

Dosar nr. 5477/111/2014

R O M Â N I A

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A II-A CIVILĂ

DECIZIA CIVILĂ Nr. 729/2017
Ședința de la 14 Decembrie 2017

S-a luat în examinare – în vederea pronunțării - apelul declarat de apelant împotriva Sentinței civile nr. X din X pronunțată în dosarul nr. 5477/111/2014 al Tribunalului Specializat Cluj, în contradictoriu cu intimat S.C. PIRAEUS BANK ROMÂNIA S.A., având ca obiect acțiune în constatare.

Dezbaterea pe fond a cauzei a avut loc în ședința publică din data de 7.12.2017, mersul dezbaterilor fiind consemnat în încheierea de ședință de la acea dată, când pronunțarea a fost amânată pentru termenul de azi.

INSTANȚA

I. Circumstanțele și obiectul litigiului.

1.Reclamanta a încheiat cu pârâta contractul de credit de nevoi personale cu garanție imobiliară nr. X limita creditului acordat fiind de 82.590 CHF cu dobândă variabilă calculată în funcție de indicele de referință libor la 3 luni și marja băncii de 4.3 puncte procentuale la data perfectării convenției (filele 25-63 vol. I dos fond).

2.Art. 1.3 lit. c din Condițiile speciale stabilește că: „în situația în care împrumutatul solicită și banca acceptă modificarea valutei, duratei sau a altor condiții ale creditului, banca poate percepe un comision de conversie de 3% aplicat la soldul creditului”.

Potrivit dispozițiilor) art.2.2 inserate în secțiunea 2 (Creditul): „creditul se acordă prin cont separat de împrumut, cu creditarea contului curent al împrumutatului, în valuta creditului” .

În cadrul secțiunii a 6-a (Rambursare) prin art. 6.3 se stipulează că : „ împrumutatul este obligat, ca cel mai târziu în ziua scadentei să constituie suma necesară rambursărilor, în contul curent deschis la banca, în valuta prevăzută în graficul de rambursare, împrumutatul/Coplatitorul și Garantul mandatează banca să debiteze unilateral orice cont al împrumutatului/Coplatitorului și Garantului deschis la banca, de unde aceasta poate încasa orice suma datorată, la scadențele prevăzute. Dacă moneda oricărui astfel de cont diferă de moneda în care sunt datorate obligațiile de plată, banca poate utiliza disponibilitățile respective pentru a cumpăra o sumă egală cu cea în moneda obligațiilor de plată, aplicând cursul sau de schimb și poate debita contul respectiv cu costul aferent cumpărării și alte taxe, după caz”.

3.Reclamanta a declanșat o procedură judiciară solicitând organului jurisdicțional să constate nulitatea absolută a clauzelor abuzive prevăzute la:

- Art. 1.3 lit. c, Secțiunea 1;

- Art. 6.3, Secțiunea 6, din condițiile speciale de creditare - anexa la contractul de credit bancar nr. 1303000000021926/5.12.2007;

- Art. 2.2, Secțiunea 2, din condițiile speciale de creditare - anexa la contractul de credit bancar încheiat cu pârâta PIRAEUS BANK ROMÂNIA SA, cu consecința stabilizării cursului de schimb la nivelul celui existent la data semnării contractului.

Reclamanta a mai solicitat conversia creditului acordat reclamantei, din CHF în RON, la cursul CHF/RON de la data contractării lui, obligarea pârâtei la emiterea unui nou grafic de rambursare precum și obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

II. Apărările reclamantei.

Reclamanta a susținut în cadrul demersului inițiat faptul că Banca a încălcat:

- a) **obligatia de informare, consultare și avertizare;**
- b) **obligatia de a nu pune în vânzare produse/servicii financiare defectuoase;**
- c) **obligatia de a nu utiliza practici comerciale înșelătoare;**
- d) **obligatia de a nu introduce în Contract clauze abuzive.**

Astfel, clauzele contestate, deși intră sub incidența noțiunii „obiectul principal al contractului”, nu sunt redactate în mod clar și inteligibil, motiv pentru care instanța trebuie să procedeze la analiza lor caracterului abuziv.

Reclamanta a relevat că prevederile contractuale aduse în discuție provoacă un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, contrar cerințelor bunei-credințe.

Cerința privind redactarea clară și inteligibilă și transparența clauzei trebuie înțeleasă în mod extensiv.

Contractul trebuie să expună în mod transparent funcționarea concretă a mecanismului la care se referă clauza respectivă.

Astfel, contractul trebuia să expliciteze că, în condițiile în care împrumutatul are veniturile în lei, lună de lună va trebui să cumpere cantitatea necesară de CHF, pentru a achita ratele, iar în condițiile aceluiași venit în lei, capacitatea sa de a cumpăra lunar CHF și, deci, de a-și plăti ratele, depinde exclusiv de fluctuațiile cursului valutar al CHF. Or, clauzele contestate nu respectă aceste cerințe, pentru că nu expun în mod transparent cum funcționează acest mecanism de a restitui creditul în CHF, în condițiile în care împrumutatul înregistrează venituri în lei.

O clauză potrivit căreia împrumutul trebuie restituit în aceeași monedă străină în care a fost contractat trebuie să poată fi înțeleasă de consumator atât pe plan formal și gramatical, cât și în ceea ce privește efectele concrete ale acesteia.

CJUE se referă la obligația băncii de a avertiza cu privire la posibilele variații de curs și la efectele unor astfel de variații.

Ceea ce prezintă relevanță este obligația băncii de a avertiza consumatorii cu privire la posibilele variații de curs și la efectele acestora. Iar capacitatea băncii de a avertiza trebuie analizată raportat la expertiza și cunoștințele sale, și nicidecum raportat la public, în general.

Asemenea informări și avertizări nu au fost făcute, iar banca nu a prezentat probe ce ar fi putut răsturna prezumția legală de neinformare instituită de decizia CJUE.

Existau la momentul acordării creditelor avertizări oficiale din partea Băncii Centrale a Elveției, Băncii Naționale Române cu privire la iminența aprecierii cursului CHF și efectelor distructive asupra împrumutaților în această monedă.

Raportat la toate argumentele mai sus exprimate, este dincolo de orice îndoială faptul că clauzele contestate nu au fost redactate în mod clar și inteligibil, motiv pentru care pot face obiectul analizei caracterului abuziv.

Este evident că orice banca vânzătoare de astfel de produse de creditare avea (și are) obligația să includă în caracteristicile creditului și această avertizare asupra riscului valutar, întrucât art. 15 și, respectiv, 48 din Codul consumului obligă orice comerciant la avertizarea publică asupra pericolelor imprevizibile ale unor produse sau servicii obișnuite și la avertizarea concretă a fiecărui consumator individual asupra riscurilor obișnuite, naturale, ale unor produse sau servicii. În plus, conform art. 6 și 7 din Legea 363/2007, orice informație esențială disimulată sau reținută de comerciant la momentul punerii pe piață a unui produs sau serviciu poate fi considerată o practică înșelătoare, sever sancționată, conform aceleiași legi.

Dacă lipsește informația privitoare la risc sau, și mai grav, dacă informația este disimulată sau ascunsă, contractul se transformă în mod nepermis, prin voința unilaterală a părții puternice a contractului, mai precis, se pervertește, într-un contract aleatoriu.

Intr-un astfel de contract pervertit, efectele contractului, adică obligațiile și riscurile generate de acesta în sarcina consumatorului, nu mai depind de înțelegerea inițială, reală, a

părților, ci de hazard, și nici de motivațiile economice ale părților, contemporane încheierii contractului, ci de intenția comerciantului de a face bani ușori (easy money) din ruina debitorului și din speculația asupra riscurilor și fluctuațiilor valorice ale produsului, serviciului sau ale monedei pretinse la plată.

Dacă nu este dovedit faptul că împrumutatul și-a asumat expres riscul devalorizării monedei, în schimbul prețului mai mic creditului, atunci contractul comutativ s-a pervertit într-un contract aleatoriu prin voința unilaterală, insidioasă, a comerciantului, adică a băncii.

În drept au fost invocate prevederile Legii 193/2000- art. 4, art.6, art.2, Regulamentele BNR 3/2007, 24/2011, 17/2012, recomandarea CERS/2011/1, art. 970 alin.1 C.civ din 1864, Codul consumului - art. 17, art. 25, art. 79 , art.44, art. 45, art.46, art.48, art. 27, Legea nr. 289/2004-art. 6, Legea 190/1999-art.8, Directiva 2008/48/CE, OG nr.21/1992-art. 3 , art. 7, art. 12, art.15, art.18, art. 19, art. 20 alin.4, Legea nr. 363/2007, Legea 148/2000 art.4, art.6 jurisprudența CJUE în interpretarea prevederilor Directivei 93/13/CEE

III. Apărările pârâtei.

În esență pârâta a susținut că dispozițiile contestate care prevăd obligația împrumutatului de a restitui creditul în moneda în care i-a fost acordat reprezintă o reluare a dispozițiilor art. 1578 C.civ privind nominalismul monetar.

Suportarea riscului valutar a fost reglementată și consimțită contractual de către părțile convenției de credit fără existența unei constrângeri și se realizează potrivit principiului consfințit de art. 969 C.civ 1864

Potrivit art. 4 alin. (2) din Directiva CE/93/13, „aprecierea caracterului abuziv al clauzelor nu privește nici definirea obiectului contractului, nici caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate în mod clar și inteligibil”.

Conform art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000, „evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază nici cu definirea obiectului principal al contractului, nici cu calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, nici cu produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil”.

Rezultă că o clauză este exclusă de la aprecierea caracterului abuziv în cazul în care sunt îndeplinite următoarele condiții:

- a) *face parte din obiectul principal al Contractului;*
- b) *este exprimată în mod clar și inteligibil;*

În opinia întimatei, clauzele contestate au fost negociate, fac parte din obiectul principal al contractului, fiind exprimate în mod clar și inteligibil.

Clauzele contestate sunt clare și inteligibile deoarece:

- a) *Consumatorul a înțeles la momentul încheierii Contractului riscurile de a se angaja la restituirea unei sume mai mari de bani în lei decât cea avută în vedere la momentul încheierii contractului;*
- b) *Banca nu putea informa consumatorii cu privire la aspecte pe care nu le cunoștea și nu le putea influența;*
- c) *Obligația legală a Băncii de a informa consumatorii cu privire la riscul valutar a fost introdusă în legislația națională doar ulterior încheierii Contractului de Credit.*

Consumatorii au înțeles consecințele economice ale contractării creditului într-o valută străină.

Instituția bancară nu putea prevedea la momentul încheierii contractului viitoarea depreciere semnificativă a monedei naționale față de francul elvețian.

Pe de altă parte, obligația de informare cu privire la riscul valutar nu exista în legislația în vigoare de la momentul încheierii Contractului de Credit.

La data încheierii Contractului de Credit (2007-2008), instituția bancară a furnizat împrumutaților informații suficiente pentru a le permite să adopte decizii prudente și în cunoștință de cauză, iar un consumator mediu, normal informat și suficient de avizat, putea să evalueze consecințele economice, potențial semnificative, ale clauzelor contestate, iar cele pe care nu le putea evalua, nu puteau fi anticipate nici măcar de către Bancă, profesionist în

domeniu, motiv pentru care aceasta din urmă nici nu avea cum să îl informeze cu privire la aceste consecințe.

Clauzele contestate respectă cerința bunei credințe și nu creează un dezechilibru între drepturile și obligațiile părților. Riscul valutar trebuie suportat în mod natural de consumator.

IV. Hotărârea primei instanțe

Prin sentința civilă nr. 2552 din 29.09.201 pronunțată în dosarul nr. 5477/111/2014 al Tribunalului Specializat Cluj, s-a respins acțiunea formulată de reclamanta Bebu (fosta Samfira) Mariana - Cecilia în contradictoriu cu parata SC Piraeus Bank România SA.

Considerentele pe care se sprijină hotărârea primei instanțe sunt următoarele:

În drept, în conformitate cu art. 4 din Legea nr. 193/2000: (1) O clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. (2) O clauză contractuală va fi considerată ca nefiind negociată direct cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitate consumatorului să influențeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condițiile generale de vânzare practicate de comercianți pe piața produsului sau serviciului respectiv. (3) Faptul că anumite aspecte ale clauzelor contractuale sau numai una dintre clauze a fost negociată direct cu consumatorul nu exclude aplicarea prevederilor prezentei legi pentru restul contractului, în cazul în care o evaluare globală a contractului evidențiază că acesta a fost prestabilit unilateral de profesionist. Dacă un profesionist pretinde că o clauză standard preformulată a fost negociată direct cu consumatorul, este de datoria lui să prezinte probe în acest sens. (4) Lista cuprinsă în anexa care face parte integrantă din prezenta lege redă, cu titlu de exemplu, clauzele considerate ca fiind abuzive. (5) Fără a încălca prevederile prezentei legi, natura abuzivă a unei clauze contractuale se evaluează în funcție de: a) natura produselor sau a serviciilor care fac obiectul contractului la momentul încheierii acestuia; b) toți factorii care au determinat încheierea contractului; c) alte clauze ale contractului sau ale altor contracte de care acesta depinde. (6) Evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază nici cu definirea obiectului principal al contractului, nici cu calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, nici cu produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil.

De asemenea, potrivit pct. 1 lit. a) din Anexa la Legea nr. 193/2000 sunt considerate clauze abuzive acele prevederi contractuale care (...) dau dreptul profesionistului de a modifica unilateral clauzele contractului, fără a avea un motiv întemeiat care să fie precizat în contract. Prevederile acestei litere nu se opun clauzelor în temeiul cărora un furnizor de servicii financiare își rezervă dreptul de a modifica rata dobânzii plătită de către consumator ori datorată acestuia din urmă sau valoarea altor taxe pentru servicii financiare, fără o notificare prealabilă, dacă există o motivație întemeiată, în condițiile în care profesionistul este obligat să informeze cât mai curând posibil despre aceasta celelalte părți contractante și acestea din urmă au libertatea de a rezilia imediat contractul.

Reclamanta a invocat ca efectul încălcării de către banca a obligațiilor de informare a consumatorilor, de a nu pune în vânzare servicii/produse toxice/defectuoase, de a nu utiliza practici comerciale înșelătoare și de a nu introduce în contractele de credit clauze abuzive, ar determina nulitatea clauzelor contractuale prin care se instituie în sarcina consumatorului obligația de restituire în CHF a creditului și de a suporta riscul valutar raportat la aceasta moneda.

Instanța a apreciat însă ca trebuie subliniată distincția între eventuala încălcare a unor obligații contractuale, aspect care tine de executarea contractului și nulitatea care afectează potențial anumite clauze, aspect care tine de formarea voinței părților. Cele două aspecte nu se influențează reciproc, în sensul că neexecutarea unei obligații contractuale nu poate atrage nevalabilitatea unor clauze din contract, sens în care se retine ca acțiunea este nefondată sub acest aspect.

Potrivit art. 4 alin. 2 din Directiva 93/13/CEE, aprecierea caracterului abuziv al contractului nu poate privi prețul contractual.

Clauzele referitoare la restituirea creditului în aceeași moneda în care a fost acordat, implicând inerent și riscul valutar, care însă este unul comun, tin în opinia instanței de prețul

contractual și nu pot fi analizate prin prisma pretinsului caracter abuziv, acțiunea fiind inadmisibilă din această perspectivă și între aceste limite.

Comercianții au libertatea să stabilească prețul perceput pentru serviciile și bunurile oferite; limita minimă a prețului este dată de costurile minime presupuse de bunul sau serviciul oferit, iar limita maximă este reglată de concurența liberă pe piață. Acesta este motivul pentru care, potrivit art. 4 alin. 2 din Directiva 93/13/CEE, aprecierea caracterului abuziv al clauzelor nu privește nici definirea obiectului contractului, nici caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate în mod dar și inteligibil.

Astfel, textul art. 4 alin. (2) din directiva amintită, preluat de art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000, are următoarea redactare: aprecierea caracterului abuziv al clauzelor nu privește nici definirea obiectului contractului, nici caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate în mod clar și inteligibil. De asemenea, în expunerea de motive a directivei se arată că în sensul prezentei directive, aprecierea caracterului abuziv nu se efectuează asupra clauzelor care descriu obiectul principal al contractului, nici asupra raportului calitate/preț al bunurilor sau serviciilor furnizate. Deși ideea exceptării de la controlul caracterului abuziv al clauzelor a obiectului principal al contractului nu se regăsește nici în legislația națională, nici în traducerea românească a directivei în discuție, ea se regăsește atât în expunerea de motive, cât și în textul art. 4 alin. (2) din alte traduceri ale directivei.

În concluzie, voința legiuitorului european - care nu poate fi ignorată, câtă vreme reglementarea națională trebuie să asigure pragul minimal de garanții impus de către directivă - a fost de a limita controlul caracterului abuziv numai cu privire la acele clauze care privesc fie descrierea obiectului principal al contractului, fie raportul calitate/preț al bunurilor și serviciilor furnizate, desigur, câtă vreme acestea sunt exprimate clar și inteligibil.

În urma acestei concluzii trebuie stabilit, prin urmare și dacă clauza privitoare la comisionul de conversie este o clauză care privește una dintre cele două categorii de mai sus. Or, obiectul principal al unui contract de credit îl constituie, pe de o parte, suma de bani acordată cu titlu de credit și, pe de altă parte, dobânda văzută ca "preț" al creditului. Orice alte chestiuni, precum cele referitoare la comisioane percepute pentru diferite servicii, deși pot constitui obiecte ale contractului de credit, nu pot fi decât obiecte secundare ale acestuia, fiind accesorii creditului acordat și având sens numai atâta vreme cât există creditul, văzută ca obiect principal.

Cu alte cuvinte, și prin raportare la comisionul de conversie în discuție, acesta nu poate fi privit ca un obiect principal al contractului, caracterul său accesoriu fiind evident atât timp cât este clar că părțile au încheiat contractul pentru a oferi, respectiv a obține un credit, și nu pentru a obține servicii de monitorizare a riscului băncii de a obține sau nu profitul scontat și a plăti aceste servicii. De altfel, în lipsa obiectului principal, asemenea servicii nici nu și-ar avea sensul, ceea ce demonstrează, odată în plus, caracterul lor accesoriu.

Clauza privind comisionul de conversie de 3% aplicat la soldul creditului, nu poate fi considerată ca intrând sub incidența textului art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000, astfel că ea poate fi analizată chiar și în condițiile în care este exprimată în mod clar și inteligibil.

În conformitate cu art. 4 alin. (3) teza finală din Legea nr. 193/2000, părții îi revine obligația de a proba faptul că această clauză a fost negociată, însă instanța a apreciat că în prealabil trebuie făcută și o dovadă în sensul că s-a solicitat o astfel de negociere, deoarece, altfel operează prezumția simplă că, pur și simplu consumatorul a acceptat din start această clauză, cu atât mai mult cu cât a și optat pentru acordarea creditului în valută.

Așadar, tribunalul a analizat, în continuare, dacă această clauză a este de natură să creeze, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. Raportat la cerința ca această clauză să fie de natură să creeze, în detrimentul consumatorului intimat și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, tribunalul reține că nici aceasta nu este dovedită.

Procentul contractual prevăzut pentru acest comision, trebuie în opinia instanței raportat la riscul valutar care incumbe ambelor părți.

Tribunalul a mai reținut „ raportat la cerința de a păstra echilibrul contractual între drepturile și obligațiile părților ca un element important pe care părțile îl negociază este moneda creditului, aceasta fiind aleasă exclusiv de către client și determinând o mare parte a cuantumului costurilor băncii și, implicit, un anumit cuantum minim al ratei dobânzii.

În speța banca și-a asumat și și-a îndeplinit obligația principală de acordare a împrumutului în moneda și în cuantumul solicitat de consumator, iar variația de curs valutar nu depinde de banca și de conduita acesteia. Mai mult , în speța, consumatorul nu a fost prejudiciat, nefiindu-i perceput acest tip de comision.

În ceea ce privește cererea accesorie prin care reclamanta solicita obligarea la emiterea unui nou grafic de rambursare, care să prevadă restituirea creditului în lei și conversia creditului la paritatea de la data contractului de credit, instanța apreciază ca se impune respingerea acesteia, pe cale de consecință, fata de considerentele deja expuse.

Instanța a mai reținut ca nu este permisă intervenția instanței de judecată în mecanismul contractual prin modificarea unei clauze sunt considerentele deciziei CJUE în cauza C-618/10 (cauza Banco Espanol de Credito SA împotriva Joaquin Calderon Camino) prin care s-a reținut ca „decurge astfel din textul articolului 6 alin. (1) ca 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, fara a avea posibilitatea să modifice conținutul acesteia. Astfel, acest contract trebuie să continue să existe, în principiu, fără nici o 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, în lumina celor de mai sus, urmează să se răspundă la a doua întrebare ca articolul 6 alin. (1) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul ca se opune unei reglementări a unui stat membru, precum articolul 83 din Decretul legislativ 1/2007, 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”.

S-a mai reținut în subsidiar faptul ca cererea vizează aspecte care țin de înghețarea cursului valutar la un anumit nivel, aspecte care țin de politica monetară și care excedă competențelor instanțelor de judecată.

În baza acestor considerente s-a respins acțiunea, ca neîntemeiată, reținând pertinenta apărărilor formulate în cauza de către partea parată.

V. Apelul reclamantei. Apărările și argumentele pe care acesta se întemeiază..

Reclamanta a solicitat pe calea apelului reformarea hotărârii atacate în sensul admiterii acțiunii în integritate, pentru considerente de nelegalitate.

Apărările pe care se fundamentează cererea de reformare sunt următoarele:

Clauzele contestate, deși intră sub incidența noțiunii „obiectul principal al contractului”, nu sunt redactate în mod clar și inteligibil, motiv pentru care instanța trebuie să procedeze la analiza lor caracterului abuziv.

După cum arată CJUE la paragraful 32 din Decizia din speța Andriciuc: „în cazul în care instanța de trimitere ar constata că clauza în discuție în litigiul principal nu este inclusă în excepția menționată (n.n. art. 1 alin. (2) din Directivă), i-ar reveni atunci sarcina de a examina dacă aceasta intră sub incidența noțiunii „obiectul principal al contractului” sau în noțiunea „caracterul adecvat al prețului sau al remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte”, în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13”.

Din acest paragraf rezultă o primă consecință pentru speța de față și astfel de litigii, în general.

Chiar dacă instanța constată că clauzele contestate reflectă principiul nominalismului, dat fiind caracterul supletiv al acestuia, excepția instituită de art. 1 alin. (2) nu se aplică, ceea ce înseamnă că instanța are sarcina să continue analiza din perspectiva Directivei 93/13.

Instanța are sarcina de a verifica dacă respectivele clauze intră în sfera noțiunilor de „obiect principal al contractului” și „caracterul adecvat al prețului sau al remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte”, în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13.

Reclamanta apreciază că o astfel de analiză este în acest moment superflă, din moment ce CJUE a arătat la paragraful 37 din Decizia data în speța Andriciuc că, „în speță, mai multe elemente din dosarul pus la dispoziția Curții tind să indice că o clauză, precum cea în discuție în litigiul principal, inserată într-un contract de credit încheiat într-o monedă străină între un profesionist și un consumator fără să fi făcut obiectul unei negocieri individuale, potrivit căreia creditul trebuie rambursat în aceeași monedă, intră sub incidența noțiunii „obiectul principal al contractului”, în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13”.

În același sens sunt și paragrafele 41 și 43 din Decizie, cu mențiunea că CJUE a accentuat că „...această clauză nu poate fi considerată ca fiind abuzivă, în măsura în care este exprimată în mod clar și inteligibil”.

Așadar, în al doilea rând, revine instanței obligația de a verifica în ce măsură clauzele atacate, deși intră sub incidența noțiunii de obiect principal al contractului, sunt exprimate în mod clar și inteligibil.

