Affaire C-269/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

29 mars 2019

Juridiction de renvoi :

Curtea de Apel Cluj (Roumanie)

Date de la décision de renvoi :

27 février 2019

Appelante :

Banca B. SA

Intimé :

A. A. A.

[omissis]

CURTEA DE APEL CLUJ (cour d'appel de Cluj)

DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE

[omissis]

ORDONNANCE

Audience publique du 27 février 2019

[omissis]

La juridiction de céans examine l'appel intenté par la défenderesse en première instance, Banca B. SA, opposée à la partie requérante en première instance, A. A. A., contre le jugement civil du [Tribunalul] Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj, Roumanie), ayant pour objet la *constatation de la nullité d'un acte*.

[omissis] [procédure]

DOCUMENT DE TRAVAIL

LA JURIDICTION DE CÉANS

sur la demande de saisine de la Cour de justice de l'Union européenne,

après avoir examiné le dossier de l'affaire, constate ce qui suit :

1. Circonstances de l'affaire. Cadre procédural

Par requête inscrite au rôle du Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj) le 9 juin 2017, telle que modifiée par demande additionnelle déposée le 21 juin 2017, la partie requérante A. A. A. a assigné la partie défenderesse Banca B. SA, et demandé de rendre un jugement constatant le caractère abusif et, partant, la nullité absolue des clauses du contrat de prêt nº 1722 du 5 juin 2007 incluses au point 5, dans la partie relative au taux d'intérêt variable, ainsi que des clauses abusives contenues aux points 2.6, 2.10 et 2.11 des conditions générales annexées audit contrat, relatifs au taux d'intérêt variable, la conséquence étant l'annulation de l'échéancier établi en application de ces clauses.

Par ailleurs, la partie requérante a demandé d'enjoindre au défendeur de modifier les dispositions contractuelles au regard des clauses contractuelles dont la nullité est demandée dans le chef de conclusions susvisé et de la volonté des deux parties au moment de la signature du contrat, ainsi que de recalculer tant pour le passé que pour l'avenir le taux des intérêts payés par la partie requérante selon la formule suivante : à titre principal, un taux correspondant à l'indice de référence, l'Euribor 6 mois, majoré de 1,5 point de pourcentage, et à titre subsidiaire, un taux d'intérêts fixe au niveau envisagé à la conclusion du contrat de prêt, soit 7,4 %.

La partie requérante a en outre demandé de condamner la défenderesse à lui rembourser le trop-perçu résultant de la constatation du caractère abusif des clauses visées dans le premier chef de conclusions, c'est-à-dire, à titre principal, la différence entre les intérêts effectivement payés et ceux calculés selon la formule EURIBOR 6 mois majoré de 1,5 % par an après la première année du prêt et, à titre subsidiaire, la différence entre **[Or. 2]** les intérêts effectivement payés et ceux calculés sur la base d'un taux de 7,4 % après la première année du prêt.

Les autres demandes présentées en l'espèce, sur lesquelles la juridiction de première instance s'est prononcée, sont dénuées de rapport avec la présente saisine.

Dans son mémoire en défense, la défenderesse fait valoir que la partie requérante demande en réalité la modification judiciaire d'un rapport juridique conventionnel, demande irrecevable conformément à la jurisprudence récente de la Cour (arrêt du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349). Elle invoque également le principe de symétrie des actes juridiques, en affirmant qu'une obligation juridique conventionnelle peut être modifiée uniquement par voie conventionnelle, et non judiciaire, ainsi que le principe de la force obligatoire du contrat consacré à l'article 969 du Codul civil

DOCUMENT DE TRAVAIL

(code civil), et soutient qu'accueillir la demande de la partie requérante représenterait une ingérence inacceptable de la part de l'autorité judiciaire dans la réalisation de l'accord de volonté des parties.

À l'issue d'une première phase procédurale, par jugement civil [omissis] du 23 janvier 2018, le Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj) a en partie accueilli l'action de la partie requérante telle que précisée. La défenderesse BANCA B. SA a interjeté appel contre ce jugement.

2. Les faits

Le 5 juin 2007, la défenderesse, SC BANCA B. SA, et la partie requérante, A. A. A., en qualité d'emprunteur, ont conclu le contrat de prêt nº 1722, relatif à l'octroi d'un prêt personnel, garanti par une hypothèque de premier rang, d'un montant de 182 222 euros (EUR), dont 179 000 EUR correspondent au prêt personnel « Maxicredit » à taux fixe pendant un an et 3 222 EUR de commission d'octroi du prêt, pour une période de 300 mois.

L'article 5 du contrat de prêt stipule un taux d'intérêt annuel de 7,4 % pour la première année du prêt, puis un taux d'intérêt actuel correspondant au taux de référence variable affiché dans les locaux de la défenderesse majoré de 1,5 point de pourcentage.

Conformément à l'article 2.6 des conditions générales d'octroi du prêt annexées au contrat de prêt bancaire nº 1722 du 5 juin 2007, pendant la durée du prêt, le taux d'intérêt actuel peut changer en fonction de l'évolution du service unique de la dette du client envers la banque.

En vertu de l'article 2.10.a desdites conditions générales, pendant la durée du prêt, la banque peut modifier les intérêts sans le consentement de l'emprunteur en fonction du coût du financement du prêt, le nouveau taux d'intérêt étant applicable à partir de la date de sa modification au solde du prêt. La modification du taux d'intérêt variable amène à recalculer les intérêts dus.

Conformément à l'article 2.10.b, pour les prêts à taux d'intérêt variable déterminé en fonction d'un indice de référence, le LIBOR ou l'EURIBOR, le taux d'intérêt peut être modifié selon l'évolution de cet indice.

En vertu de l'article 2.11, le nouveau taux d'intérêt révisable semestriellement est affiché dans les locaux de la banque à partir de sa date d'application.

L'article 2.11 prévoit que le nouveau taux d'intérêt de référence est affiché dans les locaux de la banque à la date d'entrée en vigueur de la modification et que le taux d'intérêt qui en résulte est appliqué au solde du prêt existant à la date de la modification.

DOCUMENT DE TRAVAIL

Dans le cas des lignes de crédit, l'emprunteur prend connaissance de la modification du taux d'intérêt annuel ainsi que de l'échéancier de remboursement mis à jour par lettre recommandée avec accusé de réception ou par relevé de compte remis à l'emprunteur gratuitement aux guichets de la banque.

Si, à la suite de la modification du taux d'intérêt par la banque, l'emprunteur ne rembourse pas le solde du prêt et les intérêts y afférents dans un délai de 10 jours à compter de la date de prise de connaissance, il est réputé avoir accepté le nouveau taux d'intérêt. **[Or. 3]**

Le consommateur n'a pas signé l'avenant proposé par la banque pour mettre le contrat de prêt en conformité avec les dispositions de l'Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 50/2010 (ordonnance d'urgence du gouvernement nº 50/2010, ci-après l'« OUG nº 50/2010 ») et il n'a pas été prouvé que ledit avenant a été notifié à la partie requérante de manière à considérer que celle-ci l'a tacitement accepté. En tout état de cause, le 22 janvier 2011, la défenderesse a dénoncé cet acte sur le fondement de l'article II, paragraphe 2, de la Legea nr. 288/2010 pentru aprobarea O.U.G. nr. 50/2010 (loi nº 288/2010 portant approbation de l'ordonnance d'urgence du gouvernement nº 50/2010, ci-après la « loi nº 288/2010 »).

