

R O M Â N I A

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ

Dosar nr. (...)

ÎNCHEIERE

Ședința publică din data de 27 Februarie 2019

Completul constituit din:

PREȘEDINTE: (...)

JUDECĂTOR: (...)

GREFIER: (...)

S-a luat în examinare apelul declarat de apelanta-pârâtă BANCA B. SA, în contradictoriu cu intimatul-reclamant A.A.A., împotriva sentinței civile nr. 94/23.01.2018, pronunțată în dosarul nr. (...) al Tribunalului Specializat Cluj, având ca *obiect constatare nulitate act*.

În ședința publică din 26 februarie 2019 s-a pus în discuție chestiunea referitoare la oportunitatea și necesitatea sesizării CJUE cu o serie de întrebări preliminare, mersul dezbaterilor fiind consemnat în încheierea de ședință de la aceeași dată, când instanța a rămas în pronunțare asupra oportunității sesizării CJUE. Se constată că apelanta – pârâtă a depus la dosar la data de 27.02.2019 note scrise.

INSTANȚA

Asupra cererii de sesizare a Curții de Justiție a Uniunii Europene,
Din examinarea actelor și lucrărilor cauzei, s-au reținut următoarele:

1. Circumstanțele cauzei. Cadrul procesual

Prin cererea de chemare în judecată înregistrată la data de 9 iunie 2017 pe rolul Tribunalului Specializat Cluj, astfel cum a fost modificată prin cererea adițională depusă la 21 iunie 2017, reclamantul A.A.A. a chemat-o în judecată pe pârâta BANCA B. SA, solicitând instanței ca prin hotărârea ce se va pronunța să se constate nulitatea absolută, ca urmare a constatării caracterului abuziv al clauzelor din contractul de credit nr. 1722/05.06.2007, cuprinse în pct. 5- partea referitoare la dobânda variabila; precum și a clauzelor abuzive din condițiile generale - anexa la contractul de credit nr. 1722/05.06.2007 cuprinse în pct. 2.6 pct. 2.10, pct. 2.11, pct. 2.11 - cu privire la dobânda variabila, cu consecința desființării graficului de rambursare întocmit cu aplicarea clauzelor sus menționate.

Totodată, reclamantul a solicitat obligarea pârâtei la modificarea prevederilor contractuale prin raportare la clauzele contractuale a căror nulitate s-a solicitat prin petitul anterior, precum și la voința ambelor părți din momentul semnării contractului, respectiv să recalculeze atât pentru trecut cât și pentru viitor nivelul dobânzii percepute reclamantului după următoarea formulă: în principal valoarea indicelui de referință EURIBOR 6M plus 1,5 puncte procentuale iar în subsidiar dobânda fixă în valoarea avută în vedere la încheierea contractului de credit, respectiv 7,4%.

A mai solicitat obligarea pârâtei la restituirea către reclamant a sumelor achitate în plus ca urmare a declarării abuzive a clauzelor menționate la primul petit, respectiv în principal diferența dintre dobânda efectiv achitată și dobânda calculată în baza formulei EURIBOR 6M plus 1,5% pe an după primul an de creditare, iar în subsidiar diferența între

dobânda efectiv achitată și dobânda calculată în baza procentului de 7,4% după primul an de creditare.

Restul solicitărilor deduse judecății și soluționate de către instanță nu au legătură cu prezenta sesizare.

Pârâta a invocat în apărare faptul că reclamantul solicită, în realitate, modificarea judiciară a unui raport juridic convențional, iar o astfel de solicitare este inadmisibilă - teză în acord cu jurisprudența recentă a CJUE – cauza C-618/10 (Banco Espanol de Credito SA împotriva Joaquín Calderon Camino). A mai invocat principiul simetriei actelor juridice, afirmând că modificarea unui raport juridic obligațional convențional nu poate fi realizată decât convențional, iar nu judiciar, și principiul forței obligatorii a contractului consacrat prin art.969 Cod civil, afirmând totodată că o soluție favorabilă dată cererii formulate de reclamant ar echivala cu o ingerință nepermisă a autorității judecătorești în realizarea acordului de voință al părților.

După parcurgerea primei etape procesuale, prin sentința civilă nr. 94/23 ianuarie 2018 pronunțată de către Tribunalul Specializat Cluj, acțiunea precizată a reclamantilor a fost admisă în parte. Pârâta BANCA B. SA a declarat apel împotriva acestei hotărâri.

2.Situația de fapt

La data de 5 iunie 2007, între pârâta SC BANCA B. SA și reclamantul A.A.A., în calitate de împrumutat, s-a încheiat contractul de credit nr. 1722, având ca obiect acordarea unui credit de nevoi personale, garantat cu ipoteca de rang I, în valoare de 182.222 EUR din care suma de 179.000 EUR reprezentând Maxicredit cu dobânda fixă pe 1 an pentru nevoi personale și suma de 3.222 EUR reprezentând comision de acordare credit, pentru o perioadă de 300 de luni.

În cuprinsul contractului de credit, la art. 5 s-a stipulat dobânda de 7,4% pe an pentru primul an de creditare, după care, dobânda curentă va fi formată din dobânda de referință variabilă afișată la sediile [B.], la care se adaugă 1,50 puncte procentuale.

Potrivit art.2.6 din Condițiile generale de creditare – anexă la contractul de credit bancar nr.1722/5.06.2007, Pe parcursul derulării creditului nivelul dobânzii curente se poate schimba în funcție de evoluția serviciului unic al datoriei clientului față de bancă.

Potrivit art.2.10.a din aceleași Condiții generale, pe parcursul derulării creditului Banca poate modifica dobânda fără consimțământul împrumutatului în funcție de costul resurselor de creditare, noul procent de dobândă aplicându-se de la data modificării acestuia la soldul creditului existent. Modificarea dobânzii curente (%) conduce la recalcularea dobânzii datorate.

Conform art.2.10.b, Pentru creditele cu dobândă variabilă stabilită în funcție de un indice de referință LIBOR/EURIBOR nivelul dobânzii se poate modifica în funcție de evoluția acestuia.

Conform art.2.11, Noul procent de dobândă revizuibila semestrial va fi afișat la sediul băncii de la data aplicării acesteia.

Conform art.2.11, Noul procent de dobânda de referință va fi afișat la sediul băncii la data intrării în vigoare a modificării iar dobânda rezultată se va aplica la soldul creditului existent la data modificării.

În cazul liniilor de credit, împrumutatul va lua la cunoștință de modificarea dobânzii anuale precum și de graficul de rambursare actualizat prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire/extras de cont eliberat împrumutatului în mod gratuit la ghișeele băncii.

În cazul în care, în urma modificării nivelul dobânzii de către bancă, împrumutatul nu va rambursa restul din creditul angajat și dobânzile aferente în termen de cel mult 10 zile de la data luării la cunoștință, se consideră că împrumutul a acceptat nou nivel al dobânzii.

Actul adițional propus de bancă pentru alinierea contractului de credit la dispozițiile OUG nr.50/2010 nu a fost semnat de consumator și nu s-a probat comunicarea acestuia către reclamant, astfel încât să poată fi considerat acceptat tacit. Oricum, la data de 22.01.2011 pârâta a denunțat acest act, în baza prevederilor art.II al.2 din Legea nr.288/2010 pentru aprobarea OUG nr.50/2010.

3. Argumentele reclamantului

Cu referire la clauzele privind modul de stabilire a dobânzii – partea referitoare la *dobânda de referință variabilă*, reclamantul a susținut că acestea au caracter abuziv, în sensul art.4 din Legea nr.193/2000, întrucât această componentă a dobânzii permite băncii ca în mod arbitrar să modifice cuantumul dobânzii afectând astfel interesele legitime ale consumatorului.