În aceasta privință, CJUE face o vastă analiză, în paragrafele 44-51. Din ansamblul motivării rezultă că acest caracter clar și inteligibil trebuie să privească: a) Redactarea clauzei și b) Informarea, în faza pre-contractuală, adică anterior semnării contractului, privind consecințele economice ale clauzei.

a) Redactarea clauzei

- ***Cerința privind redactarea clară și inteligibilă și transparența clauzei trebuie înțeleasă în mod extensiv (paragraf 44);***
- ***Contractul trebuie să expună în mod transparent funcționarea concretă a mecanismului la care se referă clauza respectivă (paragraf 45).***

Astfel, contractul trebuia să expliciteze că, în condițiile în care împrumutatul are veniturile în lei, lună de lună va trebui să cumpere cantitatea necesară de CHF, pentru a achita ratele, iar în condițiile aceluiași venit în lei, capacitatea sa de a cumpăra lunar CHF și, deci, de a-și plăti ratele, depinde exclusiv de fluctuațiile cursului valutar al CHF. Or, clauzele contestate nu respectă aceste cerințe, pentru că nu expun în mod transparent cum funcționează acest mecanism de a restitui creditul în CHF, în condițiile în care împrumutatul înregistrează venituri în lei.

b) Informarea, în faza precontractuală, adică anterior semnării contractului, privind consecințele economice ale clauzei

- *pentru un consumator, informarea, înaintea încheierii unui contract, cu privire la condițiile contractuale și la consecințele respectivei încheieri este de o importanță fundamentală (paragraf. 48);*
- *consumatorul trebuie să fie în măsură să evalueze, pe baza unor criterii precise și inteligibile, consecințele economice ale angajamentului sau contractual (paragraf 45);*
- *împrumutatul trebuie să fie clar informat cu privire la faptul că, prin încheierea unui contract de împrumut într-o monedă străină, se expune unui risc de schimb valutar pe care îi va fi, eventual, dificil din punct de vedere economic să și-l asume în cazul devalorizării monedei în care își primește veniturile (paragraf 50);*
- *instituțiile financiare trebuie să furnizeze împrumutaților informații suficiente pentru a le permite să adopte decizii prudente și în cunoștință de cauză, acestea trebuind să includă cel puțin impactul pe care o depreciere severă a mijloacelor legale de plată ale statului membru în care își au domiciliul sau sediul împrumutații și majorarea ratelor dobânzilor la împrumuturile în monedă străină îl au asupra ratelor împrumutului (paragraf 49);*
- *profesionistul, în speță instituția bancară, trebuie să prezinte posibilele variații ale cursurilor de schimb valutar și riscurile inerente contractării unui împrumut în monedă străină, în special în ipoteza în care consumatorul împrumutat nu își primește veniturile în respectiva monedă (paragraf 50);*

- *instituțiile financiare trebuie să furnizeze împrumutaților informații suficiente pentru a le permite să adopte decizii prudente și în cunoștință de cauză (paragraf 51);*
- *o clauză potrivit căreia împrumutul trebuie restituit în aceeași monedă străină în care a fost contractat trebuie să poată fi înțeleasă de consumator atât pe plan formal și gramatical, cât și în ceea ce privește efectele concrete ale acesteia (paragraf 51);*
- *un consumator mediu, normal informat și suficient de atent și de avizat, să poată nu numai să cunoască posibilitatea aprecierii sau a deprecierei monedei străine în care a fost contractat împrumutul, ci și să evalueze consecințele economice, potențial semnificative, ale unei astfel de clauze asupra obligațiilor sale financiare (par. 51); această chestiune trebuie examinată de instanța de trimitere având în vedere ansamblul elementelor de fapt pertinente, printre care se numără publicitatea și informațiile furnizate de împrumutător în cadrul negocierii unui contract de împrumut (paragraf 46); mai precis, revine instanței naționale, atunci când ține seama de toate circumstanțele care însoțesc încheierea contractului, obligația să verifice că, în cauza respectivă, au fost comunicate consumatorului toate elementele care pot avea un efect asupra întinderii obligației sale și care îi permit acestuia să evalueze, printre altele, costul total al împrumutului său. (paragraf 47); revine instanței naționale obligația de a verifica faptul că profesionistul a comunicat consumatorilor respectivi orice informație pertinentă care să le permită să evalueze consecințele economice ale unei clauze, precum cea în discuție în litigiul principal, asupra obligațiilor lor financiare (paragraf 50).*

Informarea consumatorului cu privire la efectele economice ale clauzei este esențială.

Cursul valutar poate fi, într-adevăr, fluctuant, adică crescător sau descrescător. Dar profesionistul și consumatorul nu se află pe o poziție de egalitate nici din punct de vedere economic, juridic, tehnic și de rezervă de timp, nici din punct de vedere informațional.

Nu numai că banca are, în raport de consumator, avantajul asimetriei informaționale, dar raporturile juridice in-egalitare, de putere, dintre banca și consumator îl fac pe acesta să fie, pur și simplu, dependent informațional de bancă. Oferta de a contracta, precum și contractul în sine, sunt pre-formulate, consumatorul ne-având altă posibilitate decât să adere fără rezerve la oferta comerciantului de a contracta, ceea ce înseamnă că trebuie să se bazeze pe informațiile oferite de banca (și pe nimic altceva) pentru a-și forma un consimțământ în cunoștință de cauză. Lipsa sau disimularea informației determină vicierea sau lipsa totală a consimțământului.

Așa cum s-a spus recent în doctrină , „profanul se află într-o stare de dependență informațională în raporturile sale cu profesionistul; legătura juridică ce urmează să se stabilească între consumator și profesionist [...] are la baza noțiunea credulității, a încrederii, în ambianța căreia profanul va trebui să folosească informațiile primite în etapa contractuală”.

Faptul că și-ar asuma un risc al deprecierei monedei de plată față de moneda națională nu are relevanță în privința băncii, întrucât aceasta este un profesionist al riscului care (ar trebui să) știe că o monedă străină, mai ales una exotica, poate fluctua în sens de super-valorizare pe timp de crize sau turbulențe financiare. Și, de altfel, în contract sunt inserate mai multe tipuri de garanție contra riscurilor, precum și diverse comisioane, speze, taxe, prime de asigurare și altele asemenea, toate menite a acoperi anticipat aceste riscuri.

Altfel spus, ce își poate asuma și suporta banca, nu își poate asuma și suporta un consumator. În plus, impactul fluctuației de curs valutar asupra profesionistului dintr-un contract de credit este nesemnificativ și nu prezintă absolut niciun risc, mai ales în condițiile în care prestația acestuia, punerea sumei de bani la dispoziție, a fost executată dintr-o dată (uno ictu).

Pe de altă parte, consumatorul se confruntă cu posibilitatea declarării scadenței anticipate a creditului și a executării silite, în cazul în care fluctuația îl pune în situația de a nu-și putea plăti ratele. Riscul este cu atât mai mare cu cât este suficientă o fluctuație semnificativă de curs timp de numai 3 luni consecutive din cele 360 de luni ale contractului, pentru a determina consecințele de mai sus.

Tocmai acesta este motivul pentru care, în mod insistent, CJUE a accentuat, în cauza C-186/16, necesitatea informării cu privire la consecințele economice. Acestea pot fi, în scurt timp de la semnarea contractului, devastatoare pentru împrumutat. Un scurt-circuit la nivelul cursului valutar poate determina executarea silită a împrumutatului, ceea ce înseamnă adesea ruina definitivă a acestuia.

Pe de altă parte, banca are avantajul timpului, astfel încât chiar și în ipoteza unei devalorizări a monedei de împrumut (CHF), banca își permite să aștepte toți cei 30 de ani ai contractului, astfel încât, într-un final, cu toate dobânzile, comisioanele percepute, să constate profitul de pe urma împrumutului acordat.

CJUE se referă la obligația băncii de a avertiza cu privire la posibilele variații de curs și la efectele unor astfel de variații.

Ceea ce prezintă relevanță este obligația băncii de a avertiza consumatorii cu privire la posibilele variații de curs și la efectele acestora. Iar capacitatea băncii de a avertiza trebuie analizată raportat la expertiza și cunoștințele sale, și nicidecum raportat la profan și la public, în general.

Potrivit CJUE, banca trebuie să prezinte consumatorilor, încă din faza precontractuală, posibilele variații de curs și efectele acestor variații. Cu alte cuvinte, ceea ce trebuia să facă banca și nu a făcut era să prezinte, anterior semnării contractului, simulări ale capacității împrumutatului de rambursare a creditului, în condițiile în care moneda creditului, CHF, se apreciază cu 10%, 20%, 30%, 50% sau 100% (procente indicate cu titlu de exemplu). De precizat că deprecierea leului față de francul elvețian a fost, în anul 2011 și, ulterior, în perioada 15 ianuarie 2015 - prezent, de peste 150%.

Potrivit recomandării Comitetului European pentru Risc Sistemic din 21 septembrie 2011, la care face referință CJUE în paragraful 49, consumatorii care nu erau acoperiți în mod natural la riscul valutar (nu își încasau veniturile în moneda creditului, ci în moneda națională) trebuiau informați cel puțin în legătură cu impactul unei depreciere severe a mijloacelor de plată. O variație de minim 20% față de cursul inițial trebuia adusă de îndată la cunoștința consumatorilor, întrucât era vorba de o „depreciere severă a mijloacelor de plată”.

Evident, asemenea informări și avertizări nu au fost făcute, iar banca nu a prezentat probe ce ar fi putut răsturna prezumția legală de neinformare instituită de decizia CJUE.

Ceea ce a făcut banca a fost să pună la dispoziția împrumutaților, după semnarea contractelor, un grafic de rambursare a unui credit în CHF pe 30 de ani. Or, în condițiile în care împrumutații își realizează veniturile în lei, graficul de rambursare prezentat în CHF nu făcea decât să mușamalizeze riscul valutar. Aceste grafice de rambursare nu indicau nici fluctuațiile potențiale ale cursului, nici costurile în lei ale creditului.

Iar CJUE, la paragraful 47 din Decizia dată în speța Andriciuc, tocmai asta impune, ca banca să comunice consumatorului, în etapa pre-contractuala, și nu după semnarea contractului, toate elementele care pot avea un efect asupra întinderii obligației sale și care îi permit acestuia să evalueze, printre altele, costul împrumutului său. Nu în zadar CJUE utilizează adjectivele posesive „sale” și „său”. Costul împrumutului său este exprimat, pentru consumator, în lei, și depinde direct de fluctuațiile cursului valutar. Comportamentul subversiv al băncii de a ascunde costul împrumutului în lei, raportat la posibilele fluctuații de curs valutar, și de a pretinde că obligația sa și costul său (ale împrumutatului) erau în CHF, înseamnă o gravă abatere de la rațiunea legii, așa cum a fost interpretată de CJUE.

În aceste condiții, împrumutații au contractat creditele, necunoscând posibila întindere a obligațiilor și costul total al împrumutului, așa cum ar fi trebuit, potrivit paragrafului 47 din decizia CJUE. Iar dacă împrumutații nu și-au cunoscut întinderea obligațiilor, contractul de credit a fost unul aleatoriu, nicidecum comutativ. Mai precis, contractul a fost pervertit într-unul aleatoriu.

Atunci când evaluează îndeplinirea obligației de informare de către bancă, instanța trebuie să se raporteze la „expertiza și cunoștințele” profesionistului în ceea ce privește posibilele variații ale cursurilor de schimb valutar și riscurile inerente contractării unui împrumut în monedă străină (paragraf 56 din Decizia CJUE).

Potrivit CJUE, banca are expertiză și cunoștințe în materia variațiilor cursurilor de schimb valutar și a riscurilor ce le comportă un împrumut în monedă străină. În schimb, consumatorul, care este un simplu particular, un profan, nu are aceste cunoștințe și, cu atât mai puțin, nu are expertiza (în sens de cunoștințe aprofundate, specializate, de detaliu) pe care o are bancă în domeniul riscurilor valutare. Tocmai din această cauză, CJUE instituie o prezumție de

ne-informare ce operează în favoarea consumatorului, prezumție care poate fi răsturnată de către bancă, prin prezentarea de probe pertinente și concludente.

De vreme ce banca nu a prezentat probe pentru a putea răsturna prezumția de lipsa a informării în faza precontractuală, urmează ca instanța să dea efect prezumției și să considere drept dovedite afirmațiile privind neinformarea împrumutaților despre posibilele variații ale cursului și efectele acestor variații.

Banca trebuia să prezinte consumatorilor orice informație pertinentă care să le permită să evalueze consecințele economice ale unei clauze, precum cea în discuție în litigiul principal, asupra obligațiilor lor financiare (paragraf 50 din Decizie)

CJUE indică expres că banca trebuia să prezinte orice informație pertinentă și să comunice consumatorului toate elementele care pot avea efecte asupra întinderii obligației sale, inclusiv pe parcursul derulării contractului. Numai după ce îi sunt prezentate toate aceste elemente și informații, consumatorul își poate da consimțământul în cunoștință de cauză.

Ca atare, banca nu are un drept de a decide ce anume trebuie comunicat împrumutatului, eventual selectiv și camuflat de graficele de rambursare post-contractuale, ci are o obligație de a prezenta tot și orice poate avea efect asupra întinderii obligației, revenindu-i consumatorului dreptul de a decide dacă vrea sau nu să contracteze creditul. Când banca nu prezintă informațiile de mai sus, consimțământul împrumutatului este viciat și este substituit de dorința băncii, ce urmărește numai profitul, de a încheia contractul în orice condiții.

Existau la momentul acordării creditelor avertizări oficiale din partea Băncii Centrale a Elveției, Băncii Naționale Române cu privire la iminența aprecierii cursului CHF și efectelor distructive asupra împrumutaților în această monedă. Studiile și buletinele acestor instituții au fost anexate cererii de chemare în judecată, iar din conținutul acestora rezultă, pe de o parte, un lung istoric al aprecierilor cursului CHF, aprecieri datorate trăsăturii de refugiu (safe haven) a monedei, iar, pe de altă parte, rezultă avertizările de atunci, 2006-2008, ale Băncii Centrale Elvețiene și Băncii Naționale Române cu privire la iminența aprecierii cursului CHF.

Înscrierile respective se încadrează cu siguranță în categoria „orice informație pertinentă” pe care banca trebuia să o prezinte, potrivit CJUE. Asemenea informații ar fi putut determina consumatorii să nu contracteze credite în această monedă.

Prin urmare, banca pârâtă putea să previzioneze inclusiv cursul valutar (deși nu acest lucru i se reproșează în acțiunea de față), dar mult mai important este ca ea trebuia să ia în calcul și să prezinte avertismentele respective consumatorilor, mai ales în condițiile în care cele mai mari 3 bănci din sistem (BCR, BRD și BT) nu acordau credite în CHF, cu toate că și acestea urmăreau profitul. Desigur că, în astfel de condiții, vânzările de credite în CHF s-ar fi redus simțitor, iar profitabilitatea băncii și bonusurile angajaților din vânzări ar fi scăzut în consecință.

Convingerea că un comerciant este menit să facă profit și că, a reține în sarcina sa obligația de informare și avertizare a consumatorului ar constitui o barieră în calea prosperității comerciantului, este o greșeală conceptuală gravă și o probă de neînțelegere a jocului economic al concurenței, un joc care se derulează în interiorul unei rețele juridice de tip matriceal, în care fiecare comerciant depinde de lichiditatea și de credibilitatea celorlalți comercianți și, în final, de solvabilitatea consumatorilor.

Profitul facil, stereotipic, de tip rentier sau monopolistic, mai ales cel supra-dimensionat prin prețuri excesive sau prin volume de vânzări nerealiste, este întotdeauna temporar, putând să se transforme rapid în pierderi masive, prin simpla dificultate de plată sau prin insolvabilitatea și ruina unui număr de consumatori care crește exponențial. A vinde produse și servicii unor consumatori fără a-i informa sau, și mai grav, ascunzându-le intenționat informații, dezinformându-i și înșelându-i, alimentându-le entuziasmul momentan sau cultivându-le artificial nevoi pe care nu le au, înseamnă a contribui substanțial la viitorul dezastru al vânzătorului însuși și la dezastrul sectorului economic în care operează imprudentul și naivul vânzător.

Așadar, omisiunea informării și dezinformarea nu numai că aduc atingere intereselor economice ale consumatorilor, dar sunt și exemple clare de iresponsabilitate managerială care nu numai că nu trebuie premiate, ci sancționate deosebit de dur, pentru a preveni astfel de comportamente viitoare ale comerciantului în cauză sau comportamente mimetice ale partenerilor

săi la jocul concurențial, care ar putea fi tentați și ei de profit ușor (easy money) și ultra-dimensionat.

Este cert și, de altfel, empiric probat în ultimii 10 ani, că profitul facil este urmat, invariabil, de enorme căderi economice care pot determina colapsul unor sectoare economice, pe care, de regula, în ultimii 30 de ani, le suportă particularii, din taxe și impozite plătite statului, din economii și din costurile creditelor accesate (care sunt, întotdeauna în perioade de criza, exclusiv crescătoare).

Cu toate acestea, o soluție jurisprudențială recentă a Tribunalului București în totală contradicție cu decizia CJUE din speța Andriuc, a reținut că "obligația băncilor de informare a clientului la momentul acordării creditului vizează condițiile de creditare - adică dobânzile, comisioanele ori garanțiile puse în sarcina împrumutaților, posibilitatea aprecierii sau deprecierei unei monede, inclusiv volatilitatea acesteia, neputând fi inclusă în aceasta obligație; [...] banca este un comerciant care urmărește să își "vândă" produsele, neputându-i-se pretinde să își consilieze clienții în sensul necontractării unor produse sau servicii, scopul oricărui operator economic fiind acela de a aduce profit, de a-si comercializa produsele si serviciile".

Așadar, în această concepție pretoriană, un vânzător de petarde sau de explozibil, un vânzător de medicamente de risc, inclusiv de vaccinuri, un vânzător de otravă de șoareci, un vânzător de balene sau de delfini, ca și o bancă vânzătoare de credite riscante, trebuie toți să facă profit, căci sunt comercianți, iar scopul comerciantului este acela de a aduce profit.

În plus, banca nici nu ar putea fi ținută de obligația de avertizare asupra riscului de devalorizare, pentru că "nimeni nu poate prevedea ce se va întâmpla cu cursul pe perioade de 20-30 de ani", așa cum reține instanța mai sus citată. Aparent, soluția este favorabilă băncilor, în special, și afacerilor, în general. În realitate, soluția este contrară intereselor pe termen mediu și lung ale băncilor (și, mai larg, intereselor economice generale ale societății), întrucât profitul facil, ultra-dimensionat și unidirecțional este întotdeauna temporar și precar.

Debitorii neinformați sunt riscați pentru bănci și pentru economie, în general, întrucât:

- (i) contractele încheiate în condiții de lipsă a informării sau de dezinformare sunt contracte patologice, dezechilibrate, care vor derapa invariabil în supra-îndatorare și insolvabilitate a debitorului, ceea ce afectează direct lichiditatea și chiar patrimoniul creditorului;
- (ii) un comerciant care omite să informeze sau care dezinformează este un comerciant lipsit de încredere, iar lipsa credibilității este anticamera falimentului.

Pe de altă parte, comerciantul care afla, după punerea pe piață a unor produse sau servicii, că acestea au devenit periculoase din cauza unor evenimente imprevizibile, trebuie să anunțe de îndată autoritățile și publicul și să ia măsuri grabnice de înlăturare a acelor pericole, în așa fel încât să limiteze sau să neutralizeze din start efectele periculoase asupra vieții, integrității fizice și intereselor economice ale populației, luând de urgență măsuri de eliminare de pe piața a produselor și serviciilor devenite periculoase (art.15-16 din Codul consumului).

Imprevizibilitatea unui eveniment nu este o cauză de înlăturare a responsabilității civile, contravenționale sau penale a unui comerciant care vinde produse sau servicii populației. Dimpotrivă, apariția imprevizibilă a unui pericol generat de consumul sau utilizarea produsului sau serviciului pus pe piață de comerciant este chiar declanșatorul obligației de avertizare publică asupra pericolelor produsului sau serviciului pus pe piață, obligație care îi incumba comerciantului.

Dacă nu cunoaște riscurile normale ale produselor și serviciilor proprii, dacă nu se preocupă de astfel de evenimente imprevizibile care fac produsele sau serviciile sale periculoase, bazându-se pe mitul că un consumator mediu informat știe că pot exista fluctuații și variații ale cursului de schimb și că este familiarizat cu pokerul financiar practicat de bănci, respectiva banca este o bancă neprofesionistă și, în mare măsură, iresponsabilă și, de aceea, trebuie să plătească pentru asta.

Dacă, dimpotrivă, cunoaște în detaliu specificul, riscurile aferente și "comportamentul" creditelor în valută exotică și, cu toate acestea, ascunde aceste realități consumatorilor, înseamnă că respectiva bancă este un speculant, pentru care "pierderile" rezultate din înghețarea cursului și/sau ștergerea datoriilor sunt consecințe morale și legale ale comportamentului lor ilegal.

Dimpotrivă, un comportament prudent, responsabil și grijuliu al băncii cu propriul patrimoniu (și cu depozitele pe care le deține de la populație) ar fi evitat, cu siguranță, crearea unui enorm număr de credite neperformante care au covârșit portofoliul băncii, declanșând evenimentele care au dus la propria dispariție, precum ar fi evitat, de altfel, și scăderea drastică a încrederii populației în bănci.

Un debitor ruinat este un debitor lipsă. Câteva zeci de mii de debitori ruinați înseamnă un pasiv greu al băncii, pierderi și lichiditate redusă, iar o continuă executare silită a propriilor debitori și o cedare masivă către colectorii de creanțe a acestora înseamnă o cotă de încredere care tinde asimptotic către zero.

Or, fără încredere, activitatea bancară nu înseamnă nimic. Bani prea ușor și prea rapid câștigați și profiturile supra dimensionate nu numai că sunt întotdeauna temporare, dar mai au și prostul obicei de a se transforma în surse de dezastre ulterioare.

Raportat la toate argumentele mai sus exprimate, este dincolo de orice îndoială faptul că clauzele contestate nu au fost redactate în mod clar și inteligibil, motiv pentru care pot face obiectul analizei caracterului abuziv.

Obligația de avertizare asupra riscurilor valutare

In conținutul obligației de informare trebuie să se regăsească, alături de informațiile obișnuite necesare formării consimțământului, și elemente legate de riscurile și contraindicatelor actuale ale serviciului sau produsului oferit. Aceasta este obligația de avertizare, în temeiul căreia consumatorul trebuie avertizat cu privire la măsurile de precauție pe care trebuie să și le ia anterior contractului care are ca obiect un serviciu sau un produs riscant, fiind avute în vedere atât riscurile previzibile, cât și riscurile potențiale, excepționale .

Codul consumului stabilește o astfel de obligație de avertizare pe mai multe paliere.

Mai întâi, potrivit art. 45 din Codul Consumului, consumatorii au dreptul de a fi informați, în mod complet, corect și precis, asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor, inclusiv a serviciilor financiare oferite de către operatorii economici, astfel încât să aibă posibilitatea de a face o alegere rațională între produsele și serviciile oferite, în conformitate cu interesele lor economice și de altă natură și să fie în măsură să le utilizeze, potrivit destinației acestora, în deplină siguranță și securitate. Conform art. 14 din același Cod, consumatorii trebuie să primească toate informațiile necesare pentru o utilizare corespunzătoare, potrivit destinației inițiale a bunurilor.

Pentru exemplificare, reține nu numai că nu se pot vinde produse cu defecte sau produse care pun pericol siguranța fizică sau interesele economice ale consumatorilor, ci și ca nu se poate vinde un smartphone pentru a fi folosit exclusiv pe post de telefon, un smart tv pentru a fi folosit exclusiv pe post de televiziune analogă, sau un credit în valuta exotica pentru a cumpăra cu lei sau cu euro un imobil.

Esențial este ca bunul sau produsul de care este interesat potențialul consumator să poată fi utilizat în varianta sa originara, cea vizată în mod real de către potențialul consumator, în caz contrar contractul ce ar putea fi încheiat fiind din start vulnerabil în fața unei acțiuni în nulitate pentru error in corpore (eroare - obstacol asupra obiectului contractului).

În al doilea rând, Codul consumului stabilește două categorii de obligații de avertizare care incumba comerciantului, una publică, privind produsele sau serviciile care, în mod normal, nu sunt periculoase pentru consumul populației, dar devin în mod imprevizibil periculoase după punerea lor pe piață, și una individuala, concretă, destinată consumatorului care intenționează să achiziționeze bunuri sau servicii prin natura lor riscante (sau care intenționează să adere fără rezerve la oferta de a contracta făcută de un comerciant, oferta având ca obiect un astfel de bun sau serviciu, prin natura sa riscant).

Astfel, conform art. 15 din Codul consumului, în cazul în care operatorii economici iau cunoștință, la o dată ulterioară punerii pe piață a produselor comercializate, despre existența unor pericole care, la momentul punerii pe piață nu puteau fi cunoscute, trebuie să anunțe, fără întârziere, autoritățile competente și să facă aceste informații publice. Așadar, dacă produsele sau serviciile, chiar utilizate conform destinației lor inițiale, devin, ulterior punerii lor pe piață, periculoase sau riscante în anumite circumstanțe sau conjuncturi care nu puteau fi prevăzute, comerciantul are o obligație strictă și grea de responsabilități civile, contravenționale sau penale,

de avertizare publică asupra acestor pericole imprevizibile ale produsului sau serviciului pus în circulație.

