

Causa C-81/19**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

1 febbraio 2019

Giudice del rinvio:

Curtea de Apel Cluj (Romania)

Data della decisione di rinvio:

27 dicembre 2018

Ricorrenti in primo grado:

NG

OH

Convenuta in primo grado:

SC Banca Transilvania SA

Oggetto del procedimento principale

Ricorsi in appello proposti, da un lato, da NG e OH, ricorrenti in primo grado e, dall'altro, dalla SC Banca Transilvania SA, convenuta in primo grado, avverso la sentenza civile del 9 febbraio 2018 con cui il Tribunalul Specializat Cluj (Tribunale specializzato di Cluj) ha parzialmente accolto il ricorso dei ricorrenti con cui chiedevano, nella parte rilevante per il rinvio pregiudiziale, che fosse dichiarato il carattere abusivo e, di conseguenza, che fosse dichiarata la nullità assoluta, di clausole del contratto di mutuo stipulato con la SC Volksbank Romania SA, il cui successore giuridico è la convenuta, la fissazione del tasso di cambio CHF-RON al valore alla data della stipulazione del contratto e la restituzione delle somme versate in eccesso a seguito della svalutazione della valuta nazionale rispetto al franco svizzero.

Oggetto e fondamento giuridico della domanda di pronuncia pregiudiziale

L'interpretazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in particolare dell'articolo 1, paragrafo 2, della giurisprudenza elaborata dalla Corte relativa a tale direttiva e del principio di effettività.

Questioni pregiudiziali

1. Se l'articolo 1 [paragrafo 2] della direttiva 93/13/CEE debba essere interpretato nel senso che non osta al fatto che sia analizzata sotto il profilo del carattere abusivo una clausola contrattuale che riprende una norma suppletiva alla quale le parti potevano derogare, ma in concreto non hanno derogato in quanto su di essa non vi è stato alcun negoziato, così come accade nel caso specifico analizzato per la clausola che impone il rimborso del mutuo nella stessa valuta straniera in cui esso è stato concesso..

2. Se in un contesto in cui, nel concedere il mutuo in valuta estera, non sono stati presentati al consumatore calcoli/previsioni relativi all'impatto economico che un'eventuale fluttuazione del tasso di cambio avrà per quanto riguarda gli obblighi complessivi di pagamento derivanti dal contratto, si possa sostenere a ragione che una siffatta clausola, d'integrale assunzione del rischio di cambio da parte del consumatore (in forza del principio nominalistico), è chiara e comprensibile e che il professionista/la banca ha adempiuto in buona fede l'obbligo d'informazione della sua controparte contrattuale, in un contesto in cui il grado massimo d'indebitamento dei consumatori stabilito dalla Banca Națională a României (Banca nazionale della Romania) è stato calcolato con riferimento al tasso di cambio alla data della concessione del mutuo.

3. Se la direttiva 93/13/CEE e la giurisprudenza elaborata in base ad essa nonché il principio di effettività ostino a che, in seguito alla dichiarazione del carattere abusivo di una clausola relativa all'attribuzione del rischio di cambio, il contratto prosegua immutato. Quale sarebbe la modifica possibile per non applicare la clausola abusiva e rispettare il principio di effettività.

Disposizioni del diritto dell'Unione e giurisprudenza fatte valere

Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: articolo 1, articolo 3, paragrafo 1, articolo 4, articolo 5, articolo 6, paragrafo 1, articolo 7, paragrafo 1, e punto 1, lettera i) dell'allegato.

Sentenze della Corte nella cause C-618/10, Banco Español de Crédito; C-92/11, RWE Vertrieb; C-397/11, Jörös; C-34/13, Kušionová; C-280/13, Barclays Bank; C-51/17, OTP Bank e OTP Faktoring e C-186/16, Andriciuc e altri, e ordinanza della Corte nella causa C-119/17, Lupean e Lupean.

