**CANDIDAT COD A1018 HOTĂRÂREA NR. 28**

**R O M Â N I A**

**CURTEA DE APEL ................**

**SECŢIA ..............**

**DOSAR NR. …..** **DECIZIE NR. .....**

**Şedinţa****publică din .....**

**Curtea compusă din:**

Preşedinte: .JUDECĂTOR 1

Judecător .JUDECĂTOR 2

Judecător COD A1018

Grefier 3

S-a luat în examinare, pentru soluţionare, ***recursul*** declarat de pârâta **BK**, cu sediul în B........., având CUI ........, nr.J.........., ***împotriva deciziei nr. D1***, pronunţată de Tribunalul ...... – Secţia ........, în dosarul nr. **…**, intimaţi fiind reclamantul **X** , CNP ........, domiciliat în ........, judeţ .. şi cu domiciliul procesual ales la avocat AV1, în .., ....., jud. .. şi pârâta **BK – Sucursala C** , cu sediul în C , str. ......., jud. ...

La apelul nominal, făcut în şedinţa publică, a răspuns avocat AV1 pentru intimatul – reclamant, în baza împuternicirii avocaţiale de la fila 36, lipsă fiind celelalte părţi.

Procedura de citare este legal îndeplinită.

Recursul este timbrat cu taxă judiciară de timbru în sumă de 1269 lei, achitată potrivit ordinului de plată nr. OP1 emis de Primăria B1(fila 53).

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de şedinţă, după care:

Reprezentanta intimatului-reclamant solicită admiterea excepţiei nulităţii, invocată prin întâmpinarea depusă la dosar (fila 25) cu privire la motivele de recurs I pct. 1, 2, 4 şi 5, II pct. I, III pct. 2, IV pct. 1, despre care apreciază că sunt copiate din motivele de apel, reluându-se apărările din apel, fără a se indica motive de nelegalitate ale hotărârii atacate.

Curtea respinge excepţia nulităţii recursului, având în vedere că aceasta se invocă numai cu privire la anumite motive de recurs, urmând a fi avută în vedere la analiza cu ocazia deliberării a acestor motive, neputând atrage nulitatea întregului recurs.

Reprezentanta intimatului-reclamant solicită suspendarea cauzei până la soluţionarea cauzei CZ aflată pe rolul CJUE, ce vizează formula de calcul a dobânzii după constatarea caracterului abuziv al clauzelor, raportat la conţinutul contractului iniţial.

Curtea rămâne în pronunţare asupra solicitării de suspendare a cauzei în temeiul art. 413 Cod procedură civilă, acordând cuvântul în subsidiar şi asupra fondului recursului, având în vedere că în speţă se pun în discuţie şi efectele unei hotărâri judecătoreşti pronunţată anterior.

Reprezentanta intimatului-reclamant X solicită respingerea recursului potrivit întâmpinării depuse la dosar.

Arată că prin hotărârea judecătorească pronunţată în dosarul nr. D2 instanţa a interpretat clauza contractuală privitoare la dobândă, a stabilit că dobânda poate varia în funcţie de indice, a dispus restituirea sumelor plătite nedatorat ca urmare a nevariabilităţii dobânzii. Însă între cele două litigii nu există identitate de obiect şi cauză, în primul dosar s-a solicitat interpretarea unei clauze contractuale în temeiul art. 969 Cod civil, iar în acest dosar se solicită constatarea caracterului abuziv al unor clauze contractuale în temeiul Legii nr. 193/2000. Prin acţiunea de faţă se solicită o continuare a interpretării acelei clauze, dincolo de caracterul abuziv al clauzelor, ce de asemenea se solicită. Nu se poate vorbi de o autoritate de lucru judecat, ci de obligaţia băncii de a varia în continuare dobânda în funcţie de indicele de referinţă LIBOR ca efect al primei hotărâri şi ca efect al constatării caracterului abuziv al clauzei contractuale.

Referitor la formula de calcul a dobânzii, susţine că există o confuzie între stabilirea unor criterii de variabilitate a dobânzii şi modificarea contractului. Nu este vorba de o modificare a contractului, întrucât preţul rămâne acelaşi. Stabilirea unei formule de calcul reprezintă o modalitate prin care instanţa poate impune băncii să varieze dobânda.

