Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GERARD HOGAN
apresentadas em 21 de março de 2019[1]

Processo C-34/18

Ottília Lovasné Tóth
contra
ERSTE Bank Hungary Zrt.

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Fővárosi Ítélőtábla (Tribunal Superior de Budapeste–Capital, Hungria)]

«Pedido de decisão prejudicial – Proteção dos consumidores – Cláusulas abusivas – Diretiva 93/13/CEE – Âmbito de aplicação – Cláusula que reflete a lei – Anexo – Valor jurídico – Artigo 3.º, n.º 1 – Apreciação do caráter abusivo de uma cláusula – Impressão transmitida por uma cláusula a um consumidor médio – Compreensibilidade das cláusulas – Existência de acórdãos nacionais contraditórios»

1. O presente processo refere-se a um litígio entre o ERSTE Bank Hungary Zrt. (a seguir «Banco») e L TÓTH sobre o caráter abusivo de uma cláusula específica contida num contrato de mútuo para a aquisição de uma habitação. A cláusula controvertida figura num documento hipotecário e prevê, em primeiro lugar, que ambas as partes se obrigam a aceitar como definitivo um ato notarial que tenha sido redigido em conformidade com as contas abertas pelo devedor no Banco e os livros e registos contabilísticos do Banco e, em segundo lugar, que as partes aceitam que esse documento constitui fundamento de execução direta em caso de incumprimento.

2. Ora, a Kúria (o Supremo Tribunal, Hungria) já proferiu vários acórdãos a respeito de uma cláusula semelhante à que está em causa no processo principal. Nesses acórdãos, declarou que essa cláusula apenas se referia a um procedimento nacional de execução coerciva notarial e, portanto, do ponto de vista jurídico, não afetava o direito de nenhuma das partes de agir judicialmente nem o ónus da prova.

3. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio questiona-se, em especial, se essa cláusula pode, ainda assim, ser declarada abusiva nos termos da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO 1993, L 95, p. 29, a seguir «Diretiva de 1993»), essencialmente devido à impressão errada que essa cláusula pode transmitir ao consumidor médio.

4. Antes de analisar esta questão, é necessário, em primeiro lugar, indicar as disposições pertinentes da Diretiva de 1993.

1 Língua original: inglês.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Diretiva 93/13/CEE

5. O décimo sexto, o décimo sétimo e o vigésimo considerando da Diretiva de 1993 preveem:

«Considerando que a apreciação, segundo os critérios gerais estabelecidos, do caráter abusivo das cláusulas, nomeadamente nas atividades profissionais de caráter público que forneçam serviços coletivos que tenham em conta a solidariedade entre os utentes, necessita de ser completada por um instrumento de avaliação global dos diversos interesses implicados; que tal consiste na exigência de boa-fé; que, na apreciação da boa-fé, é necessário dar especial atenção à força das posições de negociação das partes, à questão de saber se o consumidor foi de alguma forma incentivado a manifestar o seu acordo com a cláusula e se os bens ou serviços foram vendidos ou fornecidos por especial encomenda do consumidor; que a exigência de boa-fé pode ser satisfeita pelo profissional, tratando de forma leal e equitativa com a outra parte, cujos legítimos interesses deve ter em conta;

Considerando que, para efeitos da presente diretiva, a lista das cláusulas constante do anexo terá um caráter meramente indicativo e que, devido a esse caráter mínimo, poderá ser alargada ou limitada, nomeadamente quanto ao alcance de tais cláusulas, pelos Estados-Membros no âmbito das respetivas legislações;

[…]

Considerando que os contratos devem ser redigidos em termos claros e compreensíveis, que o consumidor deve efetivamente ter a oportunidade de tomar conhecimento de todas as cláusulas e que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor;»

6. O artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva de 1993 dispõe:

«As disposições da presente diretiva não se aplicam às cláusulas contratuais decorrentes de disposições legislativas ou regulamentares imperativas, bem como das disposições ou dos princípios previstos nas convenções internacionais de que os Estados-Membros ou a Comunidade sejam parte, nomeadamente no domínio dos transportes.»

7. Segundo o artigo 3.º da Diretiva de 1993:

«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.

[…]

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

8. O artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva de 1993 tem a seguinte redação:

«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.»

9. O artigo 5.º da Diretiva de 1993 prevê:

«No caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor. Esta regra de interpretação não é aplicável no âmbito dos processos previstos no n.º 2 do artigo 7.º»

10. Segundo o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva de 1993:

«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.»

11. Nos termos do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva de 1993:

«1. Os Estados-Membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.

2. Os meios a que se refere o n.º 1 incluirão disposições que habilitem as pessoas ou organizações que, segundo a legislação nacional, têm um interesse legítimo na defesa do consumidor, a recorrer, segundo o direito nacional, aos tribunais ou aos órgãos administrativos competentes para decidir se determinadas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm ou não um caráter abusivo, e para aplicar os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização dessas cláusulas.»

12. Na redação do artigo 8.º da Diretiva de 1993:

«Os Estados-Membros podem adotar ou manter, no domínio regido pela presente diretiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor.»

13. O n.º 1 do anexo 1 da Diretiva de 1993 diz respeito a:

«Cláusulas que têm como objetivo ou como efeito:

[…]

m) Facultar ao profissional o direito de decidir se a coisa entregue ou o serviço fornecido está em conformidade com as disposições do contrato ou conferir-lhe o direito exclusivo de interpretar qualquer cláusula do contrato;

[…]

q) Suprimir 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.»

2. Diretiva 2005/29/CE

14. O artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («Diretiva Relativa às Práticas Comerciais Desleais») (JO 2005 L 149, p. 229), com a epígrafe «Ações enganosas», prevê:

«1. É considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correta, em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo:

[…]

g) Os direitos do consumidor […]»

15. Segundo o artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2005/29, com a epígrafe «Omissões enganosas»:

«Também é considerada uma omissão enganosa a prática comercial em que o profissional, tendo em conta os aspetos descritos no n.º 1, oculte a informação substancial referida no mesmo número […] ou quando […] conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.»

II. Litígio no processo principal e questões prejudiciais

16. Em 27 de outubro de 2008, o Banco e L. Tóth, que, no âmbito do contrato, atuava com objetivos alheios às suas atividades comerciais, empresariais ou profissionais, celebraram um contrato de mútuo para a aquisição de habitação própria. Consequentemente, não existe qualquer litígio quanto ao estatuto de consumidora de L. Tóth na aceção do artigo 2.º, alínea b), da Diretiva de 1993.

17. No mesmo dia, L. Tóth compareceu perante um notário e declarou ter conhecimento de todas as cláusulas do contrato de mútuo. Esta declaração foi vertida num documento público com a designação «declaração unilateral de reconhecimento de dívida».

18. A cláusula I.4 do contrato de mútuo, que também figura como parte do documento público preparado pelo notário, tem a seguinte redação:

«As partes, a fim de resolver eventuais litígios relativos à contabilização ou respeitar um requisito do Banco, a fim de determinar o montante do crédito ou de qualquer outra dívida num determinado momento em conformidade com o presente ato, a fim de determinar a data efetiva da disponibilização e a data de exigibilidade de crédito, bem como qualquer informação ou facto necessário para efeitos da execução coerciva imediata por via judicial, manifestam a sua vontade de se obrigar a aceitar como elemento de prova fidedigna e irrefutável de um ato celebrado como documento autêntico, redigido em conformidade com as contas abertas pelo devedor no Banco e os registos e livros contabilísticos do referido Banco.

Consequentemente, em caso de não pagamento do montante principal ou dos seus juros e despesas, ou no caso de o pagamento não respeitar o acordado no contrato, além do presente documento, o ato celebrado como documento autêntico, elaborado em conformidade com as contas do devedor no Banco e com os registos e os livros contabilísticos do Banco, serve de prova do crédito e dos juros e despesas pendentes num determinado momento e que fundamentem a execução, bem como dos factos anteriormente referidos. Pela assinatura do presente contrato as partes ficam obrigadas a aceitar o referido documento de prova.

Se, por iniciativa do Banco, for intentada uma ação de execução, as partes ou o devedor pedem ao notário que autorizou o presente documento ou ao notário competente que faça constar em ato notarial, em conformidade com as contas dos devedores no Banco e com os registos e os livros contabilísticos do Banco e após análise dos registos, o montante do crédito e dos seus juros e despesas ou de qualquer outra dívida relacionada pendentes decorrentes do mútuo anteriormente referido e os factos e dados anteriormente referidos, e autorizam o levantamento do segredo bancário relativo à referida informação.»