4. Hotărârea Tribunalului Specializat Cluj

Prin sentința civilă nr. 94/23 ianuarie 2018 pronunțată de către Tribunalul Specializat Cluj, cererea de chemare în judecată a fost admisă în parte, dispunându-se printre altele constatarea nulității absolute parțiale a clauzei cuprinse în art. 5 teza a III-a din contractul de credit bancar pentru persoane fizice nr.1722/05.06.2007, doar în ceea ce privește mecanismul de formare al dobânzii variabile, respectiv „dobânda curentă este formată din dobânda de referință variabilă, care se afișează la sediile [B.]”, precum și a art.2.6, 2.10 lit. a), 2.11 (prim) și 2.11 (secund). S-a constatat nulitatea absolută a clauzei cuprinse în art. 2.10 lit. b) din contractul de credit bancar pentru persoane fizice nr.1722/05.06.2007, în măsura în care creditorul are doar posibilitatea, nu și obligația, de a revizui nivelul dobânzii variabile în funcție de indicele de referință precizat în contract, respectiv LIBOR/EURIBOR.

S-a dispus obligarea pârâtei la precizarea clauzei privind dobânda în contractul de credit bancar pentru persoane fizice nr.1722/05.06.2007, în sensul definirii elementelor componente și a cuantumului acesteia, după cum urmează: 1,50 p.p (marjă prevăzută în contract la art.5) + EURIBOR la 6 luni. Modalitatea de modificare a dobânzii se va realiza exclusiv în funcție de indicele de referință EURIBOR la 6 luni, cu mențiunea că marja băncii este fixă, neputând fi modificată decât prin acordul scris al părților, modificarea dobânzii urmând a se produce, atât în sens crescător, cât și în sens descrescător, în funcție de variațiile indicelui EURIBOR la 6 luni.

S-a mai dispus obligarea pârâtei să restituie reclamanților toate sumele achitate în temeiul clauzelor declarate abuzive, respectiv sumele achitate cu titlu de dobândă peste formula de calcul anterior stabilită și dobânda legală aferentă sumelor de restituit conform prezentei hotărâri cu titlu de daune interese.

În justificarea soluției, tribunalul a arătat în esență că mecanismul de formare al dobânzii care oferă băncii posibilitatea de a modifica unilateral rata dobânzii curente în lipsa unor criterii transparente se circumscrie noțiunii de clauză abuzivă și luând în considerare dobânda de referință specifică monedei în care s-a acordat creditul la care au făcut trimitere condițiile generale ale contractului, precum și marja fixă de 1,50 p.p. (valabilă pentru cel de-al doilea an), de asemenea convenită de părți, a stabilit în funcție de aceste criterii mecanismul de formare a dobânzii.

În opinia instanței, înlăturarea clauzei care oferă băncii dreptul exclusiv de control al mecanismului de ajustare a ratei dobânzii variabile, fără stabilirea consecințelor care decurg din această constatare, conduce, practic, la modificarea contractului, în sensul fixării dobânzii la nivelul celei valabile pentru primul an de creditare, făcând contractul deosebit de convenabil pentru profesionist, perspectivă din care o eventuală negociere este sortită unui eșec previzibil. În plus, stabilirea unei dobânzi fixe ar reprezenta o modificare a contractului contrară înțelegerii părților, care au convenit asupra unei dobânzi variabile, și a dispozițiilor art. 969 Cod civil.

Tribunalul a evocat jurisprudența CJUE în cauza C-618/10 (Banco Espanol de Credito), cauzele conexe C-482/13 (Unicaja Banco SA v José Hidalgo Rueda and Others), C-484/13, C-485/13 și C-487/13, în cauza Erika Jörös v. Aegon Magyarország Hitel Zrt. (C-

397/11 și prin raportare la această jurisprudență a apreciat că *în situația de față, simpla constatare a nulității absolute a dispozițiilor referitoare la dobândă din convenția părților ar conduce la situația în care, conform voinței inițiale a părților, dobânda aplicabilă creditului ar fi una variabilă, dar contractul nu ar prevedea nicio modalitate valabilă de variație a acesteia, fiind cunoscut doar cuantumul său valabil pentru primul an de creditare (cu aplicare limitată) și marja fixă de 1,5 p.p. (valabilă începând cu al doilea an). În aceste condiții, chiar posibilitatea continuării contractului ar fi pusă la îndoială, deoarece părțile nu ar avea la dispoziție nicio clauză contractuală care să le permită determinarea întinderii concrete a dobânzii, reclamantul găsindu-se în situația de a nu își putea îndeplini una dintre obligațiile principale asumate prin contract – plata dobânzii, iar părțile nu ar putea în mod valabil să pretindă o anumită dobândă reclamantului. Soluția trimiterii părților la negocieri nu poate fi adoptată, deoarece ar aduce părțile din nou în fața instanței, în cazul (previzibil) al eșecului negocierilor.*

Reînțoarcerea părților la „negociere” nu ar asigura o rezolvare eficientă și reală a litigiului întrucât în raport de apărările punctuale evocate în cauză de către bancă, obligarea împrumutătorului la o eventuală renegociere, pe temeiul obligației de cooperare ce-i incumbă, ar fi lipsită de finalitate. Retrimiteria părților la negocieri fără perspectiva concretă a unei sancțiuni în caz de eșec culpabil constituie un obiectiv mai mult decât nerezonabil din perspectiva necesității previzibile a inițierii unui nou proces pentru a sancționa o eventuală conduită a părții mai puternice economic de tergiversare a discuțiilor, de respingere a sugestiilor și propunerilor primite de la consumator. În consecință „intervenția” instanței, cu scopul corectării/înlăturării împrejurărilor abuzive, ilicite în procedura de declarare a clauzelor în litigiu drept abuzive, trebuie să aibă prevalență în vederea conservării dreptului la un proces echitabil. „Intervenția” este de altfel imperios necesară pentru restabilirea echilibrului contractual, fiind permisă prin corelarea principiului bunei credințe și cel al echității.

În absența unei norme naționale în vigoare la momentul încheierii contractului care să reglementeze modul de stabilire a dobânzii în contractele de împrumut garantate ipotecar, s-a apreciat oportună soluția aplicării prin analogie a dispozițiilor art. 9³ lit. g pct. 1 din OG nr.21/1992, respectiv a dispozițiilor art. 37 lit. a din OG nr. 50/2010.

5. Apelurile declarate de părți. Procedura derulată în apel.

Banca pârâtă a declarat apel împotriva acestei hotărâri, calea de atac fiind înregistrată pe rolul Curții de Apel Cluj la data de 15 octombrie 2018.

În susținerea apelului, banca a susținut în esență că tribunalul a modificat formula de calcul pe toată perioada de creditare cu ignorarea completă a voinței părților de la data contractului de credit, depășind atribuțiile puterii judecătorești și ignorând jurisprudența recentă a CJUE în cauza C- 618/10. S-a mai menționat faptul că potrivit principiului simetriei actelor modificarea unui raport juridic obligational convențional nu poate fi realizată decât convențional, iar nu judiciar și că în mod greșit prima instanță și-a întemeiat soluția pe prevederile art. 9³ lit. g pct. 1 din OG nr.21/ 1992 și OUG nr.50/ 2010 care nu erau în vigoare la data încheierii contractului de credit.

6. Dispoziții legale și jurisprudență relevante

Dispoziții interne

Legea nr. 193/2000 transpune prevederile Directivei Consiliului 93/13/CEE din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene (JOCE) nr. L 95 din 21 aprilie 1993.

În conformitate cu dispozițiile Art. 6 din Legea nr. 193/2000, Clauzele abuzive cuprinse în contract și constatate fie personal, fie prin intermediul organelor abilitate prin lege nu vor produce efecte asupra consumatorului, iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea acestora mai poate continua.

În conformitate cu dispozițiile art.7, În măsura în care contractul nu își mai poate produce efectele după înlăturarea clauzelor considerate abuzive, consumatorul este îndreptățit să ceară rezilierea contractului, putând solicita, după caz, și daune-interese.