Arată că va solicita cheltuielile de judecată pe cale separată.

**C U R T E A**

Deliberând, asupra recursului de faţă, constată următoarele:

Prin cererea înregistrată pe rolul Judecătoriei ..... sub nr. R1 , reclamantul X a chemat în judecată pe pârâtele BK şi BK Sucursala C, solicitând ca prin sentinţa ce se va pronunţa să se constate caracterul abuziv al clauzelor contractuale prevăzute la art. 5.2 în ce priveşte sintagmele „politica băncii si dobânda poate fi modificata (...) în mod unilateral de către bancă (...) fără consimţământul clientului”, art. 5.3 si 5.4 din contract; să se dispună nulitatea absolută a acestora şi eliminarea din contract, să fie obligată pârâta să revizuiască dobânda prin raportare la indicele de referinţa Libor 3m, începând cu data încheierii contractului si pana la finalizarea acestuia; să încheie un act adiţional la contractul de credit nr. R2 in care sa insereze formula de calcul a dobânzii marja 24%+ libor 3m, în raport de valoarea indicelui Libor 3m de la data încheierii contractului şi dobânda variabilă de 6,99% stabilită contractual; să restituie toate sumele încasate nedatorat, începând cu data încheierii contractului şi până la încheierea actului adiţional precum şi dobânda legală aferenta acestora precum şi la plata cheltuielilor de judecată.

În motivarea cererii, reclamantul a arătat că a încheiat cu pârâta contractul de credit nr. CR2 , suma împrumutată fiind de 69.481 CHF iar la data semnării contractului (13.05.2008) rata dobânzii a fost stabilită la valoarea de 6,99%/an. Totodată în contract s-a stabilit că rata dobânzii este revizuibilă în funcţie de evoluţia indicatorilor de referinţă LIBOR (pentru franci elveţieni) şi politica băncii.

Prin Decizia nr. D3 pronunţată în recurs de Tribunalul ......-secţia ...... în dosarul nr. D2, a fost admis apelul formulat de reclamant şi a fost modificată sentinţa pronunţată de Judecătoria ...... (căreia i-a fost declinată cauza de instanţa iniţial investită), în sensul că instanţa a constatat că, faţă de conţinutul clauzei contractuale prevăzute la art. 5 şi de dispoziţiile legale în vigoare, banca trebuia să calculeze dobânda exclusiv în raport de Libor 3M şi să diminueze proporţional dobânda.

Deşi instanţa, în conţinutul considerentelor, a constatat caracterul nelegal al aplicării clauzei de dobânda prin raportare şi la alte elemente neprecizate în contract (politica băncii) şi cu ignorarea indicelui de referinţa Libor, după data pronunţării deciziei Tribunalului ......., banca pârâtă a continuat să perceapă aceeaşi dobânda nediminuata de 6,99%.

A mai arătat reclamantul că prin adresa nr. A1 a solicitat băncii să i se comunice cum a variat dobânda în raport de indicele libor, după data pronunţării iar prin adresa nr. A2 pârâta a răspuns că instanţa nu a obligat-o să revizuiască dobânda în raport de libor ci doar să restituie o suma de bani.

De asemenea, reclamantul a solicitat ca pârâta să fie obligată să încheie un act adiţional la contract în care să menţioneze în mod expres formula de calcul a dobânzii ca fiind marja fixa 4,24% + libor 3M. Aceasta formulă se impune prin raportare la valoarea libor 3 M de la data încheierii contractului ( 2,75% ) şi a valorii dobânzii de 6,99%, constatând că, componenta fixă se determină prin scăderea din valoarea dobânzii de 6,99% a valorii libor de 2,75, rezultând o marjă (componeta fixa de =4,24% ).

Potrivit art. 5.1 si 5.2 din Contractul de credit: „ La data încheierii prezentului contract, rata dobânzii este de 6,99%".