19. Além disso, em conformidade com o contrato de mútuo e com a declaração unilateral de reconhecimento de dívida, em caso de incumprimento grave do contrato por parte da devedora, como designadamente o incumprimento das suas obrigações de pagamento, o Banco pode resolver o contrato com efeitos imediatos e declarar vencido o crédito remanescente do mútuo, acrescido de juros e despesas.

20. Em 5 de janeiro de 2016, L. Tóth intentou uma ação em que pedia a declaração do caráter abusivo tanto da cláusula I.4 do contrato de mútuo como da disposição correspondente do ato notarial. Em apoio do seu pedido, alegava que a referida cláusula invertia o ónus da prova em seu detrimento.

21. Na sua contestação, o Banco alegava que a cláusula não é abusiva uma vez que não habilita o Banco a determinar unilateralmente se L. Tóth cumpriu a sua obrigação, nem a quantificar a quantia devida por esta, não limita as possibilidades de L. Tóth exercer os seus direitos e também não invertia o ónus da prova uma vez que não pode ser considerada um reconhecimento de dívida.

22. O tribunal de primeira instância julgou a ação improcedente. Declarou que a cláusula não estabelecia uma disposição vinculativa para as partes no que diz respeito ao cumprimento do devedor, não continha um reconhecimento de dívida e também não habilitava o Banco a determinar unilateralmente o montante ainda em dívida por L. Tóth ou se cumpriu o estabelecido no contrato. Além disso, considerou que o facto de L. Tóth ter aceitado que um ato notarial pode ser executado, não significava que não pudesse impugnar o montante da dívida, na medida em que ainda podia mover, por exemplo, um processo de suspensão (ou limitação) da execução.

23. L. Tóth interpôs então recurso para o órgão jurisdicional de reenvio. Em apoio do seu recurso, alegou que a cláusula podia provocar um desequilíbrio entre ela e o recorrido, uma vez que torna mais fácil a este último exercer os seus direitos, e simultaneamente torna mais difícil, para a recorrente impugnar o montante da dívida registada nos livros contabilísticos do Banco.

24. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio refere, em primeiro lugar, que o âmbito de aplicação do anexo da Diretiva de 1993 não é claro. Com efeito, o n.º 1 do referido anexo, na versão húngara, refere-se às cláusulas que tenham «como objetivo ou como efeito», ao passo que outras versões linguísticas, por exemplo as versões alemã, polaca, checa ou eslovaca, empregam a expressão «como finalidade ou como efeito». Dada a diferença de formulação, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, para que uma cláusula fique abrangida pela alínea q) do n.º 1 do anexo da diretiva basta que tenha por finalidade inverter o ónus da prova.

25. Além disso, quando uma cláusula cumpre os requisitos estabelecidos na alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993, coloca-se a questão de saber se é ainda necessário examinar em que medida a cláusula provocou um desequilíbrio em detrimento do consumidor. Com efeito, apesar de afirmar estar plenamente ciente de que, de acordo com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o anexo para o qual remete o artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva de 1993 apenas contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas, o órgão jurisdicional de reenvio observa que, no Acórdão de 26 de abril de 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242), o Tribunal de Justiça declarou também que «[a]pesar de o conteúdo do anexo em causa não ser suscetível de determinar automaticamente e por si só o caráter abusivo de uma cláusula controvertida, constitui, todavia, um elemento essencial com base no qual o órgão jurisdicional competente pode apreciar o caráter abusivo dessa cláusula».

26. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio afirma que a Kúria (Supremo Tribunal) declarou que uma cláusula de conteúdo semelhante à que está em causa no processo principal não pode ser considerada como um reconhecimento de dívida e não altera a situação jurídica do consumidor no que diz respeito aos meios para exercer a sua ação, uma vez que a legislação lhe confere o direito de intentar uma ação de suspensão da execução ou um pedido de declaração de que a resolução não produz efeitos jurídicos. A Kúria (Supremo Tribunal) afirmou também que uma cláusula de conteúdo semelhante, por si só, não coloca o consumidor numa situação de desvantagem no que se refere ao ónus da prova. De facto, como um mutuante pode decidir resolver o contrato com base nos seus próprios registos, é inerente a uma situação como esta que o ónus da prova recai sobre o consumidor. Do mesmo modo, a legislação nacional habilita qualquer mutuante a solicitar uma declaração notarial, mesmo que o contrato com o devedor não contenha nenhuma disposição expressa sobre este ponto. Assim, para a Kúria (Supremo Tribunal), não é a cláusula nem o ato notarial que inverte o ónus da prova, tornando a defesa mais onerosa para o consumidor, mas sim as normas que regulam os atos notariais com força probatória e fórmula executória.

27. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio indica que continua a ter dúvidas quanto à questão de saber se a cláusula I.4 deve, apesar disso, considerar-se abrangida pelo âmbito de aplicação da alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993.

28. Observa, por um lado, que embora a referida cláusula seja gramaticalmente compreensível, as suas consequências não são claras para um consumidor, uma vez que transmite a ideia de que, com a celebração do contrato, a outorga do ato notarial servirá para provar de forma irrefutável a justificação de qualquer dívida que possa emergir do contrato no futuro. Sustenta que tudo isto tem uma influência direta na decisão do consumidor de exercer os seus direitos face ao mutuante.

29. Por outro lado, a cláusula I.4 pode ter consequências negativas para o consumidor, ainda que, segundo a interpretação da Kúria (Supremo Tribunal), não esteja na origem do direito do mutuante de intentar uma ação de execução direta ou de aposição da fórmula executória pelo notário. Com efeito, ao invocar a cláusula I.4, o Banco pode evitar uma negociação equitativa e legal com o devedor, se este só puder exercer os seus direitos através de um processo judicial oneroso e longo, ficando o devedor obrigado, na pendência desta ação, a efetuar o pagamento em excesso que decorre das cláusulas abusivas para evitar as consequências da resolução do contrato.

30. Em terceiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se a cláusula I.4 não deverá ser declarada abusiva com fundamento no disposto no artigo 5.º da Diretiva de 1993. Com efeito, de acordo com a jurisprudência da Kúria (Supremo Tribunal), tal cláusula não inverte o ónus da prova. Contudo, vários tribunais nacionais pronunciaram-se em sentido contrário em casos semelhantes. Em consequência desta jurisprudência húngara, os consumidores não estão em condições de perceber que esta disposição aparentemente clara, de facto, não tem nenhum efeito sobre o ónus da prova.

31. Em quarto lugar, o órgão jurisdicional de reenvio observa que, segundo a redação da cláusula I.4, a declaração no ato notarial deve ser redigida unicamente com base nos dados registados pelo mutuante relativos à prestação que o devedor tenha cumprido até esse momento. Assim, o teor da referida cláusula pode ser entendido no sentido de que habilita o mutuante a decidir unilateralmente se as obrigações do consumidor são cumpridas em conformidade com o contrato e, por conseguinte, suscetível de ser abrangida pelo âmbito de aplicação da alínea m) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993.

32. Nestas circunstâncias, o Fővárosi Ítélőtábla (Tribunal Superior de Budapeste–Capital, Hungria) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve a alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva [93/13/CEE] ser interpretada no sentido de que, enquanto norma da União com natureza de norma de ordem pública, proíbe de modo geral e dispensando análises posteriores que um mutuante imponha a um devedor que tenha a qualidade de consumidor uma disposição contratual, sob a forma de uma cláusula geral ou não negociada individualmente, cuja finalidade ou cujo efeito seja o de inverter o ónus da prova?

2) No caso de ser necessário apreciar, com fundamento na alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva [93/13/CEE], a finalidade ou o efeito da cláusula contratual, deve-se determinar que impede o exercício dos direitos dos consumidores uma cláusula contratual?

– nos termos da qual o devedor que tenha a qualidade de consumidor tem razões fundamentadas para considerar que tem de cumprir o contrato na íntegra, incluindo todas as suas cláusulas, na forma e na medida impostas pelo mutuante, mesmo que o devedor tenha a convicção de que a prestação exigida pelo mutuante não é exigível total ou parcialmente, ou

– cujo efeito consiste em limitar ou afastar o acesso do consumidor a um meio de resolução de conflitos baseado numa negociação equitativa, pelo facto de, para considerar o litígio decidido, bastar ao mutuante invocar essa cláusula contratual?