3. Arguments de la partie requérante

Concernant les clauses relatives au mode de détermination du taux d'intérêt et, plus précisément, le taux d'intérêt de référence variable, la partie requérante soutient qu'elles revêtent un caractère abusif, au sens de l'article 4 de la Legea nr. 193/2000 (loi nº 193/2000), dans la mesure où cette composante des intérêts permet à la banque d'en modifier arbitrairement le montant, portant ainsi atteinte aux intérêts légitimes du consommateur.

4. Le jugement du Tribunalului Specializat Cluj (tribunal spécilisé de Cluj)

Par jugement civil [omissis] du 23 janvier 2018, le Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj) a en partie accueilli l'action et a notamment constaté la nullité absolue partielle de la clause figurant à l'article 5, troisième phrase, du contrat de prêt bancaire pour personnes physiques nº 1722 du 5 juin 2007, en ce qui concerne uniquement le mécanisme de détermination du taux d'intérêt variable, aux termes de laquelle « le taux d'intérêt actuel correspond au taux de référence variable affiché dans les locaux de [B.] » ainsi que de l'article 2.6, de l'article 2.10, sous a), et des articles 2.11 bis et 2.11 ter. La nullité absolue de la clause figurant à l'article 2.10, sous b), dudit contrat a été constatée dans la mesure où le prêteur avait seulement la possibilité, et non l'obligation, de réviser le taux d'intérêt variable en fonction des indices de référence visés dans le contrat, à savoir le LIBOR ou l'EURIBOR.

DOCUMENT DE TRAVAIL

La défenderesse a été enjointe de préciser la clause relative aux intérêts du contrat de prêt bancaire pour personnes physiques nº 1722 du 5 juin 2007 en y définissant les composantes et le montant de ces intérêts comme suit : 1,5 point de pourcentage (marge prévue à l'article 5 du contrat) plus Euribor 6 mois. Le mode de modification du taux d'intérêt doit dépendre exclusivement des indices de référence Euribor 6 mois, en précisant que la marge de la banque est fixe et ne peut être modifiée qu'avec l'accord écrit des parties, de sorte que la modification du taux d'intérêt, tant à la hausse qu'à la baisse, se produit en fonction des variations de l'indice Euribor 6 mois.

La défenderesse a en outre été condamnée à rembourser à la partie requérante toutes les sommes versées en application des clauses déclarées abusives, c'est-à-dire celles versées au titre des intérêts en sus de la formule de calcul susvisée ainsi que les intérêts légaux afférents aux sommes devant être restituées conformément au jugement au titre de dommages et intérêts.

À l'appui de la solution retenue, la juridiction de première instance a en substance constaté que le mécanisme de fixation des intérêts qui permet à la banque de modifier unilatéralement le taux d'intérêt actuel sans critère transparent relève de la notion de clause abusive. Elle a pris en considération le taux d'intérêt de référence propre à la devise dans laquelle le prêt a été accordé, auquel les conditions générales du contrat renvoient, ainsi que la marge fixe de 1,5 point de pourcentage (valable pour la deuxième année), également convenue entre les parties, et déterminé le mécanisme de détermination du taux d'intérêt en fonction de ces critères.

Selon la juridiction de première instance, écarter la clause qui confère à la banque le droit exclusif de contrôler le mécanisme d'ajustement du taux d'intérêt variable, sans établir les conséquences de cette constatation, conduit en pratique à modifier le contrat, en ce que le taux d'intérêt est fixé au niveau valable pour la première année du prêt, ce qui rend le contrat particulièrement favorable au professionnel et, sous cet angle, il est prévisible qu'une éventuelle négociation soit vouée à l'échec. De plus, l'établissement d'un taux d'intérêt fixe représenterait une modification du contrat contraire à l'accord des parties, qui sont convenues d'un taux d'intérêt variable, ainsi qu'aux dispositions de l'article 969 du code civil.

Le Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj) a cité la jurisprudence de la Cour résultant des arrêts du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349), du 21 janvier 2015, Unicaja Banco et Caixabank (C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, EU:C:2015:21) et du 30 mai 2013, Jőrös (C-397/11, EU:C:2013:340) **[Or. 4]** et considéré que, eu égard à cette jurisprudence, *en l'espèce, la simple constatation de la nullité absolue des dispositions relatives aux intérêts dans la convention des parties conduirait ce que, conformément à la volonté initiale des parties, le taux d'intérêt applicable au prêt serait variable, mais le contrat ne prévoirait aucune modalité valable de variation de ce taux, puisque seul le montant des intérêts pour la première année du prêt (avec application limitée) et la marge fixe de 1,5 point de pourcentage*

DOCUMENT DE TRAVAIL

(valable à compter de la deuxième année) seraient connus. Dans ces conditions, la possibilité même que le contrat subsiste serait mise en doute, car les parties ne disposeraient d'aucune clause contractuelle leur permettant de déterminer le montant concret des intérêts, la partie requérante se trouvant dans l'impossibilité d'exécuter l'une des principales obligations assumées en vertu du contrat, le paiement des intérêts, tandis que la défenderesse ne pourrait pas valablement réclamer un taux d'intérêt déterminé à la partie requérante. La solution consistant à inviter les parties à négocier ne saurait être retenue, car elles reviendraient devant le juge en cas d'échec (prévisible) des négociations.

De nouvelles « négociations » des parties ne permettraient pas un règlement effectif et réel du litige, dans la mesure où, au vu des moyens de défense ponctuels invoqués en l'espèce par la banque, l'obligation de l'emprunteur de participer à une éventuelle renégociation, en vertu de l'obligation de coopération qui lui incombe, serait dénuée d'objet. Renvoyer les parties aux négociations sans perspective concrète de sanction en cas d'échec coupable constitue un objectif plus que déraisonnable dès lors qu'il serait probablement nécessaire d'engager une nouvelle procédure juridictionnelle en vue de sanctionner la partie la plus puissante économiquement pour d'éventuelles manœuvres dilatoires ou le rejet des suggestions et propositions du consommateur. Par conséquent, l'« intervention » du juge visant à rectifier ou écarter les éléments abusifs, illicites dans le cadre de la procédure de constatation des clauses litigieuses abusives, doit prévaloir afin de sauvegarder le droit à un procès équitable. Cette « intervention » est en outre impérative pour rétablir l'équilibre contractuel et permise en vertu des principes de bonne foi et d'équité.

En l'absence de règle nationale en vigueur au moment de la conclusion du contrat régissant les modalités de détermination du taux d'intérêt dans les contrats de prêt avec garantie hypothécaire, il a été jugé opportun d'appliquer par analogie les dispositions de l'article 9 quater, sous g), point 1, de l' O.G. nr. 21/1992 [privind protecția consumatorilor] (ordonnance du gouvernement nº 21/1992 sur la protection des consommateurs, ci-après l'« OG nº 21/1992 ») et de l'article 37, sous a), de l'O.[U.]G. nº 50/2010.

5. ***Les appels. La procédure d'appel***

La banque défenderesse a interjeté appel contre ce jugement, appel inscrit au rôle de la Curtea de Apel Cluj (cour d'appel de Cluj, Roumanie) le 15 octobre 2018.

