

Version anonymisée

Traduction

C-81/19 - 1

Affaire C-81/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

1^{er} février 2019

Juridiction de renvoi :

Curtea de Apel Cluj (România)

Date de la décision de renvoi :

27 décembre 2018

Parties requérantes en première instance :

NG

OH

Partie défenderesse en première instance :

S. C. BANCA TRANSILVANIA S.A.

[omissis]

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

DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE

[omissis]

ORDONNANCE

Audience publique du 27 décembre 2018

[omissis]

Dans le cadre de l'examen des appels interjetés par les parties requérantes NG et OH et par la partie défenderesse BANCA TRANSILVANIA contre le jugement

civil n° 210 rendu le 9 février 2018, dans le dossier n° 196/1285/2017, par le Tribunalulul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj, Roumanie), tendant à la constatation de la nullité d'un acte

[omissis]

LA CURTEA DE APEL (cour d'appel)

se prononçant 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. Les circonstances de l'affaire. Le cadre procédural

Par requête introductive d'instance enregistrée le 23 mars 2017 au greffe du Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj), les parties requérantes, NG et OH, ont assigné la défenderesse, S. C. BANCA TRANSILVANIA S.A., en sa qualité de successeur de la personne morale S. C. Volksbank Romania S.A., demandant la constatation du caractère abusif et, par voie de conséquence, la nullité absolue des clauses prévues à l'article 5, sous a), b) et c), et à l'article 6 des conditions particulières du contrat de prêt n° 0166712, du 15 octobre 2008, ainsi que de la section 4 intitulée « Paiements » des conditions générales et, partant, la stabilisation du taux de change CHF-RON au cours en vigueur à la date de la conclusion du contrat ainsi que le remboursement des montants versés en excédent en raison de la dévaluation de la monnaie nationale par rapport au franc suisse.

[omissis]

La partie défenderesse a fait valoir, en réponse au recours, que l'article 4, paragraphe 1, de la Legea nr. 193/2000 [privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori (loi n° 193/2000 sur les clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs), du 6 novembre 2000] ne s'applique pas, puisque l'exclusion prévue à l'article 3, paragraphe 2, de ladite loi s'applique, la clause contractuelle litigieuse se contentant de reproduire une disposition légale du Cod civil (code civil roumain, ci-après le « code civil ») qui a introduit en droit roumain le principe du nominalisme monétaire. À titre subsidiaire, la partie défenderesse a invoqué la force obligatoire des contrats entre les parties et le fait que les clauses contractuelles en cause ne sont pas abusives.

À l'issue de la première étape procédurale au fond, le recours des requérants, précisé par la suite par ceux-ci, a été partiellement accueilli par jugement civil n° 210/2018 du Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj). Les deux parties ont interjeté appel de ce jugement. [Or. 2]

2. *Les faits*

1. Les requérants ont conclu avec S. C. VOLKSBANK ROMÂNIA S.A. le contrat de prêt n° 0046443, du 31 mars 2006, par lequel ils ont emprunté un montant de 90 000 RON, le prêt ayant une durée de 192 mois à compter de la date de conclusion du contrat, un taux d'intérêt courant de 7,75 % par an et un taux annuel effectif global (ci-après le « TAEG ») de 8,42 % [par an]. Les requérants payaient mensuellement un taux fixe de 825,46 RON et ils ont conclu, afin de garantir le prêt, un contrat de constitution d'hypothèque sur l'appartement dans lequel ils vivaient. Conformément au calendrier de paiement, le coût total du prêt en RON (y compris les intérêts et les commissions pour l'ensemble de la période) s'élevait à 114 533,71 RON.

2. En 2008, les requérants ont conclu le contrat de prêt n° 0166712, du 15 octobre 2008, d'un montant de 65 000 CHF, avec un taux d'intérêt courant de 3,99 % par an et un TAEG de 7,02 % par an, d'une durée de 192 mois à compter de la date de conclusion du contrat. À cette date, le CHF valait 2,4481 RON et les revenus des requérants étaient de 2 800 RON pour OH et de 3 600 RON pour NG. Le prêt d'un montant de 65 000 CHF était destiné à refinancer le prêt initial accordé par Volksbank Romania S.A. sur la base du contrat de prêt n° 0046443, du 31 mars 2006, d'une valeur de 90 000 RON. À cette date [du 15 octobre 2008], le solde du prêt en RON (refinancé), [avec] les intérêts et les commissions y afférentes, s'élevait à 63 480,17 RON. Conformément au calendrier établi, le coût total du prêt en CHF (y compris les intérêts et les commissions pour l'ensemble de la période) était de 103 531,12 CHF, ventilés comme suit : 65 000 CHF au titre du montant au principal, 23 264,48 CHF au titre des intérêts et 15 266,64 au titre des commissions. La mensualité demandée aux emprunteurs était de 460,43 CHF, auquel s'ajoutaient les frais de gestion. La première mensualité versée par les requérants a été de 603,43 CHF. En RON, elle représentait 35,04 % des revenus pris en considération à la date du prêt ; selon le règlement intérieur de la banque, le niveau maximal d'endettement autorisé était de 55 %. Le prêt a été garanti par l'établissement d'une hypothèque sur un bien immeuble appartenant aux emprunteurs.

La section 4 des conditions générales du contrat, intitulée « Paiements », prévoyait en substance ce qui suit :

[«] 4.1. Tout paiement effectué sur la base du contrat est fait dans la devise du prêt, à l'exception des cas expressément mentionnés dans les conditions générales et dans les conditions particulières ; (...)

[...]

4.3. Pendant la durée du prêt, l'emprunteur peut demander à la banque, dans les limites précisées dans le cadre des conditions particulières et selon les modalités décrites à l'article 7.1, sous g), son approbation en vue de la conversion de la devise du prêt dans une nouvelle devise (RON, CHF, EUR, ci-après la "nouvelle

devise”). La banque examine les demandes reçues au cas par cas et en fonction des possibilités de refinancement sur le marché de la devise dans laquelle l’emprunteur a demandé la conversion du prêt. (...) [»]

L’article 4.5 prévoit le mandat donné à la banque afin de procéder au change au nom et pour le compte de l’emprunteur, en utilisant son propre taux, afin de liquider les obligations de paiement échues, la banque pouvant débiter tout compte de l’emprunteur du montant correspondant.

Le 29 octobre 2010, les parties ont conclu l’avenant n° 1 au contrat de prêt n° 0166712 du 15 décembre 2008 prévoyant la variabilité du taux d’intérêt selon la formule de calcul taux LIBOR à 3 mois + une marge de 3,39 points de pourcentage par an et un TAEG de 6,3 % par an. À la suite de ces modifications, le montant total dû par les emprunteurs a été chiffré à 100 602,09 CHF.

À la même date, les parties ont également conclu l’avenant n° 2 au même contrat n° 0166712 du 15 octobre 2008, établissant un taux d’intérêt fixe les 86 premiers mois, à 3,49 %, puis un taux variable selon la formule de calcul taux LIBOR à 3 mois + une marge de 3,14 points de pourcentage par an et un TAEG de 3,77 % par an ; le montant total dû par les emprunteurs a été chiffré à 89 680,16 CHF.

La correspondance échangée entre les parties avant le début du litige, entre le 5 septembre 2010 et le 18 mai 2016, est abondante. En substance, tout au long de cette période, les requérants ont demandé à la banque de prendre des [Or. 3] mesures concrètes afin de supprimer les effets de la forte augmentation du taux de change qu’ils ont assumés seuls pendant la durée du contrat.