În motivarea sentinței pronunțate de prima instanță, s-a făcut trimitere și la dispozițiile Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 50/2010, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr.389 din 11 iunie 2010, care transpune prevederile Directivei 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori și de abrogare a Directivei 87/102/CEE a Consiliului, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L nr. 133 din 22 mai 2008, cu excepția art. 19, 20, 35 - 44, art. 71 alin. 3 - 5, art. 79, 86 - 89 și 95.

OUG nr. 50/2010 a instituit un mecanism de aliniere a contractelor de credit în derulare la cerințele sale de transparentă și protecție a consumatorilor. În conformitate cu dispozițiile art. 95 din OUG nr. 50/2010, pentru contractele aflate în curs de derulare, creditorii aveau obligația ca, în termen de 90 de zile de la data intrării în vigoare a acestei ordonanțe de urgență, să asigure conformitatea contractului cu dispozițiile acestei ordonanțe de urgență. Modificarea contractelor aflate în derulare urma să se face prin acte adiționale în termen de 90 de zile de la data intrării în vigoare a acestei ordonanțe de urgență. Era interzisă introducerea în actele adiționale a altor prevederi decât cele din OUG nr. 50/2010, sub sancțiunea nulității. Nesemnarea de către consumator a actelor adiționale era considerată acceptare tacită.

Potrivit art.37 din OUG nr. 50/2010, în forma inițială, În contractele de credit cu dobândă variabilă se vor aplica următoarele reguli: a) dobânda va fi raportată la fluctuațiile indicilor de referință EURIBOR/ROBOR/LIBOR/rata dobânzii de referință a BNR, în funcție de valuta creditului, la care creditorul poate adăuga o anumită marjă, fixă pe toată durata derulării contractului.

Ulterior, Parlamentul României a adoptat Legea nr. 288/2010 pentru aprobarea OUG nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 888 din 30 decembrie 2010.

Legea nr. 288/2010 a modificat art. 95 din OUG nr. 50/2010, stabilind că prevederile acestei ordonanțe de urgență nu se aplică contractelor în curs de derulare la data intrării în vigoare a acestei ordonanțe de urgență, cu excepția dispozițiilor art. 37¹, ale art. 66 - 69 și, în ceea ce privește contractele de credit pe durată nedeterminată existente la data intrării în vigoare a acestei ordonanțe de urgență, ale art. 50 - 55, ale art. 56 alin. 2, ale art. 57 alin. 1 și 2, precum și ale art. 66 - 71. Actele adiționale încheiate și semnate până la data intrării în vigoare a Legii nr. 288/2010 în vederea asigurării conformității contractelor cu prevederile OUG nr. 50/2010 urmau să își producă efectele în conformitate cu termenii contractuali agreeți între părți. Actele adiționale nesemnate de către consumatori, considerate acceptate tacit până la data intrării în vigoare a Legii nr. 288/2010, urmau să își producă efectele în conformitate cu termenii în care au fost formulate, cu excepția cazului în care consumatorul sau creditorul notifica cealaltă parte în sens contrar, în termen de 60 de zile de la data intrării în vigoare a Legii nr. 288/2010.

Prevederile art. 9³ lit. g pct. 1 din OG nr. 21/1992, evocate de asemenea în sentința supusă analizei instanței de trimitere, stabilesc că În cadrul contractelor încheiate cu consumatorii, furnizorii de servicii financiare sunt obligați să respecte următoarele reguli:

g) în contractele de credit cu dobândă variabilă se vor aplica următoarele reguli:

1. variația ratei dobânzii trebuie să fie independentă de voința furnizorului de servicii financiare, raportată la fluctuațiile unor indici de referință verificabili, menționați în contract, sau la modificările legislative care impun acest lucru;

2. dobânda poate varia în funcție de dobânda de referință a furnizorului de servicii financiare, cu condiția ca aceasta să fie unică pentru toate produsele financiare destinate persoanelor fizice ale operatorului economic respectiv și să nu fie majorată peste un anumit nivel, stabilit prin contract;

Aceste dispoziții din OG nr.21/1992 au fost introduse de pct. 9 al art. II din ORDONANȚA DE URGENȚĂ nr. 174 din 19 noiembrie 2008, publicată în Monitorul Oficial nr. 795 din 27 noiembrie 2008. Raportat la data încheierii contractului de credit în litigiu și la principiul de drept *tempus regit actum*, aceste norme nu sunt incidente în litigiul dedus judecării.

Prevederile art.969 Cod civil (1864), a căror incidență a fost invocată de pârâtă, prevăd că convențiile legal făcute au putere de lege între părțile contractante.

În dreptul pozitiv român nu existau, la data încheierii contractului de credit în litigiu, norme care să reglementeze posibilitatea instanței de judecată de a proceda la adaptarea contractului încheiat de părți.

Prevederile OG nr.13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar nu sunt aplicabile în cazul contractelor de credit încheiate în monedă străină, cum este contractul în litigiu.

Dreptul Uniunii Europene

Directiva 93/13/CEE

Conform art. 6 alineatul 1: „(1) Statele membre stabilesc că clauzele abuzive utilizate într-un contract încheiat cu un consumator de către un vânzător sau un furnizor, în conformitate cu legislația internă, nu creează obligații pentru consumator, iar contractul continuă să angajeze părțile prin aceste clauze, în cazul în care poate continua să existe fără clauzele abuzive.”

Articolul 7 alineatul 1: „(1) Statele membre se asigură că, în interesul consumatorilor și al concurenților, există mijloace adecvate și eficiente pentru a preveni utilizarea în continuare a clauzelor abuzive în contractele încheiate cu consumatorii de către vânzătorii sau furnizorii.”

Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Hotărârile Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauzele C-618/10 Banco Espanol de Credito, cauzele conexate C-482/13, C-484/13, C-485/13 și C-487/13, Unicaja Banco SA, C-26/13 Kasler și Kaslerne Rabai, C-397/11 Erika Jörös.

7. Motivele care au determinat instanța de apel să formuleze întrebarea preliminară

Curtea a ajuns la concluzia că este necesar să adreseze Curții de Justiție a Uniunii Europene aceste întrebări preliminare, referitoare la interpretarea și valențele ce pot fi acordate prevederilor art.6 al.1 din Directiva 93/13/CEE și principiului efectivității, astfel cum a fost el dezvoltat în materia protecției drepturilor consumatorilor, în circumstanțe specifice ca cele anterior descrise, prin raportare și la liniile directoare stabilite în jurisprudența CJUE cu referire specială la cauzele C-618/10 Banco Espanol de Credito și C-397/11 Erika Jörös.

Conform hotărârii CJUE din cauza C-618/10 Banco Espanol de Credito, Articolul 6 alineatul (1) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări a unui stat membru, precum articolul 83 din Decretul legislativ regal 1/2007 de aprobare a formei modificate a Legii generale privind protecția consumatorilor și a utilizatorilor și a altor legi complementare (Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) din 16 noiembrie 2007, care permite instanței naționale, atunci când constată nulitatea unei clauze abuzive cuprinse într-un contract încheiat între un vânzător sau un furnizor și un consumator, să completeze respectivul contract modificând conținutul acestei clauze.

În acest sens, sunt deosebit de relevante paragrafele 63-65 din această decizie. „ În acest context, Curtea a avut deja ocazia să interpreteze această dispoziție în sensul că instanțele naționale care constată caracterul abuziv al unor clauze contractuale trebuie să

stabilească toate consecințele care decurg, potrivit dreptului național, din această constatare, pentru ca respectivele clauze să nu creeze obligații pentru consumatori (a se vedea Hotărârea Asturcom Telecomunicaciones, citată anterior, punctul 58, Ordonanța din 16 noiembrie 2010, Pohotovost', C-76/10, Rep., p. I-11557, punctul 62, precum și Hotărârea Pereničová și Perenič, citată anterior, punctul 30). Astfel, după cum s-a amintit la punctul 40 din prezenta hotărâre, este vorba despre o dispoziție imperativă care urmărește să substituie echilibrul formal pe care îl instituie contractul între drepturile și obligațiile cocontractanților printr-un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea dintre aceste părți.