Totodată, potrivit art. 5. 3 si art. 5.4 din Contract, împrumutatul este de acord ca orice modificare a dobânzii să îi fie comunicată prin afişare la sediul băncii, iar în cazul în care nu rambursează creditul în termen de 10 zile de la data modificării dobânzii se consideră că a acceptat tacit noul procent de dobânda”.

Sintagmele: „politica băncii” precum şi posibilitatea băncii de a modifica dobânda în funcţie de libor sunt abuzive, deoarece dau posibilitatea băncii să stabilească şi să aplice ce dobândă doreşte, calculată în funcţie de elemente neprecizate în contract creând un dezechilibru maior între drepturile şi obligaţiile pârâţilor.

În ce priveşte dezechilibrul dintre drepturile şi obligaţiile pârâţilor, chiar dacă nu este definit în art. 3 din Directiva 93/13/CEE sau art. 4 din Legea nr. 193/2000, Directiva 93/CEE/13 cuprinde la art. 4 instrumente prin care se poate aprecia asupra acestui dezechilibru.

Prin urmare, ori de cate ori clauzele unui contract, mai ales ale unui contract preformulat, standardizat, sunt redactate astfel încât acestea să creeze un avantaj în favoarea uneia din părţi, este înfrânt principiul proporţionalităţii precum şi principiul bunei credinţe care guvernează raporturile contractuale şi generează un dezechilibru major între drepturile şi obligaţiile părţilor.

Totodată, clauza prevăzuta la art. 5.2 din contract, pare la o prima vedere că reduce marja de apreciere a băncii, pentru că se raportează la un indicator independent, respectiv indicele Libor, ce reprezintă ratele medii ale dobânzilor acordate băncilor la împrumuturile în respectivele monede pe piaţa interbancara. Însă, din formularea clauzei se observă că banca nu şi-a asumat o obligaţie ci şi-a rezervat dreptul de a varia dobânda în funcţie de acest indicator, ceea ce înseamnă că are doar facultatea, posibilitatea de a varia dobânda în raport de acest indicator, atunci când variaţia este adecvată „politicii sale”.

Aceasta sintagmă reprezintă o condiţie pur potestativa (art. 1403 din Noul Cod civil), ce depinde exclusiv de voinţa debitorului şi chiar mai mult decât atât, Curtea de Apel .... în dosarul nr. D4 ANPC vs BK, statuând că aceasta clauza evidenţiază „un drept pe care mi-l atribui şi pe care îl utilizez când doresc, iar acest drept are corespondent obligaţia (împrumutatului de a plati în cuantumul pe care îl stabilesc eu, cel care plăteşte renunţând la orice eventuală plângere/opoziţie/contestaţie ulterioară”.

Deşi instanţa a pronunţat o hotărâre prin care este acoperit prejudiciul cauzat reclamantului, prin aplicarea unei dobânzi nediminuate în raport de variaţia LIBOR şi a efectuat o interpretare a clauzei în raport de voinţa şi interesul pârâţilor contractante la data încheierii contractului, pârâta continuă să aplice clauza (sintagma abuziva) şi să perceapă aceeaşi dobânda nevariabilă şi abuzivă.

Faţă de împrejurarea că indicele libor a scăzut constant şi după data pronunţării instanţei, este de necontestat că banca a încasat în continuare sume de bani în mod nejustificat şi nelegal, aplicând clauzele contractuale în mod abuziv.

Practic banca nu a diminuat dobânda cand libor a scăzut deoarece aceasta operaţiune i ar fi adus atingere Marjei sale de profit, astfel ca prin nediminuarea dobânzii a reuşit sa si majoreze aceasta marja proporţional cu scăderea libor.

Astfel, dacă la data încheierii contractului, în raport de dobânda de 6,99% şi valoarea libor de 2,75%, marja de profit avea o anumita valoare. Odată cu scăderea libor, dobânda iniţiala de 6,99% trebuia să scadă, fără a afecta marja de profit a băncii, deoarece libor este un indicator extern. Însă prin nediminuarea dobânzii, banca şi-a majorat marja de profit cu diferenţa dintre dobânda fixă percepută şi dobânda ce trebuia percepută.