À la date de conclusion du contrat de prêt n° 0166712 du 15 octobre 2008, la somme de 65 000 CHF équivalait à un montant de **159 126 [RON]** (65 000 x 2,4481 – taux de change en vigueur le 16 octobre 2008 = 159 126 RON). Le 13 avril 2017, la somme de 65 000 CHF équivalait à un montant de **276 887 RON** (65 000 x 4,2598 CHF – taux de change en vigueur le 23 mars 2017 = 276 887 RON). La seule évolution du taux de change entre octobre 2008 et avril 2017 a entraîné un surcoût (par rapport au seul montant au principal, sans tenir compte des intérêts et des commissions) qui peut être estimé à un montant de 117 760 RON, qui, converti au taux de change actuel, équivaut à une somme de 27 644 CHF et, au taux de change en vigueur à la date du contrat, à une somme de 48 102 CHF. Le 16 mars 2016, le solde du prêt s’élevait à 21 586,43 CHF.

3. *Les arguments des requérants*

Eu égard aux questions formulées d’office par la juridiction de céans, seuls les arguments relatifs à la clause de risque de change, mise exclusivement à la charge des consommateurs, sont pertinents aux fins du présent renvoi préjudiciel.

Ainsi, les requérants ont indiqué que c’est la banque qui, au cours de l’année 2008, leur a suggéré de convertir le prêt de RON en CHF, au motif que les intérêts

seraient bien moins élevés et qu'ils pourraient obtenir un montant supplémentaire. À la date de conclusion du contrat de prêt, le CHF valait 2,44 RON. Le prêt en RON a été liquidé en le convertissant de RON en CHF au cours de 2,41 RON/CHF, le 17 octobre 2008, conformément à la décision de la banque, alors que les requérants devaient encore rembourser 62 000 RON, la différence restant sur le compte ouvert auprès du créancier. La somme a ensuite été transformée en EUR et a servi au paiement des mensualités (échéances). Lors de la conclusion du contrat de prêt de 2008, la banque a demandé que trois comptes soient ouverts, un en CHF, un en EUR et un en RON, ces comptes servant à payer les échéances conformément aux instructions du créancier [;] les requérants n'ont jamais compris comment fonctionnait ce mécanisme ni retiré des montants en CHF, et ils ont fait valoir qu'ils ont toujours déposé de l'argent en RON et que le montant du prêt leur a également été remis en RON.

Les requérants n'avaient aucun intérêt particulier à demander un prêt en CHF, puisqu'ils ne percevaient pas de revenus dans cette devise ni n'en connaissait rien. C'est la banque S. C. VOLKSBANK ROMÂNIA S.A. qui les a incités à prendre la décision de convertir le prêt de RON en CHF par un refinancement, en les conviant à la banque et en leur présentant les documents à signer afin de bénéficier d'un taux d'intérêt inférieur à celui fixé à la date de conclusion du contrat initial en RON, de 9,5 %.

Les requérants affirment ne pas avoir su quel était le montant concret emprunté en CHF et avoir été incités, par des promesses avantageuses, à signer les documents de refinancement du prêt en RON au moyen d'un nouveau prêt en CHF et à rembourser le prêt dans cette devise étrangère. Le RON a toutefois subi une dévaluation par rapport au CHF de plus de 100 % en seulement trois ans après la conclusion du prêt. Le paiement des échéances en CHF, bien que cette devise n'ait été utilisée que sur le papier, a entraîné l'augmentation de la demande de CHF et la valeur de cette devise. Les banques ont utilisé une monnaie refuge en période de crise et ont transféré le risque sur les clients. Selon les requérants, la banque avait connaissance du risque encouru par les requérants au moment de l'offre de contrat en CHF. Le CHF se trouvait à un niveau minimal, la crise bancaire provoquée par les faillites des banques de 2007 et 2008 se préfigurait et les professionnels de la finance disposaient certainement de ces informations. La banque créancière a manqué à son obligation d'information, de conseil [et] d'avertissement avant de convertir le prêt de RON et CHF, créant ainsi un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, en violation de l'article 4, paragraphe 1, de la loi n° 193/2000. Dans ces conditions, les requérants demandent au juge de rééquilibrer le contrat de prêt bancaire décrit ci-dessus en gelant le taux de change du contrat au cours en vigueur à la date de conclusion du contrat et en condamnant la partie défenderesse à rembourser les sommes perçues en trop, au cours en vigueur à la date de conclusion du contrat. **[Or. 4]**

Les requérants affirment que les articles 3 et 4 de la directive 93/13[CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs] sont pleinement applicables en l'espèce. La loi

n° 193/2000 a été adoptée afin de transposer la directive 93/13 [omissis] en droit roumain, prévoyant une protection des consommateurs plus élevée que le minimum prévu par la directive, l'extension des limites des directives en matière de la protection des consommateurs étant expressément autorisée par le droit de l'Union.

Les requérants ont demandé que soit constatée l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, le risque de change étant exclusivement supporté par le consommateur. En outre, le contrat a eu de nombreuses conséquences négatives à leur égard, étant donné :

- que la banque n'a pas informé les consommateurs requérants du risque de survalorisation du CHF, phénomène prévisible pour les experts financiers ;
- l'impossibilité réelle des requérants de négocier le contenu de cette clause qui obligeait à rembourser le prêt dans la même devise que celle dans laquelle il avait été accordé, les requérants étant tenus, conformément aux modalités de conclusion du contrat de prêt, de l'accepter tel qu'il avait été préétabli ;
- l'obtention par la banque d'un profit injuste contraire [aux principes] d'équité et de bonne foi devant régir les relations contractuelles[.]

4. *La décision du Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj)*

Par jugement civil n° 210/2018, le Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj) a en partie fait droit au recours formé par les requérants ; il a toutefois rejeté comme non fondée la demande de ces derniers relative à la stabilisation du taux de change CHF/RON au cours en vigueur à la date de signature du contrat, demande qui fait l'objet du présent renvoi préjudiciel. [omissis]

Le Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj) a, en substance, motivé sa décision en indiquant qu'il est possible d'examiner le caractère abusif de cette clause, étant donné la nature supplétive et non impérative du principe du nominalisme monétaire repris du code civil dans le contrat et, implicitement, de la clause reprenant cette règle. Par conséquent, cette clause n'est pas exclue, en application de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/1993 et de l'article 3, paragraphe 2, de la loi n° 193/2000, de l'examen du caractère abusif.

Toutefois, la clause serait rédigée en termes clairs et compréhensibles, de sorte que tout consommateur pouvait prévoir qu'il s'exposait au risque de change, qui a été accepté en connaissance de cause par les requérants.

Le Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj) indique ensuite que le professionnel a satisfait à son obligation d'information. Bien que les requérants aient fait valoir que la défenderesse, en tant qu'institution financière, savait que le taux de change allait augmenter au détriment des emprunteurs, le tribunal a constaté que leurs affirmations n'ont qu'un caractère général et qu'il n'existe aucune preuve concrète, en l'espèce, que la défenderesse savait que la valeur du

CHF allait augmenter dans une telle mesure. Si l'on examine la moyenne annuelle de la valeur du CHF dans les années 2004 à 2008, on observe qu'elle a varié entre 2,2576 (août 2005), 1,8915 (juillet 2007), 2,5444 (décembre 2008), enregistrant des fluctuations modérées. Il est ensuite notoire que, en 2011, le CHF s'est ancré sur l'euro, le plafond de change admis étant de 1,2, et que, en 2015, il a été renoncé à ce plafond, ce qui a entraîné les fortes fluctuations du taux de change. On ne saurait affirmer que la banque pouvait savoir que ces importantes variations du taux de change du CHF allaient avoir lieu.