Plaja acestor situații imprevizibile este enormă, iar reacția comerciantului (și, consecvențial, reacția autorităților) trebuie să fie neîntârziată. Astfel: (i) dacă un medicament sau vaccin, normal utilizat, își relevă pericole imprevizibile, reacții adverse, efecte secundare sau complicații în corelație cu alte boli decât cele țintite de medicament sau vaccin, trebuie ca producătorul și distribuitorul să anunțe public aceste pericole și să retragă de pe piață medicamentul sau vaccinul;

(ii) dacă un aliment este infestat cu microbi sau bacterii (cum ar fi salmonela), intoxicat cu toxine (cum ar fi dioxina) ori alterat, trebuie oprit de la comercializare și distrus în totalitate, în prealabil autoritățile și consumatorii fiind avertizați public asupra pericolelor; modul de acțiune este același și în caz de infestare a apei, a plantelor sau a produselor animale, precum și în caz de maladii ale animalelor domestice care pot afecta oamenii;

(iii) dacă un anumit tip de mașină are defecțiuni la sistemul de frânare, emisii de noxe mări decât cele anunțate (uneori, pur propagandistic) sau greșeli de construcție la sistemul de directive sau ghidare, este imediat chemată în fabrică, în prealabil fiind emise avertizări publice asupra riscurilor;

(iv) dacă o valută exotică are, într-un interval scurt de timp (3 luni, 6 luni sau un an, după cutumele stabilite pe piața inter-bancară în domeniul ratelor medii de dobândă în relațiile dintre bănci) o variație mare de 20% față de cursul de schimb inițial, creditorul are obligația să avertizeze public autoritățile și consumatorii, aceștia din urmă fiind chemați de îndată să răspundă dacă nu cumva intenționează o conversie a monedei de plată sau de indexare a contractului în moneda în care își obțin majoritatea veniturilor.

Avertizarea publică este absolut necesară pentru evitarea accidentelor sau a dezastrelor. Răspunderea pentru omisiunea acestei avertizări este deosebit de severă. În lipsa reacției prompte a comerciantului, autoritățile implicate (ANPC, Agenția Națională a Medicamentului) trebuie să ia de urgență măsuri, inclusiv oprirea de la comercializare a produsului sau serviciului sau închiderea temporară a unităților în care acestea se comercializează. Răspunderea civilă delictuală și cea penală însoțesc sancțiunile contravenționale principale (amenda) și complementare (oprirea de la vânzare și distrugerea ecologică, închiderea unității, dizolvarea).

În cazul produselor sau serviciilor care sunt, prin natura lor, riscante, obligația de avertizare asupra riscului care incumba comerciantului îl are ca destinatar pe consumatorul concret, care ar intenționa să achiziționeze acel produs sau serviciu. Astfel, conform art. 48 din Codul Consumului, consumatorii trebuie să fie informați despre riscurile la care sunt supuși prin folosirea normală sau previzibilă a bunurilor.

Spre deosebire de obligația de avertizare publică, această obligație de avertizare asupra riscului privește în mod concret consumatorul care achiziționează un bun sau un serviciu concret de la comerciant. Bunul sau serviciul respectiv este riscant prin natura sa, de vreme ce chiar utilizarea normală sau previzibilă este riscantă, în sine. Este vorba, desigur, de produse de tipul medicamentelor sau al vaccinurilor, de suplimentele alimentare, de produsele din tutun sau alcool, de credite în valută exotică, de artificii, petarde sau armament (în măsura în care se vând publicului).

Riscul valutar este unul dintre aspectele esențiale ale creditului în monedă străină. Specificul acestui tip de risc este că, deși pare a fi natural, adică presupus de însăși formula contractuală aleasă, în realitate nu este. Schematic și doar teoretic, mecanismul creditului în monedă străină permite consumatorului să se împrumute mai ieftin, adică la dobânzi și cu costuri mai mici decât cele practicate la creditele în euro sau în moneda națională, în schimbul unei alegeri conștiente a riscului de variație a cursului, în realitate, riscul valutar este dublat de un risc supra-adăugat de hiper-valorizare a monedei de plată în perioadele de criza sau de turbulențe ale pieței, când cei ce dețin lichidități se „refugiază*” în depozite în moneda respectivă, pentru a se apăra de riscul de erodare a valorii reale a lichidităților (safe haven), ceea ce îi conferă un grad foarte ridicat de imprevizibilitate.

Din această perspectivă, este evident că orice banca vânzătoare de astfel de produse de creditare avea (și are) obligația să includă în caracteristicile creditului și această avertizare asupra riscului valutar, întrucât art. 15 și, respectiv, 48 din Codul consumului obligă orice comerciant la avertizarea publică asupra pericolelor imprevizibile ale unor produse sau servicii obișnuite și la avertizarea concretă a fiecărui consumator individual asupra riscurilor obișnuite, naturale, ale unor produse sau servicii. În plus, conform art. 6 și 7 din Legea 363/2007, orice informație esențială disimulată sau reținută de comerciant la momentul punerii pe piață a unui produs sau serviciu poate fi considerată o practică înșelătoare, sever sancționată, conform aceleiași legi.

Este deosebit de important de precizat că, în domeniul financiar, Dreptul Uniunii Europene, reglementează expres sau statuează jurisprudențial obligația de avertizare a debitorului cu privire la riscurile contractului.

Directiva creditelor imobiliare, 2014/17/UE, la punctul 22 din preambul, oferă exemplul obligației de avertizare cu privire la impactul potențial al fluctuațiilor cursului valutar în cazul creditării în moneda străină (față de care debitorul nu are acoperire naturală, în sensul că nu își obține majoritatea veniturilor în acea monedă străină). Așadar, nu consumatorii care au avut prea multă încredere în sistem și în vânzătorii de credite sunt culpabili pentru compromiterea bazelor sistemului, ci instituțiile de credit.

Alături de această obligație de avertizare asupra riscului, Preambulul Directivei creditelor imobiliare atrage atenția, la pct.27, asupra administrării prudente și, mai ales, a gestiunii proactive a riscurilor emergente ale creditării. Conform Directivei, creditorii au responsabilitatea de a identifica riscul în faza sa incipientă și de a-l gestiona proactiv, fără a-l lăsa să se materializeze, în defavoarea sau spre ruina consumatorului, în acest scop, creditorul trebuie să implementeze modalități eficiente de administrare a riscului, printre care se numără informarea consumatorului cu privire la evoluția cursului, la impactul asupra creditului contractat și la posibilitatea consumatorului de a face conversia, cu scopul de a se proteja de riscul valutar.

În acest sens art. 23 din Directiva 2014/17/UE, stabilește un procent maxim, de 20%, de variație între cursul inițial și cel curent, pentru ca obligația de avertizare (imputabilă instituției de credit) să se activeze, iar banca să fie datoare să informeze consumatorul despre variantele pe care le-ar putea avea în vedere pentru a limita riscul valutar la care este supus.

Prin urmare, răspunderea pentru identificarea variantelor de limitare a riscului valutar incumbe instituției financiare, iar aceasta datorie trebuie dusă la îndeplinire la momentul oportun, înainte de, și nu în timpul sau după, colapsul consumatorului (eveniment care, materializat în volume mari, ar putea determina chiar colapsul creditorului).

Deliberată sau nu, această omisiune reprezintă, conform Preambulului Directivei creditelor imobiliare, o practică iresponsabilă care, în condițiile crizei financiare, a dus la compromiterea bazelor sistemului financiar.

Această obligație de avertizare și consiliere a consumatorului despre riscul valutar al creditului, departe de a fi o sarcină excesivă impusă creditorului, este o manifestare plină a caracterului comutativ al contractului de credit.

Atunci când creditul de retail în moneda străină se caracterizează prin suportarea variației cursului de schimb valutar exclusiv de către împrumutat, acesta având reprezentarea unui curs de schimb foarte stabil la momentul acordării creditului.

Pentru debitor operează, în perioade de criză, o hiper-valorizare a cursului, iar riscul de insolvabilitate și ruina a debitorului are grave repercursiuni asupra creditorului, care nu își va mai putea realiza creanța integral (și, eventual, va fi "nevoit" să vândă restul creanței rămășiță neacoperită după vânzarea imobilului ipotecat, către colecători de creanțe, la prețuri derizorii).

Împrumutatul beneficiază, aparent, de o dobândă micșorată pe durata primilor ani de rambursare a creditului în valută, în contrapartida unui risc reportat asupra anuităților sau a ratelor ulterioare (viitoare) dar, în primul rând, costurile acestui credit sunt egale sau chiar mai mari decât produse similar în moneda națională sau în euro și, în al doilea rând, hiper-valorizarea monedei de plată, în legătură cu care debitorul nu a fost avertizat, majorează uneori până la triplare volumul de plăți lunare, ceea ce determină treptat dar sigur ruinarea debitorului.

Or, un debitor ruinat nu va mai putea achita rate și anuități, indiferent dacă acestea sunt mari sau foarte mari. Un procent de 10% din zero nu este mai mare decât un procent de 1% din zero. Multiplicat cu numere ce reprezintă rata de neperformanță a portofoliului de credite ale instituției de credit, acest risc individual de neplată devine un risc major de insolvabilitate sau chiar de colaps al instituției de credit însăși. De aceea, creditele în moneda străină pentru care debitorul nu are acoperire naturală la riscul valutar reprezintă o practică iresponsabilă auto-vătămătoare a băncilor, și nu doar o practică iresponsabilă vătămătoare a consumatorilor și a economiei în ansamblu .

Directiva creditelor imobiliare confirmă faptul că anterior acesteia s-au utilizat de către băncile împrumutătoare practici comerciale incorecte. Comercializarea creditelor în valută exotice, derulată, teoretic, la prețuri mai mici (dar, în realitate, la prețuri egale sau chiar mai mari față de cele practicate în cazul creditelor în euro), nu a fost însoțită de o avertizare asupra riscului valutar, ceea ce reprezintă o practică comercială incorectă.

De aceea, este contrară legii și jurisprudenței CJUE, inclusiv contrară recentei soluții din speța Andriciuc și alții contra Băncii Românești, ideea că băncile, în perioada 2006-2008, nu ar fi avut obligația de informare sau de avertizare asupra riscului valutar, fiind de-a dreptul compromițătoare (pentru o entitate care, în afaceri, se bazează pe credibilitate și nimic altceva), afirmația că un consumator mediu informat trebuia să prevadă, în lipsa informării profesionistului, toate consecințele contractării creditului în CHF, inclusiv pe cele imprevizibile, în timp ce pentru banca aceasta imprevizibilitate a riscurilor ar fi o adevărată cauză de înlăturare a răspunderii.

O astfel de practică incorectă, precum cea descrisă la pct. 4 și 22 din preambulul Directivei 2014/17, a fost utilizată la vânzarea creditelor în CHF, în perioada indicată, dar și ulterior, pe parcursul derulării acestor contracte, bulversând comportamentul consumatorilor care nu au putut acționa în cunoștință de cauză nici la contractarea creditelor, dar nici pe parcursul derulării lor, fiind îndeplinite condițiile art. 3, art. 2 lit k) și art. 6. 7 din Legea 363/2007 pentru a putea fi calificate drept practici înșelătoare.

Consumatorilor care ar reclama că au fost induși în eroare cu privire la caracteristicile produsului de creditare ales, nu li se poate reclama că este culpa lor că s-au lăsat înșelați și manipulați. O astfel de soluție ar echivala cu o denegare de dreptate.

Este evident din cele expuse mai sus că, în concepția CJUE, instituția bancară care acordă credite în monedă străină are o obligație de avertizare asupra riscului valutar, o obligație concretă și detaliată, atât cu privire la posibilele variații ale cursului de schimb valutar, cât și cu privire la potențialele dificultăți de plată antrenate în sarcina debitorului de potențialele hipervalorizări ale monedei de plată față de moneda în care debitorul își primește venitul.

Întrucât interpretarea dată de CJUE normelor Dreptului Uniunii Europene este obligatorie în dreptul intern, conform art. 148 alin.2 din Constituție, înseamnă că această obligație de avertizare statuată de CJUE face parte din dreptul intern, fiind enunțată, așa cum s-a putut vedea mai sus, încă din 2004, de Codul consumului (art. 15 și art.48).

Sanctiunea încălcării obligației de informare și avertizare

Banca și-a încălcat în mod evident obligația de informare și de avertizare cu privire la serviciile financiare riscante vândute consumatorilor.

Pe planul dreptului substanțial, pentru nerespectarea obligației precontractuale generale de informare, dar mai ales, pentru încălcarea obligației de avertizare, întrucât suntem în prezența unor norme imperative, care ocrotesc un interes public, clauzele din contract afectate de neîndeplinirea acestor obligații sunt lovite de nulitate absolută.

În situația contractelor de credit acordate în monedă străină, sancțiunea nerespectării obligației de informare se impune a fi nulitatea clauzelor vizând restituirea creditului în moneda străină, la cursul de schimb valutar de la data achitării fiecărei rate. În urmarea acestei sancțiuni, care va face inoperabilă clauza de risc valutar, va fi antrenată răspunderea civilă delictuală a băncii, care se va materializa prin suportarea riscului valutar de către bancă, cu titlu de reparare în natură a prejudiciului suportat de către consumatori în urma nerespectării de către bancă a obligațiilor precontractuale de informare, consiliere și avertizare, și prin

stabilizarea obligației consumatorilor de a restitui creditul la cursul valutar de la momentul acordării.

În plus, omisiunea informării, dezinformarea sau ascunderea unor informații esențiale pentru formarea unui consimțământ conștient al consumatorului determină raporturi juridice dezechilibrate, contracte vulnerabile care pot fi anulate parțial pentru vicierea consimțământului sau, în cazuri grave, rebuturi contractuale care pot fi desființate prin constatarea nulității absolute pentru eroare - obstacol (error in negotio).

Caracterul abuziv al clauzelor

Potrivit art. 4 alin. (1) din Legea nr. 193/2000, „o clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților”.

Faptul că nu au fost negociate clauzele deduse judecății a fost stabilit de instanța de fond, nu a fost criticat în apel, motiv pentru care există autoritate de lucru judecat pe acest aspect.

Clauzele contestate provoacă un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, contrar cerințelor bunei-credințe

Potrivit deciziei CJUE din cauza C-1 86/16:

„54. Reiese, astfel cum a arătat avocatul general la punctele 78, 80 și 82 din concluzii, că aprecierea caracterului abuziv al unei clauze contractuale trebuie efectuată în raport cu momentul încheierii contractului respectiv, ținând seama de ansamblul împrejurărilor de care profesionistul putea avea cunoștință la momentul respectiv și care erau de natură să influențeze executarea ulterioară a contractului respectiv, o clauză contractuală putând implica un dezechilibru între părți care nu se manifestă decât în cursul executării contractului.

În această privință, revine instanței de trimitere sarcina să evalueze, având în vedere ansamblul circumstanțelor din cauza principală și ținând seama în special de expertiza și de cunoștințele profesionistului, în speță ale băncii, în ceea ce privește posibilele variații ale cursurilor de schimb valutar și riscurile inerente contractării unui împrumut în monedă străină, în primul rând, posibila nerespectare a cerinței de bună-credință și, în al doilea rând, existența unui eventual dezechilibru semnificativ, în sensul articolului 3 alineatul (1) din Directiva 93/13.”

Raportat la aceste considerente ale CJUE, având în vedere că dezechilibrul trebuie analizat și ținând seama de ansamblul împrejurărilor de care profesionistul putea avea cunoștință la momentul respectiv și care erau de natură să influențeze executarea ulterioară a contractului respectiv, se impune trimiterea la Studiile și Buletinele Băncii Centrale a Elveției și ale Băncii Naționale a României.

Aceste avertizări trebuiau cunoscute de către Banca pârâtă, date fiind expertiza și cunoștințele unei instituții de credit, iar faptul că nu au fost aduse la cunoștința împrumutaților probează reaua-credință a băncii.

Reaua-credință a băncii pârâte rezultă și din faptul că cele mai mari bănci din țară: BCR, BRD și Banca Transilvania (înainte de a absorbi Volksbank) nu au acordat credite în franci elvețieni, împrejurare cunoscută și ignorată de banca pârâtă.

Reaua credință a băncii rezulta și din faptul că aceste credite au fost acordate în 2006-2008, la momentul minimului istoric al cursului CHF-leu, iar o apreciere era inevitabilă. Este remarcabil faptul că vânzarea de credite în CHF s-a derulat, practic, în decurs de un an și jumătate (între 2006-2008), exact în perioada în care erau plantate semințele dezastrului financiar care a urmat falimentului Lehman Brothers.

Toate elementele de mai sus denotă reaua credință a băncii, iar dacă ar fi fost cunoscute de împrumutați, cu siguranță portofoliul băncii de credite în CHF ar fi fost mult, mult mai redus, ceea ce oferă instanței rezultatul ecuației stabilite de CJUE prin paragraful 57 al Deciziei din speța Andriciuc:

„Astfel, pentru a afla dacă o clauză precum cea în discuție în litigiul principal provoacă, în contradicție cu cerința de bună-credință, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților care decurg din contract, în detrimentul consumatorului, instanța națională trebuie să verifice dacă profesionistul, acționând în mod corect și echitabil față de consumator,

se putea aștepta în mod rezonabil ca acesta din urmă să accepte o asemenea clauză în urma unei negocieri individuale".

Ca atare, dacă banca ar fi acționat corect și echitabil față de consumator, i-ar fi prezentat posibilele variații de curs valutar, orice informații pertinente și toate elementele care puteau avea efect asupra întinderii obligației și costului total, avertizările BNR și Băncii Centrale a Elveției, ar fi acceptat consumatorul astfel de clauze? Cu siguranță nu ar fi acceptat.

Dezechilibrul semnificativ este prezumat

A existat un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților încă de la încheierea contractului.

În mod esențial, însă, trebuie reținut că, în contractele comercianților cu consumatorii (și mai ales în contractele de credit), dezechilibrul este prezumat.

Contractele dintre consumatori și comercianți sunt generatoare ale unor raporturi juridice de putere, în care poziția părților este inegală. Nefiind negociate și nefiind echilibrate, aceste contracte pot degenera în aservirea sau menținerea în stare de captivitate contractuală a consumatorilor care, atunci când contractează cu comercianții, se găsesc într-o situație juridică de cvadruplă inferioritate - economică, tehnică, juridică și temporală - în ceea ce privește atât puterea de negociere, cât și nivelul de informare, situație determinată de nevoia indusă mediatic de a consuma.

De aici rezulta o relație juridică esențialmente inegalitară, construită pe temeiul unei forțe economice a comerciantului disproporționat de mare în raport cu consumatorul care, la data încheierii contractului, are o libertate redusă de a contracta sau, în orice caz, o voință alterată de imperativul psihologic sau economic al încheierii contractului, comerciantul își impune voința printr-un contract de adeziune, ne-negociabil, exploatănd aceasta stare de nevoie, în timp ce consumatorul este determinat să adere la condițiile contractuale redactate în prealabil de comerciant, fără a putea exercita o influență asupra conținutului acestora.

Inegalitatea economică, tehnică, juridică și temporală între cei doi contractanți este situația premisă care explică spiritul întregii legislații a protecției consumatorilor, iar acesta consistă în ideea fundamentală a remedierii dezechilibrului existent la momentul încheierii contractului sau survenit încheierii contractului, prin reglementarea unor norme care contrabalansează raportul juridic de putere, acționând ca un levier în favoarea consumatorului și, în acest fel, determinând (re)echilibrarea contractului).

In materia specifică a protecției consumatorilor, CJUE a arătat în mod constant că legea și judecătorul (care se poate sesiza chiar și din oficiu în acest scop) contrapun echilibrului formal ce rezultă din contractele de adeziune la care consumatorii sunt nevoiți să adere un echilibru real, de natură a da proporționalitate prestațiilor părților.

Acest echilibru formal la care se refera jurisprudența CJUE și care rezultă din contracte de adeziune este, de fapt, un camuflaj al unui dezechilibru original semnificativ al prestațiilor părților, în care cel puternic are potențialul de a câștiga, în dauna (sau spre ruina) celui slab.

Jurisprudența CJUE instituie o prezumție de dezechilibru al prestațiilor, prezumție pe care profesionistul o poate răsturna probând că a dat consumatorului posibilitatea să influențeze natura clauzelor și, în plus, că și-a respectat obligația de informare în faza pre-contractuală.

În cauza Aziz, instanța europeană de la Luxemburg a reținut următoarele dezlegări cu caracter de principiu și în linie cu mai multe decizii anterioare: "este necesar să se sublinieze mai întâi că sistemul de protecție pus în aplicare prin Directiva 93/13 se bazează pe ideea că un consumator se află într-o situație de inferioritate față de un vânzător sau de un furnizor în ceea ce privește atât puterea de negociere, cât și nivelul de informare; această situație îl determină pe consumator să adere la condițiile redactate în prealabil de vânzător sau de furnizor, fără a putea exercita o influență asupra conținutului acestora; având în vedere o astfel de situație de inferioritate, articolul 6 alineatul (1) din Directiva 93/13 prevede că o clauză abuzivă nu creează obligații pentru consumator; după cum rezultă din jurisprudența, 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; pentru a asigura protecția urmărită de Directiva 93/13, Curtea a

subliniat deja în mai multe ocazii că situația de inegalitate care există între consumator și vânzător sau furnizor nu poate fi compensată decât printr-o intervenție pozitivă, exterioară părților la contract.

În lumina acestor principii, Curtea a hotărât că instanța națională este obligată să analizeze din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale care se încadrează în domeniul de aplicare al Directivei 93/13 și, prin aceasta, să suplinească dezechilibrul existent între consumator și vânzător sau furnizor".

Așadar, așa-zisul echilibru rezultat din voința exprimată a părților (un echilibru calificat de jurisprudența CJUE ca fiind formal) este înlocuit cu un echilibru real, în care părțile realmente sunt aduse pe poziții de egalitate, poziții din care își vor putea urmări emolumentul contractului. Intervenția pozitivă, exterioară, de natură a instaura echilibrul contractual real este în competența tribunalului, fiind o intervenție judiciară, în decizia de re-echilibrare judiciară a contractului, instanța va avea la dispoziție prezumția de dezechilibru a contractului, prezumție care îl are ca beneficiar pe consumator. Partea adversă, comerciantul, va putea demonstra ca echilibrul contractual este real, și nu formal, dar sarcina probei îi incumba.

În mod evident, pârâta în prezenta cauza nu numai ca nu a făcut proba echilibrului real între părțile contractante, dar nici măcar nu și-a propus o astfel de țintă probatorie.

CJUE a stabilit că protecția conferită consumatorului de legislația clauzelor abuzive permite judecătorului național să aprecieze chiar și din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale¹³. Întrucât un asemenea examen presupune existența în prealabil a unui contract semnat de către cele două părți care și-a produs integral sau parțial efectele, este neîndoielnic că executarea pentru un anumit interval de timp a obligațiilor asumate de către consumator nu poate împiedica verificarea conținutului său de către instanța de judecată. Faptul că acest contract a fost executat ca atare sau parțial de consumatori nu echivalează cu acceptarea în integralitate a conținutului acestuia, din moment ce el conține clauze abuzive.

Deși caracterul abuziv al unei clauze se apreciază prin raportare la toate circumstanțele care însoțesc încheierea contractului (art.4 alin. 1), obiectivul Directivei 93/13/CE privind clauzele abuzive și lipsa oricăror limitări temporale în ceea ce privește aprecierea dezechilibrului semnificativ determina concluzia că articolul 3 alineatul (1) din directivă vizează și ipoteza în care dezechilibrul ar surveni ca urmare a unor împrejurări exterioare contractului, în cursul derulării acestuia.

În cauza Banco Primus s-a reținut că instanța națională trebuie să verifice dacă profesionistul, acționând în mod corect și echitabil față de consumator, se putea aștepta în mod rezonabil ca acesta din urmă să accepte o clauză prezumată a fi abuzivă în urma unei negocieri individuale și că examinarea caracterului eventual abuziv al unei clauze dintr-un contract încheiat între un profesionist și un consumator trebuie efectuată, printre altele, în raport cu mijloacele de care dispune consumatorul, în temeiul reglementării naționale, pentru a determina încetarea utilizării acestui tip de clauze.