În ce priveşte OUG nr. 50/2010, arată reclamantul că actul adiţional propus de bancă în temeiul acestui act normativ, a fost refuzat în mod expres de reclamant, având în vedere că formula de calcul propusă acestuia era formată din marja majorată de 6,77% +indice libor3M.

La acea dată pârâta a calculat valoarea marjei prin scădere din dobânda abuziva şi nediminuata de 6,99% aplicată la acea dată a valorii libor în vigoare in iunie 2010, de unde rezultă că banca a încercat prin intermediul actului adiţional să-şi legalizeze abuzul săvârşit până la acea dată.

Practic banca, sub aparenta concesiei, şi-a dimensionat marja la un nivel care să i conserve majorarea deja efectuată, menţinând astfel prin efectele ei aplicabilitatea clauzei contractuale din contractul iniţial care îi permitea modificarea unilaterala a ratei dobânzii, acesta fiind şi motivul pentru care reclamantul a declinat aplicarea actului adiţional cu privire la elementele componente ale dobânzii.

În susţinerea cererii sale reclamantul a depus la dosar în copie, contractul încheiat cu pârâta, o notificare adresată băncii la 18.07.2017 şi decizia Tribunalului ....... D3 precum şi un raport de expertiză contabilă întocmit în dosarul D2.

La 6 noiembrie 2017 pârâta BK a formulat şi depus la dosar întâmpinare solicitând respingerea acţiunii.

Pârâta a invocat excepţia de autoritate de lucru judecat în ceea ce priveşte cererile formulate de reclamantă inserate la punctele 3, 4 şi 5 din acţiune şi în ceea ce priveşte restituirea eventualelor sume pentru perioada 13.05.2008 - 4 ianuarie 2012 faţă de cele dispuse prin decizia D3 a Tribunalului ........

Pe fondul cauzei, cu referire la capetele de cerere formulate la punctele 1 şi 2 din cerere pârâta a solicitat să se reţină că clauzele inserate la punctele 5.2 – 5.4 din contractul încheiat de părţi nu reprezintă clauze abuzive în sensul prevederilor legale incidente.

Pârâta arătat asemenea că acest contractul de credit a fost semnat prin acordul părţilor. Conform prevederilor art.17.6 din contract, reclamantul recunoaşte faptul ca a studiat clauzele contractuale, înainte de semnarea contractului si a fost de acord cu acestea.

Potrivit prevederilor art.5.2 din contractul de credit: "Dobânda este variabila in conformitate cu politica băncii. Dobânda curenta poate fi modificata in mod unilateral de către Banca, luând in considerare valoarea dobânzii de referinţa pentru fiecare valuta (ex. EURIBOR(EUR)/LIBOR( CHF)/RUBOR(RON) etc. fără a exista consimţământul clientului...."

Prin urmare, în contractul semnat prin acordul pârâţilor nu este prevăzută „marja băncii" şi nici o perioadă de actualizare automată a ratei dobânzii. Astfel, orice solicitare de modificare retroactivă a contractului în funcţie de „marja băncii" este nelegală, încălcând prevederile art.969 Cod civil, din moment ce în contractul semnat prin acordul părţilor (la data semnării acestuia) nu era prevăzută marja băncii şi nici perioada de actualizare a ratei dobânzii.

Clientul a primit oferta pârâtei, iar potrivit prevederilor art.17.6 din contractul de credit (depus la dosarul cauzei), acesta declară în mod expres faptul că: " i-au fost prezentate spre analiză, anterior semnării prezentului document, în mod integral, clauzele contractului de credit, inclusiv toată documentaţia aferentă a analizării şi aprobării creditului, pe care le acceptă integral, fiind conforme intereselor sale financiare."

Pentru a dovedi ne-negociere a contractului, clientul ar trebui să facă dovada că a solicitat negocierea clauzelor propuse, iar pârâta ar fi refuzat solicitarea acestuia.

Or, în prezenta cauză clientul nu a formulat vreo solicitare de negociere a clauzelor propuse conform art.17.6 din contract.

