado-Membro em que o consumidor é residente.

B – *Conceitos de instrumento financeiro e de serviço de investimento, primeira e segunda questões*

36. O despacho de reenvio refere que o órgão jurisdicional de reenvio considera que os fluxos fictícios de francos suíços constituem um instrumento financeiro, no presente caso, obviamente um instrumento derivado, tal como uma transação a prazo relativa a divisas entre o banco e o cliente, em que o primeiro atuou por conta própria, e obviamente num mercado OTC²¹ ou num cenário semelhante.

37. A este respeito, há que partir de um ponto fundamental. O objetivo da Diretiva 2004/39 é proteger os investidores²². Na aceção desta diretiva, um investidor é uma pessoa que investe ou pretende investir num instrumento financeiro capital próprio ou emprestado, com vista à obtenção de lucro ou, pelo menos, à proteção do valor do seu capital. Dos autos decorre que o cliente não pretendia investir qualquer capital, sendo sua intenção contrair um empréstimo bancário do montante necessário para financiar a aquisição de um bem de consumo duradouro, designadamente um automóvel. Não estou convencido, se é a isso que os mutuários se referem nas suas observações, de que tenha existido um investimento, de qualquer das partes, em francos suíços. Ainda que tal não seja juridicamente determinante para a resolução do litígio, no meu entender, a proteção do investimento prevista na Diretiva 2004/39 não abrange situações em que os consumidores financiam bens de consumo, por oposição a investimentos, que, em termos económicos, constituem uma forma de poupança.

38. Dito isto, o órgão jurisdicional de reenvio e os recorridos no processo principal dão a impressão que se baseiam no argumento de que existiria uma operação a prazo relativa a divisas, equivalente a um contrato derivado, na aceção do anexo I, secção c), ponto 4, da Diretiva 2004/39²³. No meu entender, este argumento não é juridicamente sustentável, pelos motivos que adiante exporei.

39. Relembro que, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, ponto 2, da Diretiva 2004/39, entende-se por «serviços e atividades de investimento» qualquer dos serviços e atividades enumerados na secção A do anexo I e que incida sobre qualquer dos instrumentos enumerados na secção C do anexo I. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, ponto 6, entende-se por «negociação por conta própria» a negociação com base no seu próprio capital, com vista à conclusão de transações em um ou mais instrumentos financeiros. Segundo o artigo 4.º, n.º 1, ponto 17, entende-se por «instrumento financeiro» qualquer dos instrumentos especificados na secção C do anexo I.

40. O contrato em apreço (um empréstimo expresso em moeda estrangeira concedido a um consumidor, ou a sua componente de operação a prazo, se esta puder ser juridicamente separada do empréstimo) só pode estar abrangido por uma das disposições da Diretiva 2004/39, o ponto 4 da secção C do anexo I à diretiva. Nos termos desta disposição, os instrumentos financeiros compreendem «[o]pções, futuros, swaps, contratos a prazo de taxa de juro e *quaisquer outros contratos derivados* relativos a valores mobiliários, divisas, taxas de juro ou de rendibilidades ou outros instrumentos derivados, índices financeiros ou indicadores financeiros que possam ser liquidados mediante uma entrega física ou um pagamento em dinheiro» (itálico meu).

21 — O despacho de reenvio faz referência a várias disposições de direito nacional relativas às operações a prazo relativas a divisas realizadas no mercado não regulado (OTC).

22 — V. considerandos 2 e 31 da Diretiva 2004/39.

23 — V. n.º 16 *supra*. Além disso, os recorridos no processo principal alegam que o contrato é misto, que consubstancia, por um lado, um contrato de crédito e, por outro, uma operação cambial a prazo e uma transferência do risco cambial, constituindo estes últimos serviços financeiros relativos a instrumentos financeiros.