Le Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj) a ainsi considéré qu'il ne ressort pas des éléments du dossier que la défenderesse disposait de suffisamment d'informations à offrir aux requérants concernant le risque de change de nature à déséquilibrer à l'avenir l'exécution du contrat auquel ils s'exposaient. Il ne ressort pas de l'administration des preuves que la banque a fait preuve de mauvaise foi en insérant une telle clause prévoyant que le remboursement du prêt se fait dans la devise dans laquelle le prêt a été accordé.

En outre, le Tribunalul Specializat Cluj (tribunal spécialisé de Cluj) a constaté que la sanction de la constatation du caractère abusif des clauses relatives au mode de remboursement du prêt en devises étrangères ne saurait être la « stabilisation du taux de change CHF/RON au cours en vigueur au jour de la conclusion du contrat », une telle solution n'étant prévue ni par l'article 6 de la loi n° 193/2000, ni par la version de l'article 1587 du code civil en vigueur à la date de conclusion du contrat, ni [omissis] par l'article 41 du Cod comercial (code de commerce roumain, ci-après le « code de commerce »). En cas d'hypothétique constatation de [Or. 5] la nullité d'une telle clause, la solution juridique ne pourrait être que le retour au principe du nominalisme.

5. Les recours en appel formés par les parties. La procédure en appel

Les requérants ainsi que la banque défenderesse ont interjeté appel de ce jugement, les appels ayant été enregistrés au greffe de la Curtea de Apel Cluj (cour d'appel de Cluj) le 18 mai 2018. L'appel formé par la banque défenderesse a pour objet une partie du jugement de première instance qui n'est pas liée à la présente demande de décision préjudicielle ; il ne sera donc pas exposé ici.

À l'appui de leur appel, les requérants ont demandé, entre autres, la stabilisation du taux de change au cours en vigueur le 15 octobre 2008 et le remboursement des sommes représentant la différence de taux de change entre le cours en vigueur à la date de conclusion du contrat et celui en vigueur à la date de paiement de chaque échéance, majorées des intérêts au taux légal.

À l'encontre de l'appel formé par les requérants, la banque a fait valoir que le risque de change est implicitement assumé par le consommateur, d'autant plus que le taux de change ne pouvait pas être prévu par le professionnel, dans la mesure où il est influencé par des éléments externes se trouvant hors de son contrôle. En outre, l'information a été correctement réalisée et il n'existe pas de

déséquilibre significatif. La défenderesse insiste, dans son argumentation, sur l'idée que la clause relative à la devise du prêt relève de l'objet principal du contrat et transpose le principe du nominalisme, échappant dès lors au contrôle juridictionnel de son caractère abusif.

Au cours de la procédure d'appel, la Curtea de Apel Cluj (cour d'appel de Cluj) a soulevé d'office devant les parties la nécessité de saisir la Cour de justice de l'Union européenne [ci-après la « Cour »] d'une demande de décision préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 1^{er}, [paragraphe] 2, de l'article 3, paragraphe 1, et de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 [omissis] et a posé les questions suivantes :

[omissis : questions reprises dans le dispositif]

La juridiction d'appel est parvenue à la conclusion que, pour pouvoir se prononcer correctement sur l'appel des consommateurs requérants concernant la demande principale lui ayant été faite (la stabilisation du taux de change et le paiement des échéances au taux de change en vigueur à la date de conclusion du contrat de prêt en devises étrangères), il est nécessaire de saisir la Cour des questions de principe contenues dans les questions préjudicielles.

6. *Les dispositions légales et la jurisprudence pertinentes*

Les dispositions de droit national

1. L'article 1578 du code civil, dans la version en vigueur à la date de conclusion du contrat en cause au principal, prévoit : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution de la valeur de la devise avant [Or. 6] l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre cette somme que dans les espèces ayant cours au moment du paiement ».

2. L'article 41 du code de commerce en vigueur à la date de conclusion du contrat en cause en l'espèce dispose :

« Lorsque la devise indiquée dans un contrat n'a pas de cours légal ou commercial dans le pays et que ce cours n'a pas été déterminé par les parties, le paiement peut être fait dans la devise du pays, selon le taux de change au comptant ayant cours au jour d'échéance et au lieu du paiement, et, s'il n'y a pas de taux de change en ce lieu, selon le taux de change du marché le plus proche, à moins que le contrat ne comporte la clause “[prix] effectif” ou une clause similaire ».

Le droit de l'Union

La directive 93/13

Article premier : « 1. La présente directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.

2. Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont partis, notamment dans le domaine des transports, ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive ».

Article 3, paragraphe 1 : « 1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

Article 4 : « 1. Sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

2. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

Article 5 : « Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible. (...) »

Conformément à l'article 6, paragraphe 1 : « 1. Les 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 : « 1. Les 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 ».

L'annexe à la directive 93/13, intitulée « Clauses visées à l'article 3, paragraphe 3 », contient un point 1, sous i), rédigé comme suit :

« Clauses ayant pour objet ou pour effet : (...) i) constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ».

La jurisprudence de la Cour

Arrêts de la Cour [du 14 juin 2012,] Banco Español de Crédito (C-618/10, [EU:C:2012:349] ; du 21 mars 2013], RWE Vertrieb (C-92/11, [EU:C:2013:180] ; du 30 mai 2013], Jörös (C-397/11, [EU:C:2013:340] ; du 10 septembre 2014], Kušionová (C-34/13, [EU:C:2014:2189), et du 30 avril 2014], Barclays Bank (C-280/13, [EU:C:2014:279] ; ordonnance du 22 février 2018], Lupean (C-119/17, [non publiée, EU:C:2018:103] ; arrêts du 20 septembre 2018, [OTP Bank et OTP Faktoring] (C-51/17, [EU:C:2018:750), et du 20 septembre 2017, Andriuc e.a.] (C-186/16, [EU:C:2017:703]). **[Or. 7]**

7. *Les motifs ayant conduit la juridiction d'appel à introduire une demande de décision préjudicielle*

La juridiction de céans est parvenue à la conclusion qu'il est nécessaire de saisir la Cour de questions préjudicielles relatives à l'interprétation et à la portée du 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 lignes directrices établies par la jurisprudence de la Cour, notamment dans l'affaire C-186/16 [Andriuc e.a.]. Conformément à l'arrêt de la Cour dans cette affaire, la juridiction nationale doit vérifier si la disposition (la clause contractuelle) litigieuse se contente de reproduire une disposition de droit national (point 29). Si cette clause ne reflète pas uniquement une disposition légale et relève de l'objet principal du contrat (point 41), la juridiction doit vérifier si elle est rédigée de façon claire et compréhensible (point 49), si elle respecte l'exigence de bonne foi et, enfin, si elle crée un déséquilibre significatif entre les parties.

Ces pistes d'analyse données par la Cour dans l'arrêt C-186/16 [Andriuc e.a.] ont été reçues et appliquées différemment dans la jurisprudence nationale postérieure à cet arrêt, le principal point divergent étant celui de l'application du principe du nominalisme monétaire, en tant que règle nationale supplétive, dans le cadre de la vérification imposée au [point] 29 de l'arrêt C-186/16 [Andriuc e.a.]. Conformément à ce point, aux fins d'établir si une clause contractuelle est exclue du champ d'application de la directive 93/13, il incombe au juge national de vérifier si cette clause reflète les dispositions impératives du droit national qui s'appliquent entre les parties contractantes indépendamment de leur choix ou celles qui sont de nature supplétive et dès lors applicables par défaut, toutefois uniquement en l'absence d'un arrangement différent entre les parties à cet égard.

A) La jurisprudence nationale postérieure à l'arrêt Andriuc a, dans sa très grande majorité, considéré que la reprise du principe du nominalisme monétaire dans les contrats de prêt, en l'absence d'un arrangement différent entre les parties à cet égard, entraîne l'exclusion du contrôle du caractère abusif de la clause de risque de change.