À l'appui de cet appel, la banque fait en substance valoir que la juridiction de première instance a modifié la formule de calcul pour toute la période du prêt en ignorant totalement la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat de prêt, outrepassant ainsi les attributions du pouvoir judiciaire et ignorant la jurisprudence récente de la Cour dans l'affaire C-618/10. La banque a en outre relevé que, conformément au principe de symétrie des actes, une obligation juridique conventionnelle peut être modifiée uniquement par la voie

DOCUMENT DE TRAVAIL

conventionnelle, et non par la voie judiciaire, et que la juridiction de première instance a fondé à tort la solution qu'elle a retenue sur les dispositions de l'article 9 quater, sous g), point 1, de l'OG nº 21/1992 et de l'OUG nº 50/2010, qui n'étaient pas en vigueur au moment de la conclusion du contrat de prêt.

6. Réglementation et jurisprudence pertinentes

Dispositions de droit national

La Legea nr. 193/2000 [privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori] (loi nº 193/2000 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs) transpose la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. [omissis]

Conformément aux dispositions de l'article 6 de la loi nº 193/2000, les clauses abusives incluses dans le contrat et constatées soit personnellement, soit par l'intermédiaire des organismes légalement habilités, ne produisent pas d'effets à l'égard du consommateur, et le contrat se poursuit, avec l'accord de ce dernier, uniquement si cela est encore possible après la suppression desdites clauses. **[Or. 5]**

Aux termes de l'article 7 de ladite loi, dans la mesure où le contrat ne peut plus produire ses effets après la suppression des clauses considérées comme abusives, le consommateur est en droit d'exiger la résiliation du contrat et peut, le cas échéant, réclamer des dommages et intérêts.

Dans les motifs de son jugement, la juridiction de première instance a également renvoyé aux dispositions de l'OUG nº 50/2010, publiée au Monitorul Oficial (Journal officiel roumain), partie I, nº 389 du 11 juin 2010, qui transpose la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil [omissis], à l'exception des articles 19, 20 et 35 à 44, de l'article 71, paragraphes 3 à 5, ainsi que des articles 79, 86 à 89 et 95.

L'OUG nº 50/2010 institue un mécanisme d'alignement des contrats de crédit en cours d'exécution sur ses exigences de transparence et de protection des consommateurs. Conformément aux dispositions de l'article 95 de l'OUG nº 50/2010, pour les contrats en cours d'exécution, les créanciers sont tenus, dans un délai de 90 jours après la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance, de garantir la conformité du contrat aux dispositions de l'ordonnance. La modification des contrats en cours d'exécution se fait au moyen d'avenants, dans un délai de 90 jours après la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance d'urgence. L'introduction, dans les avenants, de dispositions autres que celles de l'OUG nº 50/2010 était interdite, sous peine de nullité. La non-signature des avenants par le consommateur était considérée comme une acceptation tacite.

DOCUMENT DE TRAVAIL

Conformément à l'article 37 de l'OUG nº 50/2010, dans sa version initiale, dans les contrats de prêt à taux d'intérêt variable, les règles suivantes s'appliquent : a) le taux d'intérêt est lié aux fluctuations des indices de référence EURIBOR/ROBOR/LIBOR/taux directeur de la BNR, selon la devise du crédit, auxquels le créancier peut ajouter une marge, fixe pour toute la durée du contrat.

Le parlement roumain a par la suite adopté la loi nº 288/2010, publiée au Monitorul Oficial, partie I, nº 888, du 30 décembre 2010.

La loi nº 288/2010 a modifié l'article 95 de l'OUG nº 50/2010, en ce sens que les dispositions de celle-ci ne s'appliquent pas aux contrats en cours à sa date d'entrée en vigueur, à l'exception des dispositions des articles 37 bis et 66 à 69 ainsi que, en ce qui concerne les contrats de crédit à durée indéterminée en cours à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, celles des articles 50 à 55, 56, paragraphe 2, 57, paragraphes 1 et 2, et 66 à 71. Les avenants conclus et signés jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la loi nº 288/2010 en vue de la mise en conformité des contrats avec les dispositions de l'ordonnance d'urgence nº 50/2010 continuent de produire leurs effets conformément aux termes contractuels convenus entre les parties. Les avenants non signés par les consommateurs, considérés comme tacitement acceptés jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la loi nº 288/2010, continuent de produire leurs effets conformément aux termes dans lesquels ils sont formulés, sauf dans le cas où le consommateur ou le créditeur effectue une notification en sens contraire à l'autre partie, dans un délai de 60 jours à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi nº 288/2010.

L'article 9 quater, sous g), point 1, de l'OG nº 21/1992 prévoit que, dans le cadre des contrats conclus avec les consommateurs, les fournisseurs de services financiers sont tenus de respecter les règles suivantes :

« g) les règles suivantes s'appliquent aux contrats de crédit à taux variable :

1. la variation du taux d'intérêt doit être indépendante de la volonté du prestataire de services financiers et se rapporter à des fluctuations d'indices de référence vérifiables, mentionnés dans le contrat, ou aux modifications législatives qui imposent une telle variation ;

2. le taux d'intérêt peut varier en fonction du taux de référence du prestataire de services financiers, à condition que ce dernier soit unique pour tous les produits financiers destinés aux personnes physiques proposés par l'opérateur économique en question et qu'il ne soit pas augmenté au-delà d'un certain niveau établi contractuellement ». **[Or. 6]**

Ces dispositions de l'OG nº 21/1992 ont été introduites par l'article II, point 9, de l'Ordonanța de urgență [a Guvernului] nr. 174 (ordonnance d'urgence du gouvernement nº 174) du 19 novembre 2008, publiée au Monitorul Oficial nº 795 du 27 novembre 2008. Eu égard à la date de la conclusion du contrat de prêt litigieux et au principe *tempus regit actum*, ces règles ne sont pas applicables en l'espèce.

DOCUMENT DE TRAVAIL

L'article 969 du code civil de 1864, invoqué par la défenderesse, prévoit que les conventions légalement formées ont force de loi entre les parties contractantes.

Dans le droit positif roumain, à la date de conclusion du contrat de prêt litigieux, il n'existait aucune règle permettant au juge de réviser le contrat conclu par les parties.

Les dispositions de l'O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar (ordonnance du gouvernement n° 13/2011 concernant les intérêts légaux ordinaires et moratoires sur les obligations pécuniaires et portant mesures financières et fiscales dans le domaine bancaire) ne sont pas applicables aux contrats de prêt conclus en devises, tel que le contrat en cause.

Droit de l'Union

La directive 93/13

Article 6, paragraphe 1 : « [l]es États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

Article 7, paragraphe 1 : « [l]es États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel ».

Jurisprudence de la Cour

Arrêts du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349), du 21 janvier 2015, Unicaja Banco et Caixabank (C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, EU:C:2015:21), du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282) et du 30 mai 2013, Jőrös (C-397/11, EU:C:2013:340).

7. *Raisons ayant conduit la juridiction de renvoi à formuler les questions préjudicielles*

La juridiction de céans est parvenue à la conclusion qu'il est nécessaire de saisir la Cour de ces questions préjudicielles, relatives à l'interprétation et à la portée qui peuvent être données à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 et au principe d'effectivité, tel qu'il a été développé en matière de protection des droits des consommateurs, dans des circonstances spécifiques telles que celles décrites précédemment, eu égard également aux orientations données dans la jurisprudence

DOCUMENT DE TRAVAIL

de la Cour, notamment dans les arrêts du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349) et du 30 mai 2013, Jőrös (C-397/11, EU:C:2013:340).

En vertu de l'arrêt du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349), l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que l'article 83 du décret royal législatif 1/2007, portant refonte de la loi générale relative à la protection des consommateurs et des usagers et d'autres lois complémentaires (Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), du 16 novembre 2007, qui permet au juge national, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause.