Disposizioni nazionali fatte valere

Codice civile, nella versione vigente alla data della stipulazione del contratto, che sancisce il principio del nominalismo monetario all'articolo 1578, secondo cui: «L'obbligazione derivante da un mutuo in danaro riguarda sempre il medesimo importo indicato nel contratto. Se interviene un aumento o una diminuzione del valore della valuta prima che scada il termine del pagamento, il debitore deve restituire l'importo ricevuto in prestito ed è obbligato a restituirlo unicamente nella valuta avente corso legale al momento del pagamento».

Codice del commercio, nella versione vigente alla data della stipulazione del contratto, articolo 41, secondo cui: «Quando la valuta indicata in un contratto non ha corso legale o commerciale nel paese e quando il suo corso non è stato determinato dalle parti stesse, il pagamento potrà essere effettuato nella valuta del paese, secondo il tasso di cambio che avrà nel giorno stesso della scadenza e nel luogo del pagamento, e se in tale luogo non vi fosse un tasso di cambio, secondo il tasso dei mercati più vicini, tranne nel caso in cui il contratto contenga la clausola "effettivo" o un'altra clausola simile».

Breve illustrazione dei fatti e del procedimento principale

- 1 Nel marzo 2006 i ricorrenti hanno stipulato un contratto di mutuo con la SC Volksbank Romania SA, per un importo pari a 90 000 lei rumeni (RON), per una durata di 192 mesi, con interesse corrente annuale pari al 7,75%, e con interesse annuale effettivo (in prosieguo: «DAE») pari all'8,42% annuale. Il mutuo è stato garantito da un'ipoteca contratta sull'abitazione dei ricorrenti. La rata mensile fissa doveva essere di RON 825,46 e il costo complessivo del credito pari a RON 114 533,71.
- 2 Per il rifinanziamento di tale credito le stesse parti hanno stipulato, il 15 ottobre 2008, un secondo contratto di mutuo per un importo pari a 65 000 franchi svizzeri (CHF), per una durata di 192 mesi, con interesse corrente annuale pari al 3,99%, e DAE annuale pari al 7,02%. Alla data della stipulazione di tale contratto, il valore del franco svizzero era di RON 2,4481, i redditi cumulati dei ricorrenti erano pari a RON 6 400 e il saldo del primo mutuo che doveva essere rifinanziato era di RON 63 480,17. I costi totali del credito in CHF ammontavano a CHF 103 531,12, di cui CHF 65 000 capitale, CHF 23 264,48 interessi e 15 266,64 CHF commissioni. La rata mensile era pari a CHF 450,43, a cui si aggiungeva la commissione di gestione. La prima rata versata dai ricorrenti era pari a CHF 603,43, che rappresentava il 35,04% del loro reddito complessivo. Anche per garantire tale credito è stata costituita un'ipoteca su un immobile di proprietà dei ricorrenti.
- 3 Le condizioni generali del contratto di mutuo del 2008 prevedevano, tra l'altro, alla clausola 4.1 della sezione «Pagamenti» che: «ogni pagamento effettuato in base alla convenzione sarà effettuato nella valuta del mutuo, ad eccezione dei casi

menzionati espressamente nelle condizioni speciali o nelle condizioni generali» (in prosieguo: la «clausola controversa»).