La plupart des juridictions nationales qui ont appliqué l'arrêt C-186/16 [Andriciuc e.a.] ont considéré que l'application du nominalisme monétaire imposé par les règles énoncées à l'article 1578 de l'ancien code civil auxquelles les parties n'ont pas dérogé, bien qu'elles en aient eu la possibilité, constitue un obstacle majeur s'opposant à toute possibilité d'examiner le caractère abusif de la clause, dans la mesure où est ainsi exclue l'application de la directive 93/13 et de l'acte normatif ayant transposé cette dernière en droit national, la loi n° 193/2000.

Par conséquent, il a été considéré que l'examen était bloqué dès la première phase des étapes successives décrites ci-dessus, sans possibilité de procéder à l'examen des étapes suivantes.

À l'appui de cette position, il a été indiqué que, eu égard à l'article 1578 de l'ancien code civil (article repris à l'article 2164 du nouveau code civil), le montant à rembourser est déterminé en fonction du montant effectivement emprunté, même en cas de variation de la valeur de la devise, l'obligation de remboursement portant sur le même nombre d'unités monétaires que celui stipulé au contrat, indépendamment d'un éventuel changement de leur valeur entre le point de départ et l'échéance.

[C]es juridictions nationales ont souligné que la Cour n'a pas fait de distinction entre les règles qui s'appliquent entre les parties contractantes indépendamment de leur choix et celles qui sont de nature supplétive, mais a indiqué que sont exclues du champ d'application de la directive 93/13 tant les règles impératives que les règles supplétives qui s'appliquent par défaut, en l'absence d'un arrangement différent entre les parties à cet égard. Elles ont également indiqué que cette interprétation découle du treizième considérant et de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/13, mais également de la décision de la Cour dans l'arrêt C-92/11, RWE Vertrieb (points 25 à 28).

Ainsi, à la lumière de la jurisprudence de la Cour précitée, les juridictions nationales ont, dans leur très grande majorité, jugé que sont exclues du domaine d'application de la directive 93/13 tant les règles impératives que les règles supplétives qui s'appliquent par défaut, en l'absence d'un arrangement différent entre les parties à cet égard. **[Or. 8]**

Il convient d'indiquer que cette position a tout d'abord été défendue par la Curtea de Apel Oradea (cour d'appel d'Oradea, Roumanie) dans l'arrêt n° 370/A rendu, le 28 novembre 2017, dans la procédure à l'origine de la demande de décision préjudicielle qui a donné lieu à l'arrêt rendu dans l'affaire C-186/16 [Andriciuc e.a.]. Cette juridiction a entre autres invoqué, à l'appui de cette position, la décision de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle, Roumanie) dans son arrêt n° 62/2017, qui a une portée générale contraignante.

Ayant été appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de la Legea pentru completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori (loi visant à compléter l'ordonnance d'urgence du

gouvernement n° 50/2010 relative aux contrats de crédit aux consommateurs), qui prévoyait la conversion en RON des prêts contractés en CHF au taux de change CHF/RON en vigueur à la date du contrat, la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) a jugé, dans son arrêt n° 62/2017 :

« 35. Le prêt bancaire est défini comme l'engagement de mettre à disposition ou d'accorder une somme d'argent ou de prolonger l'échéance d'une dette en échange de l'obligation du débiteur de rembourser ce montant et de payer des intérêts ou d'autres frais y relatifs ainsi que les commissions d'engagement et les frais de suivi ou de gestion du respect des dispositions contractuelles ou tout engagement d'achat d'un titre contenant une créance. La règle générale applicable aux prêts à la consommation figure à l'article 1584 du code civil de 1865 et à l'article 2158, paragraphe 1, deuxième phrase, de l'actuel code civil, droit commun applicable aux contrats de prêt, outre la législation spécifique. Conformément à ces dispositions légales, la principale obligation de l'emprunteur est de rendre "les choses empruntées en même quantité et qualité" et "la même somme d'argent ou une quantité de biens de nature et qualité équivalentes". L'article 1578 du code civil de 1865 consacre l'obligation de l'emprunteur de rendre la même somme numérique que celle inscrite au contrat, ce que la doctrine a appelé le principe du nominalisme ; ainsi, "[l]'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution de la valeur de la devise avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée et ne doit rendre cette somme que dans les espèces ayant cours au moment du paiement".

36. Par ailleurs, le principe du nominalisme a été repris dans le nouveau code civil, à l'article 2164, paragraphe 2, aux termes duquel : "Si le prêt porte sur une somme d'argent, l'emprunteur n'est tenu de rendre que la somme nominale reçue, quelle que soit la variation de sa valeur, sauf convention contraire des parties".

37. Le texte légal a un caractère supplétif, de sorte que les parties peuvent déroger au principe du nominalisme si elles s'accordent en ce sens. En d'autres termes, le principe du nominalisme ne s'applique pas à un contrat dans lequel les parties sont expressément convenues d'écarter l'application de la règle du code civil ou à un contrat dans lequel les parties sont indirectement convenues de déroger à ce principe, en introduisant une clause d'indexation contractuelle qui a pour objet de maintenir la valeur réelle des obligations tout au long de leur exécution. Si le contrat ne contient pas les clauses dérogatoires susmentionnées, c'est la règle de droit commun en la matière qui s'applique, à savoir l'article 1578 du code civil de 1865 ou l'article 2164, paragraphe 2, du nouveau code civil.

38. En vertu du principe du nominalisme monétaire, l'emprunteur doit rembourser la somme exacte accordée à titre de prêt, indépendamment de son augmentation ou de sa diminution. S'ajoutent bien entendu à ce montant, conformément à ce dont les parties sont convenues, les sommes représentant les coûts liés à l'octroi du prêt – les intérêts et les commissions prévus au contrat. Le même principe s'applique dans le cas concret du contrat de crédit (qui n'est autre qu'un type de

contrat de prêt à la consommation assorti d'intérêts), pour autant que l'octroi de prêts en devises étrangères soit autorisé, conformément à la réglementation, et que l'emprunteur soit tenu de rendre les choses en même quantité et qualité. La clause contractuelle qui prévoit que le remboursement du prêt a lieu dans la devise dans laquelle le prêt a été contracté, même en cas de hausse ou de baisse de cette devise par rapport à la monnaie nationale, constitue une transposition de la loi, à savoir du principe du nominalisme monétaire, dans le domaine contractuel, aucun acte normatif n'interdisant l'octroi et le remboursement de prêts dans une devise étrangère. Les deux parties assument le risque que, au cours de l'exécution du contrat, la valeur du montant remboursé par l'emprunteur soit, au moment du remboursement, plus ou moins élevée qu'au moment de l'octroi, par rapport à une autre devise considérée comme étalon ou, plus correctement d'un point de vue objectif, par rapport à l'or. » [Or. 9]

Il convient également de noter que, dans ce même arrêt, la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) a aussi jugé que le choix d'un prêt en devises a été fait sciemment et délibérément par le débiteur, eu égard aux avantages que ce prêt lui offrait par rapport à d'autres produits de prêt proposés tant par le créancier que par d'autres entités proposant des produits bancaires (coût réduit, accès à une plus importante somme d'argent, possibilité de réaliser davantage d'investissements, etc.).

Sur la base de ces considérations, l'exception d'inconstitutionnalité a été accueillie et [il a été] constaté que la loi visant à compléter l'ordonnance d'urgence du gouvernement n° 50/2010 [omissis] était inconstitutionnelle dans son intégralité.

Dans ces conditions, la tentative du législateur de régler la situation de ces prêts a échoué.