În cauza Constructora Principado s-a reținut că problema de a ști dacă un dezechilibru semnificativ între prestațiile părților unui contract între comercianți și consumatori există, nu se poate limita la o apreciere economică de natură cantitativă, întemeiată pe o comparație între valoarea totală a operațiunii care a făcut obiectul contractului, pe de o parte, și costurile puse în sarcina consumatorului prin această clauză, pe de altă parte; dimpotrivă, un dezechilibru semnificativ poate să rezulte din simplul fapt al unei atingeri suficient de grave aduse situației juridice în care este plasat consumatorul, în calitate de parte la contractul în cauză, în temeiul dispozițiilor naționale aplicabile, fie sub forma unei restrângeri a conținutului drepturilor de care, potrivit acestor dispoziții, consumatorul beneficiază în temeiul acestui contract, fie sub forma unei piedici în exercitarea acestora sau a punerii în sarcina sa a unei obligații suplimentare, neprevăzută de normele naționale; existența unui „dezechilibru semnificativ” nu necesită o incidență economică semnificativă a costurilor puse în sarcina consumatorului printr-o clauză contractuală în raport cu valoarea operațiunii în cauză, ci poate să rezulte din simplul fapt al unei atingeri suficient de grave aduse situației juridice în care este plasat acest consumator, în calitate de parte la contract; instanța de trimitere trebuie, în scopul aprecierii existenței eventuale a unui dezechilibru semnificativ, să țină seama de natura bunului sau a

serviciului care face obiectul contractului, raportându-se la toate circumstanțele care au însoțit încheierea acestui contract, precum și la toate celelalte clauze ale acestuia; în fine, cerința privind redactarea în mod clar și inteligibil trebuie înțeleasă că impunând și expunerea în mod transparent a consecințelor care pot decurge din acestea [...], astfel încât consumatorul să poată evalua consecințele economice ale prevederilor contractuale în ceea ce îl privește (inclusiv riscul de curs valutar). ,-,

În cauza Bucura, s-a reținut, de asemenea, că cerința privind redactarea clară și inteligibilă a clauzelor contractuale trebuie înțeleasă în mod extensiv, ca impunând nu numai ca respectiva clauză să fie inteligibilă pentru consumator din punct de vedere gramatical, ci și ca expunând în mod transparent modalitățile de calcul al dobânzilor anuale ale creditului, astfel încât acest consumator să poată să evalueze, pe baza unor criterii clare și inteligibile, consecințele economice care rezultă din aceasta în ceea ce îl privește; având în vedere obiectivul legislației protecției consumatorului, de a combate condițiile contractuale inechitabile pentru consumator și pentru a-i permite acestuia să cunoască pe deplin condițiile executării ulterioare a contractului subscris, se impune ca debitorul să fie pus în posesia tuturor elementelor care pot avea un efect asupra întinderii obligației sale ; de aceea, prezintă o importanță esențială aspectul dacă în contract se indică în mod transparent metoda în conformitate cu care variază costurile aferente serviciului care trebuie furnizat și motivele acestei variații, astfel încât consumatorul să poată să prevadă, pe baza unor criterii clare și inteligibile, eventualele modificări ale acestor costuri .

Omisiunea informării sau ocultarea informației confirmă dezechilibrul contractual și probează reaua-credință a băncii.

În cauza Ernst Georg Radinger s-a reținut că, pentru un consumator, informațiile prealabile și concomitente încheierii unui contract, cu privire la condițiile contractuale și la consecințele respectivei încheieri, au o importanță fundamentală; decizia sa de a se obliga potrivit condițiilor redactate în prealabil de un profesionist se bazează tocmai pe aceste informații și nu pe o eventuala negociere, exclusă, de altfel, de condițiile economice ale contractului și de raporturile juridice de putere dintre comerciant și consumator.

În cauza RWE Vertrieb s-a reținut că în privința unei clauze care permite unui vânzător sau furnizor să modifice unilateral costurile serviciului care trebuie furnizat [...] prezintă o importanță esențială în acest scop aspectul dacă, pe de o parte, în contract se indică în mod transparent metoda în conformitate cu care variază costurile aferente serviciului care trebuie furnizat și motivele acestei variații, astfel încât consumatorul să poată să prevadă, pe baza unor criterii clare și inteligibile, eventualele modificări ale acestor costuri, și, pe de altă parte, dacă acești consumatori dispun de dreptul de a pune capăt contractului în cazul în care aceste costuri ar fi efectiv modificate; obligația de informare a consumatorului nu este îndeplinită de comerciant printr-o simplă referire la așa-numitele "condiții generale de afaceri" (n.n.: acestea sunt pre-formulate chiar de către comerciant, nefiind negociabile), la un text legislativ sau la o normă administrativă care prevede drepturile și obligațiile părților, căci aceasta referire nu îndeplinește cerința de a aduce la cunoștința consumatorului metoda în conformitate cu care variază respectivele costuri și motivele acestei variații, precum și dreptul său de a rezilia contractual; lipsa unei informări înaintea încheierii contractului nu poate, în principiu, să fie compensată prin simplul fapt că, în cursul executării contractului, consumatorii vor fi informați despre modificarea costurilor cu un preaviz rezonabil și despre dreptul lor de a rezilia contractul în cazul în care nu doresc să accepte această modificare; aceste cerințe stricte cu privire la obligația de informare a consumatorului, atât în stadiul încheierii unui contract de distribuție, cât și în timpul executării acestuia, în ceea ce privește dreptul vânzătorului sau furnizorului de a modifica unilateral condițiile acestuia corespund unei echilibrări a intereselor celor două părți: interesului legitim al vânzătorului sau furnizorului de a-și lua măsuri de precauție împotriva unei schimbări a împrejurărilor îi corespunde interesul la fel de legitim al consumatorului, pe de o parte, de a cunoaște și, așadar, de a putea să prevadă consecințele pe care o astfel de schimbare le-ar putea avea în viitor în privința sa și, pe de altă parte, de a dispune, într-o astfel de ipoteză, de informații care să îi permită să reacționeze în modul cel mai adecvat la noua sa situație; art. 3

și 5 din Directiva 93/13 impun cerințe de bună-credință, de echilibru și de transparență; din aceasta perspectivă, în contract trebuie indicată în mod transparent metoda în conformitate cu care variază respectivele costuri și motivele acestei variații, astfel încât consumatorul să poată să prevadă, pe baza unor criterii clare și inteligibile, eventualele modificări ale acestor costuri.

Practic, un contract care nu respectă aceste cerințe se transformă din contract comutativ în contract aleatoriu, devenind un comerț cu riscuri pe care consumatorul nu intenționa să îl practice.

Transformarea contractului de credit, care este comutativ, într-un contract aleatoriu, este prohibită de legislația protecției consumatorului

Contractele comercianților cu consumatorii sunt în mod natural contracte comutative, adică efectele generate de contract, inclusiv riscul contractului sau al produsului, sunt determinate sau determinabile (certe, cuantificabile), cel ce semnează un contract cu comerciantul sau aderă fără rezerve la oferta de a contracta a comerciantului fiind conștient de întinderea obligațiilor și de amplitudinea riscurilor pe care și le asumă.

Consumatorii pot încheia cu comercianții și contracte de asigurare care teoretic, după natura lor, sunt contracte aleatorii. Pe de o parte, însă, elementul de hazard care poate determina nașterea obligației de plată a indemnizației de asigurare îl poate afecta doar pe comerciant (asigurător), nu și pe consumator. Contractul de asigurare este aleatoriu doar pentru comerciant întrucât, în sensul art. 1173 alin.2 C. civ, el oferă doar comerciantului (asigurătorul) "șansa unui câștig și îl expune totodată la riscul unei pierderi, câștig sau pierdere ce depinde de un eveniment viitor și incert", în timp ce consumatorul are obligația certă, determinată, de a achita periodic prima de asigurare, pentru a putea pretinde plata indemnizației de asigurare în caz de eveniment asigurat.

De aici rezulta că un contract de asigurare, deși este aleatoriu pentru comerciant, este comutativ pentru consumator; ceea ce este deloc surprinzător, întrucât, așa cum rezulta din art. 1173 alin.2 C. civ, contractul poate fi aleatoriu numai pentru una dintre părți.

Pe de alta parte, consumatorul este avertizat asupra acestui caracter (unilateral) aleatoriu al contractului de asigurare, atât prin intermediul titlaturii contractului, cât și prin natura intrinsecă a acestuia, ceea ce înseamnă că este (sau ar trebui să fie) în cunoștință de cauză când semnează asemenea contracte esențialmente aleatorii. Mai mult chiar, atunci când bunul sau serviciul este în mod natural riscant, consumatorul trebuie să fie avertizat, individual și concret, asupra riscurilor serviciului (art. 48 din Codul consumului).

Legislația protecției consumatorilor dezavuează și interzice transformarea sau pervertirea unui contract comutativ într-un contract aleatoriu, prin voința unilaterală a comerciantului. Mai mult însă, caracterul comutativ al contractelor de credit bancar de retail este de ordine publică, elementul alea fiind exclus.

O neîntreruptă succesiune de texte din Directivele dedicate creditelor de retail (Directiva 87/102, Directiva 2008/48/CE, Directiva 2014/17/CE a creditelor imobiliare) au consacrat acest caracter comutativ, iar jurisprudența CJUE, precum și cea românească relativ recentă, au statuat regula imutabilității contractelor comutative în contracte aleatorii, în lipsa voinței exprese a consumatorului. În acest sens sunt speța Aziz, speța Kasler și speța Andriciuc, spețe care fac referire la o multitudine de alte hotărâri ale CJUE care statuează regula de ordine publică după care un contract de credit de retail este un contract comutativ .

Dacă lipsește informația privitoare la risc sau, și mai grav, dacă informația este disimulată sau ascunsă, contractul se transformă în mod nepermis, prin voința unilaterală a părții puternice a contractului, mai precis, se pervertește, într-un contract aleatoriu.

Intr-un astfel de contract pervertit, efectele contractului, adică obligațiile și riscurile generate de acesta în sarcina consumatorului, nu mai depind de înțelegerea inițială, reală, a părților, ci de hazard, și nici de motivațiile economice ale părților, contemporane încheierii contractului, ci de intenția comerciantului de a face bani ușori (easy money) din ruina debitorului și din speculația asupra riscurilor și fluctuațiilor valorice ale produsului, serviciului sau ale monedei pretinse la plată.

Desigur, părțile, inclusiv un consumator, pot să își asume riscul de pierdere, în schimbul unui câștig eventual, făcând dintr-un contract comutativ (în care obligațiile părților sunt determinate

sau determinabile) un contract în totalitate sau în parte aleatoriu (în care obligațiile părților depind de hazard). Dar trebuie să fie vorba de o voință expresă, clară, motivată de acel câștig eventual, nefiind admisibilă aplicarea unei prezumții de înțelegere a caracterului aleatoriu al unui contract care, de fapt, este un contract comutativ, în mod obișnuit.

Nu este admisibilă presupunerea că o parte care nu a observat sau a ignorat elementele neobișnuite, insidioase, de aleatoriu ale contractului, le-ar fi acceptat implicit. O astfel de presupunere este inadmisibilă mai ales în cazul unui consumator, care este esențialmente pe poziții de asimetrie informațională cu comerciantul. Și, în plus, din punct de vedere procesual-civil, o astfel de presupunere ar fi o inversare nepermisă a planului arhitectural al prezumțiilor, ca mijloace de probă în procesul civil, care pornesc de la un fapt cunoscut, vecin și conex, extrapolând apoi la faptul necunoscut, imposibil de probat altfel decât prin presupuneri.

În cazul creditelor în CHF (sau în alte valute pentru care debitorul nu este acoperit natural la riscul valutar, adică nu își obține majoritatea veniturilor în acea valută) trebuie probat acordul expres al debitorului pentru asumarea riscului devalorizării monedei de plată, acord dat exclusiv pentru motivul că debitorul primește în schimb un preț al produsului sau serviciului, sub forma dobânzilor, mai mic decât al unor produse similare.

Dacă nu este dovedit faptul că împrumutatul și-a asumat expres riscul devalorizării monedei, în schimbul prețului mai mic creditului, atunci contractul comutativ s-a pervertit într-un contract aleatoriu prin voința unilaterală, insidioasă, a comerciantului, adică a băncii.

Un astfel de contract nu numai că este o expresie a unei practici comerciale înșelătoare și unui abuz de putere economică reliefat prin clauze abuzive, ci și un rebut contractual, a cărei ființă juridică este precară, fiind nul absolut. Suntem în prezența unei erori -obstacol, partea care a semnat un contract al cărui caracter comutativ a fost pervertit de cealaltă parte în contract aleatoriu, fiind convinsă că a semnat un alt contract, în care obligațiile și riscurile asumate îi erau clare la momentul încheierii contractului, și nu contractul la care l-a determinat comerciantul, un contract cu obligații care s-au dovedit a fi încă de la început (sau ca vor fi devenit) incerte, adică obligații ținând de domeniul hazardului.

Banca, profesionist în domeniul financiar-bancar, cunoștea sau trebuia să cunoască riscurile asociate creditării în franci elvețieni, în condițiile unor informații clare ale Băncii Naționale a Elveției. De cealaltă parte, consumatorului îi era imposibil să perceapă astfel de realități sau riscuri.

Astfel că dezechilibrul original, prezumat, al contractului comerciantului cu consumatorul, este adâncit în cazul unui credit de retail întrucât banca, autor al contractului pre-formulat la care aderă fără rezerve consumatorul și profesionist al riscului știa exact la ce prestație se obligă fata de consumator (prestație pe care, de altfel, a și executat-o la data perfectării contractului, în timp ce consumatorul rămâne obligat să restituie acea sumă cu dobânzi și alte multiple costuri, prin prestații succesive, într-un interval de 30 de ani), în timp ce consumatorul nu era avertizat despre iminența aprecierii monedei de plată și cu repetabilitatea acesteia, la fiecare criză financiară viitoare.

Altfel spus, banca a cunoscut imediat și complet întinderea obligației sale, în timp ce consumatorul nu și-a cunoscut-o pe a sa, nu o cunoaște nici acum și nu o va cunoaște nici în viitor, singurul lucru pe care l-ar putea este să spera că devalorizarea monedei naționale, în următorii 30 de ani, nu va fi și mai mare.

Un astfel de contract nu numai că este o expresie a unei practici comerciale înșelătoare și unui abuz de putere economică reliefat prin clauze abuzive, ci și un rebut contractual, a cărui ființă juridică este precară, fiind nul absolut. Suntem în prezența unei erori -obstacol, partea care a semnat un contract al cărui caracter comutativ a fost pervertit de cealaltă parte în contract aleatoriu fiind convinsă că a semnat un alt contract, în care obligațiile și riscurile asumate îi erau clare la momentul încheierii contractului, și nu contractul la care l-a determinat comerciantul, un contract cu obligații care s-au dovedit a fi încă de la început (sau ca vor fi devenit) incerte, adică obligații ținând de domeniul hazardului.

VI. Apărările intimitei în etapa apelului.

CJUE răspuns întrebărilor adresate de Curtea de Apel Oradea, stabilind următoarele:

1) *Articolul 4 alineatul (2) din Directiva 93/13/CE trebuie interpretat în sensul că noțiunea „obiectul principal al contractului”, în sensul acestei dispoziții, include o clauză contractuală, precum cea în discuție în litigiul principal, inserată într-un contract de împrumut încheiat în monedă străină, care nu a făcut obiectul unei negocieri individuale și potrivit căreia împrumutul trebuie restituit în aceeași monedă străină în care a fost contractat, având în vedere că această clauză stabilește o prestație esențială care caracterizează acest contract. În consecință, această clauză nu poate fi considerată ca fiind abuzivă, în măsura în care este exprimată în mod clar și inteligibil.*

2) *Articolul 4 alineatul (2) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că cerința potrivit căreia o clauză contractuală trebuie exprimată în mod clar și inteligibil presupune că, în cazul contractelor de credit, instituțiile financiare trebuie să furnizeze împrumutaților informații suficiente pentru a le permite să adopte decizii prudente și în cunoștință de cauză. În această privință, această cerință presupune ca o clauză potrivit căreia împrumutul trebuie restituit în aceeași monedă străină în care a fost contractat să fie înțeleasă de consumator atât pe plan formal și gramatical, cât și în ceea ce privește efectele concrete ale acesteia, în sensul că un consumator mediu, normal informat și suficient de atent și de avizat să poată nu numai să cunoască posibilitatea aprecierii sau a deprecierei monedei străine în care a fost contractat împrumutul, ci și să evalueze consecințele economice, potențial semnificative, ale unei astfel de clauze asupra obligațiilor sale financiare. Este de competența instanței naționale să efectueze verificările necesare în această privință.*

3) *Articolul 3 alineatul (1) din Directiva 93/13/CE trebuie interpretat în sensul că aprecierea caracterului abuziv al unei clauze contractuale trebuie efectuată în raport cu momentul încheierii contractului respectiv, ținând seama de ansamblul împrejurărilor de care profesionistul putea avea cunoștință la momentul respectiv și care erau de natură să influențeze executarea ulterioară a contractului respectiv. Revine instanței de trimitere sarcina să evalueze, având în vedere ansamblul circumstanțelor din cauza principală și ținând seama în special de expertiza și de cunoștințele profesionistului, în speță ale băncii. În ceea ce privește posibilele variații ale cursurilor de schimb valutar și riscurile inerente contractării unui împrumut în monedă străină, existența unui eventual dezechilibru în sensul dispoziției menționate.*

Instanțele de judecată nu trebuie să se limiteze la lecturarea dispozitivului Hotărârii CJUE, ci trebuie să analizeze toate aspectele reținute de instanța de contencios „comunitar” în motivarea hotărârii sale, considerentele acesteia fiind de asemenea obligatorii pentru instanțele naționale.

După cum se poate observa din lecturarea conținutului Hotărârii CJUE, Curtea a adus precizări referitoare la 3 apărări pe care instituția bancară le-a formulat în litigiul pendinte în favoarea legalității clauzei privind restituirea împrumutului în valuta acordată, respectiv:

- *exceptarea de la prevederile Directivei a clauzelor care reflectă norme cu putere de lege;*
- *exceptarea de la analiza caracterului abuziv a clauzelor care fac parte din obiectul principal al contractului și sunt exprimate în mod clar și inteligibil;*
- *momentul aprecierii existenței dezechilibrului semnificativ și al buneicredințe.*

Prevederile relevante din Directivă

Potrivit art. 1 alin. (2) din Directiva 93/13/CE, „dispozițiile prezentei directive nu se aplică clauzelor contractuale care reflectă acte cu putere de lege [...]”. Această prevedere este reluată și în Legea nr. 193/2000, art. 3 alin. (2) prevăzând că „clauzele contractuale prevăzute în temeiul altor acte normative în vigoare nu sunt supuse dispozițiilor prezentei legi”.

În categoria clauzelor contractuale care reflectă acte cu putere de lege și care nu pot fi analizate din perspectiva Legii nr. 193/2000 intră și dispozițiile legale suplative.

Acest lucru rezultă din considerentul 13 al Directivei 93/13/CE, care precizează în mod expres faptul că normele suplative cad sub incidența art. 1 alin (2) al directivei, astfel că acestea sunt excluse de la aprecierea caracterului abuziv. Potrivit considerentului 13, „formularea „acte cu putere de lege sau norme administrative obligatorii” din articolul 1 alineatul (2) se referă și la normele care, în conformitate cu legea, se aplică între părțile contractante, cu condiția să nu se fi instituit alte acorduri”.

Acest aspect a fost confirmat și de CJUE în cauza C-92/11, unde aceasta a stabilit următoarele: „după cum reiese din al treisprezecelea considerent al Directivei 93/13, excluderea

prevăzută la articolul 1 alineatul (2) din Directiva 93/13 cuprinde clauze care reflectă dispoziții din dreptul național care se aplică între părțile contractante independent de alegerea acestora sau cele ale dispozițiilor menționate care sunt aplicabile din oficiu, cu alte cuvinte, în lipsa unui aranjament diferit al părților în această privință.

Deși Curtea nu a fost sesizată de către instanța română cu această problemă, întrucât Guvernul României și Banca Românească au invocat în fața Curții faptul că dispoziția contestată nu ar face altceva decât să reflecte principiul nominalismului monetar, consacrat în art. 1578 C.civ., astfel încât clauza nu ar intra în sfera de aplicare a Directivei, în temeiul art. 1 alin. (2) din Directivă, Curtea a analizat și aceasta problemă, apreciind că: „în această privință, trebuie amintit că articolul 1 alineatul (2) din Directiva 93/13 instituie o excludere din domeniul de aplicare al acesteia, care vizează clauzele care reflectă actele cu putere de lege sau normele administrative obligatorii (Hotărârea din 10 septembrie 2014, Kusionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, punctul 76, precum și, în acest sens, Hotărârea din 21 martie 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punctul 25).

Curtea a statuat deja că această excludere presupune îndeplinirea a două condiții. Pe de o parte, clauza contractuală trebuie să reflecte un act cu putere de lege sau o normă administrativă, iar pe de altă parte, actul sau norma respectivă trebuie să fie obligatorie (Hotărârea din 10 septembrie 2014, Kusionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, punctul 78).

Astfel, pentru a stabili dacă o clauză contractuală este exclusă din domeniul de aplicare al Directivei 93/13 revine instanței naționale sarcina să verifice dacă această clauză reflectă prevederile din dreptul național care se aplică între părțile contractante independent de alegerea lor sau pe cele care sunt de natură supletivă și prin urmare, aplicabile ope legis, cu alte cuvinte în lipsa unui acord diferit între părți în această privință (a se vedea în acest sens Hotărârea din 21 martie 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, punctul 26, și Hotărârea din 10 septembrie 2014, Kusionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, punctul 79).

În speță, după cum a subliniat avocatul general la punctul 59 din concluzii, revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia, ținând seama de natura, de economia generală și de prevederile contractelor de împrumut în discuție, precum și de contextul juridic și factual în care se înscriu acestea din urmă, dacă clauza în discuție în petitul principal, potrivit căreia creditul trebuie rambursat în aceeași monedă în care a fost acordat, reflectă actele sau normele obligatorii ale dreptului național în sensul articolului 1 alineatul (2) din Directiva 93/13".

Rezultă că dezlegarea dată de CJUE acestei probleme nu este una nouă, ea nefăcând altceva decât să reia jurisprudența anterioară în materia art. 1 alin. (2) din Directivă, precizând că, o clauză care prevede restituirea împrumutului în valuta acordată beneficiază de prevederile din art. 1 alin. (2) din Directivă:

- fie dacă reflectă o normă națională imperativă pentru părți și de la care acestea nu ar putea deroga;*
- fie dacă reflectă o normă națională supletivă. care se aplică ope legis, în lipsa unui acord de voință contrar al părților.*

În accepțiunea intimă, dispozițiile contestate care prevăd obligația împrumutatului de a restitui creditul în moneda în care i-a fost acordat reprezintă o reluare a dispozițiilor art. 1578 C.civ privind nominalismul monetar. Caracterul supletiv al acestei norme rezultă chiar din decizia CCR nr. 62/07.02.2017 referitoare la obiecția de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii pentru completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr.50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori („Decizia CCR privind legea conversiei”), decizie obligatorie pentru instanțele de judecată. CCR a reținut în această decizie că „textul legal are caracter supletiv.

Părțile au posibilitatea să deroge de la principiul nominalismului, dacă se întrunește acordul de voință în acest sens. Cu alte cuvinte, principiul nominalismului nu se aplică acelui contract în care părțile au convenit în mod expres să înlăture incidența normei din Codul civil sau acelui contract în care părțile au convenit în mod indirect derogarea de la acest principiu, introducând o clauză contractuală de indexare, al cărei scop este menținerea valorii reale a obligațiilor pe tot timpul executării lor. În cazul în care contractul nu cuprinde clauzele derogatorii

menționate, devine incidentă norma de drept comun în această materie, respectiv art. 1578 din Codul civil din 1865 sau art.2164 alin.(2) din noul Cod civil.

Prin urmare, rezultă că, în dreptul român, prevederile contractuale contestate în prezenta cauză reflectă acte cu putere de lege, deoarece se aplică ope legis, întrucât părțile nu au prevăzut contrariul.

În concluzie, nu poate proceda la analiza caracterului abuziv al clauzelor contestate în prezenta cauză motivat de faptul că ele sunt excluse de la control potrivit dispozițiilor art. 1 alin. (2) din Directiva 93/13/CE, dispoziții în lumina cărora trebuie interpretate dispozițiile art. 3 alin. (2) din Legea nr. 193/2000.

Aspectele reținute de CJUE în cauza Andriciuc cu privire la întrebările preliminare relevante, devin incidente numai" în măsura în care instanța națională apreciază că dispozițiile contestate nu se încadrează în excepția prevăzută la art. 1 alin. (2) din Directivă. Acest lucru rezultă chiar din paragraful 32 din cauza Andriciuc: „în cazul în care instanța de trimitere ar constata că clauza în discuție în litigiul principal nu este inclusă în excepția menționată, i-ar reveni atunci sarcina de a examina dacă aceasta intră sub incidența noțiunii „obiectul principal al contractului" sau în noțiunea „caracterul adecvat al prețului sau al remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte", în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13.

Potrivit art. 4 alin. (2) din Directiva CE/93/13, „aprecierea caracterului abuziv al clauzelor nu privește nici definirea obiectului contractului, nici caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate în mod clar și inteligibil".

Conform art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000, „evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază nici cu definirea obiectului principal al contractului, nici cu calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, nici cu produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil".

Rezultă că o clauză este exclusă de la aprecierea caracterului abuziv în cazul în care sunt îndeplinite următoarele condiții:

- a) face parte din obiectul principal al Contractului;
- b) este exprimată în mod clar și inteligibil;

În opinia intimă, clauzele contestate fac parte din obiectul principal al contractului, fiind exprimate în mod clar și inteligibil.

O clauză privind restituirea împrumutului în valuta în care a fost acordat se referă la obligația de restituire a împrumutului, reflectând obligația esențială și caracteristică a oricărui contract de împrumut, motiv pentru care face parte din obiectul principal al contractului.