3) No caso de ter de se apreciar o caráter abusivo das cláusulas contratuais enumeradas no anexo da Diretiva [93/13/CEE] à luz dos critérios estabelecidos no artigo 3.º, n.º 1, dessa diretiva, o requisito de redação clara e compreensível previsto no artigo 5.º da mesma é cumprido por uma cláusula contratual que tem incidência nas decisões do consumidor no que diz respeito ao cumprimento do contrato, à resolução de diferendos com o mutuante por meios judiciais ou extrajudiciais ou ao exercício de direitos e que, embora redigida gramaticalmente de modo claro, produz efeitos

jurídicos que só podem ser determinados pela interpretação de normas nacionais, relativamente às quais não existia uma prática jurisdicional uniforme no momento da celebração do contrato, sem que essa prática se tenha verificado nos anos subsequentes?

4) Deve a alínea m) do n.º 1 do anexo da Diretiva [93/13/CEE] ser interpretada no sentido de que uma cláusula contratual não negociada individualmente pode ser abusiva também no caso de se habilitar a parte que contrata com o consumidor a determinar unilateralmente se a prestação do consumidor respeita o disposto no contrato e de o consumidor reconhecer estar obrigado pela mesma ainda antes do cumprimento de qualquer prestação pelas partes contratantes?»

III. Análise

A. Competência do Tribunal de Justiça e admissibilidade das questões prejudiciais

33. O Banco alega que as questões prejudiciais são hipotéticas e que, por conseguinte, o Tribunal de Justiça não tem competência para as apreciar. Com efeito, contrariamente ao que pressupõe o órgão jurisdicional de reenvio na sua primeira, segunda e quarta questões, o Banco sustenta que a cláusula em causa no processo principal não tem como efeito a inversão do ónus da prova, nem excluir ou restringir a possibilidade de o consumidor intentar ações judiciais, nem permite ao Banco determinar unilateralmente se o consumidor cumpriu as suas obrigações contratuais. De igual modo, contrariamente à hipótese apresentada na terceira questão, sustenta que a jurisprudência nacional não era, com efeito, divergente, uma vez que, desde então, a Kúria (Supremo Tribunal) se tem pronunciado em vários acórdãos recentes sobre o alcance de uma cláusula semelhante à que está em causa no processo principal.

34. A este respeito, importa salientar, em primeiro lugar, que, embora o Banco conteste formalmente a competência do Tribunal de Justiça, a sua argumentação deve ser entendida no sentido de que põe em causa a admissibilidade das questões submetidas. [2]

35. Em segundo lugar, o processo instituído pelo artigo 267.º TFUE é um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito da União que lhes são necessários para a decisão do litígio que lhes é submetido. [3] Compete exclusivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais, chamados a conhecer do litígio e que devem assumir a responsabilidade pela decisão judicial a proferir, apreciar, tendo em conta as especificidades de cada processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que submetam ao Tribunal de Justiça [4].

36. Consequentemente, quando as questões submetidas tenham por objeto a interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a decidir. O Tribunal de Justiça só pode recusar-se a pronunciar-se sobre a um pedido apresentado por um órgão jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários

2 O Tribunal de Justiça tem competência para responder a uma questão prejudicial submetida por um órgão jurisdicional nacional, salvo se o objeto da questão não estiver abrangido pelo seu âmbito de aplicação material de competência definida pelo artigo 267.º, n.º 1, primeiro parágrafo, TFUE, a saber, a interpretação dos Tratados e a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

3 Acórdão de 5 de julho de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, n.º 16.

4 Acórdão de 1 de julho de 2010, Sbarigia, C-393/08, EU:C:2010:388, n.ºs 19 a 20. Além disso, o Tribunal de Justiça não tem competência, nos termos do artigo 267.º TFUE, para apreciar os factos e aplicar o direito da União a um caso concreto. V., por exemplo, Acórdãos de 16 de julho de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria C-83/14, EU:C:2015:480, n.º 104, e de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242, n.º 22.

para dar uma resposta útil às questões que lhe são submetidas [5]. Mas o facto de uma das partes no processo principal contestar a pertinência das questões prejudiciais para a resolução do litígio no processo principal não pode, por si só, justificar a conclusão de que estas questões devem ser declaradas inadmissíveis.

37. No caso em apreço, não posso afirmar que decorre claramente da apresentação do processo efetuada pelo órgão jurisdicional de reenvio que as hipóteses previstas nas suas questões não correspondem à situação em causa no processo principal. Nestas circunstâncias, considero que o Tribunal de Justiça não deve declarar estas questões inadmissíveis [6].

B. Quanto ao mérito

1. Considerações preliminares

38. Como várias questões dizem respeito à interpretação da alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993, considero necessário, em primeiro lugar, dissipar as dúvidas expressas pelo órgão jurisdicional de reenvio no seu pedido relativas à redação do primeiro período do referido anexo.

39. No caso em apreço, resulta claramente do décimo sétimo considerando, bem como do artigo 3.º, n.º 3, que o seu anexo se destina a conter uma lista não exaustiva de exemplos de cláusulas que *podem* ser declaradas abusivas nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993, em virtude do seu objeto ou efeito.

40. Por outro lado, o artigo 3.º, n.º 1, define o conceito de cláusula abusiva no sentido de que se refere a qualquer cláusula que não tenha sido objeto de negociação individual e que, a despeito da exigência de boa-fé, dê origem a um desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato. Por conseguinte, ao apreciar o caráter abusivo de uma cláusula sujeita à sua fiscalização, os órgãos jurisdicionais nacionais devem ter em conta o objeto ou o efeito de tais cláusulas.

41. Por último, o Tribunal de Justiça já declarou que a referida diretiva obriga os Estados-Membros a substituir o equilíbrio formal que o contrato estabelece entre os direitos e obrigações dos contratantes por um equilíbrio real, suscetível de restabelecer a igualdade entre estes últimos [7]. Isto implica que o fator determinante são os efeitos produzidos pelo termo em questão e não o objetivo prosseguido pelo seu autor.

42. Nestas circunstâncias, considero que o n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993 deve ser interpretado, independentemente da versão linguística, no sentido de que se refere ao «objeto ou efeito» e não à «finalidade ou efeito» de cláusulas contratuais.

43. Em segundo lugar, recordo que, de acordo com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a competência deste último na matéria tem por objeto a interpretação do conceito de «cláusula abusiva», referido no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993 e no seu anexo, assim como os critérios que o órgão jurisdicional nacional pode ou deve aplicar na apreciação de uma cláusula contratual à luz das disposições desta diretiva. Não obstante, compete ao referido órgão jurisdicional pronunciar-se, tendo em conta os referidos critérios, sobre a qualificação concreta de uma cláusula contratual particular em função das circunstâncias próprias do caso em apreço [8].

5 Acórdão de 20 de setembro de 2018, OTP Bank e OTP Faktoring, C-51/17, EU:C:2018:750, n.º 37.

6 Os acórdãos da Kúria (Supremo Tribunal) referidos pelo Banco foram todos proferidos antes dos acontecimentos relativos ao presente processo.

7 Acórdão de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242, n.º 34 e jurisprudência referida.

8 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, n.º 63.

2. Primeira questão

44. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993 deve ser interpretada no sentido de que constitui uma proibição geral relativamente a qualquer cláusula que não tenha sido objeto de negociação individual e que tenha como finalidade ou efeito inverter o ónus da prova, quando, de acordo com a legislação aplicável, o referido ónus deveria recair naturalmente sobre a outra parte.

45. A este respeito, importa recordar, em primeiro lugar, que a alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993 diz respeito a cláusulas que têm como objeto ou efeito «[s]uprimir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, […], 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». Por conseguinte, deve-se considerar que qualquer cláusula que tenha como objeto ou efeito a inversão abusiva do ónus da prova para um consumidor deve ser apreciada nos termos da alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993.

46. Todavia, resulta claramente dos próprios termos do artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva de 1993 que o anexo dessa diretiva contém uma lista de cláusulas que *podem* – e não devem – ser declaradas abusivas [9]. Consequentemente, como o Tribunal de Justiça já declarou, «uma cláusula que […] figure [nessa lista] não deve ser necessariamente considerada abusiva e […], inversamente, uma cláusula que aí não figure pode, todavia, ser declarada abusiva» [10]. Para declarar uma cláusula abusiva, esta deve ser analisada em função do critério fixado no artigo 3.º, n.º 1, ainda que, como explicarei mais à frente, se deva presumir que algumas características desse critério estão preenchidas se a disposição contratual em causa se inserir no âmbito de aplicação do anexo.

47. Por conseguinte, à luz do direito da União, não se pode considerar que a alínea q) do n.º 1 do anexo impõe uma proibição geral das cláusulas que se insiram numa das categorias aí previstas. É apenas um exemplo de uma cláusula que *pode* ser considerada abusiva.