Se fondant sur ces éléments, les juridictions nationales ont conclu, dans leur très grande majorité, qu'une clause contractuelle qui prévoit que le remboursement du prêt se fait dans la devise dans laquelle le prêt a été contracté constitue une transposition de la loi (article 1578 du code civil), à savoir du principe du nominalisme monétaire, dans le domaine contractuel, l'examen du caractère abusif d'une telle clause étant exclu.

Cette approche n'a pas connu de modifications notables à la suite de l'ordonnance rendue par la Cour rendue dans l'affaire Lupean [C-119/17].

B. Procédant à une interprétation jurisprudentielle isolée, [d'autres] juridictions nationales ont jugé que, dans l'affaire Andriciuc, la Cour avait laissé à la juridiction de renvoi le soin de déterminer s'il y avait ou non exception au champ d'application de la directive.

La jurisprudence ultérieure [de la Cour] a été invoquée en tant qu'argument pertinent à l'appui de la thèse selon laquelle, même selon la Cour, cet obstacle [au contrôle du caractère abusif] doit être surmonté et le contrôle effectué. À cet

égard, il a été fait référence à la motivation de l'ordonnance de la Cour du 22 février 2018, Lupean (C-119/17, [non publiée], EU:C:2018:103), dans laquelle la Cour renvoie en grande partie à ce qu'elle a jugé dans l'affaire Andriuc. Pour en décider ainsi, la Cour n'a plus jugé nécessaire de s'arrêter sur l'argument relatif au principe du nominalisme, bien que, dans la section intitulée « Le cadre juridique – Le droit roumain », l'article 1578 de l'ancien code civil soit expressément cité. En d'autres termes, elle a implicitement considéré que, même si cette disposition est ou peut être applicable, elle ne saurait constituer un obstacle légitime pour le juge national, qui doit procéder à l'examen au fond des clauses dont le caractère abusif est allégué.

Conformément à cette interprétation isolée, les juridictions nationales appuyant cette thèse ont indiqué qu'il n'avait pas été prouvé au cours de la procédure que les débiteurs avaient eu la possibilité réelle de négocier cette clause, de sorte qu'il ne s'agirait qu'en apparence d'un accord transposant une règle supplétive, cet accord ayant en réalité été transformé, par l'attitude déloyale du professionnel, en un accord constituant l'expression d'une règle impérative, qui a placé les débiteurs, sans leur offrir aucune alternative, en position de consommateurs captifs ; en tant que tels, ces derniers devraient impérativement pouvoir bénéficier de la protection de leurs droits légitimes, l'argument relatif à l'effet utile de la directive 93/13 devant primer (C-34/13 [Kušionová]).

Dans le cadre de cette argumentation, il a en outre été souligné que, pour pouvoir parler d'« absence d'un arrangement différent entre les parties à cet égard » (arrêt C-34/13 [Kušionová], point 79), il faut qu'un tel arrangement ait pu être possible dans le cadre de négociations ouvertes et constructives entre les parties. Si une telle possibilité n'a pas existé en pratique et qu'aucun des points du contrat n'a été négocié (négociation qu'il incombe au professionnel de prouver), la règle supplétive s'applique non pas parce que les consommateurs débiteurs n'ont pas souhaité l'écarter, mais, au contraire, parce qu'ils n'ont à aucun moment eu la possibilité réelle de l'écarter, le contenu du contrat ayant été établi unilatéralement par le professionnel. Il a donc été conclu que la clause concernée n'est pas exclue du contrôle [du caractère abusif] et ne dispense pas le professionnel de l'obligation d'information prévue par la loi spécifique. Les juridictions nationales partageant cette position ont estimé qu'admettre le contraire reviendrait à exempter le professionnel de l'obligation d'information qui lui incombe en vertu de la loi spécifique, exemption qui est précisément rendue possible en faisant appel à la « vertu du droit commun » (qui ne peut s'appliquer [qu'] en l'absence de réglementation par la loi spécifique). À cet égard, il a été considéré que le principe du nominalisme de droit commun ne pouvait pas être transposé de manière simpliste dans le cas des contrats de prêt conclus [Or. 10] entre un professionnel et un consommateur et devait être apprécié au regard des exigences imposées par la loi spécifique établissant des mécanismes particuliers de protection des consommateurs. C'est pourquoi il convient de déterminer si une telle clause a réellement été négociée et si elle est claire et compréhensible par rapport aux dispositions de la loi spécifique. Ce n'est que si les conditions de clarté et de compréhensibilité sont réunies qu'il n'y a pas lieu de procéder au

contrôle juridictionnel du caractère abusif d'une telle clause, car ce n'est qu'ainsi que l'on peut considérer qu'une clause de risque de change fait partie de l'objet du contrat.

Un autre argument avancé à l'appui de cette approche jurisprudentielle a été qu'une interprétation du nominalisme dans le sens établi par le professionnel ne se fonde pas sur les circonstances qui ont été prises en considération lorsque la règle [du nominalisme] a été adoptée [et] est étrangère à l'objectif pour lequel cette règle a été adoptée, car elle en méconnaît la genèse, cette règle ayant été conçue comme un instrument servant principalement à protéger le débiteur dans une période caractérisée par l'inflation monétaire.

Par ailleurs, il a été souligné que l'hypothèse de l'abus de pouvoir économique n'est pas exclue. En outre, certaines juridictions ont considéré que faire supporter le risque de change exclusivement aux consommateurs qui perçoivent leurs revenus en RON démontre que le professionnel s'est protégé de toute perte éventuelle en préservant la valeur d'achat/de marché des mensualités dues, thèse qui correspond parfaitement au *valorism* (principe selon lequel la dette est soumise aux fluctuations monétaires), antithèse du nominalisme. Cet argument est fondé sur l'idée que l'octroi de prêts en devises n'est rien d'autre qu'une indexation conventionnelle visant à maintenir dans le temps la valeur réelle des obligations. Ce mécanisme, le *valorism*, déroge au nominalisme légal supplétif et devrait rendre inutile l'invocation de ce dernier.

Il a également été avancé que l'exclusion du contrôle prévu par la directive visait à garantir que les États membres puissent maintenir ou adopter des règles allant au-delà des dispositions protectrices de la directive, sans pouvoir diminuer le niveau de protection offert par ces dispositions. Dans ce cas, du point de vue du droit de l'Union, même s'il était considéré que les règles supplétives échappent au contrôle fondé sur la législation spécifique en matière de droits des consommateurs, il s'agit d'une disposition contractuelle expresse dans laquelle ce principe est repris, de sorte que, l'accord des parties s'ajoutant à la loi, la juridiction est tenue d'examiner ce principe. En outre, une telle reprise démontre la position de « force » du professionnel, qui n'a pas donné au consommateur la possibilité de négocier, imposant sa volonté de manière discrétionnaire, avec pour conséquence la rupture de l'équilibre contractuel.

Il est également très pertinent, dans ce contexte, d'effectuer une étude comparative des différentes versions linguistiques de l'arrêt rendu dans l'affaire C-186/16 [Andriciuc e.a.] ainsi que de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/13.

Ainsi, l'opinion majoritaire des juridictions roumaines qui se fondent sur les [points] 28 et 29 de l'arrêt de la Cour et considèrent que la clause obligeant le consommateur à rembourser le prêt dans la même devise étrangère que celle dans laquelle le prêt a été accordé n'est pas soumise au contrôle du caractère abusif atténué jusqu'à la supprimer la distinction entre les dispositions impératives et les

dispositions supplétives et affirme en substance que les deux types de dispositions bénéficient du même traitement juridique, toutes deux étant exclues de l'examen du caractère abusif en application de l'exception prévue à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/13.