41. No meu entender, não é necessário proceder à análise da categoria específica, de entre as enumeradas no ponto 4 da secção C do anexo I, em que os atos financeiros em causa se inserem. São todos contratos ou instrumentos derivados e, conforme salientado nas observações escritas da Polónia, os instrumentos derivados são aqueles que podem ser utilizados para efeitos de cobertura ou para efeitos especulativos, uma vez que *o futuro preço, taxa de câmbio ou valor do ativo subjacente é fixado antecipadamente*²⁴.

42. Isto implica a possibilidade de o preço, a taxa de câmbio ou o valor efetivo do ativo subjacente ser diferente do preço, taxa de câmbio ou valor futuro contratado. Desta circunstância resulta para o instrumento derivado um valor económico independente diferente do dos contratos que preveem meramente a execução, em data futura e pelo seu valor efetivo, no dia do cumprimento, de uma transação sobre o ativo subjacente²⁵.

43. Segundo a cláusula de moeda específica incluída no contrato de empréstimo em questão no processo principal, todos os pagamentos das obrigações pecuniárias expressas em francos suíços seriam feitos em florints húngaros, à taxa de câmbio aplicável à data do reembolso do empréstimo ou das suas prestações. Esta indexação à taxa efetiva dos francos suíços retira à transação a natureza de contrato a prazo. Isso deve-se ao facto de a suposta componente a prazo que faz parte integrante da transação não implicar para o contrato de empréstimo, como tal, um valor jurídico ou económico diferente²⁶. Como a Alemanha corretamente observa, em substância, exige-se o pagamento em moeda nacional de uma dívida expressa em moeda estrangeira, à taxa de câmbio em vigor à data do pagamento, pelo que não existem diferenças substanciais relativamente a um empréstimo em moeda estrangeira tradicional.

44. Na verdade, afigura-se que o alegado contrato a prazo constitui apenas uma forma complexa de estabelecer uma cláusula de moeda estrangeira aplicável ao empréstimo e de transferir, do mutuante para o mutuário, o risco cambial de desvalorização da moeda nacional²⁷.

45. Relativamente à segunda questão, recorro que, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, ponto 2, da Diretiva 2004/39, entende-se por «Serviços e atividades de investimento» qualquer dos serviços e atividades enumerados na secção A do anexo I e que incida sobre qualquer dos instrumentos enumerados na secção C do anexo I. Portanto, pelos motivos acima expostos, não existe nenhum instrumento financeiro na aceção da secção C do anexo I da Diretiva 2004/39, ficando também excluída a aplicação da secção A desse anexo. Por conseguinte, esta diretiva não é aplicável.

24 — Como observa a Alemanha, no direito da União, não existe uma definição única e legalmente vinculativa de instrumentos derivados, mas muitos instrumentos do direito da União fazem referência a esse conceito. Na literatura financeira e económica, existem muitas definições. Por exemplo, segundo as definições adotadas pelo Fundo Monetário Internacional «existem duas grandes categorias de produtos financeiros derivados, num contrato a prazo, as partes acordam em trocar, numa data preestabelecida, uma dada quantidade de um elemento subjacente (real ou financeiro), a um preço acordado (o preço de exercício). Num contrato de opção de compra, o comprador adquire a um vendedor o direito para comprar ou vender (consoante se trate de uma opção de compra ou de uma opção de venda) um ativo subjacente a um determinado preço de exercício numa data determinada ou antes dessa data. Ao contrário dos instrumentos de dívida, os produtos financeiros derivados não geram rendimentos de investimento, nem existe capital disponibilizado que tenha que ser reembolsado». *Financial Derivatives, A Supplement to the fifth edition (1993) of the Balance of Payments Manual*. Fundo Monetário Internacional, 2000. Pode ser consultado em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fd/2000/finder.pdf>.