À cet égard, les points 63 à 65 de cet arrêt sont particulièrement pertinents. « Dans ce contexte, la Cour a déjà eu l'occasion d'interpréter cette disposition en ce sens qu'il incombe aux juridictions nationales constatant le caractère abusif de clauses contractuelles de **[Or. 7]** tirer toutes les conséquences qui en découlent selon le droit national, afin que le consommateur ne soit pas lié par lesdites clauses (voir arrêt Asturcom Telecomunicaciones, précité, point 58 ; ordonnance du 16 novembre 2010, Pohotovosť, C-76/10, Rec. p. I-11557, point 62, ainsi que arrêt Pereničová et Perenič, précité, point 30). En effet, ainsi qu'il a été rappelé au point 40 du présent arrêt, il s'agit d'une disposition impérative qui tend à substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à restaurer l'égalité entre ces derniers.

64 D'autre part, il y a lieu de relever que le législateur de l'Union a explicitement prévu, dans le second membre de phrase de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, ainsi qu'au vingt et unième considérant de celle-ci, que le contrat conclu entre le professionnel et le consommateur restera contraignant pour les parties « selon les mêmes termes », s'il peut subsister « sans les clauses abusives ».

65 Il découle ainsi du libellé du paragraphe 1 dudit article 6 que les juges nationaux sont tenus uniquement d'écarter l'application d'une clause contractuelle abusive afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants à l'égard du consommateur, sans qu'ils soient habilités à réviser le contenu de celle-ci. En effet, ce contrat doit subsister, en principe, sans aucune autre modification que celle résultant de la suppression des clauses abusives, dans la mesure où, conformément aux règles du droit interne, une telle persistance du contrat est juridiquement possible. »

DOCUMENT DE TRAVAIL

La Cour a certes également reconnu la possibilité pour le juge national de substituer à une clause abusive une disposition de droit national à caractère supplétif, à la condition que cette substitution soit conforme à l'objectif de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 et permette de restaurer un équilibre réel entre les droits et les obligations des cocontractants. Toutefois, cette possibilité est limitée aux hypothèses dans lesquelles l'invalidation de la clause abusive obligerait le juge à annuler le contrat dans son ensemble, exposant par là le consommateur à des conséquences telles que ce dernier en serait pénalisé (voir, en ce sens, arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282).

Dernier aspect et non des moindres, dans l'arrêt du 30 mai 2013, Jőrös (C-397/11, EU:C:2013:340), la Cour a dit pour droit que l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens que le juge national qui constate le caractère abusif d'une clause contractuelle est tenu, d'une part, sans attendre que le consommateur présente une demande à cet effet, de tirer toutes les conséquences qui découlent, selon le droit national, de cette constatation afin de s'assurer que ce consommateur ne soit pas lié par cette clause et, d'autre part, d'apprécier, en principe sur la base de critères objectifs, si le contrat concerné peut subsister sans ladite clause.

Dans les motifs de cet arrêt, la Cour a essentiellement relevé ce qui suit :

« 40 En ce qui concerne les actions impliquant un consommateur individuel, l'article 6, paragraphe 1, premier membre de phrase, de la directive 93/13 oblige les États membres à prévoir que les clauses abusives "ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux".

41 La Cour a interprété cette disposition en ce sens que le juge national doit tirer toutes les conséquences qui, selon le droit national, découlent de la constatation du caractère abusif de la clause en cause afin de s'assurer que le consommateur n'est pas lié par celle-ci (voir, notamment, arrêts précités Banco Español de Crédito, point 63, et Banif Plus Bank, point 27). À cet égard, la Cour a précisé que, lorsque le juge national considère une clause contractuelle comme abusive, il est tenu de ne pas l'appliquer, sauf si le consommateur, après avoir été avisé par ledit juge, s'y oppose (voir, en ce sens, arrêt du 4 juin 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I-4713, point 35).

42 Il découle de cette jurisprudence que la pleine efficacité de la protection prévue par la directive 93/13 requiert que le juge national qui a constaté d'office le caractère abusif **[Or. 8]** d'une clause puisse tirer toutes les conséquences de cette constatation, sans attendre que le consommateur, informé de ses droits, présente une déclaration demandant que ladite clause soit annulée (voir, en ce sens, arrêts précités Banif Plus Bank, point 28, ainsi que Asbeek Brusse et de Man Garabito, point 50).

DOCUMENT DE TRAVAIL

43 Ainsi que la Cour a déjà jugé, une législation nationale telle que celle en cause dans l'affaire au principal, prévoyant que les clauses déclarées abusives sont nulles, satisfait aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 (voir, en ce sens, arrêt du 26 avril 2012, Invitel, C-472/10, points 39 et 40).

44 Le juge national doit en outre apprécier l'incidence de la constatation du caractère abusif de la clause en cause sur la validité du contrat concerné et déterminer si ledit contrat peut subsister sans cette clause (voir, en ce sens, ordonnance du 16 novembre 2010, Pohotovost', C-76/10, Rec. p. I-11557, point 61).

45 À cet égard, l'article 6, paragraphe 1, in fine, de la directive 93/13 indique que "le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives" (arrêt du 15 mars 2012, Pereničová et Perenič, C-453/10, point 29).

46 Ainsi que la Cour l'a relevé, l'objectif poursuivi par le législateur de l'Union dans le cadre de la directive 93/13 consiste en effet non pas à annuler tous les contrats contenant des clauses abusives, mais à rétablir l'équilibre entre les parties, tout en maintenant, en principe, la validité de l'ensemble d'un contrat (voir, en ce sens, arrêt Pereničová et Perenič, précité, point 31).

47 S'agissant des critères qui permettent d'apprécier si un contrat peut effectivement subsister sans les clauses abusives, la Cour a jugé que tant le libellé de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 que les exigences relatives à la sécurité juridique des activités économiques militent en faveur d'une approche objective lors de l'interprétation de cette disposition (arrêt Pereničová et Perenič, précité, point 32). Toutefois, cette directive n'ayant procédé qu'à une harmonisation partielle et minimale des législations nationales relatives aux clauses abusives, elle ne s'oppose pas à la possibilité, dans le respect du droit de l'Union, de déclarer nul dans son ensemble un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur contenant une ou plusieurs clauses abusives lorsqu'il s'avère que cela assure une meilleure protection du consommateur (voir, en ce sens, arrêt Pereničová et Perenič, précité, point 35). »

Au vu de ces constatations de principe de la Cour, les juridictions nationales ont interprété et appliqué différemment l'article 6 de la loi nº 193/2000, qui assure la transposition en droit interne de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, en ce qui concerne la détermination des conséquences de la constatation du caractère abusif des clauses qui définissent le mécanisme de fixation du taux d'intérêt variable suivant la formule de la « marge fixe majorée d'un taux d'intérêt de référence pratiqué par la banque selon des critères non transparents ».

Il est indéniable que, en vertu du droit matériel roumain, la sanction de la constatation du caractère abusif d'une clause est la nullité absolue, qui prive cette clause d'effet tant pour l'avenir que pour le passé. La constatation de la nullité de la clause intervient pour sanctionner le non-respect, par le professionnel, des

DOCUMENT DE TRAVAIL

règles d'ordre public interdisant l'insertion de clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs faisant appel à ses services.