64 Pe de altă parte, trebuie subliniat că legiuitorul Uniunii a prevăzut explicit, în a doua teză a articolului 6 alineatul (1) din Directiva 93/13, precum și în al douăzeci și unuia considerent al acesteia că contractul încheiat de vânzător sau de furnizor și de consumator continuă să angajeze părțile „prin aceste clauze”, în cazul în care poate continua să existe „fără clauzele abuzive”.

65 Decurge astfel din textul articolului 6 alineatul (1) că instanțele naționale au numai obligația de a exclude aplicarea unei clauze contractuale abuzive pentru ca aceasta să nu producă efecte obligatorii în ceea ce privește consumatorul, fără a avea posibilitatea să modifice conținutul acesteia. Astfel, acest contract trebuie să continue să existe, în principiu, fără nicio altă modificare decât cea rezultată din eliminarea clauzelor abuzive, în măsura în care, în conformitate cu normele dreptului intern, o astfel de menținere a contractului este posibilă din punct de vedere juridic”.

Desigur, Curtea a recunoscut de asemenea posibilitatea instanței naționale de a înlocui o clauză abuzivă cu o dispoziție de drept național cu caracter supletiv, cu condiția ca această înlocuire să fie conformă cu obiectivul articolului 6 alineatul (1) din Directiva 93/13 și să permită restabilirea unui echilibru real între drepturile și obligațiile cocontractanților. Cu toate acestea, posibilitatea menționată este limitată la ipotezele în care invalidarea clauzei abuzive ar obliga instanța să anuleze contractul în ansamblul său și să expună astfel consumatorul unor consecințe care l-ar prejudicia (a se vedea în acest sens Hotărârea Kásler și Káslerné Rábai).

Nu în ultimul rând, în cauza C-397/11 Erika Jörös, s-a stabilit că articolul 6 alineatul (1) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că instanța națională care constată caracterul abuziv al unei clauze contractuale este obligată, pe de o parte, fără a aștepta ca consumatorul să prezinte o cerere în acest sens, să stabilească toate consecințele care decurg, potrivit dreptului național, din această constatare pentru a se asigura că această clauză nu creează obligații pentru consumator și, pe de altă parte, să aprecieze, în principiu pe baza unor criterii obiective, dacă respectivul contract poate continua să existe fără acea clauză.

În considerentele acestei decizii, s-au reținut în principal următoarele.

„40 În ceea ce privește acțiunile care implică un consumator individual, articolul 6 alineatul (1) prima parte a tezei din Directiva 93/13 obligă statele membre să stabilească că „în conformitate cu legislația internă, [clauzele abuzive] nu creează obligații pentru consumator”.

41 Curtea a interpretat această dispoziție în sensul că instanța națională trebuie să stabilească toate consecințele care decurg, potrivit dreptului național, din constatarea caracterului abuziv al clauzei în discuție pentru a se asigura că respectiva clauză nu creează obligații pentru consumator (a se vedea în special Hotărârile citate anterior Banco Español de Crédito, punctul 63, și Banif Plus Bank, punctul 27). În această privință, Curtea a precizat că, atunci când consideră că o clauză contractuală este abuzivă, instanța națională are obligația să nu o aplice, exceptând cazul în care consumatorul, după ce a fost informat de instanță, se opune (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iunie 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rep., p. I-4713, punctul 35).

42 Din această jurisprudență rezultă că eficacitatea deplină a protecției prevăzute de Directiva 93/13 impune ca instanța națională care a constatat din oficiu caracterul abuziv al

unei clauze să poată să stabilească toate consecințele acestei constatări, fără a aștepta ca consumatorul, informat cu privire la drepturile sale, să prezinte o declarație prin care să solicite anularea clauzei respective (a se vedea în acest sens Hotărârile citate anterior Banif Plus Bank, punctul 28, precum și Asbeek Brusse și de Man Garabito, punctul 50).

43 Astfel cum a statuat deja Curtea, o legislație națională precum cea în discuție în cauza principală, care prevede că sunt nule clauzele declarate abuzive, îndeplinește cerințele articolului 6 alineatul (1) din Directiva 93/13 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 26 aprilie 2012, Invitel, C-472/10, punctele 39 și 40).

44 Instanța națională trebuie să aprecieze în plus care este incidența constatării caracterului abuziv al clauzei în discuție asupra validității contractului respectiv și să stabilească dacă acest contract poate exista fără respectiva clauză (a se vedea în acest sens Ordonanța din 16 noiembrie 2010, Pohotovost', C-76/10, Rep., p. I-11557, punctul 61).

45 În această privință, articolul 6 alineatul (1) *in fine* din Directiva 93/13 precizează că respectivul „contract continuă să angajeze părțile potrivit dispozițiilor sale, în cazul în care poate continua să existe fără clauzele abuzive” (Hotărârea din 15 martie 2012, Pereničová și Perenič, C-453/10, punctul 29).

46 După cum a arătat Curtea, obiectivul urmărit de legiuitorul Uniunii în cadrul Directivei 93/13 nu constă astfel în anularea tuturor contractelor care conțin clauze abuzive, ci în restabilirea echilibrului dintre părți, menținând totodată, în principiu, validitatea întregului contract (a se vedea în acest sens Hotărârea Pereničová și Perenič, citată anterior, punctul 31).

47 În ceea ce privește criteriile care permit să se aprecieze dacă un contract poate continua să existe efectiv fără clauzele abuzive, Curtea a statuat că atât modul de redactare a articolului 6 alineatul (1) din Directiva 93/13, cât și cerințele privind securitatea juridică a activităților economice susțin o abordare obiectivă la interpretarea acestei dispoziții (Hotărârea Pereničová și Perenič, citată anterior, punctul 32). Cu toate acestea, prin faptul că a procedat numai la o armonizare parțială și minimă a legislațiilor naționale privind clauzele abuzive, directiva menționată nu se opune posibilității de a se declara, cu respectarea dreptului Uniunii, nulitatea întregului contract încheiat între un vânzător sau furnizor și un consumator și care conține una sau mai multe clauze abuzive atunci când se dovedește că aceasta asigură o protecție mai bună a consumatorului (a se vedea în acest sens Hotărârea Pereničová și Perenič, citată anterior, punctul 35)”.

Pornind de la aceste statuări de principiu ale CJUE, instanțele naționale au interpretat și aplicat în mod diferit prevederile art.6 din Legea nr.193/2000, care asigură transpunerea în plan intern a dispozițiilor art.6 al.1 din Directiva 93/13, în ceea ce privește stabilirea consecințelor care decurg din constatarea caracterului abuziv al clauzelor care definesc mecanismul de stabilire al ratei dobânzii variabile după formula „marjă fixă și o dobândă de referință practică de bancă ale cărei criterii nu sunt transparente”.

Este lipsit de echivoc faptul că, în dreptul român, sancțiunea de drept material aplicabilă în cazul unei clauze al cărui caracter abuziv a fost constatat este nulitatea absolută, care lipsește clauza respectivă de orice efect, atât pentru viitor, cât și pentru trecut. Constatarea nulității absolute a clauzei intervine pentru a sancționa nerespectarea de către profesionist a normelor de ordine publică ce interziceau inserarea unor clauze abuzive în contractele încheiate cu consumatorii care apelează la serviciile lor.

Cu toate acestea, opiniile jurisprudențiale sunt divergente în ceea ce privește stabilirea consecințelor juridice care urmează aplicării acestei sancțiuni, în raportul de drept stabilit între părțile în litigiu, după cum se va dezvolta în paragrafele ce succed. Această problemă este esențială și de un mare interes practic pentru litigiile în care consumatorul solicită, subsecvent constatării caracterului abuziv al unei clauze care definește mecanismul de stabilire al ratei dobânzii variabile după formula „marjă fixă și o dobândă de referință practică de bancă”, și determinarea pentru viitor a modului de calcul a dobânzii, dar și

restituirea unei părți din sumele achitate cu titlu de dobândă în baza unei clauze al cărei caracter abuziv este constatat de instanța națională.