48. Há que salientar, além disso, que o artigo 8.º da Diretiva de 1993 confere aos Estados-Membros o direito de adotar ou manter disposições mais rigorosas para assegurar um nível de proteção mais elevado para o consumidor.

49. Por conseguinte, conforme salientou a Comissão nas suas observações escritas – e o seu representante também confirmou na audiência – as funções atribuídas aos órgãos jurisdicionais nacionais dependem da questão de saber se o Estado-Membro em causa decidiu adotar medidas legislativas adequadas para tornar a lista de cláusulas contida na alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993 juridicamente vinculativa e não apenas meramente indicativa.

50. No caso de o Estado-Membro não ter tomado esta medida e a legislação nacional não considerar abusivas as cláusulas abrangidas pela categoria prevista na alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993, os órgãos jurisdicionais nacionais devem, contudo, apreciar, à luz da definição do conceito de cláusula abusiva constante do artigo 3.º, n.º 1, e das clarificações feitas no artigo 4.º, n.º 1, da mesma diretiva, quanto aos elementos a ter em conta nessa apreciação, se as cláusulas sujeitas à sua fiscalização devem ser consideradas abusivas [11].

9 A utilização do verbo «poder» parece mais decisiva a este respeito do que a referência, feita no décimo sétimo considerando ou no artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva de 1993 à natureza «indicativa» desse anexo. Com efeito, e como a Comissão sublinhou na sua Exposição de motivos da Proposta reexaminada relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores [COM(93) 11 final], este adjetivo é ambíguo. Com efeito, poderá indicar que a lista que figura no anexo desta diretiva é incompleta ou que não tem força probatória especial.

10 Acórdão de 7 de maio de 2002, Comissão/Suécia, C-478/99, EU:C:2002:281, n.º 20.

11 Acórdão de 3 de junho de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, n.º 33.

51. Em contrapartida, numa situação em que o Estado-Membro em causa tenha de facto decidido que as cláusulas abrangidas pela categoria referida na alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993 devem ser consideradas abusivas, os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a declarar em consequência e desde o princípio o caráter abusivo de qualquer cláusula que tenha como objeto ou efeito a inversão do ónus da prova que passa a recair sobre os consumidores, sem que tenham de aplicar o critério previsto no artigo 3.º, n.º 1. Deve salientar-se, no entanto, que quando um Estado-Membro tiver adotado tais medidas, não é a alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993 que torna desnecessária qualquer análise adicional nos termos do anexo da Diretiva de 1993, mas sim a legislação nacional em causa.

52. No que diz respeito ao processo principal, conforme confirmaram todas as partes na audiência, e como também afirmou o órgão jurisdicional de reenvio, a Hungria reviu o seu Código Civil fazendo uso da possibilidade prevista no artigo 8.º da Diretiva de 1993 para estabelecer um nível de proteção ao consumidor mais elevado do que o exigido pelas disposições da própria diretiva. No entanto, uma vez que a Hungria não está obrigada a fazê-lo há que considerar que a obrigação imposta aos tribunais nacionais de declarar automaticamente nulas as cláusulas contratuais abrangidas pela alínea q) do n.º 1 do anexo, é matéria de *direito nacional* e não do direito da União.

53. Por conseguinte, considero que, à luz do direito da União, a resposta à primeira questão deve ser negativa. Dito de forma mais simples, há que responder que a alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993 não pode ser interpretada no sentido de que constitui uma proibição geral de qualquer cláusula contratual abrangida pelo seu âmbito de aplicação.

54. Apesar de o órgão jurisdicional de reenvio ter resumido perfeitamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria, manifestou a necessidade de questionar o Tribunal de Justiça sobre o efeito do anexo da Diretiva 93/13. Assim, nestas circunstâncias, considero que o Tribunal de Justiça pode considerar útil, aproveitar esta ocasião para clarificar determinados aspetos do critério que se deve aplicar para determinar as condições em que uma cláusula que inverte o ónus da prova deve ser considerada abusiva nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993.

55. De facto, o Tribunal de Justiça já declarou que o n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva de 1993 estabelece dois critérios para definir o conceito de cláusulas abusivas, a saber, por um lado, a «ausência de boa-fé» e, por outro lado, a «existência de um desequilíbrio significativo, em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato». Segundo a jurisprudência, o primeiro critério implica examinar se o profissional, tratando de forma leal e equitativa com o consumidor, este aceitaria uma cláusula desse tipo na sequência de uma negociação individual, ao passo que o segundo exige analisar se o contrato coloca o consumidor numa situação jurídica menos favorável do que a prevista no direito nacional em vigor [12].

56. Contudo, não creio que estes dois critérios devam ser apreciados separadamente.

57. Em primeiro lugar, do ponto de vista da redação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993, há que salientar que as expressões «boa-fé» e «desequilíbrio significativo» estão gramaticalmente ligadas pela preposição «a despeito d[e]». A utilização desta preposição não significa que a situação descrita constitua um requisito autónomo, mas serve para evidenciar o facto de que a criação de um

12 V. Acórdãos de 14 de março de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, n.os 68 e 69; de 26 de janeiro de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, n.os 58 a 60; e de 20 de setembro de 2017, Andriciuc e o., C-186/16, EU:C:2017:703, n.º 56.

desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes do contrato é o oposto da boa-fé que normalmente se espera. É, por conseguinte, claro que uma cláusula contida num contrato celebrado com um consumidor que não tenha sido objeto de negociação individual só pode ser considerada abusiva, para efeitos do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993 se:

– criar um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato, e

– este desequilíbrio for em detrimento do consumidor.

58. Consequentemente, uma vez que nos sistemas jurídicos que usam este preceito, a boa-fé é sempre presumida, a expressão «a despeito da exigência de boa-fé» deve ser entendida no sentido de que se refere simplesmente à situação que teria prevalecido na ausência de um desequilíbrio significativo e *não* como constituindo um requisito autónomo *em si mesmo*. Dito de outro modo, a expressão «a despeito da exigência de boa-fé» é essencialmente descritiva da situação provocada quando existe, de facto, um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes em detrimento do consumidor.

59. Em segundo lugar, no que diz respeito aos objetivos prosseguidos pela Diretiva de 1993, o décimo sexto considerando explica que a exigência da boa-fé implica uma avaliação global dos diversos interesses, tendo em conta, em especial, a força das posições de negociação das partes. Isto demonstra mais uma vez que o legislador da União não tinha a intenção de traçar uma linha clara entre estes dois conceitos e muito menos ainda de estabelecer o princípio de boa-fé como um critério geral e independente, dissociado das outras disposições específicas da Diretiva de 1993.

60. Em terceiro lugar, do ponto de vista sistemático, como salientaram alguns autores, uma cláusula que causa um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes é, em si mesma, contrária ao princípio da boa-fé [13].

61. Neste contexto, também se pode presumir que a referência feita no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993 à existência de um «desequilíbrio significativo» em relação ao conceito de «boa-fé» pode explicar-se pela ausência de um princípio geral de boa-fé nas tradições de *common law*, refletida nas legislações inglesa e irlandesa [14]. Além disso, ao subordinar a exigência da boa-fé à existência de um desequilíbrio significativo, o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993 permite definir objetivamente aquilo que, de outro modo, poderia dar lugar a interpretações divergentes do princípio da boa-fé, mesmo nos Estados-Membros que seguem a tradição do direito civil. Pode, pois, dizer-se que a Diretiva de 1993 concilia a este respeito as várias abordagens existentes nos Estados-Membros quanto às relações contratuais.

62. Tendo em conta o exposto, considero, por conseguinte, apesar da referência feita à boa-fé no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993, que o caráter abusivo de uma cláusula pode ser deduzido da circunstância única de que essa cláusula produz um desequilíbrio significativo entre os direitos contratuais das partes, causando assim um prejuízo ao consumidor. Trata-se, em substância, do único critério do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993, não sendo necessário demonstrar além disso que a referida cláusula foi incluída em resultado da ausência de boa-fé.

13 V., por exemplo, Tenreiro M., «The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems – The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms», *3 European Review of Private Law*, 2.ª ed., 1995, pp. 273 a 279.

14 Para o direito inglês, v., por exemplo, Globe Motors Inc/TRW Lucas Variety Electric Steering Ltd [2016] EWCA Civ 396, e, para o direito irlandês, Flynn &. Benray/Breccia & McAteer [2017] IECA , [2017] 1 ILRM 369, Morrissey/Irish Bank Resolution Corporation [2017] IECA 162.