Cependant, la jurisprudence est divergente en ce qui concerne la détermination des conséquences juridiques de l'application de ces sanctions, dans le rapport juridique des parties au litige, comme expliqué plus avant. Cette question est essentielle et présente un grand intérêt pratique pour les litiges dans lesquels les consommateurs demandent, à la suite de la constatation du caractère abusif d'une clause définissant le taux d'intérêt variable suivant la formule de la « marge fixe majorée d'un taux d'intérêt de référence pratiqué par la banque selon des critères non transparents », non seulement l'établissement du mode de calcul des intérêts pour l'avenir, mais également **[Or. 9]** la restitution d'une partie des sommes payées au titre des intérêts sur le fondement d'une clause dont le caractère abusif a été constaté par la juridiction nationale.

A) Décisions constatant le caractère abusif de la clause relative au mode de calcul du taux d'intérêt variable et invitant les parties à négocier afin d'établir le nouveau mode de calcul du taux d'intérêt

Une partie des juridictions considère que, à la suite de la constatation du caractère abusif d'une clause telle que celle en cause, il appartient aux parties de négocier de bonne foi, de manière réelle et effective, la clause relative au mode de fixation du taux d'intérêt, de sorte que le contrat conclu par les parties puisse continuer à être exécuté.

Le principal argument avancé à l'appui de cette thèse est que ni la réglementation particulière, la loi nº 193/2000, ni celle de droit commun (le code civil de 1864), ni la directive 93/13 ne permet au juge d'intervenir dans l'accord de volonté des parties, le juge étant seulement habilité à constater la nullité d'une clause, et non à en modifier le contenu. En ce sens, certaines juridictions ont explicitement précisé que la jurisprudence de la Cour et, en particulier, l'interprétation donnée de l'article 6 de la directive 93/13 dans l'arrêt du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349), s'opposent expressément à ce que le juge complète l'accord de volonté des parties concernant la clause relative aux intérêts, les parties étant souveraines dans la détermination de toutes les conditions contractuelles [Înalta Curte de Casație și Justiție (Haute Cour de cassation et de justice), deuxième chambre, arrêts nº 3661 du 20 novembre 2014, nº 84 du 26 janvier 2016, nº 2123/2015, www.hotnews.ro, et nº 943 du 24 mai 2017, www.scj.ro ; Curtea de Apel Iași (cour d'appel de Iași, Roumanie), arrêt civil nº 786 du 10 novembre 2017, www.rolii.ro ; Curtea de Apel Brașov (cour d'appel de Brașov, Roumanie), arrêt civil nº 497 du 18 octobre 2018 ; et Curtea de Apel Constanța (cour d'appel de Constanța, Roumanie), arrêt civil nº 396 du 13 juillet 2015].

Une telle approche présente néanmoins certaines faiblesses, décelées tant par la doctrine spécialisée que dans la jurisprudence. En effet, au premier chef, le fait que le juge omette de préciser toutes les conséquences de l'élimination du contrat

DOCUMENT DE TRAVAIL

de la clause déclarée abusive ne semble pas conforme à l'article 6 de la loi nº 193/2000, dans la mesure où il ne résout pas la question de l'éventuelle subsistance du contrat de prêt litigieux.

Dans l'arrêt du 30 mai 2013, Jőrös (C-397/11, EU:C:2013:340), la Cour a jugé que l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens que le juge national qui constate le caractère abusif d'une clause contractuelle est tenu, d'une part, sans attendre que le consommateur présente une demande à cet effet, de tirer toutes les conséquences qui découlent, selon le droit national, de cette constatation afin de s'assurer que ce consommateur n'est pas lié par cette clause et, d'autre part, d'apprécier, en principe sur la base de critères objectifs, si le contrat concerné peut subsister sans ladite clause. Or, une décision juridictionnelle enjoignant aux parties, à la suite de la constatation du caractère abusif d'une clause relative aux intérêts, de négocier le taux d'intérêt applicable à leur rapport juridique, retarde le règlement de la question de la subsistance du contrat, laquelle dépend du résultat des négociations menées par les parties après que cette décision est devenue définitive.

Si ce point de vue était adopté, il apparaît que le litige entre les parties ne serait pas irrévocablement clôturé, alors que le droit roumain impose aux juridictions l'obligation de trancher les conflits entre les parties. C'est ce que prévoient l'article 22, paragraphe 6, l'article 397, paragraphe 1, et l'article 425, paragraphe 1, du Cod de procedură civilă (code de procédure civile). En outre, la doctrine spécialisée confirme que les décisions juridictionnelles revêtent cette signification, en ce que « la décision est le but poursuivi lors de l'engagement de la procédure, sa raison d'être, car elle tranche le conflit entre les parties » (voir Ciobanu, V.M., *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II, éd. Național, Bucarest, 1997, p. 251) et « la décision juridictionnelle signifie, en principe, le règlement du litige (définitivement, sans possibilité de reprise), la clarification du rapport juridique en cause et la découverte de la vérité judiciaire » (voir Ivănescu, G.-F., *Hotărârea judecătorească civilă*, éd. Hamangiu, Bucarest, 2014, p. 25). **[Or. 10]**

Dans la mesure où les avis des parties peuvent diverger quant à la configuration de la clause relative aux intérêts, il n'est pas exclu que les négociations échouent et que le juge soit (de nouveau) saisi. De plus, il est ponctuellement arrivé que les parties demandent au juge d'établir le mode de calcul des intérêts, en raison de leurs divergences à ce sujet. Dans ces situations, le juge a rejeté ces demandes, en relevant en substance qu'un contrat doit résulter de l'accord de volonté des parties et ne saurait être imposé, pas même par un juge [Judecătoria Oradea (tribunal de première instance d'Oradea, Roumanie), arrêt civil nº 9990/2012, en partie modifié à la suite de la décision rendue sur pourvoi).

Dans un tel cas de figure, la possibilité même que le contrat subsiste peut être mise en doute, dans la mesure où un contrat de prêt conclu par un consommateur avec un professionnel ne saurait juridiquement subsister si ce dernier perdait son droit de percevoir des intérêts, car son obligation demeurerait sans cause.

DOCUMENT DE TRAVAIL

La difficulté du juge à se prononcer sur le chef de conclusions relatif à la restitution du trop-versé au titre des intérêts en vertu de la clause déclarée abusive est une autre faiblesse de cette position. Dès lors qu'il a conclu que les parties doivent négocier le taux d'intérêt applicable à leur contrat de prêt, le juge n'est en principe pas en mesure, lorsqu'il prononce le jugement constatant le caractère abusif de la clause concernée, d'évaluer la différence entre les intérêts effectivement versés et ceux que le consommateur aurait dû payer sur le fondement d'une clause claire et qui satisfait à toutes les exigences relatives à la protection des droits des consommateurs. Cette position a été adoptée par certaines juridictions, qui ont rejeté de tels chefs de conclusions comme prématurés ou non fondés, en constatant que les montants demandés par le consommateur ne peuvent être accordés selon une formule de calcul déterminée sans fondement contractuel et que le tribunal ne peut pas valider, intervenant ainsi dans l'accord de volonté des parties. Il a parfois été explicitement précisé que le règlement d'une telle demande est subordonné à la conclusion, par les parties, d'un avenant établissant un nouveau mode de calcul des intérêts, applicable rétroactivement, pour la période comprise entre la conclusion du contrat de crédit et la date du nouvel accord de volonté des parties [Înalta Curte de Casație și Justiție (Haute Cour de cassation et de justice), deuxième chambre, arrêt nº 2123/2015, www.hotnews.ro ; Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest, Roumanie), sixième chambre, arrêt civil nº 1072/2016, www.rolii.ro ; Înalta Curte de Casație și Justiție (Haute Cour de cassation et de justice), deuxième chambre, arrêt nº 76 du 25 janvier 2017 ; Curtea de Apel Brașov (cour d'appel de Brașov), arrêt nº 1600 du 10 octobre 2017 ; et Curtea de Apel Iași (cour d'appel de Iași), arrêt civil nº 786 du 10 novembre 2017, www.rolii.ro].