Această susținere a fost confirmată de către CJUE în Hotărârea Andriciuc, prin răspunsul dat celei de-a doua întrebări preliminare.

Astfel, în paragrafele 37-38, CJUE a reținut că: „în speță, mai multe elemente din dosarul pus la dispoziția Curții tind să indice că o clauză, precum cea în discuție în litigiul principal, inserată într-un contract de credit încheiat într-o monedă străină între un profesionist și un consumator fără să fi făcut obiectul unei negocieri individuale, potrivit căreia creditul trebuie rambursat în aceeași monedă, intră sub incidența noțiunii „obiectul principal al contractului", în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13. În această privință, trebuie să se observe că, printr-un contract de credit, împrumutătorul se angajează, în principal, să pună la dispoziția împrumutatului o anumită sumă, acesta din urmă angajându-se, la rândul său, în principat să ramburseze, în general cu dobândă, această sumă potrivit termenelor de scadență prevăzute. Principalele prestații ale unui astfel de contract se raportează, așadar, la o sumă care trebuie definită în raport cu moneda de plată și de rambursare stipulată. În consecință, după cum a arătat avocatul general la punctul 46 și următoarele din concluzii, faptul că un credit trebuie să fie rambursat într-o anumită monedă nu privește, în principiu, o modalitate accesorie de plată, ci natura însăși a obligației debitorului, constituind astfel un element esențial al unui contract de împrumut."

Rezultă că, potrivit raționamentului CJUE din Hotărârea CJUE, clauzele contestate în prezenta cauză fac parte din obiectul principal al Contractului, aceasta neputând fi analizată din

perspectiva Legii nr. 193/2000, dacă este îndeplinită și cealaltă condiție, respectiv clauzele să fie clar și inteligibil exprimate.

Dezlegarea dată de CJUE în Hotărârea Andriciuc

Cu privire la caracterul clar și inteligibil al clauzei contestate, Curtea a reținut următoarele:

„cerința potrivit căreia o clauză contractuală trebuie redactată în mod clar și inteligibil trebuie înțeleasă ca impunând și ca contractul să expună în mod transparent funcționarea concretă a mecanismului la care se referă clauza respectivă, precum și, dacă este cazul, relația dintre acest mecanism și cel prevăzut prin alte clauze, astfel încât acest consumator să fie în măsură să evalueze, pe baza unor criterii precise și inteligibile, consecințele economice care rezultă din aceasta în ceea ce îl privește (Hotărârea din 30 aprilie 2014, Käsler și Käslerne Râbai, C-26113, EU:C:2014:282, punctul 75, precum și Hotărârea din 23 aprilie 2015, Van Hove, C-96114, EU:C:2015:262, punctul 50)”.

A mai precizat Curtea în paragraful 47 că „mai precis, revine instanței naționale, atunci când ține seama de toate circumstanțele care însoțesc încheierea contractului, obligația să verifice că, în cauza respectivă, au fost comunicate consumatorului toate elementele care pot avea un efect asupra întinderii obligației sale și care îi permit acestuia să evalueze, printre altele, costul total al împrumutului său. Joacă un rol decisiv în această apreciere, pe de o parte, aspectul dacă clauzele sunt redactate în mod clar și inteligibil astfel încât să îi permită unui consumator mediu, și anume un consumator normal informat și suficient de atent și de avizat, să evalueze un astfel de cost și, pe de altă parte, împrejurarea legată de lipsa menționării în contractul de credit a informațiilor considerate, având în vedere natura bunurilor sau a serviciilor pentru care s-a încheiat contractul, drept esențiale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 9 iulie 2015, Bucura, C-348/14, nepublicată, EU:C:2015:447, punctul 66).”.

În paragraful 49-51, CJUE a adăugat că: „în speță, în ceea ce privește împrumuturile în monedă străină, precum cele în discuție în litigiul principal, trebuie să se sublinieze, astfel cum a amintit Comitetul european pentru risc sistemic în recomandarea sa CERS/2011/1 din 21 septembrie 2011 privind acordarea de împrumuturi în monedă străină (JO 2011, C 342, p. 1), că instituțiile financiare trebuie să furnizeze împrumutaților informații suficiente pentru a le permite să adopte decizii prudente și în cunoștință de cauză, acestea trebuind să includă cel puțin impactul pe care o depreciere severă a mijloacelor legale de plată ale statului membru în care își au domiciliul sau sediul împrumutații și majorarea ratelor dobânzilor la împrumuturile în monedă străină îl au asupra ratelor împrumutului (Recomandarea A-Conștientizarea riscurilor de către împrumutați, punctul 1)”.

Curtea a explicat că articolul 4 alineatul (2) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că cerința potrivit căreia o clauză contractuală trebuie exprimată în mod clar și inteligibil presupune că, în cazul contractelor de credit, instituțiile financiare trebuie să furnizeze împrumutaților informații suficiente pentru a le permite să adopte decizii prudente și în cunoștință de cauză. În această privință, această cerință presupune ca o clauză potrivit căreia împrumutul trebuie restituit în aceeași monedă străină în care a fost contractat să fie înțeleasă de consumator atât pe plan formal și gramatical, cât și în ceea ce privește efectele concrete ale acesteia, în sensul ca un consumator mediu, normal informat și suficient de atent și de avizat să poată nu numai să cunoască posibilitatea aprecierii sau a deprecierei monedei străine în care a fost contractat împrumutul, ci și să evalueze consecințele economice, potențial semnificative, ale unei astfel de clauze asupra obligațiilor sale financiare. Este de competența Instanței naționale să efectueze verificările necesare în această privință”.

Din toate aceste paragrafe pot fi trase următoarele concluzii: o cerința potrivit căreia o clauză trebuie exprimată în mod clar și inteligibil nu cere numai ca acea clauză să fie clară și inteligibilă din punct de vedere gramatical, ci și ca aceasta să-i permită consumatorului să înțeleagă consecințele economice ce decurg din acea clauză; o instanța națională trebuie să verifice dacă la momentul încheierii Contractului au fost comunicate consumatorului toate elementele care ar fi putut avea o influență asupra întinderii obligației sale; făcând trimitere la recomandarea CERS din 2011, Curtea precizează că împrumutatul trebuie informat atunci când

încheie un contract într-o monedă străină că se expune unui risc valutar; în concluzie, clauza contestată, pentru a fi clară și inteligibilă, trebuie să permită unui consumator normal, rezonabil de atent și avizat să înțeleagă nu numai riscul deprecierei monedei naționale față de cea străină, ci și consecințele economice, potențial semnificative ale unei astfel de depreciere.

În opinia intimă, clauzele contestate sunt clare și inteligibile deoarece:

- a) *Consumatorul a înțeles la momentul încheierii Contractului riscurile de a se angaja la restituirea unei sume mai mari de bani în lei decât cea avută în vedere la momentul încheierii contractului;*
- b) *Banca nu putea informa consumatorii cu privire la aspecte pe care nu le cunoștea;*
- c) *Obligația legală a Băncii de a informa consumatorii cu privire la riscul valutar a fost introdusă în legislația națională doar ulterior încheierii Contractului de Credit.*

Astfel cum rezultă din răspunsul final al Curții la cea de-a doua întrebare preliminară, motivul pentru care CJUE a făcut trimitere la obligația Băncii de a informa consumatorii cu privire la posibila variație a cursului de schimb l-a reprezentat faptul că CJUE, în analiza condiției caracterului clar și inteligibil al unei clauze contractuale, consideră necesar ca împrumutatul să fi înțeles consecințele economice ale propriilor obligații.

Or, în prezenta cauză consumatorii au înțeles consecințele economice ale contractării creditului într-o valută străină. Această afirmație este demonstrată prin cele reținute de Curtea Constituțională în Decizia CCR privind legea conversiei: „Odată cu încheierea contractului, se realizează acordul de voință al părților care agreează integral condițiile stipulate în acest act juridic. Opțiunea pentru un credit într-o monedă străină este făcută conștient și cu bună-știință de către debitor, în considerarea avantajelor pe care acest credit le oferea în comparație cu celelalte produse de creditare oferite atât de creditor, cât și de alți furnizori de produse bancare (cost mai redus, acces la o sumă mai mare de bani, posibilitatea de a-și realiza investiții mai substanțiale etc.) Concomitent cu identificarea avantajelor acestui tip de credit, împrumutatul are posibilitatea de a identifica și dezavantajele lui, printre care riscul de a angaja o sumă mai mare de lei pentru restituirea unui credit în valută comparativ cu cel în lei (dacă aceasta este moneda în care obține principalele venituri)” »

Prin urmare, instanța națională, respectiv CCR, ale cărei dezlegări sunt obligatorii pentru instanțele de judecată, a stabilit deja că împrumutații în franci elvețieni au înțeles la momentul încheierii contractului riscul deprecierei monedei naționale față de cea străină, precum și consecințele economice potențial defavorabile pe care le putea genera o asemenea depreciere, respectiv riscul de a se angaja la restituirea unei sume mai mari în lei.

Banca nu putea informa consumatorii cu privire la ceea ce nu putea să prevadă nici ea.

CJUE a reținut într-adevăr că instanța națională trebuie să verifice dacă la momentul încheierii Contractului au fost comunicate consumatorului toate elementele care puteau avea o influență asupra întinderii obligației sale.

Or, instituția bancară nu putea prevedea la momentul încheierii contractului viitoarea depreciere semnificativă a monedei naționale față de francul elvețian.

Pe de altă parte, obligația de informare cu privire la riscul valutar nu exista în legislația în vigoare de la momentul încheierii Contractului de Credit.

Deși CJUE a hotărât în cauza Andriciuc că banca are obligația de a informa consumatorii cu privire la riscul valutar, intimata consideră că această obligație trebuie raportată la legislația existentă în dreptul național la momentul încheierii Contractului.

La momentul încheierii Contractului de Credit nu exista nicio dispoziție legală națională care să oblige Banca să-i informeze pe consumatori cu privire la riscul valutar.

Chiar Hotărârea Andriciuc face trimitere doar la o recomandare a CERS din 2011 prin care s-ar fi instituit această „obligație”.

Totuși, în speța dedusă judecătii, judecătorul național trebuie să aibă în vedere că nu ar putea să sancționeze Banca pentru neîndeplinirea unei obligații inexistente în legislație la momentul încheierii Contractului.

La data încheierii Contractului de Credit (2007-2008), instituția bancară a furnizat împrumutaților informații suficiente pentru a le permite să adopte decizii prudente și în cunoștință de cauză, iar un consumator mediu, normal informat și suficient de avizat, putea să

evalueze consecințele economice, potențial semnificative, ale clauzelor contestate, iar cele pe care nu le putea evalua, nu puteau fi anticipate nici măcar de către Bancă, profesionist în domeniu, motiv pentru care aceasta din urmă nici nu avea cum să îl informeze cu privire la aceste consecințe.

Neîndeplinirea obligației de informare nu duce la concluzia caracterului abuziv al clauzelor contestate, ci doar la concluzia că aceasta nu este clară și inteligibilă.

În situația în care instanța de judecată ar aprecia pe baza tuturor acestor elemente, contrar argumentelor intimitei, că prevederea contractuală contestată nu a fost clar și inteligibil exprimată, deoarece Banca nu și-ar fi îndeplinit obligația de informare, acest lucru nu implică în nici un caz reținerea caracterului abuziv al clauzelor contractuale contestate.

Dimpotrivă, dacă instanța de judecată apreciază că Banca nu și-a îndeplinit obligația de informare, atunci instanța poate proceda la analiza clauzelor contestate spre a verifica dacă acestea au sau nu caracter abuziv prin raportare la cerințele negocierii, ale bunei-credințe și ale dezechilibrului semnificativ.

Prin prima întrebare preliminară, i s-a cerut CJUE să precizeze dacă cerința dezechilibrului semnificativ trebuie analizată numai la momentul încheierii contractului sau dacă acest dezechilibru include și situația în care, ulterior, prestația consumatorului devine excesiv de oneroasă din cauza unor schimbări semnificative ale cursului de schimb valutar.

Prin paragraful 53, Curtea a precizat că: „pentru a aprecia caracterul abuziv al unei clauze contractuale, instanța națională trebuie să ia în considerare, astfel cum menționează articolul 4 din Directiva 93/13, natura bunurilor sau a serviciilor pentru care s-a încheiat contractul și raportându-se. „în momentul încheierii contractului”, la toate circumstanțele care însoțesc încheierea contractul”.

Prin urmare, conform CJUE, dezechilibrul semnificativ, trebuie analizat la momentul încheierii contractului, și nu ulterior. Însă această analiză trebuie să țină cont și de toate circumstanțele existente la data încheierii contractului, și nu la aspectele intervenite pe parcursul executării contractului.

În paragrafele 54 și 56, CJUE detaliază examinarea care trebuie realizată de instanța națională: „aprecierea caracterului abuziv al unei clauze contractuale trebuie efectuată în raport cu momentul încheierii contractului respectiv, ținând seama de ansamblul împrejurărilor de care profesionistul putea avea cunoștință la momentul respectiv și care erau de natură să influențeze executarea ulterioară a contractului respectiv, o clauză contractuală putând implica un dezechilibru între părți care nu se manifestă decât în cursul executării contractului [...]. În această privință, revine instanței de trimitere sarcina să evalueze, având în vedere ansamblul circumstanțelor din cauza principală și ținând seama în special de expertiza și de cunoștințele profesionistului, în speță ale băncii, în ceea ce privește posibilele variații ale cursurilor de schimb valutar și riscurile inerente contractării unui împrumut în monedă străină, în primul rând, posibila nerespectare a cerinței de bună credință și, în al doilea rând, existența unui eventual dezechilibru semnificativ, în sensul articolului 3 alineatul (1) din Directiva 93/13.”

Din toate aceste paragrafe rezultă că instanța națională, ca urmare a Hotărârii pronunțate în cauza Andriciuc, va avea obligația ca, atunci când analizează dacă clauzele contractuale au creat un dezechilibru juridic între drepturile și obligațiile părților, să țină seama și de elemente apărute ulterior încheierii contractului de credit (cum ar deprecieri moneda națională), dar numai dacă Banca putea avea cunoștință de acestea la momentul încheierii Contractului. Insa în prezenta cauza, prin studiul realizat de cadrele didactice de la Academia de Studii Economice din București (depus de subscrisa la dosar) rezulta ca in perioada in care contractul a fost încheiat banca nu putea sa prevadă evoluția semnificativa a cursului de schimb valutar.

Consumatorul nu a fost plasat într-o situație mai puțin favorabilă decât cea prevăzută de dreptul național aplicabil.

În primul rând, Hotărârea Andriciuc nu elimină jurisprudența anterioară a CJUE în materia dezechilibrului semnificativ, ci doar precizează anumite elemente suplimentare pentru situația creditelor în valută străină.

Din acest motiv, rămâne valabilă jurisprudența Curții din cauza Aziz, în care aceasta a reținut că: „noțiunea de dezechilibru semnificativ în detrimentul consumatorului trebuie apreciată prin intermediul unei analize a normelor naționale aplicabile în lipsa unui acord între părți, pentru a evalua dacă și, eventual, în ce măsură contractul îi plasează pe consumator într-o situație juridică mai puțin favorabilă în raport cu cea prevăzută de dreptul național în vigoare”.

Prin urmare, primul lucru pe care instanța națională trebuie să-l constate este că prin inserarea în Contract a clauzelor contestate, banca nu l-a plasat pe consumator într-o situație mai puțin favorabilă decât cea prevăzută de dreptul național în vigoare la acel moment, deoarece Banca a preluat în Contractul de Credit dispozițiile suplative din art. 1578 C.civ. referitoare la principiul nominalismului monetar; conform căruia împrumutul trebuie restituit în moneda acordată, indiferent de aprecierea sau deprecierea monedei naționale.

Faptul că Banca a transpus aceste prevederi suplative în Contractul de Credit a fost deja reținut de către Curtea Constituțională în Decizia CCR privind legea conversiei. Astfel, CCR a reținut cu valoare de lege că: „în virtutea principiului nominalismului monetar, suma acordată cu titlu de împrumut trebuie restituită întocmai, indiferent de valorizarea sau devalorizarea acesteia [...] Același principiu se aplică în cazul concret al contractului de credit (care nu reprezintă altceva decât un tip de contract de împrumut de consumație cu dobândă), atâta vreme cât acordarea creditului în moneda străină este permisă conform reglementarilor legale și câtă vreme împrumutatul are obligația de a restitui lucruri de aceeași cantitate și calitate. Clauza contractuală care prevede că rambursarea creditului urmează să se realizeze în moneda în care a fost contractat creditul, chiar și în condițiile aprecierii/deprecierii acestei monede comparativ cu moneda națională, reprezintă o transpunere a principiului nominalismului monetar, nici un act normativ neinterzicând acordarea și rambursarea creditelor în monedă străină”.

Banca nu putea prevedea la momentul încheierii Contractului deprecierea semnificativă a monedei naționale față de francii elvețieni

Hotărârea Andriciuc mai impune instanțelor naționale să verifice cu privire la creditele în franci elvețieni, dacă a fost creat un dezechilibru semnificativ, prin raportare la împrejurările de care Banca putea avea cunoștință la momentul încheierii Contractului și care puteau avea o influență asupra executării obligațiilor.

În acest sens este considerat drept relevant un studiu de caz realizat de trei profesori din cadrul Academiei de Studii Economice cu privire la creditele acordate în franci elvețieni, în care aceștia au precizat că în general cursul de schimb este o variabilă necunoscută atât pentru debitori cât și pentru creditori, fie și bănci care nu au cum să prevadă modificările acestuia deoarece acesta nu depinde de o singură variabilă, ci de o multitudine de factori a căror evoluție nu poate fi anticipată de către băncile private: „Cursul de schimb este o variabilă exogenă atât pentru debitori cât și pentru creditori, nici unul dintre ei neputând influența direct evoluția aceste) variabile. Evoluția cursului de schimb va avea însă întotdeauna efecte diferite asupra debitorilor și creditorilor; avantajându-i sau dezavantajându-i în funcție de sensul evoluției...” „Cursul de schimb este unul dintre cele mai complexe prețuri din economie. În teoria cu privire la formarea și la dinamica cursului de schimb regăsim o serie de variabile macroeconomice pe care o Instituție financiar-bancară sau debitor nu le poate controla: ratele de dobândă ale celor două monede implicate în raportul de schimb (teoria parității ratelor de dobândă), diferențialul de inflație între cele două țări cărora le aparțin cele două monede (teoria parității puterilor de cumpărare), soldul balanței comerciale (diferența dintre exporturi și importuri; abordarea clasică a cursului de schimb), al unei țări (România) comparativ cu soldul balanței comerciale al țării cu al cărei monedă mă compar (Elveția), dinamica masei monetare în termeni relativi [...]. O parte dintre aceste variabile influențează dinamica și evoluția cursului de schimb pe termen scurt, altă parte pe cea pe termen lung și mediu”. De asemenea, având în vedere că băncile atunci când acordă credite în CHF trebuie să obțină această monedă de la alte Bănci, dacă acestea ar fi prevăzut într-adevăr sporirea acestei monede, atunci acestea ar fi obținut un câștig mult mai mare dacă ar fi cumpărat pur și simplu această monedă de la alte bănci pentru a profita de sporirea acesteia și nu pentru a o acorda credite consumatorilor; lucru foarte bine subliniat în literatura economică: „dacă operatorii bancari români ce au acordat credite în CHF ar fi putut prevedea în mod rezonabil deprecierea CHF față de RON cu 100% în decurs de aproximativ 4 ani (adică un randament mediu

aproximativ de 25% per annum) care ar fi justificarea economică pentru care nu au cumpărat pur și simplu de pe piața valutară CHF/RON, și în schimb au acordat credite la un randament de 7-10% per annum, mult mai mic decât cel previzionat din mișcările de curs? Este astfel evident că băncile nu au prevăzut aceste viitoare mișcări de curs și și-au îndeplinit pur și simplu rolul lor istoric, de redistribuitor de lichiditate între cei cu excedente și cei cu nevoi/deficite, acordând credite, și neparticipând în vreun fel la speculație valutară".

În concluzie, este esențial a se reține următoarele:

a) cotația CHF/RON este o proporție matematică între cotația EUR/RON și cotația internațională EUR/CHF; astfel, influența asupra cursului CHF/RON vine din două direcții distincte, una internă și una internațională;

b) odată cu izbucnirea crizei financiare la nivel internațional, ambii factori ai proporției au evoluat, în sensul deprecierei RON față de CHF: EUR/RON (deîmpărțitul) a crescut, iar EUR/CHF (împărțitorul) a scăzut.

Evoluția cursului de schimb CHF/RON și CHF/EUR anterior acordării creditelor demonstrează că francul elvețian era o monedă stabilă

Atât graficul CHF/RON, cât și graficul EUR/CHF demonstrează clar stabilitatea CHF ca monedă, în perioada acordării creditelor, până la declanșarea crizei financiare.

Conform datelor Reuters, cursul CHF/RON a evoluat între 2003 și 2006 în intervalul aproximativ 2.2000 și 2.7000 (o variație de aproximativ 20%). Mai departe, în anii 2007 - 2008 evoluția s-a desfășurat în intervalul 1.8800 - 2.3500, din nou cu aproximativ 20% între minim și maxim.

De asemenea, conform aceleiași surse, cursul EUR/CHF a evoluat între 1994 și 2008 în intervalul 1.4400 - 1.4700, din nou un interval de variație de aproximativ 20%, ceea ce pentru o perioadă de observație de 15 ani, sugerează o stabilitate ridicată a francului elvețian.

În contrast, perioada 2009 - 2011 aduce o volatilitate extremă, fără precedent, a celor două cursuri de schimb, atât EUR cât și RON depreciindu-se semnificativ în fața CHF. Astfel, EUR pierde aproximativ 40% (scădere de la 1.7000 la 1.1000) în fața CHF într-un interval de numai doi ani, dublul volatilității observate în perioada anterioară de 15 ani. În același interval de timp, RON se depreciază în fața CHF de la 2.35 la 3.87, aproximativ 65%, o volatilitate de trei ori mai mare decât în intervalele anterioare de observație.

Amplitudinea acestor mișcări este extraordinară și nu putea fi prevăzută de către Bancă pe baza datelor din trecut. Predicția mișcărilor de curs valutar este o disciplină cu un istoric foarte bogat, dar care și în prezent rămâne totuși cu un grad de acuratețe foarte scăzut.

Magnitudinea mișcărilor de curs valutar și mișcările în prețul activelor sau mărfurilor au fost fără precedent din cauza crizei financiare mondiale, și au surprins inclusiv autoritățile reglementare și băncile centrale, atât ale țărilor dezvoltate, cât și a celor în curs de dezvoltare.

Un exemplu ce justifică această afirmație este dat de evoluția prețului aurului, ce a înregistrat o creștere de la 700 USD în 2009, la un maxim de peste 1900 USD atins în 2012. Această mișcare de 1200 de USD în termeni absoluți reprezintă o creștere de peste 170% (o sută șapte zeci de procente) în mai puțin de 4 ani, în timp ce până în 2009 aurul a fost tranzacționat timp de 3 decade într-un interval de 400 USD, între 250 și 650 USD.

În concluzie, Banca nu putea prevedea evoluția viitoare a cursului CHF/RON în sensul unei aprecieri a CHF și deci magnitudinea riscului asumat de clienții cu împrumuturi în CHF, pe baza datelor din trecut. Acestea în fapt sugerau că CHF este o monedă foarte stabilă, aspect pe care și Banca însăși l-a avut în vedere când a contractat împrumuturi în această monedă.

În anii de dezvoltare economică intensă, începând cu 2004 și terminând cu 2007, leul românesc a câștigat teren pe seama fundamentelor economice bune și a intrării de capitaluri străine odată cu liberalizarea contului de capital. Cursul EUR/RON a înregistrat o scădere de peste 25%, de la peste 4.1000 în 2004 la 3.1000 pe seama vânzărilor de moneda străină pentru a se obține monedă locală (apreciere a monedei locale).

Odată cu începerea deteriorării situației economice în țările dezvoltate prin apariția crizei imobiliare din SUA (la sfârșitul anului 2007) care s-a răspândit în anii următori în întreaga lume, tot mai mulți investitori străini au decis să lichideze investițiile în țările emergente (nu doar în

România, fapt vizibil și prin depreciere severe în aceeași perioadă și a monedelor regionale HUF, PLN sau CZK). Ca urmare, au început să retragă profiturile obținute în anii de dezvoltare economică intensă, cumpărând astfel moneda străină. Acest lucru a dus la o inversare a mișcării pe cursul EUR/RON, la o depreciere a monedei locale. În doar un an și jumătate, leul a pierdut peste 40% din valoare în fața Euro.

În ceea ce privește CHF, în perioade de criză, investitorii internaționali caută atât monede, cât și active care să le conserve capitalul. Dolarul, francul elvețian, aurul sunt instrumente tradiționale folosite de investitori drept refugiu în aceste perioade. Având în vedere că declanșarea crizei s-a petrecut în Statele Unite, francul elvețian și aurul au jucat un rol mai important decât dolarul american de această dată.