A) Hotarari prin care se constată caracterul abuziv al clauzei care reglementează modul de calcul al dobânzii variabile, care îndrumă partile spre negocieri, pentru stabilirea noului mod de calcul al dobânzii

O parte a instanțelor judecătorești au apreciat că subsecvent constatării caracterului abuziv al unei clauze precum cea în discuție, revine părților obligația de a negocia cu bună credință, în mod real și efectiv, clauza referitoare la modul de determinare a ratei dobânzii, astfel încât să poată fi continuată executarea contractului încheiat de părți.

Principalul argument adus în sprijinul acestei teze este acela că nici reglementarea specială – Legea nr.193/2000, nici reglementarea de drept comun (Cod civil 1864), și nici Directiva 93/13/CEE nu permit intervenția instanței de judecată în acordul de voință al părților, judecătorul fiind abilitat doar să constate nulitatea unei clauze, nu și să îi modifice conținutul. În acest sens, unele instanțe au precizat în mod explicit că jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene și în special interpretarea dată prevederilor art.6 din Directiva 93/13 în cauza C-618/10 Banco Espanol de Credito se opun în mod expres completării de către instanță a acordului de voință al părților în ceea ce privește clauza referitoare la dobândă, părțile fiind suverane în ceea ce privește stabilirea tuturor condițiilor contractuale (Inalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a, Decizia nr.3661/20.11.2014; Inalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a, Decizia nr.84/26.01.2016; Inalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a, decizia nr.2123/2015, www.hotnews.ro; Inalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a, decizia nr.943/24.05.2017, www.scj.ro; Curtea de Apel Iași, decizia civilă nr.786/10.11.2017, www.rolii.ro; Curtea de Apel Brașov, decizia civilă nr.497/18.10.2018, Curtea de Apel Constanța, decizia civilă nr.396/13.07.2015).

O asemenea abordare are însă câteva vulnerabilități, care au fost sesizate atât în doctrina de specialitate, cât și în jurisprudență. Astfel, în principal omisiunea instanței de judecată de a clarifica toate consecințele eliminării din contract a clauzei reținute ca fiind abuzive pare să nu fie în concordanță cu dispozițiile art.6 din Legea nr.193/2000, întrucât nu lămurește problema posibilității continuării contractului de credit în litigiu.

Curtea a statuat în cauza C-397/11 Erika Jörös că articolul 6 alineatul (1) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că instanța națională care constată caracterul abuziv al unei clauze contractuale este obligată, pe de o parte, fără a aștepta ca consumatorul să prezinte o cerere în acest sens, să stabilească toate consecințele care decurg, potrivit dreptului național, din această constatare pentru a se asigura că această clauză nu creează obligații pentru consumator și, pe de altă parte, să aprecieze, în principiu pe baza unor criterii obiective, dacă respectivul contract poate continua să existe fără acea clauză. Or, statuarea printr-o hotărâre judecătorească a faptului că părțile au obligația, subsecvent constatării caracterului abuziv al unei clauze referitoare la dobândă, de a negocia rata dobânzii aplicabilă raportului lor juridic, temporizează clarificarea chestiunii continuării acestui contract, continuare care depinde de rezultatul negocierilor pe care părțile ar urma să le poarte după rămânerea definitivă a acelei hotărâri.

Dacă s-ar îmbrățișa această optică, aparent litigiul dintre părți nu ar fi finalizat în mod irevocabil, deși dispozițiile din dreptul român obligă instanțele să pronunțe hotărâri prin care să tranșeze conflictul dintre părți. În acest sens sunt prevederile art.22 al.6, art.397 al.1, art.425 al.1 Cod procedură civilă. De asemenea, doctrina de specialitate confirmă această semnificație a hotărârii judecătorești, considerându-se că „hotărârea reprezintă scopul urmărit prin declașarea procesului, rațiunea lui de a fi, deoarece tranșează conflictul dintre părți” (V.M.Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II, Ed. Național, București, 1997, p. 251), respectiv că „hotărârea judecătorească semnifică, în principiu, tranșarea (în cele din urmă, fără posibilitatea reluării) unui litigiu, clarificarea raportului juridic dedus judecății, aflarea adevărului judiciar” (G.-F. Ivănescu, *Hotărârea judecătorească civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 25).

Întrucât părțile pot avea viziuni diferite referitoare la modul de configurare al clauzei referitoare la dobândă, nu este exclusă blocarea negocierilor și sesizarea (din nou) a instanței de judecată. De altfel, punctual, au fost sesizate situații în care instanțele au fost investite de părți cu solicitarea de a stabili un mod de calcul al dobânzii, ca efect al divergenței lor de opinii cu privire la acest aspect. În aceste ipoteze, soluțiile au fost de respingere a acestor cereri, reținându-se în esență că un contract trebuie să fie rezultatul acordului de voință al părților, neputând fi impus nici chiar de judecător (Judecătoria Oradea, sentința civilă nr.9990/2012, modificată în parte în urma soluționării recursului).

Într-o asemenea ipoteză, însăși posibilitatea continuării contractului poate fi pusă la îndoială, întrucât un contract de credit încheiat de un consumator cu un profesionist nu poate continua din punct de vedere juridic dacă este anihilat dreptul la dobândă al profesionistului, deoarece obligația acestuia ar rămâne fără cauză.

O altă vulnerabilitate a acestui punct de vedere este reprezentată de dificultatea instanței de judecată de a soluționa capătul de cerere referitor la restituirea dobânzii achitate suplimentar în temeiul clauzei care a fost declarată abuzivă. Devreme ce s-a apreciat că părțile trebuie să negocieze rata dobânzii aplicabilă în contractul lor de credit, instanța nu ar avea de principiu posibilitatea de a cuantifica la momentul pronunțării hotărârii prin care declară abuzivă clauza în discuție, diferența între dobânda efectiv achitată și cea pe care consumatorul ar fi trebuit să o achite în baza unei clauze clare și care să răspundă tuturor exigențelor în materie de protecție a drepturilor consumatorului. Acest punct de vedere a fost îmbrățișat de unele instanțe, care au respins ca premature astfel de capete de cerere sau ca nefondate, constatând că nu pot fi acordate sumele solicitate de consumator ca urmare a aplicării unei anumite formule de calcul fără temei contractual și pe care instanța nu îl poate valida, intervenind astfel în acordul de voință al părților. Uneori, s-a precizat în mod explicit că soluționarea unei asemenea cereri este condiționată de încheierea de către părți a unui act adițional prin care să stabilească un nou mod de calcul al dobânzii, aplicabil și pentru trecut, pentru perioada scursă între momentul încheierii contractului de credit și momentul noului acord de voință al părților (Inalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a, decizia nr.2123/2015, www.hotnews.ro; Curtea de Apel București, secția a VI-a, decizia civilă nr.1072/2016, www.rolii.ro; Inalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a, decizia nr.76/25.01.2017; Curtea de Apel Brașov, decizia nr.1600/10.10.2017; Curtea de Apel Iași, decizia civilă nr.786/10.11.2017, www.rolii.ro).