D'autres juridictions, tout en considérant qu'elles ne sauraient déterminer elles-mêmes le taux d'intérêt, mais que seules les parties peuvent l'établir au moyen d'un nouvel accord de volonté, se sont toutefois rapportées au taux d'intérêt applicable pour la première année du prêt (bien que la clause relative aux intérêts limitât expressément ce montant à la première année d'exécution du contrat) uniquement pour déterminer le montant à restituer, composé de la différence entre les intérêts effectivement payés et les intérêts calculés selon le taux d'intérêt fixe prévu pour la première année [Curtea de Apel Iași (cour d'appel de Iași), chambre civile, arrêt nº 128 du 1er mars 2018, www.rolii.ro ; Curtea de Apel Brașov (cour d'appel de Brașov), chambre civile, arrêt nº 35/R du 23 janvier 2019, www.rolii.ro ; Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest), arrêt civil nº 324 du 16 février 2018 ; et Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj), arrêt civil nº 1173 du 18 septembre 2017]. Dans d'autres cas, bien que la formule de calcul du taux d'intérêt proposée par le consommateur n'ait pas été acceptée (la somme de la marge fixe prévue pour la deuxième année de prêt et d'un indicateur objectif et transparent, le LIBOR ou l'EURIBOR), la partie défenderesse a été condamnée à restituer la différence entre les intérêts effectivement perçus et ceux calculé selon la formule demandée par le requérant consommateur [Curtea de Apel Brașov (cour d'appel de Brașov), chambre civile, arrêt nº 74 du 6 mars 2018, www.rolii.ro].

DOCUMENT DE TRAVAIL

Le droit à la restitution des prestations effectuées sur le fondement d'une clause abusive est cependant reconnu dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'arrêt du 21 décembre 2016, Gutiérrez Naranjo e.a. (C-154/15, C-307/15 et C-308/15, EU:C:2016:980), celle-ci a dit pour droit que l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une jurisprudence nationale qui limite dans le temps les effets restitutoires, liés à la déclaration **[Or. 11]** judiciaire du caractère abusif, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de cette directive, d'une clause contenue dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel, aux seules sommes indûment versées en application d'une telle clause postérieurement au prononcé de la décision ayant judiciairement constaté ce caractère abusif.

Parallèlement, en vertu du droit roumain, la constatation de la nullité absolue d'un acte juridique a un effet rétroactif, et l'un de ses principaux effets est le rétablissement de la situation des parties antérieure à la signature dudit acte conformément au principe de la *restitutio in integrum*, au moyen de la restitution de toutes les sommes indument versées en application de clauses abusives.

Dans ce contexte, il convient aussi de signaler que dans toutes les décisions imposant aux parties, à la suite de la constatation du caractère abusif d'une clause définissant le mode de calcul du taux d'intérêt variable selon des critères non transparents, l'obligation de mener des négociations en vue de conclure un nouvel accord sur les intérêts, le juge a omis d'insérer cette obligation dans le dispositif, et toutes les appréciations sur la nécessité que les parties négocient le nouveau taux d'intérêt figurent dans les motifs de ces décisions. De même, celles-ci ne prévoyaient aucun repère clair permettant d'encadrer la durée estimée des négociations, éventuellement un calendrier, ni les éléments que les parties auraient dû prendre en compte dans le cadre des négociations, ni d'éventuelles sanctions en cas de violation de l'obligation de négocier de bonne foi la clause relative aux intérêts. Ce n'est que de manière totalement isolée que les motifs de certaines décisions suggéraient les composantes des intérêts que les parties auraient pu prendre en compte à l'occasion des négociations ou un critère objectif de variation du taux d'intérêt, à savoir l'indice de référence, le LIBOR ou l'EURIBOR, indiqué dans les conditions générales du prêt annexées au contrat, dans la mesure où les deux parties ont consenti à cette disposition contractuelle [Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj), arrêt civil nº 862/A du 16 novembre 2015].

B) Décisions juridictionnelles révisant le contrat, à la suite de la constatation du caractère abusif de la clause relative aux intérêts, en définissant une formule de calcul des intérêts composée d'une marge fixe applicable à compter de la deuxième année du prêt majorée d'un indice de référence valable pour la devise dans laquelle le contrat de prêt a été conclu, le LIBOR ou l'EURIBOR

Après avoir constaté le caractère abusif d'une clause prévoyant un mécanisme non transparent de variation du taux d'intérêt, certaines juridictions ont ordonné l'application, à l'expiration de la période durant laquelle un taux d'intérêt fixe

DOCUMENT DE TRAVAIL

était prévu, d'un taux d'intérêt composé de la marge fixe stipulée dans le contrat de prêt, à compter de la deuxième année du prêt, majorée d'un indice objectif, transparent et vérifiable (l'EURIBOR ou le LIBOR, selon la devise dans laquelle le prêt a été acordé) [Curtea de Apel Braşov (cour d'appel de Braşov), arrêt civil nº 178 du 4 décembre 2012, www.rolii.ro ; Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie (Haute Cour de cassation et de justice), deuxième chambre, arrêt civil nº 990/2014, www.scj.ro ; Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj), arrêt civil nº 330 du 12 février 2018 dans l'affaire nº 6354/328/2015 ; et Curtea de Apel Braşov (cour d'appel de Braşov), arrêt civil nº 297 du 17 février 2017, www.rolii.ro].

À cet égard, il a été estimé que seule la partie de la clause prévoyant l'indice variable non transparent était abusive, et non celle qui prévoyait la marge fixe, exprimée en pourcentage et convenue par les deux parties. La constatation de la nullité absolue partielle de la clause définissant le mode de calcul des intérêts suivant la formule de la « marge fixe majorée d'un taux d'intérêt de référence pratiqué par la banque selon des critères non transparents » s'impose parce que, d'une part, pour respecter l'impératif de la sauvegarde du contrat, la nullité partielle est la règle, dès lors que seule la clause contraire à la disposition légale impérative est privée d'effet et, d'autre part, tous les griefs des consommateurs portent uniquement sur la partie variable des intérêts.