Altfel, CHF a avut de câștigat atât în fața EUR, cât și în fața USD deoarece a fost privit de către investitori ca o monedă sigură, având în spate o economie mai puțin expusă situației globale. Dacă înainte de izbucnirea crizei cursul EUR/CHF prezenta o evoluție relativ stabilă, o dată cu apariția crizei imobiliare și răspândirea ei în economiile din întreaga lume, mulți jucători au încercat să găsească active în țări ferite de criză.

Fondurile de investiții, de pensii, investitori privați și alții au inundat economia elvețiană cu valute (EUR, USD, GBP, etc.) în schimbul francilor, pentru a putea investi în active din Elveția (obligațiuni guvernamentale, imobiliare, depozite bancare). Cum economia Elveției nu a putut susține o intrare atât de mare de valută într-un interval relativ scurt, cursul EUR/CHF a marcat o scădere de aproape 40% între maxim și minim.

La sfârșitul anului 2014, Banca Națională a Elveției a anunțat că nu mai aplică măsura obligatorie a menținerii unui prag minim de 1.2 între EUR și CHF, ceea ce a dus la o apreciere bruscă a CHF.

Cererea apelantei referitoare la comisionul de conversie este lipsită de interes deoarece comisionul de conversie nu a fost niciodată perceput, motiv pentru care constatarea caracterului abuziv al acestei clauze nu i-ar produce apelantei nici un fel de folos practic, lucru reținut și de instanța de fond: „consumatorul nu a fost prejudiciat, nefiindu-i perceput acest comision (pg. 32 par. 5 din Sentința apelată).

În al doilea rând, reglementarea comisionului de conversie era logică într-un contract de credit semnat pe termen lung, deoarece banca își făcea anumite previziuni economice bazate pe un anumit mod de derulare a contractului de credit și pe tipul de monedă pe care urma să o primească de la împrumutată. În cazul unei conversii a creditului, aceste previziuni erau anihilate. De asemenea, această operațiune este de asemenea însoțită și de modificări ale altor condiții de creditare (de exemplu, prelungirea perioadei de creditare, valutei sau a altor condiții ale creditului) presupunea destabilizarea previziunilor sale economice efectuate de bancă la momentul acordării creditului, astfel că pentru menținerea unui echilibru între venituri atrase și credite acordate perceperea unui comision de conversie avea o logică financiară.

Practica instanțelor a fost cvasi-unitară în sensul respectării forței obligatorii a contractului, care nu decurge numai din voințele individuale ale părților contractante, ci constituie un adevărat imperativ social, necesar pentru garantarea climatului de ordine și securitate juridică.

De asemenea, într-o decizie prin care Curtea de Justiție a Uniunii Europene a fost investită să se pronunțe asupra consecințelor constatării caracterului abuziv al unor clauze inserate într-un contract de credit, aceasta s-a pronunțat într-o manieră care nu mai lasă nicio umbră de dubiu asupra problematicii privind imposibilitatea modificării contractului în asemenea situații, după cum urmează: articolul 6 alineatul (1) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări a unui stat membru [...], care permite unei instanțe 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 unei clauze".

Prin urmare, chiar și în situația în care, prin absurd, instanța ar constata nulitatea absolută a clauzei contestate, aceasta tot nu ar avea posibilitatea legală de a dispune modificarea Contractului în sensul avut în vedere de apelantă.

Dimpotrivă, într-o astfel de situație, Contractul de Credit nu ar putea continua în lipsa clauzei pretins abuzive, devenind incidente stipulațiile contractuale privind declararea scadenței anticipate a creditelor.

În fine, în eventualitatea în care instanța ar considera totuși că s-ar impune anularea clauzei contestate prin cererea de chemare în judecată, precizăm că cererea de stabilizare a cursului de schimb la momentul încheierii contractului în continuare nu poate fi primită.

În acest sens, precizează că odată constatată nulitatea unei clauze, efectul constatării nulității unei clauze constă în considerarea acelei clauze ca și cum aceasta nu ar fi existat niciodată, într-o astfel de situație, contractul părților nu ar mai prevedea nimic cu privire la obligația de restituire a împrumutului.

Or, în această situație, devin aplicabile dispozițiile suplitive ale Codului Civil în vigoare la momentul încheierii contractului, care, așa cum am arătat supra, prevăd tot obligația de restituire a împrumutului în valuta în care a fost acordat.

Prin urmare, nu numai că instanța de judecată nu ar putea dispune „înghețarea” cursului de schimb la momentul încheierii contractului, pentru că ea ar modifica acest contract, lucru care este interzis de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, dar ea nu ar putea admite o astfel de pretenție pentru că ar modifica regulile Codului Civil.

VII. Soluția în apel

Cu titlu preliminar curtea reține următoarele :

După cum arată CJUE la paragraful 32 din Decizia din speța Andriciuc: „în cazul în care instanța de trimitere ar constata că clauza în discuție în litigiul principal nu este inclusă în excepția menționată (n.n. art. 1 alin. (2) din Directivă), i-ar reveni atunci sarcina de a examina dacă aceasta intră sub incidența noțiunii „obiectul principal al contractului” sau în noțiunea „caracterul adecvat al prețului sau al remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte”, în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13”.

Din acest paragraf rezultă o primă consecință pentru litigiul pendinte :

Chiar dacă instanța constată că clauzele contestate reflectă principiul nominalismului, dat fiind caracterul suplitiv al acestuia, excepția instituită de art. 1 alin. (2) nu se aplică, ceea ce înseamnă că instanța are sarcina ce a continua analiza din perspectiva Directivei 93/13.

Instanța are sarcina de a verifica dacă respectivele clauze intră în sfera noțiunilor de „obiect principal al contractului” și „caracterul adecvat al prețului sau al remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte”, în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13.

CJUE a arătat la paragraful 37 din Decizia data în speța Andriciuc că, „în speță, mai multe elemente din dosarul pus la dispoziția Curții tind să indice că o clauză, precum cea în discuție în litigiul principal, inserată într-un contract de credit încheiat într-o monedă străină între un profesionist și un consumator fără să fi făcut obiectul unei negocieri individuale, potrivit căreia creditul trebuie rambursat în aceeași monedă, intră sub incidența noțiunii „obiectul principal al contractului”, în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13”.

În același sens sunt și paragrafele 41 și 43 din Decizie, cu mențiunea că CJUE a accentuat că „...această clauză nu poate fi considerată ca fiind abuzivă, în măsura în care este exprimată în mod clar și inteligibil”. Revine instanței obligația de a verifica în ce măsură clauzele atacate, deși intră sub incidența noțiunii de obiect principal al contractului, sunt exprimate în mod clar și inteligibil.

În aceasta privință, CJUE face o vastă analiză, în paragrafele 44-51.

Din ansamblul motivării rezultă că acest caracter clar și inteligibil trebuie să privească: a) Redactarea clauzei și b) Informarea, în faza pre-contractuala, adică anterior semnării contractului, privind consecințele economice ale clauzei.

În accepțiunea curții, cerința privind redactarea clară și inteligibilă și transparența clauzei trebuie înțeleasă în mod extensiv (paragraf 44); contractul trebuie să expună în mod transparent funcționarea concretă a mecanismului la care se referă clauza respectivă (paragraf 45); pentru un consumator, informarea, înaintea încheierii unui contract, cu privire la condițiile

contractuale și la consecințele respectivei încheieri este de o importanță fundamentală (paragraf. 48); consumatorul trebuie să fie în măsură să evalueze, pe baza unor criterii precise și inteligibile, consecințele economice ale angajamentului sau contractual (paragraf 45); împrumutatul trebuie să fie clar informat cu privire la faptul că, prin încheierea unui contract de împrumut într-o monedă străină, se expune unui risc de schimb valutar pe care îi va fi, eventual, dificil din punct de vedere economic să și-l asume în cazul devalorizării monedei în care își primește veniturile (paragraf 50); instituțiile financiare trebuie să furnizeze împrumutaților informații suficiente pentru a le permite să adopte decizii prudente și în cunoștință de cauză, acestea trebuind să includă cel puțin impactul pe care o depreciere severă a mijloacelor legale de plată ale statului membru în care își au domiciliul sau sediul împrumutații și majorarea ratelor dobânzilor la împrumuturile în monedă străină îl au asupra ratelor împrumutului (paragraf 49); profesionistul trebuie să prezinte posibilele variații ale cursurilor de schimb valutar și riscurile inerente contractării unui împrumut în monedă străină, în special în ipoteza în care consumatorul împrumutat nu își primește veniturile în respectiva monedă (paragraf 50); instituțiile financiare trebuie să furnizeze împrumutaților informații suficiente pentru a le permite să adopte decizii prudente și în cunoștință de cauză (paragraf 51); o clauză potrivit căreia împrumutul trebuie restituit în aceeași monedă străină în care a fost contractat trebuie să poată fi înțeleasă de consumator atât pe plan formal și gramatical, cât și în ceea ce privește efectele concrete ale acesteia (paragraf 51); un consumator mediu, normal informat și suficient de atent și de avizat, să poată nu numai să cunoască posibilitatea aprecierii sau a deprecierei monedei străine în care a fost contractat împrumutul, ci și să evalueze consecințele economice, potențial semnificative, ale unei astfel de clauze asupra obligațiilor sale financiare (par. 51); această chestiune trebuie examinată de instanța de trimitere având în vedere ansamblul elementelor de fapt pertinente, printre care se numără publicitatea și informațiile furnizate de împrumutător în cadrul negocierii unui contract de împrumut (paragraf 46); mai precis, revine instanței naționale, atunci când ține seama de toate circumstanțele care însoțesc încheierea contractului, obligația să verifice că, în cauza respectivă, au fost comunicate consumatorului toate elementele care pot avea un efect asupra întinderii obligației sale și care îi permit acestuia să evalueze, printre altele, costul total al împrumutului său. (paragraf 47); revine instanței naționale obligația de a verifica faptul că profesionistul a comunicat consumatorilor respectivi orice informație pertinentă care să le permită să evalueze consecințele economice ale unei clauze, precum cea în discuție în litigiul principal, asupra obligațiilor lor financiare (paragraf 50).

A. Caracterul abuziv al clauzei de risc valutar încorporată în cadrul secțiunii a 6-a (Rambursare) art. 6.3 s-a invocat de consumator într-o procedură judiciară declanșată după intrarea în vigoare a noului cod civil.

1. Premisa analizei prin raportare la starea de fapt expusă în cadrul secțiunii I o constituie un contract de credit încheiat între un profesionist și un consumator înainte de intrarea în vigoare a noului Codului civil.

2. Considerații referitoare la legea aplicabilă acestei materii.

În raporturile contractuale dintre un profesionist și un consumator se aplică normele speciale de determinare a caracterului abuziv al unor clauze contractuale reglementate de Legea 193/2000.

Conform adagiului „specialia generalibus derogant” Legea 193/2000 (care transpune Directiva 93/13) este o normă specială și ea se aplică ori de câte ori ne găsim într-un caz care intră sub incidența prevederilor sale. Cu alte cuvinte, norma specială se aplică prioritar față de norma generală (Codul civil).

Pentru aspectele pe care nu le reglementează, norma specială se completează cu normele generale.

3. Obiecțiunile exprimate cu privire la incidența Legii 193/2000. Ce tinde să acrediteze profesionistul ?

El afirmă faptul că clauza de risc valutar contestată reflectă dispoziții legale din dreptul intern referitoare la nominalismul monetar, nefiind susceptibilă de analiză din perspectiva pretinsului său caracter abuziv întrucât legislația specială și principiile referitoare la protecția

consumatorului exclud din domeniul lor de aplicare clauzele care reflectă actele cu putere de lege și normele administrative, deci dispozițiile din dreptul național care se aplică între părțile contractante, independent de alegerea acestora, sau cele ale dispozițiilor care sunt aplicabile din oficiu, în lipsa unui aranjament diferit al părților în această privință.

4. CJUE a relevat în cauza Andriciuc faptul că revine instanțelor naționale în sarcina de a lămuri dacă art. 1 alin.2 din Directiva 93/13 este sau nu aplicabil.

În concluziile Avocatului General privitoare la cauza Andriciuc pct. 58 s-a reținut că „, în speță, este permis să existe îndoieli, pe de o parte, cu privire la aspectul dacă principiul nominalismului monetar era aplicabil în mod absolut la data încheierii contractelor în discuție și, pe de altă parte, cu privire la aspectul dacă efectul abuziv prezumat rezultă numai din dreptul național sau din efectul combinat al acestuia și al clauzelor în discuție”.

5. Dezlegarea acestei chestiuni depinde așadar de lămurirea aspectului referitor la aceea dacă clauza supusă dezbaterii reflectă cu adevărat principiul nominalismului monetar, în acest sens fiind necesar a se statua cu titlu prealabil asupra naturii și mecanismelor specifice acestui principiu dar și legii care-l reglementează în ipoteza dată.

Analiza se raportează la contractele de creditare perfectate înainte de intrarea în vigoare a Codului civil din 2009.

În ceea ce privește aplicarea în timp a noului Cod civil adoptat prin Legea nr.287/ 2009, legiuitorul a stabilit ca regulă, pentru actul juridic (art. 6 alin.2, alin.3 C. civ din 2009, art. 3, art. 4 art. 102 alin. 1 din Legea din Legea nr. 71/2011) aplicarea legii în vigoare¹ la data încheierii acestuia nu numai în privința condițiilor de validitate și pe cale de consecință, a nulității ci și pentru alte aspecte ce privesc încheierea actului juridic, pentru alte cauze de ineficacitate, pentru regulile de interpretare a actului, pentru efectele actului juridic (inclusiv cele produse după intrarea în vigoare a unei noi legi), pentru executarea obligațiilor asumate de părți, pentru încetarea actului juridic.

Această regula se aplică în cazul contractelor de creditare perfectate de societățile bancare înainte de intrarea în vigoare a noului cod civil în cazul cărora nu există stipulate derogări de la principiile ce decurg din art. 6 alin.2, alin.3 C. civ din 2009, art. 3, art. 4 art. 102 alin. 1 din Legea din Legea nr. 71/2011.

Principala consecință care derivă de aici este aceea că principiul nominalismului trebuie analizat prin raportare la prevederile art. 1578-1579 C.civ de la 1865².

6. Reverberațiile principiului nominalismului monetar (art. 1578 - 1579 C.civ de la 1865) asupra contractelor de credit încheiate de profesioniști cu consumatorii.

Așa cum s-a relevat în raporturile contractuale dintre un profesionist și un consumator se aplică cu prevalență normele speciale de determinare a caracterului abuziv al unor clauze contractuale reglementate de Legea 193/2000.

¹ Validitatea, eficacitatea actelor juridice se apreciază potrivit condițiilor stabilite de legea în vigoare la momentul încheierii actului juridic, fiind fără relevanță faptul că legea nouă (ulterioară momentului încheierii actului) ar adăuga sau ar suprima o condiție de valabilitate sau de eficacitate a actului juridic. Legea în vigoare la data încheierii unui act juridic va reglementa atât efectele trecute, adică cele care s-au produs sub imperiul ei, cât și efectele viitoare, adică efectele care se vor produce după intrarea în vigoare a legii noi (ultraactivitatea legii vechi). Derogările de la această regulă în privința efectelor viitoare sunt de strictă interpretare și aplicare.

Art. 107 din Legea nr. 71/2011 prevede că dispozițiile art. 1271 C. civ privitoare la impreviziune se aplică numai contractelor încheiate după intrarea în vigoare a acestuia.

² Principiul nominalismului nu poate fi analizat ținând cont de criteriile avute în vedere de Codul civil din 2009 care în cadrul articolului 1271 C.civ stipulează expres că părțile trebuie să își execute obligațiile chiar dacă executarea acestora a devenit mai oneroasă „fie datorită creșterii costurilor executării propriei obligații, fie datorită scăderii valorii contraprestației”. Subsumând categoria obligațiilor născute din contractele de împrumut de consumație (încheiate potrivit dreptului comun) noțiunii datoriilor de valoare noul cod civil prevede că în interiorul raporturilor generate de datoriile de valoare banii reprezintă un instrument de plată. În accepțiunea noului cod civil datoriile de valoare ca obligații de rezultat îndatorează debitorul să procure creditorului un anumit rezultat indiferent care va fi prețul în bani al aceluși rezultat. Datoria de valoare are ca finalitate menținerea stării de echivalență a valorii prestației datorate, indiferent de fluctuațiile, în creștere sau în descreștere ale banilor (acesta reprezentând diferența substanțială față de vechea reglementare)

Chestiunea clauzelor abuzive se manifestă în mod preferențial în categoria contractelor de consum. În acest domeniu Legea 193/2000 trebuie completată cu prevederile Codului consumului și numeroase alte acte normative sectoriale care fac aplicarea clauzelor abuzive .

Prin urmare, ceea ce este necesar a se stabili cu prioritate este dacă un contract de consum respectă exigențele impuse pentru încheierea sa valabilă din perspectiva legislației speciale, acolo unde aceasta are reglementări specifice , urmând ca dispozițiile din dreptul comun să servească drept reper în situațiile în care legea specială nu conține statuări exprese.

Criteriile determinării caracterului abuziv al unei clauze contractuale din perspectiva legislației speciale sunt :a) lipsa negocierii, b) dezechilibrul contractual în defavoarea consumatorului, c) încălcarea exigențelor bunei-credințe d) toate celelalte circumstanțe relevante (ex. natura bunurilor sau serviciilor ce fac obiectul contractului la momentul încheierii acestuia , toate circumstanțele care au determinat încheierea contractului și anume dacă consumatorului i s-a dat posibilitatea să înțeleagă natura reală a tranzacției).

Prin obiecțiunile formulate profesionistul urmărește să excludă de la cezură sub aspectul caracterului său abuziv clauza de risc valutar susținând faptul că ea reflectă o normă din dreptul din dreptul comun intern referitoare la nominalismul monetar .

Așadar, trebuie lămurit cu precădere dacă o clauză precum cea în discuție reflectă principiul nominalismului monetar.

7. Pentru a afla dacă clauza contestată este expresia principiului nominalismului se impune o analiză comparativă a acestuia cu teza valorismului, nu înainte de a stabili sensul dispozițiilor legale care-l consacră , ținându-se seama de finalitatea urmărită de legiuitor la adoptarea normei, în contextul istoric dat.

O chestiune ce nu suscită discuții, este cea a naturii principiului nominalismului reglementat de dreptul comun, din perspectiva domeniului său de aplicare și prin raportare la interesul ocrotit.

Este unanim acceptată în doctrina clasică și cea contemporană valoarea supletivă a dispozițiilor art. 1578 C.civ , textul legal nefiind de ordine publică.

Așadar , o primă concluzie ce decurge de aici, o reprezintă împrejurarea că prima teză din art. 1 alin. 2 din Directiva nr. 93/13 și art. 3 alin. 1 din Legea nr. 193/2000 nu poate fi incidentă în economia cauzei.

Acest text (art. 1 alin. 2 din Directiva nr. 93/13) se referă la clauze care sunt obligatorii , conform unor legi speciale , clauze pe care părțile amândouă nu le pot evita.

Or, câtă vreme prevederile art. 1578 C.civ. nu sunt de ordine publică, nu suntem în prezența unui acord reglementat de lege în sensul definit prima teză din art. 1 alin. 2 din Directiva nr. 93/13 și art. 3 alin. 1 din Legea nr. 193/2000 , clauza nefiind expresia unei norme imperative.

7.1.Pornind de la ideea caracterului supletiv al acestor dispoziții, trebuie subliniat faptul că nominalismul, la data consacării și ulterior implementării sale, (anul 1864, respectiv 1867 când a apărut moneda metalică cu acoperire în aur)³ a avut în vedere absolutizarea identității valorii monetare, consacrand perenitatea valorii nominale a leului ,pe toată perioada între data emiterii și data modificării valorii sale oficiale, pe calea reformei monetare, fără luarea în considerare a diminuării puterii de cumpărare cauzată de inflație .Astfel s-a absolutizat valoarea nominală a banilor ,ignorându-se valoarea lor reală,apreciată din perspectiva puterii de cumpărare pe care o oferă și de existența fluctuațiilor monetare. Prin urmare, în baza acestui principiu, plata este liberatorie unitate cu unitate ,ceea ce contează , deci, fiind valoarea legală înscrisă pe piesa ce constituie instrumentul de plată.

Nominalismul a apărut în contextul stabilității monetare eliminând necesitatea oricărui calcul suplimentar în determinarea la momentul plății ,a cuantumului sumei liberatorii.

³ *Legea pentru influențarea sistemului monetar național și pentru fabricarea monedelor naționale* Legea monetară adoptată la 22 aprilie 1867 institua leul ca monedă națională, egal cu 100 de bani (monedă divizionară). Un leu românesc cântărea cinci grame de argint, sistemul monetar fiind bazat pe bimetalismul aur:argint. Prin greutatea, dimensiunile și puritatea argintului, lei românesci erau similari cu monedele Uniunii Monetare Latine (Franța, Italia, Elveția și Belgia), la care țara noastră s-a alăturat de facto.)

Așa cum s-a relevat în doctrină, aspectul cel mai simplu al nominalismului(dar și controversat în același timp) îl constituie constanța juridică a monedei în timp, a cuantumului sumei liberatorii, indiferent de instabilitatea faptică a valorii sale reale.

În primul rând trebuie amintit că pe 22 aprilie 1867 s-a promulgat prima lege monetară prin care s-a stabilit că moneda națională este leul, iar diviziunea sa se numește ban și este egală cu a suta parte din leu. Prin acesta lege moneda națională capăta caracter legal, iar alte monede străine caracter ilegal. La acea data, moneda națională devenea moneda legala a Principatelor Române, initial doar scriptic adica in evaluari si acte, pentru ca emiterea efectiva si inlocuirea totală a valorilor monetare straine a fost un proces ce a durat cateva zeci de ani. Codul Civil a fost promulgat în anul 1864 și a intrat în vigoare la 1 decembrie 1865. De-a lungul timpului, numeroase acte normative au abrogat, modificat și completat articole din Codul Civil. În ciuda unor numeroase eforturi de modificare, care au fost culminate prin pregătirea și finalizarea unor noi proiecte de Cod Civil, care erau menite să îl înlocuiască, precum cele din anii 1940, 1971 și 2004, Codul Civil din vremea lui Alexandru Ioan Cuza a rămas în vigoare până la data de 1 octombrie 2011 când a intrat în vigoare un nou Cod Civil. La data emiterii Codului Civil, Principatele nu aveau moneda națională legală, "în curs", "în circulație" pe teritoriul Principatelor circulând peste 80 de specii monetare străine. La acea vreme legiutorul a preluat din legislația străină teoria nominalismului monetar, legiferând oarecum circulația monetară în tânăru stat.

7.2. După data de 22.04.1867 leul românesc a devenit singura specie aflătoare în curs pe teritoriul României .Leul este unitatea monetară a României .

7.3 Principiul nominalismului așa cum este el reglementa de dispoziții Codului civil de la 1865 nu poate avea în vedere valutele cotate .

BNR este responsabilă de elaborarea și aplicarea politicii monetare și a politicii de curs de schimb precum și de stabilirea regimului valutar.

Conform regulamentul privind regimul valutar, valuta e definită ca fiind moneda națională a altui stat, moneda unei uniuni monetare a unor state, precum și monedele compuse, cum ar fi drepturile speciale de tragere. Același act stipulează că valutele cotate sunt valutele menționate în lista cursurilor de schimb ale pieței valutare, comunicată de Banca Națională a României.

O dispoziție din legea română precum cea prevăzută de art. 1578 C.civ 1865 nu putea avea în vedere „, perenitatea” valorii nominale a unei monede străine pe care, de altfel, statul nu o poate controla printr-o politică monetară .

Expresie a mecanismului etatic, emiterea ,retragerea și operațiunile asupra cursului reprezintă prerogative statale absolute, exclusive .

Așa fiind, în interpretarea art. 1578 C.civ 1865 trebuie să se pornească de premisa conform căreia noțiunea de „specie aflată în curs” este moneda națională, adică leul românesc.

7.4. Nominalismul în accepțiunea Codului civil de la 1865 versus valorism

Majoritatea doctrinei⁴ susține că stipularea unei clauze de indexare părțile este expresia derogării , pe cale convențională , de la norma supletivă care instituie principiul nominalismului. Altfel spus , clauza de risc valutar reprezintă un aranjament diferit al părților în raport de principiul nominalismului .În doctrina de dată recentă s-a reținut că „nominalismul este exclus convențional din contractele de credit bancar în valută ,caracterizate prin aceea că , la stabilirea dobânzii banca are în vedere deprecierea monetară prognozată , adică scăderea puterii de cumpărare infra-monetare.Dobânda creditului bancar cuprinde o componentă de indexare monetară care justifică bine-cunoscuta diferențiere între dobânda nominală și dobânda reală ,corectată cu rata inflației.Acest mecanism ,specific valorismului ,derogă de la nominalismul legal supletiv și ar trebui sa facă inutilă invocarea acestuia”⁵.