- 4 Con atto aggiuntivo stipulato il 29 ottobre 2010 si è stabilito che il tasso dell'interesse fosse variabile, sulla base della seguente formula di calcolo: Libor a 3 mesi + margine di 3,39 punti percentuali annuali, DAE annuale al 6,3%. La somma complessiva da versare è stata calcolata in CHF 100 602,09. Un secondo atto aggiuntivo, stipulato il medesimo giorno, fissava il tasso dell'interesse corrente al 3,49%, con interesse fisso per i primi 86 mesi e interesse variabile dopo 86 mesi sulla base della seguente formula di calcolo: Libor a 3 mesi più margine di 3,14 punti percentuali annuali, DAE annuale al 3,77%. La somma complessiva da versare ammontava a CHF 89 680,16.
- 5 Tra il 5 settembre 2010 e il 16 ottobre 2016, nell'ambito di una vasta corrispondenza intercorsa tra le parti, i ricorrenti hanno chiesto alla banca misure concrete al fine della rimozione degli effetti della crescita significativa del tasso di cambio, sostenuti unicamente dai ricorrenti per la durata del contratto.
- 6 Infatti, se al tasso in vigore al 16 ottobre 2010, di RON 2,4481 per 1 CHF, l'importo ottenuto in prestito corrispondeva a RON 159 126, il 13 aprile 2017, al tasso di RON 4,2598 per 1 CHF, il medesimo importo corrispondeva a RON 276 887. Dall'evoluzione del tasso di cambio è derivato un costo aggiuntivo per i ricorrenti (correlato esclusivamente al debito principale, al netto di commissioni ed interessi) di RON 117 760 (CHF 27 664 al tasso corrente e CHF 48 102 al tasso alla data di concessione del credito).
- 7 Dinanzi al Tribunal Specializat Cluj i ricorrenti hanno invocato l'esistenza di uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi assunti dalle parti, contestando, tra l'altro, il trasferimento esclusivo a loro carico del rischio di cambio.
- 8 Essi hanno infatti sostenuto che, nel corso del 2008, è stata la banca ad avergli suggerito di trasformare il mutuo da lei [rumeni] in franchi svizzeri poiché l'interesse era di molto inferiore. Al momento della stipula della convenzione del 2008, la banca ha chiesto l'apertura di tre conti, uno in CHF, uno in EUR e uno in RON, conti per il pagamento delle rate in funzione delle disposizioni impartite dalla creditrice. I ricorrenti hanno sostenuto di non aver in alcun momento compreso come funzionasse tale meccanismo e di non aver realmente ricevuto somme in franchi svizzeri, affermando di aver sempre depositato somme in lei e di aver parimenti ricevuto il credito in lei. Essi sostengono di non aver avuto alcun particolare interesse a chiedere un credito in CHF, poiché non percepivano redditi in tale valuta e non conoscevano nulla di tale valuta.
- 9 I ricorrenti sostengono di non aver ottenuto concretamente l'importo in franchi svizzeri e di essere stati indotti, mediante la promessa di vantaggi, a sottoscrivere i documenti di rifinanziamento del credito in RON attraverso un nuovo credito in CHF. Essi considerano che le banche hanno utilizzato una valuta di rifugio in periodo di crisi, trasferendo il rischio ai clienti, e che, benché la banca avesse

presente il rischio che correvano i ricorrenti, essa non ha adempiuto gli obblighi d'informazione, di consulenza, e di avvertimento prima della trasformazione del credito da RON in CHF.

- 10 È in tale contesto che i ricorrenti, secondo cui gli articoli 3 e 4 della direttiva 93/13/CEE sono pienamente applicabili nel caso di specie, hanno chiesto al giudice di riequilibrare il contratto di mutuo bancario descritto in precedenza, mediante il blocco del tasso di cambio del contratto al tasso di cambio alla data della stipulazione del contratto, con la condanna della convenuta alla restituzione degli importi percepiti in eccesso.
- 11 Secondo i ricorrenti, considerando la mancata informazione nei loro confronti da parte della banca per quanto riguarda il rischio di aumento del CHF, nonché l'effettiva impossibilità di negoziare il contenuto della clausola che obbliga alla restituzione del credito nella stessa valuta in cui è stato concesso, la banca ha ottenuto un indebito guadagno.
- 12 Il Tribunal Specializat Cluj ha parzialmente accolto il ricorso, ma ha respinto la richiesta dei ricorrenti relativa alla fissazione del tasso di cambio al valore alla data della sottoscrizione del contratto.
- 13 Sebbene abbia riconosciuto la possibilità dell'analisi della clausola controversa sotto il profilo del carattere abusivo, poiché il principio del nominalismo monetario, previsto dal Codice civile e inserito nel contratto mediante la suddetta clausola, ha carattere suppletivo, e non carattere imperativo, il Tribunal Specializat Cluj ha ritenuto che la clausola sia redatta in termini chiari e comprensibili, sicché qualsiasi consumatore avrebbe potuto prevedere che si sarebbe esposto al rischio di cambio, il quale è stato accettato con cognizione di causa da parte dei ricorrenti, e che il professionista ha assolto l'obbligo d'informazione.
- 14 Il Tribunale ha accertato che non è stato né dimostrato che la banca detenesse informazioni sufficienti da offrire ai ricorrenti per quanto riguarda il rischio di cambio in capo ad essi, in grado di creare squilibrio in futuro nell'esecuzione del contratto, né che la banca versasse in malafede per quanto riguarda l'inserimento di una clausola siffatta.
- 15 Sia i ricorrenti sia la banca hanno proposto appello dinanzi al giudice del rinvio, la Curte de Apel Cluj (Corte d'appello di Cluj).