63. A segunda clarificação que seria útil fazer diz respeito à natureza jurídica do anexo. Embora o facto de uma cláusula específica estar contida no anexo não ser suscetível de determinar automaticamente e *por si só* o caráter abusivo de uma cláusula controvertida, o Tribunal de Justiça declarou que «constitui, todavia, um elemento essencial com base no qual o órgão jurisdicional competente pode apreciar o caráter abusivo dessa cláusula» [15].

64. Neste caso, a referência a um «elemento essencial» é, talvez, uma matéria que poderia ser útil clarificar, pois não creio que estas palavras possam – ou sequer tenham sido destinadas a ser – entendidas num sentido absolutamente literal.

65. Em primeiro lugar, há que observar que, embora o Tribunal de Justiça tenha precisado que o conteúdo do anexo não é suficiente, «por si só» e não determina «automaticamente», para efeitos do direito da União, o caráter abusivo de uma cláusula contratual, o Tribunal de Justiça também nunca excluiu expressamente a possibilidade de o anexo poder ser, pelo menos parcialmente, ou mesmo presumivelmente, indicativo do caráter abusivo de uma determinada cláusula.

66. Em segundo lugar, cada categoria de cláusulas mencionadas no anexo refere-se a situações em que a existência de um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes é de tal modo evidente que é difícil ver como poderia ser de outro modo.

67. Consequentemente, considero que a afirmação do Tribunal de Justiça de que o anexo da Diretiva de 1993 é «um elemento essencial com base no qual o órgão jurisdicional competente pode apreciar o caráter abusivo dessa cláusula» deve ser entendido no sentido de que quando uma cláusula preenche os critérios para se enquadrar numa das categorias mencionadas no anexo, os órgãos jurisdicionais nacionais podem presumir que esta cláusula cria um desequilíbrio [16]. No entanto, dado que o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993 visa as situações de desequilíbrio que, em primeiro lugar, são significativas, em segundo lugar, são prejudiciais aos consumidores e, em terceiro lugar, dizem respeito a direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato, os órgãos jurisdicionais nacionais estão em todo o caso obrigados a apreciar se estes três outros critérios estão igualmente preenchidos antes de poder chegar a qualquer conclusão quanto ao caráter abusivo da cláusula em questão [17].

68. Em resumo, portanto, quanto à primeira questão, considero que a alínea q) do n.º 1, do anexo da Diretiva de 1993 não constitui uma proibição geral relativamente a qualquer cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual e que tenha como objeto ou efeito a inversão do ónus da prova, quando este ónus deveria, segundo a legislação aplicável, caber naturalmente à outra parte. Por outro lado, o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993 opõe-se a uma cláusula contratual, enquanto abusiva, que tenha por efeito limitar ou excluir o acesso dos consumidores a um mecanismo de resolução de litígios em circunstâncias em que, caso o órgão jurisdicional nacional assim o decida, o mutuante apenas tenha de invocar essa cláusula para que o litígio seja considerado como tendo sido resolvido.

15 Acórdão de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242, n.º 26, e do Acórdão de 30 de maio de 2013, Asbeek Brusse and de Man Garabito C-488/11, EU:C:2013:341, n.º 55.

16 Esta posição também é coerente com a palavra «objeto» utilizada no primeiro período do anexo, o que implica que, em alguns casos, determinadas consequências quanto ao caráter desequilibrado de uma cláusula específica podem ser extraídas simplesmente em razão do seu conteúdo.

17 Esta conclusão não é contrariada nem pelo teor do artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva de 1993, nem pelo seu décimo sétimo considerando. Por um lado, o artigo 3.º, n.º 3, não esclarece por que motivo as categorias de cláusulas mencionadas no anexo não devem ser automaticamente consideradas abusivas. Por outro lado, embora decorra do décimo sétimo considerando da Diretiva de 1993 que a lista anexa de cláusulas tem um valor indicativo dado que a diretiva só exige um mínimo de harmonização, tal circunstância não exclui que o legislador da União tenha, no entanto, considerado que o caráter mínimo da harmonização deve abranger a obrigação de os Estados-Membros considerarem que se presume que as categorias de cláusulas referidas no anexo criam um desequilíbrio entre os direitos e obrigações das partes.

3. Segunda questão

69. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se, caso seja necessário apreciar, com fundamento na alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993, o objetivo ou o efeito da cláusula contratual, deve-se determinar que impede o exercício dos direitos dos consumidores uma cláusula contratual

– «nos termos da qual o devedor que tenha a qualidade de consumidor tem razões fundamentadas para considerar que tem de cumprir o contrato na íntegra, incluindo todas as suas cláusulas, na forma e na medida impostas pelo mutuante, mesmo que o devedor tenha a convicção de que a prestação exigida pelo mutuante não é exigível;

– cujo efeito consiste em limitar ou afastar o acesso do consumidor a um meio de resolução de conflitos baseado numa negociação equitativa, pelo facto de, para considerar o litígio decidido, bastar ao mutuante invocar essa cláusula contratual?»

70. Tendo em conta a resposta dada à primeira questão, considero que a segunda questão deve ser entendida no sentido de que visa a interpretação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993 e se destina a saber se uma cláusula abrangida numa das duas hipóteses referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio deve ser considerada abusiva. Proponho, por razões de conveniência, iniciar a minha análise pela segunda hipótese.

a) Segunda hipótese: consumidores têm acesso limitado ao sistema judicial

71. O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993 estabelece que uma cláusula 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».

72. Tal como acima referido, para determinar se, nos termos deste artigo, uma cláusula cria um «desequilíbrio significativo», os órgãos jurisdicionais nacionais devem comparar os direitos e obrigações das partes decorrentes da cláusula controvertida com os que prevaleceriam sem ela [18].

73. No que diz respeito aos direitos e obrigações das partes que decorrem do direito nacional, sublinho que, tal como previsto no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva de 1993, os Estados-Membros devem prever normas processuais que garantam o respeito dos direitos individuais decorrentes da Diretiva de 1993 para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas. Isto implica a exigência de conceder aos consumidores o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, consagrada também no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [19].

74. Se a cláusula contratual em questão no presente processo tivesse o efeito de permitir que os mutuantes pusessem fim a qualquer ação judicial considerando resolvido o litígio, isso impediria, em substância, que os devedores iniciassem os seus próprios processos. O que, por sua vez, privaria os devedores do seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva. Uma cláusula deste tipo levaria manifestamente a um profundo desequilíbrio na relação contratual normal entre as partes, em nítido detrimento do consumidor. Deveria, por conseguinte, ser considerada abusiva na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993.

18 Acórdão de 14 de março de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, n.º 68.

19 Acórdão de 13 de setembro de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, n.º 59.

75. Contudo, no caso em apreço, dos elementos dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe, resulta que a Kúria (Supremo Tribunal) declarou numa série de decisões judiciais que umas cláusulas semelhantes se referem apenas à existência de um processo nacional de execução notarial e que tais cláusulas não visam, de modo algum, excluir o direito do mutuário de iniciar os procedimentos legais adequados.

76. Neste contexto, antes de examinar se uma cláusula desta natureza pode ser declarada abusiva, há que verificar se o artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva de 1993, nos termos do qual as disposições da presente diretiva não se aplicam às cláusulas contratuais decorrentes de disposições legislativas imperativas, é ou não aplicável.

77. A este respeito, considero que, uma vez que o Banco não está obrigado a utilizar o processo nacional de execução notarial, uma cláusula desse tipo não pode ser considerada obrigatória para efeitos das exclusões previstas no artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva de 1993.

78. Contudo, como já observei, o caráter abusivo de uma cláusula contratual deve ser apreciado comparando os direitos e obrigações estabelecidos no contrato com os que teriam prevalecido na sua ausência. Por conseguinte, uma cláusula que apenas chama a atenção do cliente para a existência de uma disposição legislativa não altera essa situação em seu detrimento. Mesmo na ausência de tal disposição contratual, a outra parte poderia, em qualquer caso, utilizar a disposição legislativa em causa, assumindo, obviamente, que ela era, de facto, aplicável.

79. No caso em apreço, a cláusula contratual controvertida parece fazer simplesmente referência à existência de um processo nacional de execução notarial, ainda que esta seja, em última análise, uma matéria da competência do órgão jurisdicional nacional. Se, no entanto, assim for, daí resulta, por conseguinte, por todas as razões que acabo de expor, que essa cláusula não pode ser considerada abusiva.

b) Primeira hipótese: consumidores são levados a acreditar que devem cumprir o contrato segundo as exigências do mutuante

80. A primeira hipótese mencionada pelo órgão jurisdicional de reenvio na segunda questão refere-se, em substância, a uma cláusula contratual que, objetivamente considerada, transmite a impressão a um consumidor que tem de cumprir o contrato, na forma e medida impostas pelo mutuante, mesmo que, em substância, a prestação exigida não seja devida, total ou parcialmente.