Astfel începând cu data de 21.09.2010 art. 5.2 din contractul de credit a fost modificat de drept prin voinţa legiuitorului (art.95 din OUG nr.50/2010 coroborat cu art.37 Cod proc. Cîv).

Însă, pârâta a fost obligată în conformitate cu prevederile art. II a Legii nr.288/2010 să revină la forma iniţiala a acestui articol la solicitarea expresă a reclamantului. Prin urmare, clauza contractuală prevăzuta la art.5.2 din contractul de credit în forma avută la data semnării contractului nu reprezintă o clauza abuzivă, din moment ce a solicitat reintroducerea acesteia în contract.

S-a depus alăturat întâmpinării decizia nr.D3 a Tribunalului .......

Reclamantul a solicitat, iar instanţa i-a încuviinţat în dovedirea cererii sale, proba cu acte, interogatoriul pârâtei a şi expertiza de specialitate.

Expertiza dispusă în cauză a avut ca obiective: să se stabilească valoarea indicelui de referinţa LIBOR la data încheierii contractului, şi în consecinţa să stabilească valoarea componentei fixe, ca diferenţă între dobânda aplicată creditului de 6,99% si indicele Libor/3 luni; să se stabilească evoluţia indicelui LIBOR/3 luni, de la data încheierii contractului si până în prezent, şi să determine dacă aceste fluctuaţii au influenţat rata de dobândă (creşteri şi diminuări); să se calculeze suma de bani plătită de reclamant de la data încheierii contractului şi până în prezent; să se calculeze sumele de bani ce trebuiau plătite de reclamant de la data încheierii contractului până în prezent, daca rata dobânzii ar fi fost influenţată numai de indicele LIBOR 3M si să se calculeze sumele de bani plătite în plus de reclamant urmând să se deducă din aceasta sumă, suma restituita reclamantului ca urmare a pronunţării deciziei nr. D3 de Tribunalul ......, în dosarul nr. D2, şi a fost efectuată de expert ec. EX1.

Răspunzând la interogatoriul propus de reclamant, pârâta şi-a menţinut punctul de vedere exprimat prin întâmpinare, subliniind faptul că parte din solicitările reclamantului au fost analizate în cadrul procesului anterior.

Prin **sentinţa civilă nr. S1 , Judecătoria ......** a respins excepţia de autoritate de lucru judecat, invocată de pârâta BK, a admis în parte acţiunea, astfel cum a fost precizată şi a constatat caracterul abuziv al clauzelor contractuale prevăzute în contractul de credit CR2 între reclamant şi BK Agenţia C , în ce priveşte sintagmele din art. 5.2 „ în conformitate cu politica băncii dobânda poate fi modificată (…) în mod unilateral de către bancă fără consimţământul clientului” şi caracterul abuziv al clauzelor inserate la art. 5.3 şi 5.4 din contract.

A fost obligată pârâta să încheie un act adiţional la contractul de credit în care să insereze formula de calcul a dobânzii marja 4,24%+Libor 3M în raport de valoarea indicelui Libor 3M la data încheierii contractului şi dobânda variabilă de 6,99% stabilită în contract, precum şi să restituie reclamantului suma de 13864,66 CHF în echivalent în lei, încasată cu titlu de dobândă nedatorată, conform expertizei întocmită de expert economist EX1, sumă la care se adaugă dobânda legală aferentă, de la data rămânerii definitive a prezentei hotărâri.

Totodată, pârâta a fost obligată la 800 lei cheltuieli de judecată către reclamant reprezentând onorariu expert.

S-a luat act că, cheltuielile de judecată reprezentând onorariul de avocat vor fi solicitate pe cale separată.