Alte instanțe, deși au apreciat că nu pot determina ele însele rata dobânzii ci doar părțile au posibilitatea de a o stabili printr-un nou acord de voință, s-au raportat totuși la rata dobânzii aplicabilă pentru primul an de creditare (deși clauza referitoare la dobândă limita în mod expres acel quantum la primul an de executare al contractului) numai pentru a determina quantumul sumei de restituit, aceasta fiind compusă de diferența între dobânda efectiv achitată și o dobândă calculată potrivit procentului fix de dobândă stabilit pentru primul an (Curtea de Apel Iași, secția civilă, decizia nr.128/1.03.2018, www.rolii.ro; Curtea de Apel Brașov, secția civilă, decizia civilă nr.35/R/23.01.2019, www.rolii.ro; Curtea de Apel București, decizia civilă nr.324/16.02.2018; Tribunalul Specializat Cluj, decizia civilă nr.1173/18.09.2017). Alteori, deși nu a fost validată formula de calcul a ratei dobânzii propusă de consumator (marja fixă prevăzută pentru cel de al doilea an de creditare și un indicator obiectiv și transparent – LIBOR/EURIBOR), s-a dispus obligarea părâtei la restituirea diferenței între dobânda efectiv încasată și dobânda calculată conform formulei solicitate de reclamantul consumator (Curtea de Apel Brașov, secția civilă, decizia civilă nr.74/6.03.2018, www.rolii.ro).

Dreptul la restituirea prestațiilor executate în temeiul unei clauze abuzive este însă un drept recunoscut în jurisprudența CJUE. În cauzele conexe C-154/15, C-307/15 și C-308/15 Francisco Gutiérrez Naranjo, instanța de contencios unional a stabilit că articolul 6 alineatul (1) din Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii trebuie interpretat în sensul că se opune unei jurisprudențe naționale care limitează în timp efectele restitutorii legate de constatarea pe cale

judiciară a caracterului abuziv, în sensul articolului 3 alineatul (1) din această directivă, al unei clauze conținute într-un contract încheiat de un profesionist cu un consumator doar la sumele plătite în mod nejustificat în aplicarea unei astfel de clauze, ulterior pronunțării deciziei care a constatat pe cale judecătorească acest caracter abuziv.

În același timp, în dreptul român, constatarea nulității absolute a unui act juridic produce efecte retroactive, iar unul dintre principalele efecte ale acesteia este repunerea părților în situația anterioară semnării respectivului act în baza principiului *restitutio in integrum*, prin restituirea tuturor sumelor plătite în mod nedatorat în temeiul clauzelor abuzive.

În același context, se mai impune a fi menționat că toate hotărârile prin care s-a apreciat că, subsecvent constatării caracterului abuziv a unei clauze care definea modul de calcul al dobânzii variabile după criteriul netransparent, părțile sunt obligate să poarte negocieri pentru a încheia un nou acord referitor la dobândă, au omis să insereze o atare obligație în dispozitivul hotărârii, iar toate aprecierile referitoare la necesitatea ca părțile să negocieze noua rată a dobânzii au fost inserate în considerentele hotărârii. De asemenea, nu au fost stabilite repere clare care să delimiteze cadrul negocierilor, în ceea ce privește o durată estimată a acestora, eventual un calendar, elementele pe care părțile ar fi trebuit să le ia în considerare cu ocazia negocierilor ori sancțiunile posibile în cazul neîndeplinirii obligației de negociere cu bună credință a clauzei referitoare la dobândă. Doar în mod cu totul izolat în considerentele unor asemenea hotărâri au fost sugerate componentele dobânzii pe care părțile ar fi putut să le aibă în vedere cu ocazia negocierilor, respectiv un criteriu obiectiv de variabilitate a dobânzii – indicele de referință LIBOR/EURIBOR indicat în condițiile generale de creditare, anexă la contractul de credit, întrucât această prevedere contractuală a fost însușită de către ambele părți (Tribunalul Specializat Cluj, decizia civilă nr.862/A/16 noiembrie 2015).

B) Hotărâri judecătorești prin care, consecutiv declarării caracterului abuziv al clauzei referitoare la dobândă, se dispune adaptarea contractului, prin stabilirea unei formule de calcul a dobânzii compusă din marja fixă aplicabilă începând cu al doilea an de creditare la care se adaugă un indice de referință valabil pentru moneda în care s-a încheiat creditul - LIBOR/EURIBOR.

Unele instanțe, ca urmare a constatării caracterului abuziv al unei clauze ce prevedea un mecanism netransparent de variație a dobânzii, au stabilit ca, după expirarea perioadei în care dobânda fusese prevăzută a fi fixă, să se aplice o dobândă compusă din marja fixă stabilită în contractul de credit, începând cu al doilea an de creditare, la care să se adauge un indicator obiectiv, transparent, verificabil (EURIBOR/LIBOR, în funcție de valuta în care a fost acordat creditul). (Curtea de Apel Brașov, decizia civilă nr.178/4.12.2012, www.rolii.ro; Inalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a, decizia civilă nr.990/2014, www.scj.ro; Tribunalul Specializat Cluj, decizia civilă nr.330/12.02.2018 pronunțată în dosarul nr.6354/328/2015; Curtea de Apel Brașov, decizia civilă nr.297/17.02.2017, www.rolii.ro).

În acest sens, s-a apreciat că numai acea parte a clauzei care prevedea indicatorul variabil, netransparent, are caracter abuziv, nu și cea care prevedea marja fixă, stabilită procentual, și care a fost agreată de ambele părți. Soluția de constatare a nulității absolute parțiale a clauzei care definea modul de calcul al dobânzii după formula „marjă fixă și o dobândă de referință practică de bancă ale cărei criterii nu sunt transparente” se impune pe de o parte pentru că, în vederea respectării imperativului de salvagardare a contractului, nulitatea parțială este regula, câtă vreme lipsirea de efecte vizează doar clauza care încalcă dispoziția legală imperativă, iar pe de altă parte pentru că toate criticile consumatorului vizează exclusiv partea variabilă a dobânzii.

Pentru a determina modul de calcul al ratei dobânzii variabile, instanțele s-au raportat la marja fixă a dobânzii, aplicabilă începând cu al doilea an de creditare și menținută de către instanță, la care au adăugat un indicator obiectiv, transparent, verificabil (EURIBOR/LIBOR), principalul argument în acest sens fiind cel care viza menținerea caracterului variabil al dobânzii, care a fost acceptat de ambele părți.

Pentru a justifica această soluție, instanțele au apreciat că simpla constatare a nulității absolute a dispozițiilor referitoare la dobândă din convenția părților ar conduce la situația în care, conform voinței inițiale a părților, dobânda aplicabilă creditului ar fi una variabilă, dar contractul nu ar prevedea nicio modalitate valabilă de variație a acesteia, fiind cunoscut doar cuantumul său valabil pentru primul an de creditare și marja fixă aplicabilă începând cu al doilea an de creditare. În aceste condiții, chiar posibilitatea continuării contractului ar fi pusă la îndoială, deoarece părțile nu ar avea la dispoziție nicio clauză contractuală care să le permită determinarea întinderii concrete a dobânzii, reclamantul găsindu-se în situația de a nu își putea îndeplini una dintre obligațiile principale asumate prin contract – plata dobânzii, iar părâta nu ar putea în mod valabil să pretindă o anumită dobândă reclamantului. Soluția trimiterii părților la negocieri nu poate fi adoptată, deoarece ar aduce părțile din nou în fața instanței, în cazul (previzibil) al eșecului negocierilor. Reîntoarcerea părților la „negociere” nu ar asigura o rezolvare eficientă și reală a litigiului întrucât în raport de apărările punctuale evocate în cauză de către bancă, obligarea împrumutătorului la o eventuală renegociere, pe temeiul obligației de cooperare ce-i incumbă, ar fi lipsită de finalitate.

Pentru a justifica indicarea unui anumit element de variabilitate care să fie adăugat marjei fixe, s-a făcut apel la dispozițiile art. 9³ lit. g pct. 1 din OG nr. 21/1992, respectiv art.37 lit. a din OG nr. 50/2010, care au fost aplicate prin analogie. Trebuie însă precizat că aceste norme nu erau incidente prin raportare la data încheierii contractului de credit în litigiu, întrucât au intrat în vigoare la o dată ulterioară.