Pour déterminer le mode de calcul du taux d'intérêt variable, les juridictions se sont référées à la marge d'intérêt fixe, applicable à partir de la deuxième année du prêt et maintenue par le juge, à laquelle elles ont ajouté un indice objectif, transparent et vérifiable (l'EURIBOR ou le LIBOR), le principal argument en ce sens étant le maintien du caractère variable des intérêts, qui a été accepté par les deux parties. **[Or. 12]**

Pour justifier cette solution, les juridictions ont relevé que la simple constatation de la nullité absolue des dispositions relatives aux intérêts dans la convention des parties conduirait à ce que, conformément à la volonté initiale des parties, le taux d'intérêt applicable au prêt serait variable, mais le contrat ne prévoirait aucune modalité valable de variation de ce taux, puisque seul leur montant valable pour la première année du prêt et la marge fixe applicable à partir de la deuxième année du prêt seraient connus. Dans ces conditions, la possibilité même que le contrat subsiste serait mise en doute, car les parties ne disposeraient d'aucune clause contractuelle leur permettant de déterminer le montant concret des intérêts, la partie requérante se trouvant dans l'impossibilité d'exécuter l'une des principales obligations assumées en vertu du contrat, le paiement des intérêts, tandis que la défenderesse ne pourrait pas valablement réclamer un taux d'intérêt déterminé à la partie requérante. La solution consistant à inviter les parties à négocier ne saurait être retenue, car les parties reviendraient devant le juge en cas d'échec (prévisible) des négociations. De nouvelles « négociations » des parties ne permettraient pas un règlement effectif et réel du litige, dans la mesure où, au vu des moyens de défense ponctuels invoqués en l'espèce par la banque, l'obligation de

DOCUMENT DE TRAVAIL

l'emprunteur de participer à une éventuelle renégociation, en vertu de l'obligation de coopération qui lui incombe, serait dénuée d'objet.

Pour justifier la référence à un élément de variation déterminé s'ajoutant à la marge, l'article 9 quater, sous g), point 1, et l'article 37, sous a), de l'OUG nº 50/2010 ont été appliqués par analogie. Il convient toutefois de préciser que ces dispositions n'étaient pas applicables à la date de conclusion du contrat de prêt litigieux, car elles sont entrées en vigueur ultérieurement.

Dans d'autres cas, le juge a opté pour une « interprétation » de la volonté des parties exprimée dans l'acte initial, pour considérer que l'indice variable qui devrait entrer dans la composition du taux d'intérêt est l'EURIBOR ou le LIBOR, selon la devise dans laquelle le prêt a été accordé. Ainsi, dans un arrêt de principe, la juridiction suprême a conclu que « pour analyser les clauses du contrat dont il est ici question, il faut partir des dispositions mêmes de l'article 1er de la loi nº 193/2000, dont le paragraphe 2 prévoit que, en cas de doute sur l'interprétation de clauses contractuelles, ces dernières sont interprétées en faveur du consommateur. À cet égard, il convient de noter que l'article 1er du contrat de crédit stipule que la banque a accordé à l'emprunteur un prêt libellé en euros. En ce sens, la juridiction saisie du pourvoi estime qu'il est raisonnable de considérer que la volonté réelle des parties était que la partie variable des intérêts, douze mois après l'octroi du prêt, soit les indices EURIBOR/mois, comme la juridiction d'appel l'a au demeurant considéré dans le cadre de la première phase de la procédure. L'EURIBOR (taux interbancaire offert en euro) est le taux de référence du marché monétaire en euros, auquel une banque de premier rang propose à une autre banque de premier rang (comme en l'espèce) des dépôts dans la zone euro.

Comme le prêt a été octroyé en euros, il est raisonnable de considérer que "le taux d'intérêt variable de référence affiché dans les locaux de la banque", les parties ont entendu les indices EURIBOR/mois.

Par conséquent, il ne s'agit pas d'une modification des clauses contractuelles, c'est-à-dire d'une ingérence dans la volonté des parties, mais d'une interprétation desdites clauses, fondée sur une analyse d'ensemble des clauses, mais qui tient également compte du fait que le membre de phrase relatif à la partie variable des intérêts, douze mois après la conclusion du contrat, est abusif » [Înalta Curte de Casație și Justiție (Haute Cour de cassation et de justice), deuxième chambre, arrêt civil nº 990/2014, www.scj.ro].

L'arrêt nº 310/2010 rendu par la deuxième chambre de l'Înalta Curte de Casație și Justiție (Haute Cour de cassation et de justice) lors de l'audience publique du 11 février 2016 va dans le même sens.

Cette position présente toutefois certaines faiblesses. La principale difficulté est que le droit positif roumain en vigueur au moment de la conclusion du contrat de prêt litigieux ne contenait aucune règle permettant au juge de réviser le contrat en

DOCUMENT DE TRAVAIL

modifiant la clause relative au mode de calcul des intérêts, à la suite de la constatation du caractère abusif de la clause relative au mécanisme d'ajustement du taux d'intérêt insérée dans le contrat. Il n'existait pas non plus la moindre règle à caractère supplétif régissant le mode de fixation du taux d'intérêt variable, que le juge pourrait appliquer conformément à la jurisprudence de la Cour (arrêt du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282) à la suite de la **[Or. 13]** constatation du caractère abusif de la clause relative au mode de fixation du taux d'intérêt. Enfin, les juridictions font face à la difficulté pratique posée par la détermination de l'indice objectif et transparent entrant dans la composition du mode de calcul des intérêts (EURIBOR ou LIBOR un, trois, six ou douze mois), puisqu'il est difficile de justifier juridiquement le choix de l'un de ces indices de référence.

Il convient également de noter que, dans le jugement soumis au contrôle de la juridiction de céans dans le cadre du présent appel, le Tribunalul Specializat Cluj (Tribunal spécialisé de Cluj) adopte une telle solution et expose en détail, dans les motifs, les arguments qui l'ont amené à procéder ainsi.

C) Décisions juridictionnelles précisant que, à la suite de la constatation de la nullité partielle de la clause relative au mécanisme de détermination des intérêts applicables à partir de la deuxième année du prêt (en ce qui concerne la variable non transparente), les intérêts se composent exclusivement de la marge fixe, qui est maintenue

Le principal argument avancé à l'appui de ce courant jurisprudentiel est que la partie de la clause prévoyant la marge fixe incluse dans le mode de calcul des intérêts n'a pas été invalidée et ne saurait donc être modifiée ou écartée du contrat. Ce qui doit être écarté, c'est le mécanisme contractuel qui majore cette marge fixe d'une marge d'intérêts définie exclusivement selon la volonté interne et unilatérale de la banque. Or, si ce mécanisme ne peut plus fonctionner, le contrat peut continuer d'être exécuté sans le moindre préjudice pour le consommateur en appliquant la marge fixe contractuellement acceptée [Curtea de Apel Cluj (cour d'appel de Cluj), deuxième chambre, arrêt civil nº 678 du 23 novembre 2017].

Il a également été avancé que, même si le contrat prévoyait à l'origine un taux d'intérêt variable et si l'exclusion de la clause analysée du contrat conduit « de facto » à convertir celui-ci en contrat à taux d'intérêt fixe, car il n'existe plus de mécanisme contractuel permettant de modifier le taux d'intérêt pour l'avenir, cela n'empêche pas le contrat de subsister. Au contraire, la juridiction respecte ainsi la volonté des parties, étant donné que la marge fixe a été contractuellement acceptée, est formulée de façon claire et compréhensible et n'a en soi rien d'abusif, et cette manière de procéder respecte au demeurant le mécanisme imposé par la pratique de la Cour consistant à supprimer les clauses abusives et à maintenir les clauses restantes telles quelles, si le contrat peut subsister. En outre, la subsistance du contrat de prêt en cause avec des intérêts exclusivement constitués de la marge fixe acceptée par les consommateurs est à la fois possible et légale sans être aucunement préjudiciable pour ces derniers.

DOCUMENT DE TRAVAIL

Une telle solution, que préconise également la doctrine spécialisée, garantirait pleinement l'effet de l'article 6 de la loi nº 193/2000, dès lors que la disposition contractuelle relative à la variable non transparente des intérêts serait écartée, tout en respectant les principes énoncés dans l'arrêt du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349), dans la mesure où le juge n'interviendrait pas dans le mécanisme de calcul du taux d'intérêt (voir Lucian Mihali-Viorescu, *Clauzele abuzive în contractele de credit*, éd. Hamangiu, 2017, p. 207).