81. Conforme refere o órgão jurisdicional de reenvio no seu pedido, a hipótese examinada no caso em apreço refere-se a uma cláusula contratual que, em si mesma, é perfeitamente clara, mas que, não obstante, dá a impressão ao consumidor de que, uma vez que o contrato foi formalizado mediante um documento notarial, este constituirá prova irrefutável e definitiva de qualquer dívida que possa surgir no futuro no âmbito do contrato. Por outras palavras, a questão, na realidade, consiste em saber se uma disposição contratual pode ser qualificada abusiva *apenas* devido à *impressão* que uma cláusula, redigida, de resto, de maneira gramaticalmente correta, é suscetível de criar na mente do consumidor médio

82. Seria talvez ingénuo supor que os redatores de contratos não procuram tirar partido das possíveis assimetrias de informação entre eles e os consumidores em vários sentidos. Um primeiro estratagema óbvio e bem conhecido é procurar ocultar ao consumidor os efeitos jurídicos precisos de uma cláusula específica. O segundo, que parece subentendido pelo órgão jurisdicional de reenvio, surge quando o redator procura induzir os consumidores a agir de determinada forma quando, do ponto de vista jurídico, tal comportamento não é, de facto, exigido. Por outras palavras, embora a informação contida na cláusula seja correta do ponto de vista jurídico, é apresentada de uma forma que é

suscetível de induzir o consumidor a agir de maneira diferente [20].

83. Obviamente, no caso do primeiro artifício (isto é, o da ocultação) a cláusula em questão que já mencionei, deve ser examinado por referência ao artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993, uma vez que os órgãos jurisdicionais nacionais devem apreciar o efeito jurídico real produzido pela cláusula e determinar se tal cláusula cria um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes em detrimento do consumidor.

84. Quanto ao segundo artifício, cabe recordar que o anexo da Diretiva de 1993 deve ser interpretado no sentido de que não se refere aos possíveis objetivos que os redatores de uma cláusula contratual deste tipo tinham em mente [21]. No entanto, uma vez que a apreciação do caráter abusivo de uma cláusula, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, desta diretiva, se baseia no equilíbrio dos direitos e obrigações das partes, só importa o efeito jurídico produzido pela cláusula. Se tal cláusula só tem como efeito induzir os consumidores a crer que devem agir de uma forma que não é exigida por lei, então o eventual caráter abusivo dessa cláusula não está abrangido pela Diretiva de 1993.

85. Contudo, há que salientar que a redação do artigo 5.º não dispõe expressamente que o facto de uma cláusula não estar redigida de forma clara e compreensível constitui um fundamento autónomo para declarar uma cláusula abusiva. Esta disposição limita-se a estabelecer que no caso de uma cláusula não estar redigida de forma «clara e compreensível» isto é «em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula» deve prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor.

86. Além disso, decorre do décimo sexto considerando e do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva de 1993 que existe apenas um critério para uma cláusula abusiva, a saber, o previsto no próprio artigo 3.º, n.º 1. Por conseguinte, o artigo 5.º, constitui um critério alternativo do caráter abusivo, ao invés, fornece apenas uma regra interpretativa para determinar o efeito jurídico produzido por tais cláusulas. Daí decorre, que, quando uma cláusula específica não é redigida de forma clara e compreensível, o recurso à regra interpretativa do artigo 5.º pode servir para mitigar quaisquer interpretações potencialmente adversas ou abusivas dessa disposição. É apenas quando, tal como interpretada nos termos do artigo 5.º, a cláusula ainda cria o tal desequilíbrio contratual em detrimento do consumidor, que pode ser considerada abusiva. Todavia, nesse caso, o caráter abusivo será apreciado simplesmente à luz do critério previsto no artigo 3.º, n.º 1, e não à luz da regra interpretativa do artigo 5.º

87. É verdade que o Acórdão Verein für Konsumenteninformation, de 28 de julho de 2016 (C-191/15, EU:C:2016:612, n.º 68), talvez tenha suscitado dúvidas, nomeadamente sobre a questão de saber se uma cláusula pode ser declarada abusiva simplesmente porque não foi redigida de forma clara e compreensível. De facto, o Tribunal de Justiça considerou que o caráter abusivo dessa cláusula pode resultar de uma formulação que não satisfaça a exigência de uma redação clara e compreensível enunciada no artigo 5.º da Diretiva de 1993. Em consequência, o Tribunal de Justiça inferiu daí que uma cláusula previamente formulada sobre a escolha do direito aplicável que designa a lei do Estado-Membro em que o profissional se encontra estabelecido é abusiva. Não o fez à luz dos efeitos jurídicos em si – mas sim porque a referida cláusula era enganosa para os consumidores, uma vez que não eram informados da existência de certas disposições legais imperativas [22].

20 Por exemplo, a repetição de algumas expressões ou o uso de alguma formulação sofisticada, embora gramaticalmente correta e juridicamente precisa, pode às vezes dar aos consumidores a impressão de que não podem contestar a validade de uma cláusula, mesmo que legalmente tenham o direito de o fazer. Exigir, além disso, que os consumidores declarem perante um notário que têm conhecimento de cada cláusula do empréstimo, a incorporação desta declaração num instrumento autêntico e, em seguida, fazer-se várias referências à existência de um processo de execução notarial da hipoteca pode, porventura, em combinação com outros elementos, ter o efeito de dissuadir os consumidores de exercerem os seus direitos. Isto pode ser especialmente certo em países em que, devido às perceções comuns naqueles Estados-Membros (como a Hungria) em que este procedimento de execução notarial é normalmente utilizado e em que um instrumento notarial é considerado um compromisso irrevogável.

21 V. as minhas considerações preliminares.

22 V. n.º 71.

88. No entanto, há que assinalar que, antes de chegar a esta conclusão, o Tribunal de Justiça o Tribunal de Justiça recordou, ainda assim, no n.º 67 do mesmo acórdão, que, para declarar uma cláusula abusiva, esta deve provocar um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes, o que é suscetível de demonstrar que a intenção do Tribunal de Justiça não era criar um segundo critério de caráter abusivo.

89. Em qualquer caso, considero que o referido acórdão talvez tenha sobrestimado um pouco o alcance do «requisito de transparência» identificado pelo Tribunal de Justiça [23] na sua jurisprudência anterior [24]. Nestas circunstâncias, considero, com o devido respeito, que o Tribunal de Justiça deve voltar à sua abordagem anterior, segundo a qual o artigo 5.º da Diretiva de 1993 não estabelece um critério autónomo do caráter abusivo, distinto daquele que figura no artigo 3.º, n.º 1. Por conseguinte, creio que o Tribunal de Justiça deveria declarar que o artigo 5.º simplesmente articula uma regra interpretativa ao estabelecer que, quando as cláusulas relevantes do contrato não forem redigidas «de forma clara e compreensível» e houver dúvidas sobre o significado da cláusula em questão «prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor». Só quando, mesmo após a aplicação da regra interpretativa que figura no artigo 5.º a cláusula ainda produz um desequilíbrio significativo entre as partes, é que entra em jogo o critério do artigo 3.º, n.º 1 [25].

90. Contudo, o órgão jurisdicional de reenvio pode ter em conta que a legislação europeia sobre práticas comerciais abusivas entre empresas e consumidores contém disposições específicas relativas à informação enganosa, em especial, o artigo 6.º, n.º 1, alínea g) e o artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2005/29. Uma vez que esta diretiva não foi mencionada pelo órgão jurisdicional de reenvio e que a sua relevância não foi discutida pelas partes, considero que não é necessário aprofundar esta questão.

91. Daqui resulta, por conseguinte, que uma cláusula contratual não pode ser considerada abusiva em virtude da Diretiva de 1993, pelo *simples* facto de que tal cláusula pode transmitir a impressão ao consumidor de que o cumprimento de uma determinada obrigação contratual é exigido quando, à luz do teor literal real da cláusula contratual, não se exige de facto esse cumprimento. Tendo em conta o verdadeiro critério de caráter abusivo constante do artigo 3.º, n.º 1, é necessário demonstrar que a cláusula cria um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes, o que, no caso em apreço, operou em detrimento do consumidor.