25 — Se A concede a B um empréstimo de 100 000 euros (moeda da obrigação), a reembolsar em dólares dos Estados Unidos (moeda do pagamento), à taxa de câmbio aplicável à data do pagamento, B tem de pagar 100 000 USD se a taxa de câmbio nessa data for de 1 USD/EUR, mas terá de pagar 120 000 USD se a taxa de câmbio for de 1,2 USD/EUR. Se A e B acordarem no contrato de empréstimo que, independentemente da taxa efetiva em vigor à data do reembolso, a taxa de câmbio aplicável ao reembolso será de 1,2 USD/EUR, o que juridicamente consubstancia uma operação a prazo relativa a divisas), se a taxa efetiva for de 1,2 USD/EUR, a cláusula de moeda específica contida nesse contrato indicará, na data do reembolso, o valor de 0 USD (porque 100 000 euros correspondem a 120 000 USD). Porém, se nessa data a taxa for de 1 USD/EUR, a componente da transação a prazo que fez parte do contrato tem o valor independente de 20 000 euros/USD, porque, além do capital de 100 000 euros (que corresponde aos 100 000 USD que o mutuário pagará), o mutuante recebe também 20 000 USD (que correspondem a igual montante em euros), o que representa a diferença entre a taxa fixa e a taxa efetiva.

26 — Partindo do princípio de que não existem restrições relativas a movimentos de capitais ou controles cambiais.

27 — No entanto, não protege o mutuante contra a desvalorização da referida moeda estrangeira à moeda nacional.

46. Assim, se houver que responder à primeira e segunda questões, no meu entender, há que declarar que um empréstimo expresso em moeda estrangeira, mas disponibilizado e reembolsável em moeda nacional, à taxa em vigor na data do pagamento, não constitui, em si, nem contém um instrumento financeiro ou um serviço financeiro na aceção da Diretiva 2004/39 e, portanto, a diretiva não se aplica à transação em causa.

C – Interpretação do artigo 19.º, n.º 9, da Diretiva 2004/39 (terceira questão)

47. A terceira questão respeita à obrigação que incumbe à instituição financeira de verificar a adequação prevista no artigo 19.º, n.ºs 4 e 5, da Diretiva 2004/39. De acordo com essa questão, a referida obrigação existiria necessariamente nos casos em que tenha sido proposto um instrumento financeiro integrado noutro produto financeiro (designadamente, um contrato de empréstimo). Conforme expliquei acima, no meu entender, esta qualificação da transação é juridicamente incorreta e a diretiva não se aplica à situação do processo principal.

48. O órgão jurisdicional nacional pergunta também se o artigo 19.º, n.º 9, da Diretiva 2004/39 é ou não aplicável. Nos termos do artigo 19.º, n.º 9, da Diretiva 2004/39, caso um serviço de investimento «já esteja sujeito a outras disposições da legislação comunitária ou a normas europeias comuns» nos domínios pertinentes, as obrigações estabelecidas no artigo 19.º não são aplicáveis. De acordo com a terceira questão, os riscos assumidos pelo cliente no que se refere ao empréstimo e ao instrumento financeiro são fundamentalmente diferentes pelo que é indispensável a avaliação da adequação, na medida em que a transação envolva um instrumento derivado. Também aqui a questão assenta no pressuposto acima referido, do qual não comungo, da existência de um instrumento financeiro.

49. Pelos motivos expostos, o Tribunal de Justiça não precisa de se pronunciar sobre esta questão prejudicial. No entanto, farei as seguintes observações de caráter subsidiário.

50. No acórdão Genil 48 e Comercial Hostalera de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344, n.º 48), o Tribunal de Justiça declarou que «[...] o artigo 19.º, n.º 9, da Diretiva 2004/39 deve ser interpretado no sentido de que, *por um lado*, um serviço de investimento apenas é proposto no quadro de um produto financeiro se dele fizer parte integrante no momento em que o referido produto financeiro é proposto ao cliente e, *por outro*, as disposições da legislação da União e as normas europeias comuns às quais esta disposição faz referência devem permitir uma apreciação dos riscos dos clientes e/ou conter exigências em matéria de informação que englobem também o serviço de investimento que faz parte integrante do produto financeiro em causa, para que esse serviço deixe de estar sujeito às obrigações estabelecidas no referido artigo 19.º» (itálico meu).