Chiar în doctrina interbelică s-a relevat faptul că : „Dispoziția art. 1578 C Civ fiind excepțională nu se va aplica de câte ori părțile au stipulat anume că oricare ar fi variațiunea cursului monedelor în timpul împrumutului nu se va ține seama de nicio socoteală de această

4 A se vedea în acest sens : Creditul în valută față cu reacțiunea , Bercea Lucian RRDA nr.8/2015

5 A se vedea în acest sens : Creditul în valută față cu reacțiunea , Bercea Lucian RRDA nr.8/2015

variațiune și că în orice caz împrumuatul va restitui o sumă în valoare egală cu cea primită” (D. Alexandresco *Principiile dreptului civil român* vol. IV pag 456).

O consecință firească, logică a acestei abordări o reprezintă faptul că excepția prevăzută de art. 1 alin.2 din Directiva 93/13 nu este incidentă.

În consecință, o clauză de indexare stipulată într-un contract de împrumut încheiat de un profesionist cu un consumator ar putea fi cercetată sub aspectul caracterului său abuziv pentru că nu reflectă o dispoziție legală aplicabilă din oficiu deoarece părțile au derogat de la principiul nominalismului printr-o clauză de indexare.

7.5 Curtea apreciază că această abordare este cea corectă.

Prima întrebare care se poate legitim naște este următoarea : De ce s-ar fi stipulat o clauza cum este cea în discuție dacă debitorul împrumutat era oricum „obligat”, în baza principiului nominalismului monetar, să restituie creditul în aceeași monedă în care el s-a tras ,indiferent de creșterea sau scăderea prețului ei ?

Care sunt beneficiile aduse de inserarea acestei clauze dacă și fără ea consecințele erau similare în ce privește mecanismele de stingere a datoriei (adică s-a împrumutat valută se va restitui valută) ?

Răspunsul poate fi acela că, norma convențională în discuție s-a stipulat tocmai pentru că în lipsa unei astfel de prevederi , debitorul nu era obligat sa restituie datoria în valută ,ci doar în specia aflată în curs la data plății , **leul românesc, monedă în care consumatorul își încasa veniturile**, acesta urmând a înapoia suma numerică împrumutată efectiv, adică valuta convertită în funcție de paritatea ei cu specia aflată în curs la data plății – tragerii creditului (conform art. 1578 C.civ), fără luarea în considerare a scăderii sau creșterii valorii sale intrinseci ,dată de puterea de cumpărare a leului⁶.

Puterea de cumpărare a consumatorului se raportează la moneda națională în care realizează veniturile ,gradul său de îndatorare fiind evaluat ,la data acordării creditului tot în moneda națională , leul românesc.

Tocmai pentru că a avut în vedere alterarea intrinsecă a speciei aflată în curs la data plății (leul românesc) și cunoscând limitările ce decurgeau din principiul nominalismului, profesionistul a apelat la remediile ce consolidează teza valorismului, inserând o clauză prin care riscul valutar era lăsat exclusiv în sarcina împrumutatului .

a) Principiul nominalismului în accepțiunea Codului civil din 1865 prevede obligativitatea respectării valorii nominale pornind de la prezumția de identitate a valorii nominale a monedei cu cea intrinsecă.

Clauza în discuție este expresia unei abordări situată într-o postură antagonică, care neagă identitatea valorii nominale a monedei în care consumatorul realizează veniturile cu valoarea sa intrinsecă .

b) Valorismul

Din perspectiva rolului său juridic moneda constituie un mijloc de liberare ,de stingere a datoriilor ,iar în accepțiunea economică ea conferă deținătorului o putere de cumpărare.

Conform teoriei valoriste cu privire la monedă și obligațiile pecuniare nu trebuie absolutizată identitatea unității monetare .

Astfel, ori de câte ori valoarea intrinsecă a acesteia a suferit modificări, suma de bani trebuie reevaluată pentru a avea aceeași putere de cumpărare ca și cea inițial stipulată de părți.

În acest mod valorismul tinde a integra valoarea în interiorul obligației pecuniare.

Moneda fiind un bun fungibil subiectiv prin excelență,rațiunea de a fi a acestor obligații rezidă în capacitatea de teaurizare a monedei.

Interesul părților vizează puterea de cumpărare pe care o reprezintă și nu un număr oarecare de unități monetare.

6 Potrivit principiului nominalismului monetar instituit prin Codul civil de la 1865 în obligațiile pecuniare puterea de plată a banilor rămâne neschimbată, chiar dacă puterea lor de cumpărare s-a modificat până la scadența datoriei. Debitorul este obligat ,așadar să plătească numai suma nominalizată în contract a se vedea în acest sens V.I. Albu pag. 46-47 drept civil Introducere în studiul obligațiilor ,Dacia , Cluj Napoca ,1984

Acesta este postulatul care a stat la baza nașterii și acceptării indexării, datorită valorii ca expresie a teoriei valoriste dar și ca metodă practică de înlăturare sau cel puțin de diminuare a inechităților generate de situația inflaționistă și scăderea puterii de cumpărare.

Indexarea reprezintă procedeul de reevaluare deplin drept a cuantumului unei sume obiect al obligației pecuniare în funcție de variația unui indice de referință stabilit prin voința părților sau cea a unei autorități.

Recurgerea la indexare se realizează în scopul menținerii echilibrului între prestațiile datorate, prin acoperirea deprecierei valorii monedei naționale și păstrarea în timp a puterii sale de cumpărare. Elementul esențial pentru compararea și relaționarea valorilor în operațiunea de indexare este automatismul. Astfel, dacă între data nașterii obligațiilor pecuniare și data scadenței s-a constatat și a intervenit variația indicelui de referință, prin încorporarea sa în creanță are loc reevaluarea (în cazul reevaluării legale).

Indexarea contractuală este expresia diligenței părților care doresc să se pună la adăpost față de riscurile deprecierei monetare, constituind o formă de indexare.

Clauzele de indexare reprezintă convențiile prin care părțile unui raport juridic contractual stabilesc cuantumul sumei obiect al obligației pecuniare ca variabil deplin drept.

*Variabilitatea cuantumului obligației se determină prin raportarea unor indici **aleși consensual**, în scopul acoperirii deprecierei valorii monedei naționale și asigurării echilibrului valoric între prestațiile stipulate.*

Cuantumul datoriei se va stabili prin înmulțirea numărului de unități monetare cu indicele de calcul (etalonul – cursul valutei) reprezentând variația valorică a puterii de cumpărare a elementului de comparație. Stabilirea prețurilor în valută pe teritoriul României exprimă o clauză de indexare. Rațiunea acestor clauze constă în asigurarea stabilității monetare, astfel încât creditorul să poată primi exact contravaloarea a ceea ce a dat, din punct de vedere subiectiv, printr-o previziune justă a evenimentelor. Pentru a asigura echilibrul valoric între prestațiile stipulate și a contracara efectele deprecierei monetare este necesar ca indicele ales, în funcție de care se realizează indexarea creanței să fie ușor de cunoscut de părțile raportului juridic, să fie adecvați relației concrete a părților.

Așa cum s-a semnalat în doctrină, „creditului bimonetar (și creditului în valută în general) nu-i este specifică problema deprecierei monetare (la care legea consacră soluția derogabilă a nominalismului), ci devalorizarea monetară, adică deteriorarea raportului de schimb inter-monetar. Acest mecanism de creditare în valută nu este o aplicație a nominalismului, ci o reacție de apărare față de nominalism”⁷ în cazul în care este cunoscut faptul că moneda în care consumatorul realizează veniturile și care, în realitate constituie moneda de plată este caracterizată de instabilitate.

c) Prin raportare la aceste considerente, conchidem în sensul că clauza contestată nu transpune principiul nominalismului ci opozitul său, fiind în realitate o clauză de indexare prin care consumatorul este ținut să ramburseze valoarea creditului astfel cum a fost ea conservată de moneda de cont considerată mai stabilă și deci să suporte singur riscul valutar. Prin urmare, ea poate fi supusă analizei din perspectiva caracterului său abuziv.

8. Dar chiar admitând faptul că nominalismul și clauza de indexare nu ar incompatibile⁸ și că, în acest context, ar putea viza și altă monedă decât cea națională (teză care este fi tributară distincției dintre moneda de plată-leu și cea de cont-valută, într-o altă manieră decât cea prezentată în secțiunea anterioară și în accepțiunea căreia clauza de indexare, care vizează strict moneda de plată este mecanismul care asigură respectarea principiului nominalismului în ce privește moneda de cont-valută), excluderea prevăzută de art. 1 alin.2 din Directivă nu ar opera pentru următoarele considerente:

⁷ A se vedea în acest sens: „Creditul în valută față de reacțiunea”, Bercea Lucian RRDA nr.8/2015

⁸ A se vedea în acest sens: „Principiul nominalismului monetar și impreviziunea în contractul de împrumut de consumație având ca obiect o sumă de bani o asociere ireconciliabilă?”, C Bârsan; Deși curtea nu este tributară acestei abordări, susținută cu caracter izolat în doctrină va proceda la analiza cauzei și din această perspectivă

În opinia noastră, pentru ipoteza dată nominalismul din dreptul comun nu poate constitui un factor de imunitate care să oblitereze controlul caracterului abuziv al clauzei de risc valutar astfel inserate în contractul încheiat cu consumatorul.

În primul rând, excepția prevăzută de art. 1 alin.2 din Directiva 93/13 are în vedere ipoteza în care abuzul de putere economică al profesionistului este exclus pentru că, fiind vorba de o reglementare legală (fie ea chiar cu caracter supletiv , dar aplicabilă din oficiu în lipsa unei stipulații contrare) se prezumă că echilibrul preexistă.

Concluzia transpare cu precădere din considerentele cauzei C92/11, RWE Vertrieb AG împotriva Verbraucherzentrale NordrheinWestfalen eV care se impun a fi redată :

28. „Astfel cum arată avocatul general la punctul 47 din concluzii, această excludere a aplicării regimului Directivei 93/13 este justificată de faptul că, în cazurile prevăzute la punctele 26 și 27 din prezenta hotărâre, se poate prezuma în mod legitim că legiuitorul național a stabilit un echilibru între ansamblul drepturilor și obligațiilor părților în anumite contracte

30. Pe de altă parte, a permite excluderea aplicării Directivei 93/13 la clauzele contractuale pentru simplul fapt că acestea preiau acte cu putere de lege sau norme administrative naționale care nu sunt aplicabile contractului încheiat de către părți sau că se referă la astfel de dispoziții ar compromite regimul protecției consumatorilor instituit prin această directivă

31 Astfel, în aceste condiții, un vânzător sau furnizor ar putea să se sustragă cu ușurință controlului caracterului abuziv al clauzelor care nu au făcut obiectul unei negocieri individuale cu un consumator prin redactarea clauzelor din contractele sale în același fel ca și cele prevăzute de reglementarea națională pentru anumite categorii de contracte. Or, ansamblul drepturilor și obligațiilor create prin contractul redactat astfel nu ar corespunde în mod necesar echilibrului pe care legiuitorul național a dorit să îl stabilească pentru contractele guvernate de reglementarea sa în materie.

41. „sistemul de protecție pus în aplicare prin Directiva 93/13 se bazează pe ideea că un consumator se găsește într-o situație de inferioritate față de un vânzător sau furnizor în ceea ce privește atât puterea de negociere, cât și nivelul de informare, situație care îl determină să adere la condițiile redactate în prealabil de vânzător sau furnizor, fără a putea exercita o influență asupra conținutului acestora (Hotărârea din 15 martie 2012, Pereničová și Perenič, C453/10, punctul 27, precum și Hotărârea din 26 aprilie 2012, Invitel, C472/10, punctul 33).

42 Având în vedere o astfel de situație de inferioritate, Directiva 93/13 prevede, pe de o parte, la articolul 3 alineatul (1) interzicerea clauzelor standard care, în contradicție cu cerința de bunăcredință, provoacă un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților care decurg din contract, în detrimentul consumatorului.

43 Pe de altă parte, Directiva 93/13 impune la articolul 5 vânzătorilor sau furnizorilor obligația de a formula clauzele într-un limbaj clar și inteligibil. Al douăzecilea considerent al Directivei 93/13 precizează în această privință că, în mod efectiv, consumatorului trebuie să i se ofere posibilitatea de a analiza toate clauzele din contract.

44. Astfel, pentru un consumator, informarea, înaintea încheierii unui contract, cu privire la condițiile contractuale și la consecințele respectivei încheieri este de o importanță fundamentală. Acesta din urmă decide, în special pe baza respectivei informări, dacă dorește să se oblige potrivit condițiilor redactate în prealabil de către vânzător sau furnizor.

47 O clauză standard care permite o astfel de adaptare unilaterală trebuie, cu toate acestea, să respecte cerințele de bunăcredință, de echilibru și de transparență impuse prin directivele menționate.

- 48 În această privință, trebuie să se amintească faptul că, în cele din urmă, competența de a stabili acest lucru în fiecare caz concret nu aparține Curții, ci instanței naționale. Astfel, sunt de competența Curții interpretarea dispozițiilor acestor directive, precum și criteriile pe care instanța națională poate sau trebuie să le aplice la examinarea unei clauze contractuale în raport cu acestea, avânduse în vedere că este de competența instanței menționate să se pronunțe, ținând seama de aceste criterii, asupra calificării concrete a unei clauze contractuale specifice în funcție de împrejurările proprii fiecărei spețe (a se vedea Hotărârea din 9 noiembrie 2010, VB Pézügyi Lízing, C137/08, Rep., p. I10847, punctul 44, și Hotărârea Invitel, citată anterior, punctul 22)
- 50 În ceea ce privește, în primul rând, obligația de informare a consumatorului, o simplă referire, realizată în CG, la un text legislativ sau la o normă administrativă care prevede drepturile și obligațiile părților nu îndeplinește această obligație de a aduce la cunoștința consumatorului metoda în conformitate cu care variază respectivele costuri și motivele acestei variații, precum și dreptul său de a rezilia contractul. Astfel, este esențial ca acest consumator să fie informat de către vânzător sau furnizor despre conținutul dispozițiilor în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea Invitel, citată anterior, punctul 29).
- 53 Aceste cerințe stricte cu privire la obligația de informare a consumatorului, atât în stadiul încheierii unui contract de distribuție, cât și în timpul executării acestuia, în ceea ce privește dreptul vânzătorului sau furnizorului de a modifica unilateral condițiile acestuia corespund unei echilibrări a intereselor celor două părți. Interesului legitim al vânzătorului sau furnizorului de ași lua măsuri de precauție împotriva unei schimbări a împrejurărilor îi corespunde interesul la fel de legitim al consumatorului, pe de o parte, de a cunoaște și, așadar, de a putea să prevadă consecințele pe care o astfel de schimbare le-ar putea avea în viitor în privința sa și, pe de altă parte, de a dispune, într-o astfel de ipoteză, de informații care să îi permită să reacționeze în modul cel mai adecvat la noua sa situație.”

Doar convențiile legal făcute au putere de lege între părțile contractante .Deși forța contractului este comparată cu legea contractul nu poate deroga de la legea imperativă.

În materia dreptului consumului, obligația de informare ce incumbă profesionistului face parte din categoria obligațiilor legale explicite.

Ca atare, părțile nu pot înlătura această obligație prin convenția lor .De aici rezultă natura de ordine publică a normelor care o reglementează.

Obligația generală de bună- credință ține de esența sistemului nostru de drept. Pe de altă parte , existența unei obligații generale de bună- credință contractuală a devenit un concept european.

Obligația de bună- credință funcționează ca sursă a unor obligații subsecvente .Așa cum s-a relevat în doctrină obligația de informare, cooperare, coerență contractuală sunt toate formule comportamentale contractuale care sunt urmări ale buneicredințe, buna- credință contractuală manifestându-se prin intermediul acestor obligații implicite⁹.Obligația generală de bună-credință are o semnificație având o greutate însemnată în raporturile dintre profesioniști și consumatori.

În concluzie, obligația ce incumbă profesionistului potrivit legii speciale justifică „exercitarea oficiului de ordine publică conferind abilitate judecătorului de a utiliza instrumente de control /cenzură a clauzelor stipulate în contractele de consum în scopul realizării dezideratelor ordinii publice. Din acest motiv, chiar dacă s-ar aprecia faptul că clauza de indexare, care vizează strict moneda de plată este mecanismul care asigură respectarea principiului nominalismului în ce privește moneda de cont-valuta, excepția prevăzută de art. 1 alin.2 din Directiva 93/13 nu poate fi reținută de plano, întrucât abuzul de putere economică al profesionistului nu este exclus.

9 Curs de drept civil Obligațiile Liviu Pop, Ionuț- Florin Popa, Stelian Ioan Vidu ed. UJ București 2015 pag. 80

Interpretarea adusă în discuție ar distorsiona profund sensul art. 1578 C.Civ, determinând abandonarea /deturnarea scopului în care ea a fost instituită și anume protejarea debitorului (se vedea în acest sens „Mecanisme de actualizare a creanței consacrate în noul cod civil” pct. 18 Felicia Roșioru)

Pe de altă parte, nu se poate susține că echilibrul avut în vedere la adoptarea prevederilor art. 1578 C.civ. mai ființează în prezent.

Textul are în vedere moneda metalică cu acoperire în metale prețioase ,iar în prezent vorbim de o monedă discreționară.

*Mai mult, nominalismul este expresia ideii de stabilitate , în timp ce indexarea - ca si componentă a nominalismului –are ca premisă instabilitatea, fluctuația monetară monetară (Liviu Pop *Tratat de drept civil Obligațiile vol. I 2006 ed. CH Beck pag. 471*)*

Așa fiind, o interpretare a nominalismului în sensul acreditat de creditor nu se bazează pe circumstanțele avute în vedere la edictarea normei,este străină de scopul în care a fost adoptată și nu exclude abuzul de putere economică .

În acest sens, clauza în discuție nu este exclusă de la cenzură și nu absolvă profesionistul de obligația de informare prevăzută de legea specială.

A admite contrariul ar însemna ca profesionistul să fie exonerat de obligația de informare care îi incumbă în baza legii speciale, exonerare operabilă tocmai apelând la „virtutea dreptului comun”(care, de altfel, nu poate fi aplicat numai dacă legea specială nu reglementează o situație).

Consecința unei astfel de interpretări ar fi aceea că profesionistul poate oferi orice produs fără a explica într-o manieră clară, inteligibilă ce sarcini poate genera în patrimoniul consumatorului și implicit poate beneficia de pe urma acestei conduite nedeontologice , ceea ce nu poate fi acceptat întrucât exigențele bunei- credințe nu ar fi respectate. Iată de ce , în materia litigiului pendinte, el nu se poate apăra invocând simplu numai beneficiile nominalismului.

Buna- credință în contractele de consum are standarde mai ridicate. Așa cum s-a relevat în doctrină¹⁰ „buna -credință în materie de clauze abuzive reprezintă un concept european autonom .Interpretarea autonomă presupune că noțiunea de bună- credință va fi identificată și aplicată în concordanță cu spiritul Directivei și nu în concordanță cu perspectiva pe care sistemele naționale de drept i-o atribuie. Buna-credință are rolul dea impune ca la evaluarea caracterului abuziv al unei clauze să se aibă în vedere toate circumstanțele relevante ale încheierii contractului” În această privință, posibilitatea consumatorului de conștientiza natura reală a tranzacției este unul dintre factorii cheie ce trebuie avuți în vedere .

Or, atunci când împrumutul nu este acoperit în mod natural la riscul valutar întrucât nu obține venituri eligibile pentru rambursarea creditului la moneda în care acesta este acordat ,nivelul maxim admis pentru gradul de îndatorare trebuie definit inclusiv prin luarea în considerare a riscului valutar , a riscului de rată a dobânzii și a riscului de diminuare a veniturilor disponibile pe perioada de derulare a creditului . Astfel derularea scenariilor privitoare la variațiile posibile și șocul pe curs de schimb valutar, variațiile posibile și socul pentru rata dobânzii ,socul pe venit trebuie să caracterizeze etapa precontractuală, numai prin parcurgea lor consumatorul fiind în măsură să conștientizeze în mod real natura tranzacției .

Principiul nominalismului din dreptul comun nu poate fi în mod simplist transpus în cazul contractelor de credit încheiate între un profesionist și un consumator el trebuind evaluat din perspectiva exigențelor impuse de legea specială în ceea ce în ce privește clauza de risc valutar care vizează moneda de plată ,clauză prin intermediul căreia devine aplicabil pentru moneda de cont .

Tocmai de aceea trebuie să se stabilească dacă o atare clauză a fost cu adevărat negociată, dacă are caracter clar și inteligibil prin raportare la dispozițiile legii speciale. Numai în măsura îndeplinirii condițiilor clarității și inteligibilității imunitatea la revizuirea judiciară a caracterului său abuziv este asigurată pentru că doar în aceste circumstanțe se poate apreciat că o clauză de risc valutar face parte din obiectul principal al contractului.

8.1. Cu privire la caracterul clar și inteligibil al clauzei de risc valutar adusă în discuție.

În jurisprudența sa CJUE a reținut că sistemul de protecție pus în aplicare de legislația în materie se întemeiază pe ideea că consumatorul se află într-o situație de inferioritate față de agentul economic, situație care îl determină să adere la condițiile redactate în prealabil de acesta, fără a putea exercita o influență asupra conținutului acestora.

Conform jurisprudenței sale la încheierea unui contract de împrumut în valută consumatorii trebuie să poată evalua consecințele economice ale aplicării, la rambursarea împrumutului, a unui curs de schimb diferit de cel aplicabil la calcularea sumei împrumutului cu ocazia deblocării acesteia. Astfel, contractul de împrumut trebuie să indice în mod transparent motivul și particularitățile mecanismului de schimb al monedei străine. Consumatorul mediu, rezonabil și normal informat trebuie să poată anticipa și să înțeleagă consecințele angajamentului pe care și l-a asumat, iar angajamentele să fie echilibrate sub aspectul drepturilor și obligațiilor părților". Curtea a reținut în cauza Kasler faptul că articolul 4 alineatul (2) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că, în ceea ce privește o clauză contractuală precum cea în discuție în litigiul principal, cerința potrivit căreia o clauză contractuală trebuie redactată în mod clar și inteligibil trebuie înțeleasă ca impunând nu numai ca respectiva clauză să fie inteligibilă pentru consumator din punct de vedere gramatical, ci și ca contractul să expună în mod transparent funcționarea concretă a mecanismului de schimb al monedei străine la care se referă clauza respectivă, precum și relația dintre acest mecanism și cel prevăzut prin alte clauze referitoare la deblocarea împrumutului, astfel încât acest consumator să poată să evalueze, pe baza unor criterii clare și inteligibile, consecințele economice care rezultă din aceasta în ceea ce îl privește".

8.3. Din considerentele cauzei Andriciuc rezultă că obligația de transparență contractuală ce incumbă profesionistului, obligație conexă exigențelor de publicitate și informare specifice dreptului consumului presupune garantarea dreptului consumatorului de a înțelege prevederile contractului .

În accepțiunea Curții, așa cum ea decurge din considerentele cauzei Andriciuc, transparența în exprimarea costurilor contractului trebuie să permită consumatorului să evalueze consecințele patrimoniale ale creditării ,fapt care implică evaluarea impactului posibil al riscului valutar și predicții legate de volatilitatea cursului.

Profesionistul deține controlul conținutului contractului.

Or, predicțiile legate de volatilitatea cursului țin exclusiv de portofoliul profesionistului .

Astfel, asumarea de către consumator a riscului pentru variațiile de curs ale monedei de plată trebuie să fie expresă și conștientă, să aibă la bază simulări exprimate în limite matematice de profesionist așa încât consumatorul să aibă capacitatea de estimare a riscului de credit indus de variațiile non liniare ale cursului de schimb valutar, iar variațiile cursului previzionat să fie corelate cu gradul de îndatorare permis ,îndatorare care să-și păstreze proporția agreeată de părți pe parcursul derulării contractului în conformitate cu predicțiile avute în vedere .

Consumatorul trebuie să cunoască și să accepte valoarea maximă rambursabilă în moneda de plată în care obține veniturile curente. Numai în aceste condiții o clauză privind riscul valutar în ce privește moneda de plată ar putea fi calificată drept clară și inteligibilă.

Dacă simulările și predicțiile nu au fost făcute, aceste exigente nu sunt îndeplinite întrucât, în absența scenariilor privitoare la șocul pe curs de schimb valutar, șocul pentru rata dobânzii ,șocul pe venit care trebuie să caracterizeze etapa precontractuală, nu se poate vorbi de împrejurarea că, consumatorul a fost în măsură să conștientizeze în mod real natura tranzacției.

Acest fapt are drept consecință înlăturarea imunității de la controlul caracterului abuziv al clauzei .