4. Terceira questão

92. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 5.º da Diretiva de 1993 deve ser interpretado no sentido de que se deve considerar que uma cláusula é redigida de forma clara e compreensível quando os seus efeitos jurídicos só podem ser determinados através da interpretação de normas nacionais, relativamente às quais não existia uma prática jurisdicional uniforme no momento da celebração do contrato e sem que essa prática se tenha cristalizado nos anos subsequentes, ainda que a redação seja compreensível e clara.

23 Creio que este requisito de transparência apenas diz respeito ao artigo 4.º, n.º 2, segundo o qual a apreciação da natureza abusiva das cláusulas não diz respeito à definição do objeto principal do contrato, desde que estas cláusulas sejam claras e compreensíveis. Com efeito, a razão de ser do requisito de inteligibilidade estabelecido no artigo 4.º, n.º 2, é que, na medida em que tais cláusulas dizem respeito ao objeto principal do contrato, é expectável que os consumidores tenham dado o seu consentimento à celebração do contrato tendo em conta esses elementos. Assim, ao contrário das outras cláusulas de um contrato de adesão que os consumidores não leem, não é provável que os termos relacionados com o objeto principal do contrato apanharem o consumidor desprevenido. Por conseguinte, embora a exigência de redação compreensível que figura no artigo 4.º, n.º 2, tenha o mesmo alcance que a do artigo 5.º da referida diretiva, as consequências da sua violação não são as mesmas, uma vez que o objetivo prosseguido por estas duas disposições não é idêntico. No primeiro caso, este objetivo consiste em verificar se a presunção que acabamos de recordar é correta (e, portanto, que o consumidor estava em condições de avaliar, com base em critérios claros e compreensíveis, as consequências económicas para ele decorrentes do objeto principal do contrato), enquanto para o artigo 5.º, como creio, o objetivo consiste em determinar, na perspetiva do critério consagrado no artigo 3.º, n.º 2, como deve ser interpretada uma cláusula.

24 V. Acórdãos de 26 de fevereiro de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, n.º 73, e de 20 de setembro de 2018, Danko e Danková, C-448/17, EU:C:2018:745, n.º 61.

25 V., por exemplo, Acórdão de 9 de julho de 2015, Bucura, C-348/14, não publicado, EU:C:2015:447, n.º 64.

93. Como já referi, o artigo 5.º da Diretiva de 1993 estabelece que «[n]o caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível». Tal implica que a redação de uma cláusula deve articular claramente os efeitos jurídicos resultantes dessa cláusula. Por conseguinte, qualquer apreciação da questão de saber se uma cláusula é compreensível deve basear-se, pelo menos numa primeira fase, na redação em causa.

94. No entanto, no caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio refere-se à situação de uma cláusula em que a redação é clara, mas cujo significado jurídico foi obscurecido pela existência de jurisprudência contraditória relativa à interpretação da cláusula em questão.

95. Por conseguinte, a questão deve ser entendida no sentido de que se refere à existência de uma eventual obrigação de informação do consumidor sobre a jurisprudência contraditória nesta matéria, para além da obrigação prevista no artigo 5.º de redigir cláusulas de forma clara e compreensível. No seu Acórdão de 28 de julho de 2016, Verein für Konsumenteninformation (C-191/15, EU:C:2016:612, n.º 69), o Tribunal de Justiça considerou, relativamente a uma cláusula que estipula que o contrato é regido pelo direito do Estado-Membro em que o profissional está estabelecido, que «quando os efeitos de uma cláusula são determinados por disposições legislativas imperativas, é essencial que o profissional informe o consumidor dessas disposições».

96. Deve, contudo, observar-se que a Diretiva de 1993 não contém qualquer referência a esse dever. Pelo contrário, a existência de tal obrigação é contrariada pela redação do artigo 5.º, que pressupõe que as informações essenciais sobre o contrato devem figurar no próprio contrato.

97. Além disso, e independentemente de qualquer posição que o Tribunal de Justiça possa adotar no que respeita à questão de saber se no artigo 5.º está consagrado um critério autónomo do caráter abusivo, pela minha parte duvido que o artigo 5.º possa ser corretamente interpretado no sentido de que impõe uma obrigação mais ampla relativamente ao redator do contrato de alertar os consumidores sobre o impacto real ou potencial das decisões judiciais no que diz respeito à interpretação destas disposições legais. Neste contexto, há que observar, antes de mais, que o quinto e o sexto considerando da diretiva mencionam expressamente o facto de que «regra geral, os consumidores de um Estado-Membro desconhecem as regras por que se regem, *nos outros* Estados-Membros, os contratos relativos à venda de bens ou à oferta de serviços» [26]. Isto, por si só, sugere que a diretiva se baseia, pelo menos de forma tácita, no facto de que, embora os consumidores geralmente não conheçam o *direito estrangeiro*, devem ter um conhecimento suficiente do seu próprio sistema jurídico no que diz respeito à aplicação dos contratos celebrados com os consumidores.

98. Em segundo lugar, se o artigo 5.º da Diretiva de 1993 tivesse este sentido, poderia potencialmente comportar um ónus considerável e, na verdade, incerto para o profissional em causa. Assim, poderá perguntar-se, o redator do contrato deveria resumir ou explicar as consequências jurídicas de uma cláusula á luz de uma série de decisões judiciais potencialmente contraditórias ou incoerentes? Uma obrigação deste tipo pode ser particularmente onerosa nos sistemas de *common law* onde grande parte do direito dos contratos (é certo que não todo) se baseia não nas disposições de um código geral (como sucede na grande maioria dos Estados-Membros) ou da lei, mas sim na interpretação de uma série de decisões judiciais. No entanto, mesmo no caso de sistemas de direito civil em que as decisões judiciais talvez não sejam tão cruciais para a compreensão do direito contratual como no caso dos sistemas de *common law*, tal obrigação pode, mesmo assim, revelar-se muito difícil de cumprir.

26 O sublinhado é meu.

99. Em terceiro lugar, tal interpretação do artigo 5.º da Diretiva de 1993 seria, na prática, inviável. Com efeito, o vigésimo considerando da diretiva prevê que «o consumidor deve efetivamente ter a oportunidade de tomar conhecimento de todas as cláusulas […]». Poderá perguntar-se: deve realmente sugerir-se que como consequência do acórdão os consumidores recebam um resumo de decisões judiciais da parte de potenciais fornecedores antes da celebração de um contrato com os consumidores? Mesmo que esta obrigação fosse limitada a grandes compras dos consumidores [27] – como, no presente caso, a escritura de constituição de uma hipoteca para a compra de uma casa – pode-se imaginar a impaciência (para não falar da estupefação) que o consumidor médio poderia mostrar perante o que poderia assemelhar-se a um seminário sobre noções básicas de direito dos contratos ministrado por pessoal não qualificado. Em qualquer caso, se tal obrigação de grande alcance fosse imposta pela diretiva, seria de esperar que fosse referida de forma muito clara.

100. Portanto, não posso deixar de pensar, que é necessário que o Tribunal de Justiça reexamine e, de facto, reveja parte da argumentação contida no n.º 69 do Acórdão Verein für Konsumenteninformation.

101. É certo que é necessário chamar a atenção para os factos na base dessa decisão. O processo dizia respeito a uma ação movida por um grupo de consumidores que contestava a validade de certas cláusulas contidas em contratos-tipo de venda eletrónica que a grande empresa multinacional de vendas a retalho em linha, a Amazon, tinha celebrado com consumidores austríacos. A Amazon não tinha sede ou outro estabelecimento na Áustria. Uma dessas disposições contratuais estabelecia simplesmente que o contrato era regido pela lei do Luxemburgo. Não havia, por exemplo, qualquer referência às disposições pertinentes do Regulamento Roma 1 [28] destinadas a proteger o consumidor em matéria de cláusulas de escolha da lei aplicável. A cláusula também não indicava sequer que os direitos legais concedidos aos consumidores pelo direito austríaco não eram afetados pela escolha da lei luxemburguesa.

102. Por conseguinte, dificilmente surpreende a conclusão de que tal cláusula era abusiva. Com efeito, se existe um *leitmotif* fundamental no regime de proteção previsto pelos Regulamentos de Bruxelas e de Roma, é que os consumidores devem ser protegidos contra o funcionamento de cláusulas contratuais destinadas a afastá-los das jurisdições ou sistemas de direito com os quais estão familiarizados. Visto desta forma, uma cláusula contratual que prevê a aplicação da lei luxemburguesa aos consumidores austríacos sem fazer referência às proteções contidas no Regulamento Roma 1 relativamente a essa escolha da lei aplicável representa quase um exemplo clássico de uma cláusula abusiva contida num contrato celebrado com um consumidor, precisamente porque a falta de informação a tais consumidores de que os seus direitos legais garantidos pela lei austríaca não podia ser posta em causa pela cláusula de escolha da lei estrangeira era, por si só, abusiva.