Pentru a pronunţa această soluţie, prima instanţă a reţinut că prin prezenta acţiune reclamantul a solicitat să se constate caracterul abuziv al clauzelor contractuale prevăzute la art. 5.2 în ce priveşte sintagmele „politica băncii si dobânda poate fi modificata (...) în mod unilateral de către bancă (...) fără consimţământul clientului”, art. 5.3 si 5.4 din contract; să se dispună nulitatea absolută a acestora şi eliminarea din contract, să fie obligată pârâta să revizuiască dobânda prin raportare la indicele de referinţa libor 3m, începând cu data încheierii contractului si pana la finalizarea acestuia; să încheie un act adiţional la contractul de credit nr. R2 in care sa insereze formula de calcul a dobânzii marja 24%+ libor 3m, în raport de valoarea indicelui libor 3m de la data încheierii contractului şi dobânda variabilă de 6,99% stabilită contractual; să restituie toate sumele încasate nedatorat, începând cu data încheierii contractului şi până la încheierea actului adiţional precum şi dobânda legală aferenta acestora precum şi la plata cheltuielilor de judecată.

Pârâta a invocat excepţia de autoritate de lucru judecat în raport cu cauza soluţionată prin sentinţa S2 a Judecătoriei ....., definitivă prin decizia D3 a Tribunalul ...........

Astfel cum rezultă din actele dosarului ataşat, prin acţiunea anterioară, reclamantul a solicitat să se constate că marja fixă a băncii în dobânda aplicabilă în contractul de credit încheiat este 4,24% începând de la data semnării contractului şi până la finalizarea acestuia; obligarea pârâtei să recalculeze nivelul dobânzii percepute în temeiul contractului de credit după formula marja băncii fixă la care se adaugă valoarea indicelui de referinţa LIBOR la 3 luni; completarea contractului de credit în sensul de a fi inclusă marja fixă de 4,24% în dobânda aferentă sumei acordate în baza contractului; restituirea sumei de 2675,95 CHF în echivalent lei, reprezentând dobânda, nedatorată şi plătită în plus faţă de dobânda care trebuia plătită în raport cu prevederile contractului şi obligarea în continuare la restituirea dobânzilor nedatorate pana la modificarea contractelor precum şi obligarea pârâtei la plata cheltuielilor de judecată.

Prin sentinţa civilă nr.S2 a Judecătoriei ....., acţiunea formulată de reclamant a fost respinsă.

Prin decizia civilă nr. D3 a fost admis recursul declarat de reclamant, schimbată în parte sentinţa instanţei de fond şi obligată pârâta la plata către reclamant a sumei de 2675.95 CHF reprezentând dobândă nedatorată.

În cauza de faţă, reclamantul a solicitat ca prin sentinţa ce se va pronunţa să se constate caracterul abuziv al clauzelor contractuale prevăzute la art. 5.2 în ce priveşte sintagmele „politica băncii si dobânda poate fi modificata (...) în mod unilateral de către bancă (...) fără consimţământul clientului”, art. 5.3 si 5.4 din contract; să se dispună nulitatea absolută a acestora şi eliminarea din contract, să fie obligată pârâta să revizuiască dobânda prin raportare la indicele de referinţa libor 3m, începând cu data încheierii contractului si pana la finalizarea acestuia; să încheie un act adiţional la contractul de credit nr. R2 in care sa insereze formula de calcul a dobânzii marja 24%+ libor 3m, în raport de valoarea indicelui libor 3m de la data încheierii contractului şi dobânda variabilă de 6,99% stabilită contractual; să restituie toate sumele încasate nedatorat, începând cu data încheierii contractului şi până la încheierea actului adiţional precum şi dobânda legală aferenta acestora precum şi la plata cheltuielilor de judecată.

Prioritar instanţa a avut în vedere că prin decizia Tribunalului ....... nr. D3 s-a reţinut că reclamantul are calitatea de consumator - persoană fizică, în înţelesul art. 2 din Legea nr.193/2000 şi art. articolului 2 litera b din Directiva 93/13/CEE şi invocă interpretarea abuzivă a clauzelor contractuale menţionate la art. 5.

De asemenea, că instanţa a reţinut că Legea nr. 193/2000 - privind clauzele abuzive, modificată ulterior prin Legea nr.363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianţilor în relaţia cu consumatorii şi armonizarea reglementărilor cu legislaţia europeană privind protecţia consumatorilor, şi ulterior prin OUG nr. 174/2008, respectiv HG nr. 1397/2009 - defineşte clauza abuzivă drept acea clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul şi care, prin ea însăşi sau împreună cu alte prevederi din contract, creează în detrimentul consumatorului şi contrar cerinţelor bunei-credinţe cu dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor.