D) Décisions juridictionnelles précisant que, à la suite de la constatation du caractère abusif de la clause relative au mécanisme de détermination des intérêts applicables à partir de la deuxième année du prêt, la clause relative au mode de calcul du taux d'intérêt applicable pour la première année continue de s'appliquer

Dans des décisions isolées, il a été précisé que, à la suite de la constatation du caractère abusif de la clause définissant le mode de calcul du taux d'intérêt variable à compter de la deuxième année du prêt, le mode de perception des intérêts demeure soumis à la clause établissant le mode de calcul du taux d'intérêt pour la première année du prêt, exprimé en pourcentage fixe. À l'appui de cette solution, il a en substance été soutenu que, dans le contrat conclu par les parties au litige, le seul taux d'intérêt clairement défini est celui applicable pour la première année, exprimé en pourcentage fixe, de sorte que seul ce taux peut être imposé au consommateur, dans la mesure où celui-ci le connaissait à la date de la conclusion du contrat de prêt **[Or. 14]** et l'a accepté au moment de l'établissement de la relation contractuelle [Curtea de Apel Constanța (cour d'appel de Constanța), deuxième chambre civile, arrêt nº 224 du 3 avril 2017, www.rolii.ro, et Tribunalul Sălaj (tribunal de grande instance de Sălaj, Roumanie), arrêt civil nº 1175 du 12 décembre 2017 dans l'affaire nº 3405/337/2016]. Ce courant jurisprudentiel pourrait présenter une faiblesse, en ce que le taux d'intérêt fixe a été acceptée par voie conventionnelle uniquement pour la première année d'exécution du contrat, et la clause a une application limitée dans le temps. En outre, cette dernière approche peut être assimilée à une intervention dans le contrat, dès lors que le caractère variable des intérêts est écarté.

La question de droit qui se pose ici, relative à la détermination judiciaire des taux d'intérêt pour les prêts en devises, a également été examinée lors de réunions professionnelles de magistrats consacrées aux pratiques non unitaires, avec la participation de l'Institutul Național al Magistraturii (institut national de la magistrature, Roumanie) [réunion des présidents de chambres spécialisées (anciennement chambres commerciales) [omissis]. Plusieurs points de vue ont été exposés et argumentés, mais la conclusion finale a été que le juge ne saurait intervenir dans le contrat entre les parties et qu'une réforme législative serait nécessaire pour réglementer divers aspects pratiques liés aux clauses abusives dans les contrats de crédit bancaire.

La juridiction de céans a jugé nécessaire de présenter les positions exprimées dans la jurisprudence des juridictions nationales pour mettre en évidence la difficulté qu'elle rencontre pour établir les conséquences de la constatation du caractère

DOCUMENT DE TRAVAIL

abusif de la clause définissant le mode de calcul du taux d'intérêt variable à compter de la deuxième année du prêt.

La détermination des conséquences de cette constatation est essentielle en l'espèce tant pour établir le taux d'intérêt applicable dans la relation juridique des parties au litige pour l'avenir que pour se prononcer sur le chef de conclusions tendant à ce que la banque défenderesse soit condamnée à restituer au requérant le trop-perçu au titre des intérêts, c'est-à-dire soit la différence entre les intérêts effectivement payés par le requérant et ceux calculés suivant la formule « 1,5 % plus EURIBOR 6 mois après la première année du prêt », comme la partie requérante le demande à titre principal, soit la différence entre les intérêts effectivement payés par celle-ci et ceux calculés sur la base du pourcentage fixe établi pour la première année du prêt, comme la partie requérante le demande à titre subsidiaire, soit la différence entre les intérêts effectivement payés et le taux d'intérêt fixé par le juge au regard des éléments de fait du contrat de prêt.

La juridiction de renvoi rappelle également que, même lorsqu'il existe une jurisprudence de la Cour sur la question du droit en cause, les juridictions nationales restent entièrement libres de saisir la Cour si elles le jugent opportun. Même si les dispositions dont l'interprétation est demandée ont déjà été interprétées par la Cour, cela n'empêche pas cette dernière de statuer de nouveau, comme indiqué au point 21 de l'arrêt du 20 septembre 2017, Andriciuc e.a. (C-186/16, EU:C:2017:703). Même si l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 a déjà été analysé par le juge de l'Union et interprété dans plusieurs arrêts de principe (arrêt du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349 ; du 21 janvier 2015, Unicaja Banco et Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, EU:C:2015:21 ; du 30 avril 2014, Kásler et Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 ; et du 30 mai 2013, Jőrös, C-397/11, EU:C:2013:340), les juridictions roumaines rencontrent à l'évidence des difficultés pour déterminer les conséquences de la constatation du caractère abusif d'une clause définissant le mécanisme de fixation du taux d'intérêt variable suivant la formule de la « marge fixe majorée d'un taux d'intérêt de référence pratiqué par la banque selon des critères non transparents » dans un contrat de prêt, comme le montre précisément la jurisprudence divergente sur cette question de droit.

Dans le contexte exposé ci-dessus, il apparaît que l'interprétation de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 est absolument nécessaire, si bien que la juridiction de céans juge opportun de saisir la Cour des questions formulées ci-après, qui esquissent les solutions possibles pour déterminer les conséquences de la constatation du caractère abusif de la clause définissant le mode de **[Or. 15]** calcul du taux d'intérêt variable à partir de la deuxième année du prêt, dans le cadre d'un contrat de prêt à taux d'intérêt fixe au cours de la première année et variable par la suite.

[omissis] [texte des questions reprises dans le dispositif]

DOCUMENT DE TRAVAIL

[omissis]

PAR CES MOTIFS,

AU NOM DE LA LOI

La Cour est saisie de la présente demande de décision préjudicielle, relative à l'interprétation de la directive 93/13 :

1. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE doit-il être interprété en ce sens que, à la suite de la constatation du caractère abusif d'une clause définissant le mécanisme de fixation du taux d'intérêt variable suivant la formule de la « marge fixe majorée d'un taux d'intérêt de référence pratiqué par la banque selon des critères non transparents » dans un contrat de prêt à taux d'intérêt fixe limité à la première année et ultérieurement variable selon cette formule, le juge national peut réviser le contrat en établissant un mode de calcul du taux d'intérêt variable en fonction d'indices de référence transparents (LIBOR ou EURIBOR) et de la marge fixe de la banque, en partant des éléments de fait du contrat de prêt, afin de mieux protéger le consommateur ?

2. En cas de réponse négative à la première question, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE doit-il être interprété en ce sens que, à la suite de la constatation du caractère abusif d'une telle clause, le juge national peut établir, dans sa jurisprudence, un taux d'intérêt fixe en se référant à la marge fixe prévue pour la deuxième année d'exécution du contrat ou au taux d'intérêt fixe prévu pour la première année ?

3. En cas de réponse négative à la deuxième question, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE et le principe d'effectivité doivent-ils être interprétés en ce sens que, à la suite de la constatation du caractère abusif d'une telle clause, ils s'opposent à ce que le juge national invite les parties à négocier en vue d'établir un nouveau taux d'intérêt, sans encadrer ces négociations ?

4. En cas de réponse négative à la troisième question, quelles solutions conformes à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE permettraient d'assurer la protection des consommateurs ? **[Or. 16]**

[omissis]

[procédure, signatures]

DOCUMENT DE TRAVAIL