En fait, l'interprétation majoritaire (exposée au point A ci-dessus) **se fonde sur une différence essentielle entre la version en langue roumaine et la version en langue française** de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire C-186/16 [Andriuc e.a.]. Ainsi, la version en langue française ne contient pas, au [point] 28, l'expression « *normă obligatorie* [disposition obligatoire] », mais l'expression « *disposition impérative* » :

« La Cour a déjà jugé que cette exclusion suppose la réunion de deux conditions. D'une part, la clause contractuelle doit refléter une disposition législative ou réglementaire et, d'autre part, **cette disposition doit être impérative** (arrêt du 10 septembre 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, point 78) ».

La même erreur de traduction se retrouve au [point] 27, dans lequel il est expressément indiqué, dans la version en langue française de l'arrêt, relativement à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/13 [**Or. 11**] : « l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/13 institue une exclusion au champ d'application de celle-ci, qui vise les clauses reflétant les dispositions législatives ou réglementaires **impératives** ».

Or, ces textes n'ont pas le même contenu dans la version en langue roumaine : « 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 [À cet égard, il convient de rappeler que l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/13 institue une exclusion au champ d'application de celle-ci, qui vise les clauses reflétant les dispositions législatives ou réglementaires obligatoires] » ([point] 27). « 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** [La Cour a déjà jugé que cette exclusion suppose la réunion de deux conditions. D'une part, la clause contractuelle doit refléter une disposition législative ou réglementaire et, d'autre part, cette disposition doit être obligatoire] » ([point] 28).

Il existe donc une différence très importante entre les deux versions linguistiques, qui affecte l'uniformité de la pratique judiciaire en Roumanie. Il ressort clairement des approches doctrinales que [les notions] de disposition « impérative » et de disposition « obligatoire » ne sont pas superposables, étant donné que toutes les dispositions impératives sont obligatoires, mais que l'inverse n'est pas vrai. Les dispositions supplétives auxquelles les parties au contrat n'ont pas contractuellement dérogé sont obligatoires pour les parties, mais restent néanmoins supplétives ; elles ne deviennent pas des dispositions « impératives »,

même si elles sont obligatoires, et représentent une catégorie distincte ayant une individualité et des caractéristiques bien définies.

Dans le contexte examiné, la distinction entre les dispositions impératives et les dispositions supplétives n'est pas de forme mais de fond, car l'exception prévue à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/13 est limitée, et bien entendu d'interprétation stricte, aux seules clauses contenant des dispositions **impératives**. En revanche, dans la version en langue roumaine qui parle de « dispositions obligatoires », sont incluses, au-delà de la volonté de l'auteur de l'arrêt considéré et de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/13, tant les dispositions impératives que les règles dispositives auxquelles les parties n'ont pas dérogé.

Approfondissant l'examen de ce point, la juridiction de céans a observé que cette différence linguistique sur le fond, qui a des conséquences juridiques importantes, figure également dans le texte de la directive 93/13, le libellé de l'article 1^{er}, paragraphe 2, différant dans la version en langue française et dans celle en langue roumaine.

Ainsi, la version en langue française indique : « Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires **impératives** ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont partis, notamment dans le domaine des transports, ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive ».

La version en langue roumaine indique quant à elle, en revanche : « Dispozițiile prezentei directive nu se aplică clauzelor contractuale care reflectă acte cu putere de lege sau norme administrative obligatorii sau dispozițiile ori principiile din convențiile internaționale la care statele membre sau Comunitatea sunt părți, în special în domeniul transportului [Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires *obligatoires* ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont partis, notamment dans le domaine des transports, ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive] ».

Seule la Cour peut préciser laquelle de ces deux versions est correcte, en se fondant sur la finalité et les objectifs de cette directive.

Dans ces conditions, la juridiction de céans a considéré qu'il convient de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle visant à savoir si l'article 1^{er}, [paragraphe] 2, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à l'examen du caractère abusif d'une clause contractuelle qui reprend une règle supplétive à laquelle les parties pouvaient déroger, mais ne l'ont pas fait car cette clause n'a fait l'objet d'aucune négociation.

Puisque, à l'issue de la première étape, il convient d'examiner le respect des conditions suivantes relatives à la clarté et compréhensibilité de la clause ainsi que des exigences en matière de bonne foi, aux fins de quoi les informations fournies par l'emprunteur dans le cadre de la négociation du contrat de prêt sont

pertinentes, la juridiction de céans a jugé nécessaire de formuler les deux dernières questions.

La nécessité de poser ces questions est née des différentes interprétations des juridictions nationales en ce qui concerne la détermination des critères en vertu desquels ces objectifs peuvent être analysés.

C. Dans le cadre d'une première interprétation, il a été considéré que ce type de recours devaient être rejetées, non pas en raison de la constatation de l'application du principe du nominalisme monétaire, mais parce que **[Or. 12]** la banque était de bonne foi et a dûment rempli son obligation d'information. Cette approche jurisprudentielle (elle aussi isolée) est également fondée sur l'idée que, même si toutes les conditions étaient réunies pour constater la nullité absolue de la clause, la conséquence ne saurait être la stabilisation du taux de change au cours en vigueur au jour de la signature du contrat, mais la reprise des dispositions supplétives nationales, qui sont celles de l'article 1578 de l'ancien code civil.

Par conséquent, dans le cadre de cette interprétation, le principe du nominalisme est amené à jouer indirectement un rôle central dans l'appréciation tant des exigences relatives au caractère clair et compréhensible de la clause de risque de change que des critères par rapport auxquels l'obligation d'information du consommateur doit être appréciée.

En substance, les demandes des consommateurs à cet égard ont été essentiellement rejetées au motif que le professionnel avait satisfait à son obligation d'informations et que la preuve de sa mauvaise foi au moment de la conclusion du contrat était difficile à fournir, compte tenu de la multitude de facteurs intervenant dans la fluctuation du taux de change et échappant au contrôle de la banque ayant accordé le prêt.

Il a été souligné que, quelle que soit la devise considérée, le taux de change varie, ce fait étant notoirement connu y compris du consommateur le moins averti n'ayant pas de connaissances spécialisées.

En d'autres termes, même le consommateur le moins diligent pouvait et devait savoir qu'il existait un risque de variation à la hausse de la valeur de la devise convenue, étant donné que, depuis 1990, toutes les devises ont connu une augmentation constante par rapport à la monnaie nationale (RON).

La fluctuation du taux de change étant notoire, il n'était pas nécessaire d'en informer expressément le consommateur, puisque n'importe qui savait que, s'il contractait un prêt en devises étrangères et qu'il devait le rembourser dans la même devise, la valeur de celle-ci pouvait varier par rapport à la monnaie nationale (RON), étant donné la longue période sur laquelle s'étendaient les relations contractuelles.

Par ailleurs, bien que la fluctuation du taux de change soit notoire, cela ne signifie pas que la banque peut prévoir les différences concrètes, à savoir les

augmentations ou les diminutions du taux de change CHF/RON. Le professionnel a certes une obligation d'information, mais celle-ci doit rester dans des limites du raisonnable ; on ne saurait exiger de lui qu'il prévoie le taux de change sur de longues périodes.

Le simple fait que la banque soit un professionnel en matière financière et bancaire ne signifie pas nécessairement qu'elle sait comment le taux de change évoluera, d'autant plus que la période contractuelle est longue.

Concernant l'obligation d'information, il importe de faire observer que, si le législateur a prévu, en ce qui concerne le caractère négocié du contrat, que la charge de la preuve incombe au professionnel, en revanche, en ce qui concerne l'existence d'informations pertinentes qui auraient été cachées par le professionnel, le consommateur n'est pas exonéré de la preuve et doit démontrer que le professionnel était effectivement en possession des informations pertinentes relatives à la fluctuation du cours du CHF et qu'il ne les a pas portées à sa connaissance.