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale

- 16 In appello, i ricorrenti hanno chiesto la fissazione del tasso di cambio alla data del 15 ottobre 2008 e la restituzione delle somme che costituiscono la differenza di tasso di cambio tra il tasso alla data della stipulazione del contratto e il tasso alla data del versamento di ciascuna rata, oltre agli interessi legali.

- 17 La Banca sostiene che il rischio di cambio è assunto implicitamente dal consumatore poiché il tasso di cambio, che non può essere previsto dal professionista, è influenzato da elementi esterni, situati al di fuori della sua sfera di controllo. Secondo la Banca, la clausola relativa alla valuta in cui è espresso il credito entra nella sfera dell'oggetto principale del contratto e traspone il principio nominalistico, essendo così sottratta al controllo degli organi giurisdizionali sotto il profilo del suo carattere abusivo.

Breve illustrazione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 18 Il giudice del rinvio indica che esiste una giurisprudenza nazionale non uniforme per quanto riguarda le modalità in cui deve essere preso in considerazione il principio del nominalismo monetario, come norma nazionale suppletiva, nell'ambito della verifica imposta dalla Corte al punto 29 della sentenza C-186/16, Andriuc e altri.
- 19 Secondo una prima tesi, maggioritaria, la giurisprudenza nazionale successiva alla sentenza Andriuc e altri ha ritenuto che l'inserimento del principio del nominalismo monetario nei contratti di mutuo, in assenza di un diverso accordo tra le parti a tale riguardo, escluda la clausola relativa al rischio di cambio dalla sfera del controllo per quanto riguarda il suo carattere abusivo. Di conseguenza, alla luce delle disposizioni dell'articolo 1578 del vecchio Codice civile (riprese dall'articolo 2164 del nuovo Codice civile), l'importo da rimborsare doveva essere determinato in relazione all'importo effettivamente ricevuto in prestito, anche nell'ipotesi di eventuali modifiche del valore della valuta, in quanto l'obbligo di restituzione è previsto nello stesso numero di unità monetaria espresso nella convenzione, indipendentemente da un'eventuale variazione tra il momento iniziale e quello finale.
- 20 Nel sostenere tale tesi, gli organi giurisdizionali nazionali hanno sottolineato il fatto che la Corte non ha fatto distinzione tra le norme che si applicano tra le parti contraenti indipendentemente dalla loro scelta e quelle che hanno natura suppletiva e ha indicato che sono escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 93/13 sia le norme imperative sia quelle suppletive che si applicano ope legis, allorché non è stato convenuto alcun altro accordo tra i contraenti al riguardo. È stato inoltre indicato che tale interpretazione deriva dal tredicesimo considerando della direttiva 93/13, dalle disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13 nonché dalla sentenza della Corte nella causa C-92/11, RWE Vertrieb (punti 25-28).
- 21 Un altro elemento invocato per motivare tale approccio è costituito dalla decisione n. 62/2017 della Curte Constituțională (Corte costituzionale), relativa alla costituzionalità della Lege pentru completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori (legge per l'integrazione del decreto legge n. 50/2010 relativo ai contratti di credito per i consumatori), che prevedeva la conversione in lei dei crediti contratti in CHF, al