103. Por conseguinte, considero que as observações do Tribunal de Justiça no n.º 69 no Acórdão Verein für Konsumententinformation, devem ser interpretadas à luz destas circunstâncias especiais e no contexto geral das disposições de conflitos de leis – e da proteção dos consumidores que estas implicam – que figuram nos artigos 4.º, 6.º e 9.º do Regulamento de Roma [29].

27 Uma distinção que, de qualquer modo, não é feita pela própria diretiva.

28 Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) (JO 2008 L 177, p. 6).

29 Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) (JO 2008, L 177, p. 6).

104. Se, no entanto, se entender que as observações do Tribunal de Justiça implicam uma obrigação geral por parte do profissional de informar o consumidor da existência de disposições legais imperativas, receio que tal afirmação não possa, com o devido respeito, ser apoiada. Embora o Tribunal de Justiça não adira formalmente a um sistema de precedentes, ainda assim, dada a importância da decisão no Acórdão Verein für Konsumententinformation, seria desejável que essas observações fossem, no mínimo, precisadas ou talvez até mesmo revistas.

105. Segundo esta opinião, importa recordar que o direito dos contratos de todos os Estados-Membros contém disposições legais imperativas, muitas das quais se destinam expressamente a proteger os consumidores. É certamente o caso dos sistemas de direito civil aos quais a grande maioria dos Estados-Membros adere, uma vez que os seus códigos nacionais estão repletos de disposições desta natureza. No entanto, isso também é verdade nos sistemas de *common law*. Embora, como já observei, grande parte do direito dos contratos derive nos sistemas de *common law* de decisões judiciais, existem, no entanto, muitos exemplos importantes de disposições imperativas desse tipo que foram impostas por lei.

106. Por conseguinte, todo o direito dos contratos dos Estados-Membros contém uma vasta gama de disposições imperativas, que vão desde, por exemplo cláusulas implícitas sobre a conformidade com a finalidade a que se destinam os bens fornecidos ou os serviços prestados, por um lado, até a regras especiais relativas à transmissão de bens imóveis, por outro. Assim, não seria realista sugerir que os consumidores devem ser informados pelo profissional sobre cada uma das disposições legais imperativas antes da celebração de um contrato. Dado que o Acórdão Verein für Konsumententinformation se baseia, certamente, na ideia de que os consumidores devem efetivamente ter a oportunidade de analisar todas as cláusulas contratuais a fim de poderem influenciar o seu conteúdo [30], de modo que, deve partir-se do princípio de que, em qualquer caso, o Tribunal de Justiça não exigiu que todas as disposições legais imperativas aplicáveis tenham de ser levadas ao conhecimento do consumidor, mas sim apenas aquelas que influenciam diretamente o seu consentimento.

107. Nestas circunstâncias, sugiro que, em primeiro lugar, a obrigação de informação estabelecida pelo Acórdão do Tribunal de Justiça no processo Verein für Konsumenteninformation seja entendida como limitada à hipótese específica referida nesse processo, a saber, a de uma cláusula que rege a lei aplicável, não obstante a redação aparentemente ampla contida no n.º 69 do acórdão. Este entendimento do acórdão seria também conforme com o quinto e o sexto considerando da Diretiva de 1993, que falam da necessidade de proteger os consumidores que, em geral, desconhecem a lei de jurisdições diferentes da sua.

108. Em segundo lugar, de qualquer forma, creio, no entanto, que seria útil que o Tribunal de Justiça clarificasse ou mesmo revisse a redação do n.º 69 do Acórdão Verein für Konsumenteninformation. A este respeito, proponho que o Tribunal de Justiça declare que, na ausência das circunstâncias especiais de uma cláusula de escolha de direito estrangeiro como a que estava em causa nesse processo, não existe qualquer obrigação geral de os profissionais chamarem a atenção dos clientes para a existência de disposições legais imperativas desta natureza antes da celebração do contrato.

30 V. n.os 63 e 68.

109. Quanto à questão submetida, considero que a existência de qualquer dever de informação deverá decorrer da Diretiva 2005/29 e não da Diretiva de 1993 e que este dever apenas diz respeito a informação-chave [31]. Contudo essa obrigação não deve chegar ao ponto de incluir um resumo detalhado da jurisprudência existente. Em todo o caso, daí resulta que a existência de uma jurisprudência contraditória não basta, por si só, para demonstrar que uma cláusula contratual que, por sua vez, não refira e explique essa jurisprudência é incompreensível para efeitos do artigo 5.º da Diretiva de 1993.

5. Quarta questão

110. Com a sua quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a alínea m) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993 deve ser interpretado no sentido de que se aplica a uma cláusula contratual que não foi negociada individualmente no caso de se habilitar a parte que contrata com o consumidor a determinar unilateralmente se a prestação do consumidor respeita o disposto no contrato, ainda antes do cumprimento de qualquer prestação pelas partes contratantes.

111. A este respeito, deve recordar-se que a alínea m) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993 se refere às cláusulas que têm como objeto ou efeito facultar ao profissional o direito de decidir, *inter alia*, se a «coisa […] ou o serviço» fornecido está em conformidade com as disposições do contrato ou conferir-lhe o direito exclusivo de interpretar qualquer cláusula do contrato. Ora, resulta da utilização da expressão «coisa […] ou […] serviço» que a alínea m) do n.º 1 do anexo não se refere a *todas* as obrigações contratuais decorrentes do contrato, mas apenas às que dizem respeito à questão de saber se a coisa ou o serviço foram entregues ou fornecidos em conformidade com o contrato. De facto, se se pretendesse que a alínea m) do n.º 1 se aplicasse a todas e quaisquer obrigações decorrentes do contrato, o legislador da União teria provavelmente utilizado palavras diferentes de «coisa […] ou […] serviço».

112. Por conseguinte, uma cláusula que «[habilita] a parte que contrata com o consumidor a determinar unilateralmente se a prestação do consumidor respeita o disposto no contrato» não se enquadra, como tal, na alínea m) do n.º 1 do anexo da Diretiva de 1993, embora possa em certas circunstâncias equivaler a uma cláusula abusiva por força do disposto no artigo 3.º, n.º 1 da referida diretiva, devido ao facto de, quase por definição, criar um desequilíbrio significativo entre o direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.

113. Repito, portanto, que a alínea m) do n.º 1 se aplica apenas às cláusulas que conferem ao profissional o direito exclusivo de determinar se os *bens ou serviços* entregues ou fornecidos estão em conformidade com o contrato: não se aplica à execução do contrato em geral.

IV. Conclusões

114. Tendo em atenção as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda do seguinte modo às questões prejudiciais que lhe foram submetidas pelo Fővárosi Ítélőtábla (Tribunal de Recurso de Budapeste–Capital):

1) A alínea q) do n.º 1 do anexo da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores deve ser interpretada no sentido de que não equivale a uma proibição geral relativamente a qualquer cláusula não negociada individualmente cuja finalidade ou cujo efeito seja o de inverter o ónus da prova quando este ónus deveria, de acordo com a legislação aplicável, recair naturalmente sobre a outra parte.

31 V., por analogia, Acórdão de 7 de setembro de 2016, Deroo-Blanquart, C-310/15, EU:C:2016:633, n.º 48.

2) O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma cláusula contratual, enquanto abusiva, que tenha por efeito limitar ou excluir o acesso dos consumidores a um mecanismo de resolução de litígios. Pelo contrário, uma cláusula contratual que dê ao consumidor razões fundamentadas para considerar que tem de cumprir o contrato na íntegra na forma e na medida impostas pelo mutuante, mesmo que tal seja contestado pelo consumidor, não é, no entanto, uma cláusula contratual abusiva na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho.

3) O artigo 5.º da Diretiva 93/13/CEE do Conselho deve ser interpretado no sentido de que a ausência de uma prática jurisdicional nacional uniforme relativa à interpretação de uma cláusula-tipo específica não é suficiente, por si só, para concluir que essa cláusula não está redigida de forma clara e compreensível.

4) A alínea m) do n.º 1 do anexo da Diretiva 93/13/CEE do Conselho deve ser interpretada no sentido de que não se aplica, enquanto tal, a uma cláusula contratual que não tenha sido negociada individualmente e que autorize a parte que contrata com o consumidor a determinar unilateralmente se a prestação do consumidor respeita o disposto no contrato. Contudo, em determinadas circunstâncias, pode-se considerar que uma cláusula deste tipo viola o disposto no artigo 3.º, n.º 1, da diretiva.