În acest sens, s-a reţinut că potrivit articolului 1 litera a din Anexa la Legea nr. 193/2000, este considerată clauză abuzivă aceea care dă dreptul comerciantului (în speţă băncii) de a modifica unilateral clauzele contractului, fără a avea un motiv întemeiat care să fie precizat în contract.

S-a reţinut însă că în speţă nu se invocă o astfel de situaţie, ci interpretarea greşită de către cocontractant, a unei clauze cuprinsă în contract (clauză a cărei legalitate nu se contestă), ceea ce, astfel cum s-a argumentat şi anterior, nu conferă instanţei, posibilitatea de a interveni în sensul dorit de reclamant.

Prin urmare, instanţa a considerat că între cele două cauze nu exista identitate de obiect în sensul că în procesul anterior reclamantul a invocat interpretarea incorectă a clauzelor contractuale de către bancă şi că în prezenta cauză se invocă faptul că aceste cauze au caracter abuziv în sensul dispoziţiile Legii 193/2000.

Această chestiune de altfel a fost reţinută şi în considerentele deciziei sus amintite în sensul că susţinerile reclamantului ar fi putut fi luate în considerare măsura în care se invoca un caracter abuziv al clauzelor contractului care însă nu face sa invocat.

Aşadar, în opinia instanţei nu există autoritate de lucru judecat faţă de cauza soluţionată şi hotărârile judecătoreşti sus amintite nefiind întrunită lipsa de identitate în sensul prevederilor art. 430 C.proc.civ.

Prin urmare, instanţa a respins excepţia de autoritate de lucru judecat invocată de pârâtă.

Pe fondul cauzei instanţa a reţinut că potrivit cauzelor inserate la punctele 5.2, 5.3, 5.4 din contractul încheiat plus data de 13.05.2008 dobânda este variabilă în conformitate cu politica băncii. Dobânda curentă poate fi modificată în mod unilateral de către bancă, luând în considerare valoarea dobânzii de referinţă pentru flecare valută (ex: EURIBOR (eur) / libor (CHF) / rubor (RON) etc), fără a exista consimţământul clientului. Noul procent de dobândă se va aplica la soldul creditului rămas de rambursat începând cu data de aplicare stabilită de bancă. Modificarea dobânzii va duce la recalcularea dobânzii datorate.

Noul procent de dobândă va fi comunicat împrumutatului prin intermediul unei scrisori simple sau extras de cont trimis la adresa de corespondenţă specificată de acesta sau prin afişare la sediile unităţilor bancare. Clientul consimte că această metodă de notificare este suficientă, nefiind necesară încheierea unul act adiţional la prezentul contract de credit în acest sens renunţând la orice eventuală plângere opoziţie contestaţie ulterioară.

În cazul în care, ca urmare a modificării nivelului ratei dobânzii de către bancă, clientul nu va rambursa ratele nescadente restul din creditul angajat şi dobânzile aferente în termen de cel mult 10 zilei calendaristice de la data notificării privind modificarea dobânzii, se consideră că acesta a acceptat noul procent de dobândă.

Din modalitatea în care este formulată clauza inserată la punctul 5.2 din contract rezultă fără îndoială că banca şi-a rezervat dreptul de a modifica unilateral dobânda fără acordul clientului luând în considerare valoarea de referinţă pentru fiecare valută.

De altfel, principala susţinere a reclamantului a fost că banca a ignorat dispoziţiile deciziei sus menţionate şi a continuat să aplice o dobândă de 6.99%.

S-a avut în vedere că în cauza anterioară suma pe care banca a fost obligată să o restituie reclamantului a rezultat tot din modul de calcul a dobânzii care potrivit expertizei efectuată în cauza respectivă ar trebuit să fie 4.2% + libor (6.99% = marja fixă + libor de unde a rezultat că fiind cunoscut indicele libor putea fi determinată marja fixă).