tasso CHF/RON alla data del contratto. La Curtea Constituțională ha statuito, essenzialmente, che il testo del Codice civile che sancisce il principio nominalistico ha natura suppletiva, cosicché le parti hanno la possibilità di derogarvi. Tuttavia, in mancanza di clausole derogatorie, si applica la norma di diritto comune, ossia l'articolo 1578 del Codice civile. In forza del principio del nominalismo monetario, la somma concessa, a titolo di prestito dev'essere restituita esattamente, a prescindere dal suo aumento o dalla sua svalutazione, cosicché entrambe le parti assumono il rischio che nel corso dell'esecuzione del contratto l'importo rimborsato dal mutuatario acquisti o perda valore al momento della restituzione rispetto al momento della concessione, in relazione a un'altra valuta considerata punto di riferimento. La Curtea Constituțională ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni sottoposte al suo esame, facendo fallire il tentativo dell'autorità legislativa di disciplinare la situazione dei mutui contratti in franchi svizzeri.

- 22 Il giudice del rinvio afferma che, successivamente all'ordinanza della Corte nella causa Lupean e Lupean, tale prima tesi non è stata ridimensionata in modo significativo.
- 23 In base a una seconda tesi delineata in giurisprudenza, che è tuttavia isolata, la Corte di giustizia ha lasciato in capo al giudice del rinvio l'obbligo di determinare se si è o meno in presenza di un'eccezione all'ambito di applicazione della direttiva. Pertanto, i giudici hanno osservato che, nell'ordinanza nella causa Lupean e Lupean, la Corte di giustizia, sebbene faccia riferimento a quanto già statuito nella sentenza Andriciuc e altri, non ha più ritenuto necessario soffermarsi sul principio del nominalismo monetario. Tali giudici hanno dedotto, implicitamente, che la Corte di giustizia avrebbe ritenuto che, anche nel caso in cui l'articolo 1578 del Codice civile sia o possa essere applicabile, esso non può costituire un ostacolo legittimo per il giudice nazionale, il quale deve procedere all'analisi nel merito delle clausole segnalate come abusive.
- 24 Conformemente a tale interpretazione, i giudici nazionali hanno rilevato che non è stato dimostrato durante il processo che ai debitori sia stata offerta la possibilità effettiva di negoziare il margine di tali clausole, sicché, di fatto, solo apparentemente si è in presenza di un accordo che traspone una norma suppletiva, mentre in realtà esso è stato trasformato, attraverso il comportamento sleale del professionista, in un accordo che è espressione di una norma imperativa, che ha posto i debitori, senza offrire loro alcuna alternativa, nella posizione di consumatori vincolati, i quali in tale qualità dovevano imperativamente poter beneficiare della tutela dei loro diritti legittimi, in quanto deve prevalere l'argomento relativo all'effetto utile della direttiva 93/13.
- 25 Nell'ambito di tali argomentazioni si è anche sottolineato che, per poter affermare che «non è stato convenuto alcun altro accordo tra i contraenti al riguardo», ai sensi del punto 79 della sentenza della Corte di giustizia nella causa C-34/13, Kušionová, occorre che un siffatto accordo fosse possibile nell'ambito di trattative aperte e costruttive tra le parti. Qualora tale possibilità non fosse esistita in pratica

e il contratto non fosse stato negoziato sotto nessun aspetto (trattativa che deve essere dimostrata dal professionista), risulta che la norma suppletiva si applica non già in quanto i debitori-consumatori non hanno voluto escluderne l'applicazione, bensì in quanto non hanno avuto in nessun momento la reale possibilità di escluderla, poiché il contenuto del contratto è stato prestabilito unilateralmente dal professionista. Si è concluso che la clausola di cui trattasi non è esclusa dalla censura e non assolve il professionista dall'obbligo d'informazione previsto dalla legge speciale. Ammettere il contrario significherebbe che il professionista sarebbe dispensato dall'obbligo d'informazione su di esso incombente in base alla legge speciale proprio ricorrendo al diritto comune, che dovrebbe essere applicato solo quando la legge speciale non prevede una disciplina.