Alteori, s-a optat la o „interpretare” a voinței părților din actul original, pentru a se aprecia că indicatorul variabil care ar trebui să intre în compunerea dobânzii este EURIBOR/LIBOR, în funcție de valuta în care a fost acordat creditul. Astfel, s-a susținut într-o decizie de referință a instanței supreme că „în analiza clauzelor contractului ce face obiectul speței de față, trebuie pornit chiar de la prevederile art. 1 din Legea nr. 193/2000, care, în alin. (2), arată că, în caz de dubiu asupra interpretării unor clauze contractuale, acestea vor fi interpretate în favoarea consumatorului. Sub acest aspect, trebuie observat că la art. 1 din contractul de credit se prevede faptul că banca a acordat împrumutătorului un credit în moneda euro. În acest sens, în opinia instanței de recurs, este rezonabil a se interpreta că voința reală a părților a fost aceea ca partea variabilă a dobânzii, după primele 12 luni de la acordarea împrumutului, să fie indicele EURIBOR/lună, cum, de altfel, a interpretat și instanța de apel în primul ciclu procesual. EURIBOR (Euro Interbank Offered Rate) este rata de referință pentru piața monetară în euro, fiind rata la care o bancă de prim ordin oferă altei bănci de prim ordin (cum este și cazul în speța de față) depozite în zona euro.

Cum împrumutul a fost acordat în moneda euro, este rezonabil a se interpreta că prin «dobânda de referință variabilă care se afișează la sediile băncii», părțile s-au referit la indicele Euribor/lună.

Prin urmare, nu este vorba de o modificare a clauzelor contractuale, deci de o ingerință în voința părților, ci de o interpretare a clauzelor contractuale, plecând de la analiza ansamblului clauzelor, dar ținând seama și de faptul că sintagma care se referă la partea variabilă a dobânzii, după primele 12 luni de la încheierea contractului, are caracter abuziv” (Inalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a, decizia civilă nr.990/2014, www.scj.ro).

În același sens este Decizia nr. 310/2016 pronunțată de Inalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a, în ședința publică din 11 februarie 2016.

Acest punct de vedere prezintă însă unele vulnerabilități. Principala dificultate constă în faptul că nu existau în dreptul pozitiv român contemporan momentului încheierii contractului de credit în litigiu norme care să permită instanței de judecată să adapteze contractul, dând o nouă configurare clauzei referitoare la modul de calcul al dobânzii, ulterior constatării caracterului abuziv al clauzei referitoare la mecanismul de ajustare al ratei dobânzii inserate în contract. Nu existau nici norme cu caracter supletiv referitoare la modul de stabilire al ratei dobânzii variabile, a căror aplicare să poată fi realizată de instanța de judecată, în acord cu jurisprudența CJUE (C-26/13 Kasler și Kaslerne Rabai), subsecvent

constatării caracterului abuziv al clauzei privind modul de stabilire al ratei dobânzii. În sfârșit, instanțele se confruntă cu dificultatea de ordin practic de a determina indicatorul obiectiv și transparent care să intre în compunerea modului de calcul al dobânzii (EURIBOR/LIBOR la 1M, 3M, 6M, 12M), fiind greu de justificat din punct de vedere legal o opțiune pentru unul sau altul dintre acești indici de referință.

De menționat este și faptul că sentința pronunțată de Tribunalul Specializat Cluj, supusă controlului judiciar în baza apelului care a investit instanța de trimitere, consacră o astfel de soluție, considerentele sentinței dezvoltând într-o manieră detaliată argumentele care au determinat instanța să procedeze în acest sens.

C) Hotărâri judecătorești prin care subsecvent constatării nulității parțiale a clauzei referitoare la mecanismul de formare al dobânzii aplicabile începând cu al doilea an de creditare (în ce privește elementul de variabilitate netransparent), se precizează că dobânda se va compune exclusiv din marja fixă, care a fost menținută

Principalul argument în această orientare jurisprudențială a fost acela că acea parte a clauzei care reglementa marja fixă din compunerea modului de calcul al dobânzii nu a fost invalidată și deci nu poate fi modificată sau înlăturată din contract. Ceea ce trebuie înlăturat este strict mecanismul contractual prin care la această marjă fixă se adaugă o marjă de dobândă stabilită exclusiv prin voința internă și unilaterală a băncii. Iar dacă acest mecanism nu mai poate funcționa, contractul se poate executa în continuare fără să prejudicieze în vreun fel consumatorul prin aplicarea marjei fixe acceptate contractual (Curtea de Apel Cluj, secția a II-a, decizia civilă nr.678/23.11.2017).

S-a mai argumentat că, chiar dacă contractul a fost stabilit inițial cu dobândă variabilă, iar excluderea din contract a clauzei analizate are drept consecință transformarea „de facto,” a contractului într-unul cu dobândă fixă, pentru că nu mai există mecanism contractual de modificare a dobânzii pentru viitor, acest fapt nu afectează posibilitatea de continuare a contractului. Dimpotrivă, este modalitatea prin care instanța respectă voința părților, deoarece marja fixă a fost acceptată contractual, este formulată în termeni clari și inteligibili și nu are în sine nimic abuziv, iar pe de altă parte respectă și mecanismul impus de practica C.J.U.E. de înlăturare a clauzelor abuzive și de menținere a celorlalte clauze neatinse, dacă contractul poate continua. Iar continuarea contractului de credit analizat cu o dobândă compusă exclusiv din marja fixă acceptată de consumatori este deopotrivă posibilă și legală fără a-i vătăma în vreun fel pe aceștia.

Printr-o asemenea soluție, susținută și în doctrina de specialitate, s-ar asigura un deplin efect dispozițiilor art.6 din Legea nr.193/2000, prevederea contractuală referitoare la elementul de variabilitate netransparent al dobânzii fiind înlăturat, dar s-ar respecta și principiile statuate prin hotărârea CJUE din cauza C-618/10 Banco Espanol de Credito, întrucât instanța nu ar interveni în mecanismul de calcul al ratei dobânzii (Lucian Mihali – Viorescu, Clauzele abuzive în contractele de credit, Editura Hamangiu, 2017, pagina 207).

D) Hotărâri judecătorești prin care subsecvent constatării caracterului abuziv al clauzei referitoare la mecanismul de formare al dobânzii aplicabile începând cu al doilea an de creditare, se precizează că rămâne incidentă clauza referitoare la modul de stabilire al ratei dobânzii aplicabile pentru primul an

În mod izolat, au fost pronunțate și hotărâri prin care, ulterior constatării caracterului abuziv al clauzei care definea modul de calcul al dobânzii variabile începând cu al doilea an de creditare, s-a specificat faptul că modul de percepere al dobânzii rămâne să fie guvernat de clauza aplicabilă pentru modul de calcul al ratei dobânzii în primul an de creditare, stabilit în procent fix. Această soluție a fost argumentată, în esență, prin împrejurarea că singura referire clară la dobândă în contractul de credit încheiat de părțile în litigiu este cea care privește dobânda aplicabilă pentru primul an, stabilită în procent fix, astfel că doar aceasta poate fi impusă consumatorului, întrucât a fost cunoscută acestuia la încheierea contractului de credit

și agreată de acesta la momentul formării raportului contractual (Curtea de Apel Constanța, secția a II-a civilă, decizia civilă nr.224/3.04.2017, www.rolii.ro, decizia civilă nr.1175/12.12.2017 pronunțată de Tribunalul Sălaj în dosarul nr.3405/337/2016). În această orientare jurisprudențială, o posibilă vulnerabilitate ar putea fi constituită de faptul că dobânda fixă a fost agreată convențional doar pentru primul an de derulare a contractului, iar clauza are o aplicabilitate limitată în timp. Suplimentar, această ultimă abordare poate fi asimilată unei intervenții în contract, fiind înlăturat caracterul variabil al dobânzii.