En outre, la banque ne saurait supporter seule la charge du manque de diligence du consommateur ne s'étant pas informé préalablement de l'évolution et de la stabilité du CHF, d'autant que les analyses et les rapports des diverses institutions financières nationales et internationales sont publics et peuvent être consultés facilement sur Internet par un consommateur moyen, attentif et bien informé.

Par ailleurs, il convient de noter que les fluctuations monétaires ne sauraient en aucun cas constituer un risque s'ajoutant au risque naturel inhérent au contrat de prêt, qui va au-delà du pouvoir de prévision des parties au contrat et où interviennent des éléments qui ne pouvaient pas être pris en considération au moment de la conclusion du contrat.

Enfin, il a été indiqué que, même si l'on estimait être en présence d'une clause abusive, la solution ne pourrait pas être le gel du taux de change au cours en vigueur au moment de la conclusion du [Or. 13] contrat de prêt, mais la nullité de la clause abusive, le juge ne pouvant pas dans ce cas intervenir dans le contrat conclu entre les parties.

Conformément à la jurisprudence établie par la Cour dans l'arrêt C-618/10 (Banco Banco Español de Crédito), 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 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, la seule exception admise par la Cour étant la substitution de la clause abusive par une disposition de droit national à caractère supplétif (arrêt C-26/13, [Kásler et Káslerné Rábai]).

Or, cette disposition à caractère supplétif ne pourrait être autre que celle figurant à l'article 1578 de l'ancien code civil, ce qui revient en fait à maintenir la relation juridique entre les parties dans sa version préfigurée dès la conclusion du contrat.

En conclusion, dans la même ligne que la décision de la Curtea Constituțională (Cour constitutionnelle) dans son arrêt n° 62/2017 précité, il a été décidé que la constatation du caractère abusif de la clause de risque de change n'implique pas de modifier/réviser le contrat en stabilisant le taux de change CHF/[RON] au cours en vigueur au moment de la signature du contrat, une telle modification ou révision ne pouvant être envisagée par le juge qu'en cas d'application de la théorie de l'imprévision, qui ne produit des effets que pour l'avenir.

Il s'agit là de l'approche qui a dans une grande mesure été suivie par la juridiction ayant rendu le jugement à l'encontre duquel les deux appels ont été formés.

D. À l'opposé, il existe une jurisprudence nationale (également isolée) favorable à l'exercice du contrôle de légalité, selon laquelle l'exigence de transparence des clauses contractuelles prévue par la directive 93/13 ne saurait être réduite au seul caractère compréhensible desdites clauses sur les plans formel et grammatical, mais doit être entendue de manière extensive, sous l'angle de la compréhension des conséquences que l'exécution du contrat peut avoir sur le patrimoine du consommateur.

À cet égard, sur le fondement de l'arrêt *Andriuc*, il a été conclu que le niveau *minimal de clarté et de compréhension* de la clause examinée sous l'angle des conséquences pouvant se produire sur le patrimoine du consommateur ne peut être atteint que si le consommateur assume expressément et sciemment le risque de variation du cours de la devise de paiement. Cette information n'est en outre appropriée que si elle est fondée sur des simulations concrètes réalisées par le professionnel partie au contrat, afin que le consommateur soit en mesure d'apprécier le risque de crédit lié aux fluctuations du taux de change, et que les variations du taux prévu soient liées au niveau d'endettement maximal autorisé et aux revenus obtenus au moment de la conclusion du contrat.

Pour être pleinement informé, le consommateur doit connaître et accepter le montant maximal remboursable dans la monnaie de paiement dans laquelle il perçoit ses revenus réguliers. Ce n'est que dans ces conditions qu'une clause relative au risque de change de la monnaie de paiement pourrait être qualifiée de claire et compréhensible. Dans le cas contraire, une telle clause se transforme en un piège qui confère au contrat le caractère d'un contrat aléatoire et qui peut gravement nuire à la capacité du consommateur de payer les échéances périodiques, comme cela a eu lieu, de façon prévisible, dans de nombreux cas, dans le contexte d'une dépréciation de la monnaie nationale par rapport au CHF allant jusqu'à 130 % sur une période relativement courte.

Si les simulations et les prévisions n'ont pas été faites, il n'est pas satisfait aux exigences minimales en matière d'information des consommateurs, car, en l'absence de scénarios quant à la variation du taux de change en combinaison avec les estimations des revenus devant être faites lors de la phase précontractuelle, le consommateur [n]'a [pas] pu prendre réellement conscience de la nature de la transaction.

En ce qui concerne le *déséquilibre significatif* entre les droits et les obligations des parties, cette condition a elle aussi été considérée comme remplie, car les consommateurs, insuffisamment informés, ont assumé l'obligation de rembourser le prêt en CHF sur une longue période, généralement entre 20 et 30 ans.

L'exécution du contrat a pleinement confirmé les risques relativement auxquels l'établissement bancaire professionnel n'a fait preuve d'aucune diligence d'information. En effet, la devise dans laquelle le prêt a été accordé a constamment augmenté au cours de l'exécution du contrat en monnaie nationale, les échéances du prêt devenant, par simple calcul mathématique, extrêmement onéreuses. Ainsi, le taux de change [Or. 14] [RON]/CHF, qui fluctuait autour de 2 RON fin 2007, lorsque le prêt a été accordé, n'a pas cessé d'augmenter, jusqu'à une valeur maximale de 4,58 RON fixée par la [Banque nationale de Roumanie] entre le 23 et le 25 janvier 2015, augmentant de 130 % par rapport au taux de conversion initial et redescendant ensuite de manière insuffisante à des valeurs en tout état de cause supérieures à 4 RON.

Même si cette évolution était impossible à prédire, la faute évidente de la banque réside dans le fait qu'elle n'a pas informé les consommateurs requérants de ce risque, intrinsèque et inévitable dans tout prêt en devises étrangères accordé pour une période aussi longue. Cette omission fondamentale porte profondément préjudice aux consommateurs, qui n'ont pas sciemment assumé un risque tel que celui qui s'est déjà produit et qui n'ont pas anticipé les conséquences d'une telle fluctuation non spécifique à un contrat synallagmatique et commutatif. Au moment de la conclusion du contrat, aucune fourchette de variation du taux rendant la charge contractuelle pleinement prévisible pour le consommateur n'a été établie ni une clause de couverture du risque par une assurance proposée.

En ce qui concerne la *bonne foi*, il a été constaté que les conditions pour constater la bonne foi sont différentes dans le domaine de la protection des consommateurs, les exigences étant bien plus élevées, et que comptent parmi les éléments essentiels permettant de considérer qu'il y a bonne foi la volonté et la capacité du professionnel d'offrir toutes les informations essentielles liées à la nature et aux risques pouvant survenir au cours de l'exécution du contrat, la négociation des clauses essentielles du contrat et le fait de donner au consommateur la possibilité de prendre conscience de la nature réelle de la transaction et de souscrire un produit bancaire adapté à ses besoins, aux revenus qu'il perçoit et aux risques qu'il peut gérer sans compromettre sa capacité de payer les échéances.

Bien entendu, dans le cadre de l'appréciation de la bonne foi de la banque, se pose la question légitime de savoir pourquoi elle a proposé le prêt dans une devise exotique, qui n'a jamais été utilisée habituellement ou même sporadiquement comme monnaie de paiement ou de compte sur le territoire roumain (contrairement à ce qui a été le cas, jusqu'ici, pour le DEM, l'USD ou l'EUR), inconnue du grand public et n'offrant aucun repère dans la faible culture financière de la population en 2007. À quelques rares exceptions conjoncturelles près, la plupart des consommateurs qui ont eu accès à ces prêts en CHF ne

savaient pas à quoi ressemblait un billet de banque dans cette devise. L'absence de toute possibilité pour un consommateur roumain de percevoir des revenus salariaux ou autres en CHF est également pertinente ici.