- 26 Secondo tale orientamento giurisprudenziale, un'interpretazione del nominalismo nel senso auspicato dal professionista non si fonda sulle circostanze prese in considerazione all'atto di adozione della norma ed è estranea alla finalità per cui è stata adottata, poiché nega la genesi di tale istituto, concepito come uno strumento che proteggeva principalmente il debitore, in un periodo caratterizzato da inflazione monetaria.
- 27 Alcuni giudici hanno ritenuto che porre il rischio di cambio esclusivamente in capo a consumatori che percepiscono i redditi in lei dimostra che il professionista si è messo al riparo da ogni possibile perdita, preservando il valore di acquisto delle rate da versare, tesi che corrisponde perfettamente al principio valoristico, che si contrappone al principio nominalistico. Tale argomento trae origine dall'idea che la concessione dei crediti in valuta estera altro non è che un'indicizzazione convenzionale con cui si intende mantenere nel tempo il valore reale delle obbligazioni. Tale meccanismo, specifico del principio valoristico, deroga al principio nominalistico legale suppletivo e dovrebbe rendere superfluo invocare quest'ultimo.
- 28 Il giudice del rinvio afferma che l'opinione maggioritaria degli organi giurisdizionali rumeni, che si basa sul contenuto dei punti 28 e 29 della sentenza Andriciuc e altri, e secondo la quale la clausola che obbliga il consumatore a rimborsare il mutuo nella stessa valuta estera in cui è stato concesso è sottratta al controllo sotto il profilo del carattere abusivo, attenua fino ad annientarla la distinzione tra le norme imperative e quelle suppletive e sostiene essenzialmente che entrambi i tipi di norma beneficiano dello stesso trattamento giuridico e sono altresì esclusi dall'analisi del carattere abusivo, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13.
- 29 Orbene, secondo il giudice del rinvio, tale interpretazione maggioritaria si fonda su una discrepanza fondamentale tra la versione in lingua rumena e la versione in lingua francese della sentenza Andriciuc e altri. Infatti, mentre la versione francese della sentenza menziona, ai punti 27 e 28, rispettivamente, le disposizioni **imperative** («dispositions législatives ou réglementaires impératives» e «cette disposition doit être impérative»), quella in rumeno menziona le norme **obbligatorie** (rispettivamente «actul [...] respectivă trebuie să fie obligatorie [tale

disposizione deve essere obbligatoria]» e «actele cu putere de lege sau norme administrative obligatorii [disposizioni legislative o regolamentari obbligatorie]»).

- 30 Sussiste così una differenza molto significativa tra tali due versioni linguistiche con conseguenze negative sull'uniformità della prassi giudiziaria rumena. Risulta chiaramente dagli approcci dottrinali che le nozioni di norma imperativa e di norma obbligatoria non si sovrappongono in quanto tutte le norme imperative sono obbligatorie, ma non è vero il contrario. Le norme suppletive alle quali le controparti contrattuali non hanno derogato sono obbligatorie per le parti, ma rimangono suppletive, non divengono norme imperative, sebbene siano obbligatorie, costituendo una categoria distinta, dotata di autonomia e caratteristiche ben delineate.
- 31 Nel contesto analizzato, la distinzione tra norma imperativa e norma suppletiva non è formale, ma sostanziale, poiché l'eccezione dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13 dev'essere interpretata in modo restrittivo e limitata solo alle clausole che contengono norme **imperative**. Invece, nella versione in rumeno, che prevede «norme obligatorii [norme obbligatorie]», sono incluse, al di là della volontà della Corte di giustizia e del testo dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13, tanto le norme imperative, quanto le norme dispositive alle quali le parti non hanno derogato.
- 32 Il giudice del rinvio afferma che tale differenza linguistica sostanziale, con conseguenze giuridiche importanti, appare proprio nel testo della direttiva 93/13, che ha un contenuto diverso nella versione francese e in quella rumena dell'articolo 1, paragrafo 2, cosicché solo la Corte di giustizia può chiarire quale tra le due è la variante corretta, a partire dallo scopo e dagli obiettivi di tale direttiva.
- 33 Quanto sopra costituisce il contesto in cui si è ritenuto necessario sollevare la prima questione pregiudiziale.
- 34 Poiché il superamento della prima fase dell'analisi che effettua il giudice nazionale, ossia la verifica, imposta dal punto 29 della sentenza Andricuc e altri, del fatto che la clausola riproduca o meno le disposizioni del diritto nazionale, implica l'esame delle condizioni successive, relative al carattere chiaro e comprensibile della clausola, dei requisiti relativi alla buona fede, contesto in cui sono rilevanti le informazioni fornite dal mutuatario nell'ambito della negoziazione del contratto di mutuo, si è ritenuto necessario sollevare le ultime due questioni pregiudiziali.
- 35 Orbene, neppure per quanto riguarda tali condizioni successive la prassi degli organi giurisdizionali è uniforme.
- 36 Secondo una prima tesi delineata in giurisprudenza, che è isolata e che sembra essere stata seguita in larga misura dal Tribunal Specializat Cluj allorché ha statuito in primo grado sulla controversia principale, le azioni come quella proposta dai ricorrenti devono essere respinte, ma non a seguito della