Problema de drept supusă analizei, referitoare la stabilirea pe cale judiciară a ratei dobânzii în cazul împrumuturilor acordate în monedă străină, a fost examinată și cu ocazia întâlnirilor profesionale ale magistraților dedicate discutării aspectelor de practică neunitară, cu participarea Institutului Național al Magistraturii (întâlnirea președinților secțiilor specializate (foste comerciale) ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și ale curților de apel de la Craiova din 27-28 aprilie 2015, Constanța din 7-8 septembrie 2017, București din 21 iunie 2018). Au fost expuse și argumentate mai multe puncte de vedere, dar concluzia finalmente adoptată a fost aceea că instanța nu poate interveni în contractul încheiat între părți și că ar fi necesară o intervenție legislativă pentru reglementarea diferitelor aspecte care intervin în practică în legătură cu clauzele abuzive din contractele de credit bancar.

Prezentarea opiniilor exprimate în jurisprudența instanțelor naționale, dar și a soluțiilor avansate în doctrină, a fost apreciată drept necesară de către instanța de trimitere pentru a evidenția dificultatea cu care se confruntă în stabilirea consecințelor constatării caracterului abuziv al clauzei care definește modul de calcul al dobânzii variabile începând cu cel de al doilea an de creditare.

Stabilirea consecințelor care decurg din această constatare este esențială în prezenta cauză, atât din perspectiva determinării ratei dobânzii aplicabile în raportul juridic al părților în litigiu pentru viitor, cât și pentru soluționarea acelei părți din cererea de chemare în judecată prin care s-a solicitat obligarea pârâtei societate bancară la restituirea către reclamant a sumelor achitate în plus cu titlu de dobândă, fie ca diferență dintre dobânda efectiv achitata de către reclamant și dobânda calculată în baza formulei: 1,5% + EURIBOR 6M după primul an de creditare astfel cum a solicitat reclamantul în principal, fie ca diferență dintre dobânda efectiv achitata de către reclamant și dobânda calculată în baza procentului fix stabilit pentru primul an de creditare, așa cum a solicitat reclamantul în subsidiar, fie ca diferență între dobânda efectiv achitată și dobânda stabilită de instanță pe baza datelor de fapt ale contractului de credit.

Instanța de trimitere mai amintește că, chiar în prezenta unei jurisprudențe a Curții care soluționează problema de drept în cauză, instanțele naționale își păstrează în întregime libertatea să sesizeze Curtea în cazul în care consideră acest lucru oportun. Chiar dacă dispozițiile a căror interpretare se solicită au fost deja interpretate de Curte, acest aspect nu împiedică Curtea să se pronunțe din nou, așa cum s-a statuat în cauza C-186/16 Ruxandra Andriuc, paragraful 21. Chiar dacă prevederile art.6 al.1 din Directiva 93/13 au mai făcut obiectul analizei instanței unionale, fiind interpretate în mai multe decizii de referință (cauzele C-618/10 Banco Espanol de Credito, cauzele conexe C-482/13, C-484/13, C-485/13 și C-487/13, Unicaja Banco SA, C-26/13 Kasler și Kaslerne Rabai, C-397/11 Erika Jörös), este evidentă dificultatea în care se află instanțele române în ce privește stabilirea consecințelor constatării caracterului abuziv al unei clauze care definește mecanismul de stabilire al ratei dobânzii variabile după formula „marjă fixă și o dobânda de referință practicata de banca ale cărei criterii nu sunt transparente” într-un contract de credit, aspect care este reliefat tocmai de jurisprudența neunitară cu privire la această problemă de drept.

În contextul prezentat, apare ca imperios necesară interpretarea prevederilor art.6 al.1 din Directiva 93/13, astfel că curtea a apreciat oportună sesizarea Curții de Justiție a Uniunii Europene cu întrebările care vor fi expuse și care prefigurează posibile soluții pentru stabilirea consecințelor constatării caracterului abuziv al clauzei care definește modul de

calcul al dobânzii variabile începând cu cel de al doilea an de creditare, într-un contract de credit cu dobândă fixă în primul an și variabilă ulterior:

1. Art.6 al.1 din Directiva 93/13/CEE trebuie interpretat în sensul că, subsecvent constatării caracterului abuziv al unei clauze care definește mecanismul de stabilire al ratei dobânzii variabile după formula „marjă fixă și o dobânda de referință practicata de banca ale cărei criterii nu sunt transparente” într-un contract de credit cu dobânda fixa limitată la primul an si variabilă ulterior, conform formulei menționate, permite instanței naționale să adapteze contractul prin stabilirea unui mod de calcul al dobânzii variabile in functie de indicatori de referință transparenti (LIBOR/EURIBOR) și de marja fixa a băncii, pornind de la datele de fapt ale contractului de credit, pentru a asigura o protecție mai bună consumatorului?

2. Dacă răspunsul la această întrebare este negativ, art.6 al.1 din Directiva 93/13/CEE trebuie interpretat în sensul că, subsecvent constatării caracterului abuziv al unei clauze precum cea menționată anterior, permite instanței naționale, pe cale jurisprudențială, să stabilească o dobândă fixă, prin raportare la marja fixă stabilită pentru al doilea an de derulare a contractului sau la dobânda fixă din primul an?

3. Dacă răspunsul la această întrebare este negativ, art.6 al.1 din Directiva 93/13/CEE și principiul efectivității trebuie interpretate în sensul că, subsecvent constatării caracterului abuziv al unei clauze precum cea menționată anterior, se opune ca instanța națională să trimită părțile la negocieri în vederea stabilirii noului nivel al dobânzii, fără stabilirea unor repere?

4. Dacă răspunsul la această întrebare este negativ, care ar fi posibilele remedii pentru asigurarea protecției consumatorului, care să fie în acord cu prevederile art.6 al.1 din Directiva 93/13/CEE?

Văzând și dispozițiile art. 412 alin. 1 pct. 7 Cod procedură civilă,

**PENTRU ACESTE MOTIVE,
ÎN NUMELE LEGII
DISPUNE**

Dispune sesizarea Curții de Justiție a Uniunii Europene cu cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare asupra următoarelor întrebări vizând interpretarea Directivei 93/13/CEE :

1. Art.6 al.1 din Directiva 93/13/CEE trebuie interpretat în sensul că, subsecvent constatării caracterului abuziv al unei clauze care definește mecanismul de stabilire al ratei dobânzii variabile după formula „marjă fixă și o dobânda de referință practicata de banca ale cărei criterii nu sunt transparente” într-un contract de credit cu dobânda fixa limitată la primul an si variabilă ulterior, conform formulei menționate, permite instanței naționale să adapteze contractul prin stabilirea unui mod de calcul al dobânzii variabile in functie de indicatori de referință transparenti (LIBOR/EURIBOR) și de marja fixa a băncii, pornind de la datele de fapt ale contractului de credit, pentru a asigura o protecție mai bună consumatorului?

2. Dacă răspunsul la această întrebare este negativ, art.6 al.1 din Directiva 93/13/CEE trebuie interpretat în sensul că, subsecvent constatării caracterului abuziv al unei clauze precum cea menționată anterior, permite instanței naționale, pe cale jurisprudențială, să stabilească o dobândă fixă, prin raportare la marja fixă stabilită pentru al doilea an de derulare a contractului sau la dobânda fixă din primul an?

3. Dacă răspunsul la această întrebare este negativ, art.6 al.1 din Directiva 93/13/CEE și principiul efectivității trebuie interpretate în sensul că, subsecvent constatării caracterului abuziv al unei clauze precum cea menționată anterior, se opune ca instanța națională să trimită părțile la negocieri în vederea stabilirii noului nivel al dobânzii, fără stabilirea unor repere?

4. Dacă răspunsul la această întrebare este negativ, care ar fi posibilele remedii pentru asigurarea protecției consumatorului, care să fie în acord cu prevederile art.6 al.1 din Directiva 93/13/CEE?

Dispune suspendarea judecării apelului obiect al dosarului nr.(...) până la pronunțarea hotărârii preliminare.

Fără cale de atac.

Pronunțată în ședința publică din data de 27.02.2019.

PREȘEDINTE,
(...)

JUDECĂTOR,
(...)

GREFIER,
(...)

(...). 27 Februarie 2019
Red./dact./(...)/14 martie 2019