Ce produit de prêt a été présenté en tant que produit sûr et préférable, eu égard à la stabilité du CHF, [omissis] permettant, au vu des circonstances dans lesquelles il a été lancé sur le marché (cotation faible par rapport au RON, possibilité d'accéder à des prêts en CHF auprès de banques étrangères, taux d'intérêt peu élevé), d'accorder un prêt d'un montant plus élevé par rapport aux produits de prêt similaires en RON et en EUR. Le professionnel a ainsi trouvé une solution pour accroître sa part de marché, mais aussi son profit, souhaitant se protéger de tout risque financier et faire supporter ce risque lors de l'exécution du contrat à un consommateur non avisé et non informé de l'ensemble des conséquences et des effets du contrat. L'établissement de l'obligation de rembourser le prêt dans cette devise, connue dans le domaine financier et bancaire comme une monnaie « refuge en période de crise », a constitué un élément essentiel de ce mécanisme de protection du professionnel et a porté un préjudice grave et profond au consommateur en l'exposant à un risque excessif.

Il s'est ensuite avéré que toutes les banques opérant en Roumanie n'ont pas offert des produits dans cette devise et que les produits bancaires en CHF ont disparu après l'augmentation du CHF par rapport au RON, preuve que la politique des banques visant à proposer de telles offres à un moment donné n'était qu'une spéculation conjecturale.

En conclusion, après examen détaillé de l'ensemble de ces étapes, il a été constaté qu'une clause obligeant le consommateur à verser tout paiement effectué en vue de rembourser le prêt dans la devise dans laquelle le prêt a été accordé a un caractère abusif.

Par conséquent, pour garantir l'effet utile du principe d'effectivité, il a été considéré que la seule solution possible était de retirer cette clause du contrat, *en permettant la poursuite des relations par le paiement des montants dus, selon le taux en vigueur au jour de la conclusion du contrat*. C'est le seul moment et élément en fonction duquel l'établissement bancaire professionnel a procédé à une évaluation du [Or. 15] niveau d'endettement des débiteurs et de leur capacité à payer les échéances au regard du niveau maximal d'endettement des personnes contractant des prêts bancaires.

De l'autre point de vue, celui du consommateur, ce n'est qu'au moment de la conclusion du contrat qu'il a été procédé à une estimation des ressources financières provenant des revenus perçus dans la monnaie nationale devant être affectés au paiement des échéances du prêt. Les fluctuations ultérieures ont porté préjudice aux intérêts des consommateurs, qui n'ont pas été correctement informés par le professionnel, au moment de la conclusion du contrat, au moyen de la présentation d'estimations et de simulations leur permettant de s'engager contractuellement en toute connaissance de cause.

Les juridictions soutenant cette interprétation ont également indiqué que [la théorie de] l'imprévision ne saurait constituer un remède efficace à la correction du déséquilibre créé par les fluctuations monétaires, étant donné que la prémisse de [l'application de cette théorie] est l'existence d'une clause valable et que, par ailleurs, [la théorie de] l'imprévision ne peut produire des effets que pour l'avenir, de sorte que l'effet utile de la directive n'est pas garanti.

Ces dernières appréciations s'appliquent également à tout type de reconfiguration du prêt par référence à la monnaie nationale, à la suite de négociations entre les parties.

Après avoir présenté les opinions exprimées dans la jurisprudence nationale récente postérieure à l'arrêt C-186/16 [Andriuc e.a.], la juridiction de céans estime nécessaire d'ajouter quelques précisions à l'appui de la recevabilité et de l'utilité du présent renvoi préjudiciel. Elle considère ainsi important que, même en présence d'une jurisprudence de la Cour résolvant le point de droit en cause, les juridictions nationales conservent l'entière liberté de saisir la Cour si elles l'estiment opportun. Même si les dispositions dont l'interprétation est demandée ont déjà été interprétées par la Cour, cela n'empêche pas la Cour de statuer à nouveau, comme elle l'a fait dans l'arrêt C-186/16 [Andriuc e.a.], [point] 21.

Les considérations de la Cour au [point] 21 de l'arrêt C-186/16 [Andriuc e.a.] sont d'autant plus valables que la difficulté dans laquelle se trouvent les juridictions roumaines concernant cette question est évidente et la pratique non uniforme.

[omissis] [anticipation, en substance, des questions reprises dans le dispositif]

En outre, pour les contrats qui ont été conclus après l'adoption de la directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil, du 4 février 2014, [sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel], il existe des mécanismes clairs de protection des consommateurs contre le risque de change si le déséquilibre devient significatif, alors que les consommateurs ayant contracté des prêts bancaires en devises étrangères avant l'adoption de cette directive sont privés de toute sorte de protection. Est-il juste que ces consommateurs subissent les conséquences d'une réaction tardive du législateur, qui n'a pas réglementé ce phénomène de grande ampleur, notamment dans les pays **[Or. 16]** de l'ancien bloc communiste, où l'éducation financière du consommateur moyen était insuffisante ? Il convient de préciser que ce manque d'éducation [financière] était dû au contexte historique et économique d'un État centralisé et d'une économie contrôlée qui ont empêché les consommateurs d'acquérir de l'expérience concernant l'accès aux prêts bancaire sur un marché libre.

La Curtea de Apel Cluj (cour d'appel de Cluj) statue dans la présente affaire en tant que juridiction de fond saisie en appel, la décision qu'elle rendra pouvant donc faire l'objet d'un pourvoi devant l'Înalta Curte de Casație și Justiție (Haute

Cour de cassation et de justice, Roumanie). À la date de la présente ordonnance de renvoi, de nombreuses affaires pour la résolution desquelles la réponse à la présente demande de décision préjudicielle est déterminante sont pendantes, à divers stades de la procédure, devant les juridictions spécialisées roumaines.

[omissis]

PAR CES MOTIFS

AU NOM DE LA LOI

DISPOSE :

La Cour de justice de l'Union européenne est saisie d'une demande de décision préjudicielle portant sur les questions suivantes relatives à l'interprétation de la directive 93/13 :

1. L'article 1^{er}, [paragraphe] 2, de la directive 93/13/CEE doit-il être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à l'examen du caractère abusif d'une clause contractuelle qui reprend une règle supplétive à laquelle les parties pouvaient déroger, ce qu'elles n'ont toutefois pas fait dans la mesure où cette clause n'a fait l'objet d'aucune négociation, telle que la clause examinée en l'espèce, qui exige que le prêt soit remboursé dans la même devise étrangère que celle dans laquelle le prêt a été accordé ?

2. Lorsque des calculs ou des prévisions concernant l'incidence économique d'une éventuelle fluctuation du taux de change sur l'ensemble des obligations de paiement découlant du contrat n'ont pas été présentés au consommateur au moment de l'octroi du prêt en devises étrangères, peut-on soutenir à bon droit qu'une telle clause, qui fait entièrement supporter le risque de change au consommateur (conformément au principe du nominalisme), est claire et compréhensible et que le professionnel ou la banque a satisfait de bonne foi à son obligation d'informer son cocontractant, quand le niveau maximal d'endettement des consommateurs imposé par la Banque nationale de Roumanie a été calculé par référence au taux de change en vigueur à la date de conclusion du prêt ?

3. La directive 93/13 et la jurisprudence y relative ainsi que le principe d'effectivité s'opposent-ils à ce que, à la suite de la constatation du caractère abusif d'une clause concernant la prise en charge du risque de change, le contrat subsiste sans modification ? Quelle modification serait possible afin d'écarter la clause abusive et de respecter le principe d'effectivité ?

[omissis]