constatazione che è applicabile il principio del nominalismo monetario, bensì poiché la banca era in buona fede e ha adempiuto al corrispondente obbligo d'informazione. Tale orientamento giurisprudenziale muove dal presupposto che, anche se si dimostrasse il rispetto di tutte le condizioni per dichiarare la clausola affetta da nullità assoluta, la conseguenza non può essere quella di fissare il tasso di cambio a quello vigente alla sottoscrizione del contratto bensì, conformemente alla sentenza della Corte di giustizia nella causa C-618/10, Banco Español de Crédito, l'applicazione delle norme suppletive nazionali, che sono quelle dell'articolo 1578 del vecchio Codice civile.

- 37 Il principio nominalistico perviene così, indirettamente, a svolgere un ruolo centrale nella valutazione dei requisiti relativi al carattere chiaro e comprensibile della clausola di rischio di cambio e degli standard a cui deve essere riferito l'obbligo d'informare il consumatore.
- 38 Il rigetto delle richieste dei consumatori è stato motivato in quanto, indipendentemente dalla valuta presa in considerazione, il tasso di cambio fluttua, e ciò è risaputo, essendo noto anche al consumatore meno avveduto, che non ha conoscenze specialistiche. Pertanto, non era necessario informare specificamente il consumatore in tal senso.
- 39 Sebbene la fluttuazione dei tassi di cambio sia notoria, ciò non significa che il professionista conoscesse come si sarebbe evoluto il tasso di cambio, soprattutto per un lungo periodo, come nel caso del contratto della controversia principale.
- 40 In conclusione, in linea con la decisione n. 62/2017 della Curtea Constituțională, si è deciso che l'accertamento del carattere abusivo della clausola di rischio di cambio non implica la modifica o l'adeguamento del contratto nel senso della fissazione del tasso di cambio CHF/RON a quello del momento della sottoscrizione del contratto.
- 41 Una tesi contraria, anch'essa isolata, sviluppata nella giurisprudenza nazionale è quella favorevole all'esercizio del controllo di legalità e conformemente alla quale si è valutato che il requisito relativo alla trasparenza delle clausole contrattuali previsto dalla direttiva 93/13 non può essere limitato al carattere comprensibile di queste ultime sul piano formale e grammaticale, ma deve essere inteso in modo estensivo, dal punto di vista della comprensione delle conseguenze che l'esecuzione del contratto può provocare sul patrimonio del consumatore.
- 42 Pertanto, l'assunzione da parte del consumatore del rischio per le variazioni del tasso di cambio deve essere espressa e consapevole e deve basarsi su simulazioni concrete effettuate dal professionista, in modo che il consumatore sia capace di valutare il rischio afferente alle variazioni del tasso di cambio.
- 43 Qualora le simulazioni e le previsioni non siano state effettuate, i requisiti minimi d'informazione del consumatore non sono soddisfatti poiché il consumatore non è stato in grado di rendersi effettivamente conto della natura della transazione.