51. No caso em apreço, estão preenchidas as duas condições. *Em primeiro lugar*, o alegado contrato a prazo relativo a divisas fazia parte integrante do contrato de empréstimo à data em que foi proposto ao cliente. Saliento que o empréstimo se destinava a financiar a aquisição de um automóvel, o que permite qualificá-lo de contrato de crédito ao consumo. Consequentemente, não é necessário analisar se os empréstimos concedidos para investimento em instrumentos financeiros estão abrangidos, diretamente ou por analogia, pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/39.

52. *Em segundo lugar*, a Diretiva 2008/48, relativa a contratos de crédito aos consumidores, estabelece obrigações de informação aplicáveis aos contratos de empréstimo como o que está em causa no caso em apreço²⁸. Por conseguinte, as instituições financeiras estão obrigadas a prestar informações sobre os empréstimos dos quais resultam para os clientes obrigações ou transações expressas em moeda estrangeira e a avaliar a solvabilidade destes clientes.

53. Por estes motivos, há que responder à terceira questão que, nos termos do artigo 19.º, n.º 9, da Diretiva 2004/39, em circunstâncias como as do processo principal, a verificação da adequação prevista nesta disposição não é exigida.

D – *Sanções de carácter civil em caso de incumprimento da Diretiva 2004/39 (quarta questão)*

54. Com a quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a inobservância do artigo 19.º, n.ºs 4 e 5, da diretiva implica a nulidade do contrato de empréstimo celebrado entre o banco e o cliente.

55. O artigo 51.º, n.º 1, da Diretiva 2004/39 obriga os Estados-Membros a aplicarem sanções administrativas à pessoa responsável, quando as disposições adotadas em aplicação da diretiva não tenham sido cumpridas.

56. Em contrapartida, como o Tribunal de Justiça observou no acórdão Genil 48 e Comercial Hostelera de Grandes Vinos (C-604/11, EU:C:2013:344, n.º 57) «[...] o artigo 51.º da Diretiva 2004/39 [...] não precisa que os Estados-Membros devem prever consequências contratuais no caso da celebração de contratos que não respeitam obrigações que decorrem das disposições de direito nacional que transpõem o artigo 19.º, n.ºs 4 e 5, da Diretiva 2004/39 nem quais poderiam ser essas consequências. Ora, na inexistência de legislação da União na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro regular as consequências contratuais da violação dessas obrigações, sem prejuízo do respeito dos princípios da equivalência e da efetividade.»

57. Por conseguinte, há que responder à quarta questão que compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro regular as consequências contratuais da violação, por uma empresa de investimento, das obrigações em matéria de avaliações previstas no artigo 19.º, n.ºs 4 e 5, da Diretiva 2004/39, sem prejuízo do respeito dos princípios da equivalência e da efetividade.

58. No meu entender, não obstante as observações de carácter subsidiário acima expostas, o pedido de decisão prejudicial deve ser declarado inadmissível.

VI – **Conclusão**

59. Pelos motivos expostos, proponho que o Tribunal de Justiça declare inadmissível o pedido de decisão prejudicial submetido pelo Ráckevei Járásbíróság no processo C-312/14.

28 — O artigo 4.º da Diretiva 2008/48 prevê muitas obrigações no que respeita à publicidade. Os artigos 5.º e 6.º estabelecem obrigações relativas às informações que têm de ser prestadas ao consumidor antes da celebração de um contrato de crédito. Estas informações incluem, nomeadamente: as condições aplicáveis à taxa devedora [artigo 5.º, n.º 1, alínea f)]; e a obrigação de celebrar qualquer contrato acessório para a obtenção do crédito ou para a obtenção do crédito nos termos e condições de mercado [artigo 5.º, n.º 1, alínea k)]. Por último, o artigo 8.º exige que os mutuantes avaliem a solvabilidade dos consumidores antes da celebração de contratos com eles.