8.4. Includerea acestei clauze este de natură să genereze un dezechilibru între drepturile și obligațiile părților întrucât ea constituie sursa supra îndatorării debitorului . O clauză cum este cea în discuție care nu are ca premise evaluarea impactului posibil al riscului valutar are caracter abuziv nefiind validă și se impune a fi înlăturată din contract întrucât prin natura sa este o sursă a dezechilibrului contemporană cu data perfectării convenției.

În contextul dat , clauza privind riscul valutar nu poate fi asimilată unei clauze de asumare a riscului schimbării împrejurărilor în sensul pe care teoria impreviziunii îl dă acestei condiții.

Impreviziunea este o problemă de ordin economic și financiar, ea este legată de fluctuațiile prețurilor care generează un dezechilibru între prestații în cazul acesta fiind vorba de o leziune a posteriori ce intervine după încheierea actului juridic. Una din premisele impreviziunii o constituie existența unui contract valabil încheiat .Atunci când cauza dezechilibrului dintre prestațiile părților este de altă natură, problema impreviziunii nu se poate evoca.

8.5 Nu se poate aduce în discuție nici problema suportării a riscului valutar în mod natural de către debitor pentru că o asumare implicită a riscului valutar are în vedere tranzacția în ansamblul său ,tranzacție a cărei natură și consecințe patrimoniale să fie înțelese pe deplin și asumate în mod conștient de către consumator .

Asumarea voluntară a riscului inerent are drept corolar numai contractul compatibil in integrum cu exigențele impuse Directiva 93/13.

Din perspectiva legislației privind protecția consumatorului soluția atribuirii naturale a riscului valutar în sarcina consumatorului poate avea drept premise o tranzacție ale cărei posibile consecințe patrimoniale sunt pe deplin cunoscute ,înțelese și acceptate de consumator.

Chestiunea privitoare la înțelegerea naturii tranzacție trebuie plasată în amonte , în timp ce riscul valutar natural este situat în aval si poate decurge doar dintr-un acord valid sub toate aspectele sale.

Drept urmare, în accepțiunea noastră îndepărtarea clauzei de risc valutar din contract pe considerentul caracterului său abuziv nu poate avea drept consecință reactivarea mecanismului de suportare în mod natural a riscului valutar de către debitor.

8.6. Banca avea obligația de a asigura o anumită protecție a consumatorului împotriva supraîndatorării , prin mecanisme contractuale specifice.

În cazul consumatorilor care obțin venituri în moneda națională, riscul de credit trebuia evaluat în mod conform de către profesionist și prin raportare la riscul valutar. Calitatea produsului bancar din perspectiva costurilor sale este indisolubil legată de analiza corespunzătoare și obiectivă a criteriilor de eligibilitate în ceea ce-l privește pe consumatorul care face parte din categoria debitorilor excluși de la protecția naturală. Astfel, banca trebuie să se asigure în etapa precontractuală asupra faptului că premisele necesare și avute în vedere pentru eliberarea creditului pot să subziste pe toate durata derulării contractului. Asimetria informațională între bancă și consumator nu poate fi contestată ,iar profesionistul trebuie să valorifice acest avantaj cu responsabilitate .Fluctuațiile previzibile ale cursului trebuie inventariate de societatea bancară iar rezultatele sale se impun a fi notificate expres consumatorului și,în același timp avute în vedere la determinarea gradului de îndatorare acceptat de debitor și stabilit funcție de veniturile obținute în moneda națională la data constituirii dosarului de creditare.

Absența unei astfel de expertize constituie sursa dezechilibrului contractual din care rezultă de altfel din supraîndatorarea debitorului.

În cauză, nu s-a stabilit un culoar de variație a cursului așa încât să fie pe deplin predictibilă sarcina generată de contract și nici nu s-a propus o clauză de acoperire a riscului printr-o asigurare. În circumstanțele date, se poate conchide asupra faptului că profesionistul a acționat în scopul de a-și prejudicia partenerul contractual, într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe.

În doctrină s-a subliniat că solidarismul contractual plasează interesul în centrul raporturilor dintre părțile contractante și îi conferă rolul principal, acela de „motor al contractului”. Analiza interesului urmărit de părțile contractante face posibilă punerea în evidență a realității legăturilor contractuale. Dându-și consimțământul la încheierea contractului, fiecare parte acceptă să-și asume sarcina realizării interesului celuilalt contractant, care la rândul său are încredere că acest obiectiv comun al încheierii și existenței contractului va fi obținut. Între părțile contractului există o stare de dependență reciprocă, ceea ce justifică și caracterizează legătura de solidaritate dintre ele. Pentru a-și îndeplini rolul său de instrument de satisfacere a trebuințelor,

contractul trebuie să permită realizarea interesului fiecărei părți contractante. Prin conținutul său contractul asigură existența acestor interese ale părților și concilierea lor pentru ca, deși opuse, ele să fie compatibile. În scopul realizării unei concilierii reale a intereselor părților este necesar să se recurgă la două principii, care joacă un rol director și unul corector al conținutului contractului: principiul proporționalității și principiul coerenței.

Principiul proporționalității are valoarea unei reguli generale de echilibru între sarcinile și avantajele care rezultă din contract pe seama și respectiv în favoarea părților contractante.

Principiul coerenței semnifică faptul că diferitele clauze care alcătuiesc conținutul contractului, trebuie să se prezinte într-o armonie logică, fără nicio contradicție. Acest principiu este un instrument în serviciul justei repartizări a sarcinilor și profiturilor între părțile contractante, altfel spus, un mijloc de asigurare a echilibrului contractual.

Solidarismul contractual este principiul care impune ce trebuie să fie contractul și, în acest scop, este dotat cu o funcție corectivă. El guvernează atât conținutul contractului cât și comportamentul părților contractante.

Libertatea contractuală își găsește limita în legătura de solidaritate dintre părțile contractuale, în temeiul căreia fiecare parte trebuie să-și asume sarcina de a realiza interesul din contract al celeilalte părți. Or, interesul împrumutatului nu este numai acela de a-și asigura la un anumit moment pentru un anumit interval, lichiditățile pretinse prin convenție, ci și acela de a-și asuma în condiții de transparentă costul împrumutului. **Cu alte cuvinte, interesul împrumutatului este acela de a-și da consimțământul în cunoștință de cauză, că produsul de creditare care face obiectul contractului corespunde așteptărilor sale și că angajamentul asumat nu este disproporționat în raport cu bunurile și veniturile sale.**

Împrumutătorul are și trebuie să aibă interesul ca debitorul său să fie solvabil pentru a rambursa creditul.

Imposibilitatea împrumutatului de a aprecia, evalua avantajele și inconveniente care pot rezulta din contract echivalează implicit cu imposibilitatea finanțatorului de a estima la data încheierii convenției dacă este sau nu în măsură să realizeze la rândul său interesul partenerului său contractual.

De aceea, singura dispoziție care se bucură de previzibilitate, claritate și care corespunde exigențelor referitoare la solidarismul contractual putând asigura executarea cu bună credință a contractului de împrumut, este aceea a stabilizării cursului de schimb valutar CHF-LEU, pentru efectuarea plăților în temeiul contractului de credit mai sus menționat, la cursul valabil la momentul semnării contractului de credit.

Doar prin raportare la aceste valori a fost verificată, confirmată bonitatea reclamantului la momentul acordării creditului denominat în valută.

Din maniera în care a ales să structureze ofertele, din maniera defectuoasă a informării consumatorului rezultă indubitabil faptul că profesionistul a acceptat/urmărit crearea premiselor favorabile perturbării raportului dintre prestațiile părților. Chiar dacă intimata se raportează la faptul că, conform informațiilor care îi erau accesibile, moneda părea una stabilă, numai ei îi era cunoscut faptul că în istoricul evoluției sale, ea s-a comportat ca o monedă de refugiu, susceptibilă de fluctuații majore în perioade de criză.

De altfel, una din apărările expuse în întâmpinare consistă în aceea că, anterior încheierii contractului, CHF a înregistrat o fluctuație într-o marjă considerată de intimata rezonabilă. Cu toate acestea, în etapa precontractuală, intimata nu a informat consumatorul cu privire la acest aspect, nu a realizat simulări și nici nu a evaluat bonitatea clientului său în raport de această previziune.

Din raportările instituțiilor financiare de profil, era extrem de clar profesionistului faptul că fluctuația cursului poate înregistra creșteri substanțiale pe parcursul derulării contractului (cât) fapt care va bulversa economia convenției în favoarea sa.

Din întâmpinare rezultă că această monedă are un mecanism complex de cotație, el neraportându-se direct la leu, ci la euro, împrejurare care a determinat, în parte, fluctuațiile sale majore ulterioare și care nu a fost făcută cunoscută apelantei. Tocmai pentru că mecanismul de cotație a CHF depinde de o multitudine de variabile, profesionistul ar fi trebuit să evalueze cu

responsabilitate lansarea pe piață a unui astfel de produs de creditare. În raport de durata de derulare a contractului, nu se poate susține în mod credibil că perspectiva unei fluctuații de natură să afecteze economia contractului nu ar fi fost predictibilă pentru profesionist.

Este important de semnalat că doar unele instituții bancare au pus pe piață acest produs.

În contextul neinformării consumatorului cu privire la vulnerabilitatea monedei acesta a pus consumatorul în imposibilitatea prospectării viitorului, din perspectiva urmăririi propriilor interese.

Vorbim de un consumator total neinițiat în specificul pieței valutare, consumator provenind din blocul estic european care a experimentat de puțin timp și insuficient particularitățile economiei de piață.

Creditele destinate publicului larg erau recent lansate pe piață, iar consumatorul român obișnuit nu avea exercițiul decelării între particularitățile diverselor monede străine folosite ca monede de referință.

Se insistă în mod obsesiv și nejustificat asupra riscurilor asumate.

Curtea reamintește că, în contextul istoric și social al epocii la care s-a realizat creditarea (anul 2007) era imposibil pentru consumatorul având calitățile medii ale unui om cu diligență și vigilență normale să sesizeze la momentul încheierii contractului efectul nefast al deciziei de a asuma creditul în absența unei informări corecte în ce privește variațiile posibile ale cursului și impactul lor asupra gradului de îndatorare.

Prin urmare, apărările legate de caracterul de notorietate al volatilității monedei în care s-a contractat nu poate fi opus cu succes în circumstanțele cauzei.

Între statutul de profesionist al finanțatorului și amatorismul consumatorului (raportat la standardele bonus pater familias) nu se poate pune semnul egalității. Cu alte cuvinte, ceea ce era evident pentru împrumutător nu era deloc predictibil pentru consumator.

Felul în care a fost cosmetizat creditul l-a transformat într-un produs credibil și tentant chiar irezistibil.

De asemenea, epoca încheierii contractului este extrem de relevantă în economia cauzei. Intervalul 2007-2008 a constituit apogeul tranzacțiilor imobiliare.

În perioada respectivă acordarea creditelor de nevoi personale, a creditelor ipotecare a luat o turnură fulminantă, produsul de creditare în valută (CHF) fusese lansat relativ recent și nu era uzual, tranzacțiile imobiliare se realizau cu rapiditate. Starea generală a mediului economico-social, caracterizat de avântul pe care l-a înregistrat creditarea populației, a avut un rol decisiv și a facilitat perfectarea acestuia. De aceea, nu putem vorbi de asumarea conștientă și independentă a riscurilor ori de neglijarea de către împrumutat a efectelor păgubitoare generate de o eventuală fluctuație monetară.

Reținem că încheierea contractului a avut loc în 2007, în epoca integrării României în UE (ianuarie 2007), în condițiile în care puterea de cumpărare a leului în raport cu CHF s-a bucurat de o stabilitate relativ constantă anterior.

În contextul neinformării corecte a consumatorului nu se poate susține în mod legitim faptul că riscul intervenit (fluctuația valutară) decurge din natura contractului.

În percepția consumatorului obișnuit, ținând seama de poziția întărită a leului față de CHF/EUR din ultimii ani dar și de perspectiva așteptărilor legitime privitoare la uniunea monetară și adoptarea de către România a monedei comune de plată valabilă pe teritoriul statelor membre ale UE se poate concluziona facil asupra caracterului constant al gradului de îndatorare previzionat de consumator. În contextul social, economic și istoric dat este îngăduit a aprecia că debitorul putea avea așteptări rezonabile că în viitorul apropiat va beneficia de o protecție naturală/cvasi naturală, întrucât veniturile sale vor fi consolidate în valută iar gradul de îndatorare va fi același (ori sensibil egal). Această abordare nu era însă rezonabilă din perspectiva profesionistului.

Faptul că acest lucru nu s-a întâmplat, combinat cu aceea că valuta în care a fost denominat creditul a fluctuat ulterior în mod ascendent au produs reverberații semnificative afectând grav obligația debitorului din perspectiva nivelului său de îndatorare.

Așa cum s-a relevat în doctrina interbelică „echitatea este imuabilă și nu are nevoie să se fondeze pe o prezumție tacită de voință”. Alături de conceptul de bună-credință ea are un rol esențial în interpretarea, completarea și asigurarea eficienței contractului civil.

Aceste manopere infidele ale finanțatorului față de consumator justifică reconfigurarea (adaptarea) contractului prin readucerea părților la momentul originar al perfectării acestuia, când dezechilibrul nu exista. Raportarea la ordinea publică justifică și reprezintă o preocupare constantă și generală a intervenției judiciare în contractele afectate de clauze abuzive.

Soluția este menită să asigure funcția pe care trebuie să o aibă dreptul în societate, de educare a comportamentului participanților la circuitul civil. Autonomia voinței individuale a finanțatorului este supusă unor exigențe sociale care-i sunt superioare: echilibrul prestațiilor și buna - credință a părților contractante.

Sub apanajul nominalismului monetar din dreptul comun nu poate fi tolerat dezechilibrul contractual generat de fluctuația monedei în care s-a generat creditul, fluctuație care conduce la împovărarea excesivă a obligației de restituire.

Circumstanțele cauzei impun asigurarea stabilității și siguranței raporturilor juridice generate de actul juridic contestat în modalitatea evocată, care este nu numai utilă, dar și morală, justă, echitabilă.

Valorizarea judiciară a obligației împrumutatului nu contravine principiului nominalismului monetar care, de altfel, nu are un caracter absolut.

Caracterul non-absolutist al principiului permite ca nominalismul să fie surmontat /substituit de soluția reinstaurării normalității, acea normalitate ca stare firească, naturală acceptată de părți la momentul încheierii contractului. Doar prin implementarea acestui remediu mai poate fi asigurată eficacitatea contractului privit ca instrument economic.

Nu este nici rațional nici echitabil ori moral ca din jocul fluctuației monetare cu privire la care consumatorul nu a fost corect informat, valoarea prestației sale să fie dublată, triplată în timp ce starea economică avută în vedere pentru determinarea eligibilității consumatorului a rămas neschimbată.

Neexecutarea culpabilă, dolosivă a obligației de informare justifică externalizarea suportării riscului valutar din patrimoniul consumatorului și transferarea sa către finanțator.

Așa cum s-a relevat în doctrină „este un abuz să ceri executarea unui contract fără să ții seama de intenția părților și limita voinței reciproce de a contracta, după cum este un abuz de drept să aplici dreptul, să ceri folosința legilor (obs. n prin invocarea principiului nominalismului monetar) în afară de practica obișnuită juridică și îngăduită de raporturile sociale normale”.

Banca, din postura profesionistului trebuia să se manifeste cu loialitate, prudență, temperanță în etapa precontractuală, să evalueze cu intenție dreaptă, liceitate, bonitatea viitoare a clientului în cazul unei devalorizări importante ca amplasare a monedei, să ia măsuri active pentru asigurarea acestui risc.

Or, obiectul unei prestații majorate în cauză nu a fost asigurat prin mijloace specifice.

Împrumutătorul avea obligația de a se abține de la producerea prejudiciului. Cu alte cuvinte, buna-credință a băncii trebuie să transpară atât manifestări negative, constând în abstențiune cât și manifestări active ce presupun un anumit comportament, de natura celui anterior evocat (loialitate, prudență, temperanță în etapa precontractuală etc.)

De aceea în economia cauzei se poate reține că exista îndatorirea de colaborare tradusă prin îndeplinirea obligațiilor de informare în etapa precontractuală dar și obligația și de facilitare a executării contractului de către împrumutător. Facilitarea executării presupune în contextul actual concesiunea în vederea reinstaurării echilibrului contractual existent la data încheierii convenției, măsura asigurând refacerea proporționalității prestațiilor.

În consecință „intervenția” instanței, cu scopul corectării/înlăturării împrejurărilor abuzive, ilicite în procedura de declarare a clauzelor litigiu drept abuzive, trebuie să aibă prevalență în vederea prezervării dreptului la un proces echitabil, a salvării prompte a ființei contractului.

„Intervenția” este nu numai posibilă juridicește dar și imperios necesară pentru restabilirea echilibrului contractual, fiind permisă prin corelarea principiului buneicredințe și cel al echității.

Refacerea echilibrului contractual perturbat drastic prin activarea efectelor specifice unei clauze abuzive face necesară plasarea prestațiilor în trecut când aspectul cantitativ s-a raportat la un alt curs valutar. Astfel modificarea valorii prestațiilor va ține cont de proporția inițială a acestora.

Câtă vreme nu putem vorbi de risc natural asumat și nici de un risc convențional ce să fi fost constituit în mod legal în sarcina exclusivă a debitorului, este necesară intervenția judiciară în vederea reechilibrării contractului.

Reechilibrarea presupune, în circumstanțele date, fixarea valorii obligației exprimată în valută, pe toată durata contractului în funcție de factorul de referință de la data încheierii contractului care este cursul valutar practicat la acea dată, acest element fiind, din perspectiva debitorului, singurul factor de predicție la momentul accesării creditului pentru evaluarea în ansamblu a gradului său de îndatorare și a valorii finale a obligației. Acest factor i-a permis evaluarea limitelor maxime a resurselor financiare pe care va trebui să le aloce în scopul procurării sumelor de bani în monedă străină pentru achitarea ratelor de credit și stingerea împrumutului.

În contrapondere, din perspectiva creditorului, al cărui abuz se impune a fi sancționat, contractul poate continua într-un mod similar situației în care profesionistul ar fi prevăzut o clauză de înlăturare a riscului, acceptând să fixeze valoarea obligației în funcție de factorul de referință de la data încheierii contractului, factor care este cursul valutar existent la data eliberării creditului.

Nu se poate considera că acționând în această manieră s-ar produce o dezechilibrare a contractului în sens contrar și acesta deoarece dobânda creditului bancar cuprinde o componentă de indexare monetară. Pe de altă parte, pentru deteriorarea raportului de schimb inter-monetar profesionistul s-a asigurat pe mai multe paliere atât contractuale cât și financiar bancare. Remediul nu poate consta însă în conversia creditului acordat reclamantei, din CHF în RON, la cursul CHF/RON de la data contractării lui întrucât acționând în această maniera s-ar modifica substanța contractului care a fost configurat sub aspectul modului de determinare a dobânzii prin raportare la o altă monedă.

9. Pe de altă parte, din perspectiva abordării expuse la secțiunea 7.3 conform căreia principiul nominalismului așa cum este el reglementat de dispoziții Codului civil de la 1865 nu poate avea în vedere valutele cotate, evacuarea clauzei de risc din contract, în considerarea caracterului său nescris, activează dreptul debitorului de a înapoia suma numerică împrumutată efectiv, adică valuta convertită în funcție de paritatea ei cu specia aflată în curs la data plății tragerii creditului-leul (conform art. 1578 C.civ), fără luarea în considerare a scăderii sau creșterii valorii sale intrinseci, dată de puterea sa de cumpărare.

10. Factorul cu valoare premisă al impreviziunii îl reprezintă un contract cu clauze valide. Imposibilitatea prevederii fluctuației majore a cursului derivă din caracterul deficitar al informării și natura abuzivă a clauzelor instituite în ceea ce-l privește pe consumator. De aceea, considerentele pe care se fundamentează decizia Curții Constituționale nr. 62/7.02.2017 pot fi raportate numai la ipotezele în care contractul de creditare respectă în integritate toate prescripțiile legale impuse de legislația specială. Deoarece aceste din urmă exigențe nu sunt îndeplinite în cauză, dezlegările ce derivă din actul jurisdicțional în discuție nu se impun cu caracter obligatoriu instanței investite cu litigiul pendinte care are autonomie și prerogative plene în privința tranșării raportului juridic litigios.

Prin raportare la aceste considerente hotărârea primei instanțe este nelegală și se impune a fi reconsiderată.

B. În ceea ce privește pretenția referitoare la constatarea caracterului abuziv al clauzelor prevăzute în art. 2.2, Secțiunea 2, din condițiile speciale de creditare - anexa la contractul de credit bancar, curtea reține că, prin raportare la conținutul concret al acesteia, nu au fost identificate elemente din care să transpară caracterului său abuziv, clauza în discuție fiind expresia mecanismelor specifice operațiunilor de creditare.

C. În ce privește clauza cuprinsă în Art. 1.3 lit. c din Condițiile speciale care stabilește că: „în situația în care împrumutatul solicită și banca acceptă modificarea valutei, duratei sau a altor condiții ale creditului, banca poate percepe un comision de conversie de 3% aplicat la soldul creditului” curtea reține următoarele:

Prevederile în discuție nu expun în mod transparent funcționarea concretă a mecanismului la care se referă clauza, consumatorul nefiind în măsură să evalueze, pe baza unor criterii precise și inteligibile, consecințele economice ale angajamentului sau contractual, considerentele reținute la punctul A impunându-se cu și mai multă tărie în cazul dat.

Așa fiind, curtea, în baza art. 480 C.proc.civ., va admite apelul declarat de reclamanta BEBU (fosta Samfira) MARIANA-CECILIA împotriva sentinței civile nr. 2552/29.09.2015 pronunțată în dosar nr. 5477/111/2014 al Tribunalului Specializat Cluj, pe care o va schimba în sensul că va admite în parte acțiunea, va constata nulitatea absolută a clauzelor abuzive prevăzute la: art. 1.3 lit. c, Secțiunea 1 și art. 6.3, Secțiunea 6, din condițiile speciale de creditare - anexa la contractul de credit bancar nr. 1303000000021926/5.12.2007, încheiat cu pârâta PIRAEUS BANK ROMÂNIA SA. și va stabili cursul de schimb valutar CHF-RON, pentru efectuarea plăților în temeiul contractului de credit mai sus menționat, pe toată durata acestuia, la cursul valabil la momentul semnării contractului de credit, respectiv de 2,1514 lei/1 CHF. Totodată, va respinge petitul privind constatarea caracterului abuziv al clauzelor prevăzute în art. 2.2, Secțiunea 2, din condițiile speciale de creditare - anexa la contractul de credit bancar, precum și pe cel privind conversia creditului acordat reclamantei, din CHF în RON, la cursul CHF/RON de la data contractării lui.

Întrucât dovada cheltuielilor judiciare ocazionate nu a fost depusă la dosarul cauzei, curtea, în baza art. 453 C.proc.civ., va respinge cererea reclamantei privind acordarea cheltuielilor de judecată la fond și în apel.

PENTRU ACESTE MOTIVE
IN NUMELE LEGII
D E C I D E

Admite apelul declarat de cu domiciliul procesual ales la SCA Piperea&Asociații din București, Splaiul Unirii, nr.223, etaj 3, sector 3, împotriva sentinței civile nr. X pronunțată în dosar nr. 5477/111/2014 al Tribunalului Specializat Cluj, pe care o schimba în sensul că:

Admite în parte acțiunea și constată nulitatea absolută a clauzelor abuzive prevăzute la: art. 1.3 lit. c, Secțiunea 1 și art. 6.3, Secțiunea 6, din condițiile speciale de creditare - anexa la contractul de credit bancar nr. 1303000000021926/5.12.2007, încheiat cu pârâta PIRAEUS BANK ROMÂNIA SA CU SEDIUL SOCIAL ÎN București, Șoseaua Nicolae Titulescu, nr.29-31, sector 1 și cu sediul ales la SCA Țuca Zbârcea și Asociații din București, Șos.Nicolae Titulescu, nr. 4-8, clădirea America House, intr. Aripa de Vest, et.8, sector 1.

Stabilizează cursul de schimb valutar CHF-RON, pentru efectuarea plăților în temeiul contractului de credit mai sus menționat, pe toată durata acestuia, la cursul valabil la momentul semnării contractului de credit, respectiv de 2,1514 lei/1 CHF.

Respinge petitul privind constatarea caracterului abuziv al clauzelor prevăzute în art. 2.2, Secțiunea 2, din condițiile speciale de creditare - anexa la contractul de credit bancar, precum și pe cel privind conversia creditului acordat reclamantei, din CHF în RON, la cursul CHF/RON de la data contractării lui.

Respinge cererea reclamantei privind acordarea cheltuielilor de judecată la fond.

Fără cheltuieli de judecată în apel.

Executorie.

Cu drept de recurs în termen de 30 de zile de la comunicare.

Calea de atac se va depune, sub sancțiunea nulității, la Curtea de Apel Cluj.

Pronunțată în ședința publică din 14.12.2017.