- 44 Nella specie, sarebbe soddisfatta anche la condizione di squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle parti, tenuto conto dell'insufficiente informazione. In una situazione in cui il tasso di cambio è variato del 130% rispetto a quello iniziale e anche se era impossibile prevedere tale evoluzione, la colpa evidente della banca consiste nel fatto di non aver fornito ai ricorrenti informazioni relativamente a tale rischio, inevitabile e intrinseco a qualsiasi credito in valuta estera concesso per un periodo così lungo, di non aver stabilito un intervallo di variazione del tasso di cambio, in modo che fosse pienamente prevedibile l'onere generato dal contratto per il consumatore e di non aver nemmeno proposto una clausola di copertura del rischio mediante un'assicurazione.
- 45 Per quanto riguarda la buona fede, si afferma che, nell'ambito della tutela del consumatore, essa si valuta diversamente, secondo un criterio molto elevato, e uno degli elementi essenziali in base al quale si valuta la buona fede consiste nella disponibilità del professionista e nella sua capacità di fornire tutte le informazioni essenziali relative alla natura e ai rischi che possono verificarsi durante l'esecuzione del contratto, di negoziarne le clausole essenziali e di offrire così al consumatore la possibilità di comprendere l'effettiva natura della transazione e di sottoscrivere un prodotto bancario adeguato alle sue esigenze, ai redditi da esso percepiti e ai rischi che può gestire e sopportare senza pregiudicare la capacità di versamento delle rate.
- 46 Il prodotto di credito di cui trattasi è stato presentato dalla banca come sicuro e preferibile, alla luce della stabilità del franco svizzero. Considerati gli interessi più contenuti e, pertanto, la possibilità della contrattazione di crediti maggiori, il professionista ha così individuato una soluzione per l'aumento della sua quota di mercato, nonché del profitto conseguito, con l'intenzione di tutelarsi da qualsiasi rischio finanziario e di porre tale rischio relativo all'esecuzione del contratto a carico del consumatore non avveduto e non informato di tutte le conseguenze e di tutti gli effetti del contratto.
- 47 Si è così dichiarato il carattere abusivo della clausola che obbliga il consumatore a restituire ogni versamento effettuato ai fini del rimborso del mutuo nella valuta in cui esso è stato concesso e, per dare efficacia al principio di effettività, si è ritenuto che l'unica soluzione possibile sia la sua espunzione dal contratto, essendo consentita la continuazione dei rapporti mediante il pagamento degli importi dovuti con riferimento al tasso di cambio esistente alla data della stipulazione del contratto, che è l'unico momento e parametro in funzione del quale il professionista società bancaria ha realizzato una valutazione del livello d'indebitamento dei debitori e della capacità di questi ultimi di versare le rate.
- 48 Il giudice del rinvio aggiunge alla giurisprudenza non uniforme precedentemente indicata alcune considerazioni nel sostenere l'utilità di adire la Corte di giustizia. Infatti, dopo l'adozione della direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, sono stati istituiti precisi meccanismi di tutela del consumatore contro il rischio di cambio, qualora lo squilibrio diventi significativo, mentre i consumatori che hanno contratto mutui bancari in valuta estera

precedentemente restano privi di qualsiasi tipo di tutela. Il giudice del rinvio si chiede se sia equo che tali consumatori sopportino le conseguenze di una reazione tardiva del legislatore, che non ha disciplinato tale fenomeno di vasta portata, soprattutto nei paesi dell'ex blocco comunista, in cui l'educazione finanziaria del consumatore medio è stata carente. Tale assenza di educazione finanziaria è il risultato del contesto storico-economico dello Stato centralizzato e dell'economia controllata che hanno impedito la formazione di un'esperienza dei consumatori nel contrarre mutui bancari in un libero mercato.

DOCUMENTO DI LAVORO