Modul de calcul al dobânzii a fost stabilit în baza dispoziţiilor OUG 50/2010 – art. 37 privind contractele de credit pentru consumatori. În contractele de credit cu dobândă variabilă se vor aplica următoarele reguli: a) dobânda va fi compusă dintr-un indice de referinţă EURIBOR/ROBOR/LIBOR la o anumită perioadă sau din rata dobânzii de referinţă a Băncii Naţionale a României, în funcţie de valuta creditului, la care creditorul adaugă o anumită marjă fixă pe toată perioada derulării contractului;  b) \*\*\* Abrogată prin L. nr. 288/2010; c) în acord cu politica comercială a fiecărei instituţii de credit, creditorul poate reduce marja şi/sau aplica un nivel mai redus al indicelui de referinţă, acesta având dreptul ca, pe parcursul derulării contractului, să revină la valoarea marjei menţionate în contract la data încheierii acestuia şi/sau la nivelul real al indicelui de referinţă; d) modul de calcul al dobânzii trebuie indicat în mod expres în contract, cu precizarea periodicităţii şi/sau a condiţiilor în care survine modificarea ratei dobânzii variabile, atât în sensul majorării, cât şi în cel al reducerii acesteia;  e) elementele care intră în formula de calcul al dobânzii variabile şi valoarea acestora vor fi afişate pe site-urile de internet şi la toate punctele de lucru ale creditorilor.

Expertiza efectuată în cauza de faţă a constatat că şi după acest act normativ banca a continuat să calculeze dobânda fără să ţină seama de formula de calcul prevăzută în art. 37, situaţie în care deşi a achitat către bancă suma de 51914.29 franci elveţieni, din această sumă 43067.33 franci elveţieni reprezintă numai dobânda calculată, fără respectarea formulei prevăzute de OUG 50/2010.

În ce priveşte caracterul abuziv al clauzelor inserate la punctele 5.2, 5.3 şi 5.4 din contract, instanţa a reţinut următoarele:

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

Din modalitatea în care au fost formulate clauzele sus menţionate reiese fără putinţă de tăgadă că banca şi-a rezervat dreptul de a modifica dobânda variabilă în funcţie de politica sa, că noul procent de dobândă stabilită unilateral de bancă nu impunea încheierea unui act adiţional, mai mult clientul „consimţea„ să renunţe la orice plângere/opoziţie/contestaţie ulterioară şi că în situaţia în care clientul nu accepta în noul nivel al dobânzii avea obligaţia de a restitui ratele nescadente/restul din creditul angajat şi dobânzile aferente în termen de cel mult 10 zile.

În raport de conţinutul acestor clauze şi termenii în care sunt formulate au fost înlăturate ca neîntemeiate susţinerile pârâtei în sensul că acestea nu sunt abuzive.

S-a reţinut, constatând caracterul preformulat al acestor clauze, că în concret ele nu au fost negociate, au creat un dezechilibru un detrimentul reclamantului în ceea ce priveşte obligaţiile asumate.

Aceasta pentru că dispoziţiile legale anterior menţionate instituie o prezumţie relativă a caracterului abuziv al clauzelor în cazul contractelor prestabilite ce conţin clauze standard, preformulate, prezumţie ce poate fi înlăturată doar prin dovada scrisă, făcută de profesionist, a caracterului negociat al contractului ori a unor clauze ale acestuia, ceea ce nu este cazul în speţa dedusă judecăţii.

S-a avut în vedere, în ce priveşte noţiunea de „clauză abuzivă”, că art. 3 din Directiva nr. 93/13 atribuie acest caracter clauzelor contractuale care nu s-au negociat individual şi, în contradicţie cu exigenţa de bună-credinţă, provoacă un dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor care decurg din contract, în detrimentul consumatorului.

În acest sens s-a reţinut că în ambele reglementări, atât în dreptul intern, art. 4 alin. (1) din lege, cât şi în legislaţia comunitară se pot distinge aceleaşi condiţii care imprimă unei clauze contractuale caracter abuziv. De asemenea, alin. (3) al art. 4 din lege instituie o prezumţie relativă a caracterului abuziv al clauzelor în cazul contractelor prestabilite ce conţin clauze standard, preformulate, prezumţie ce poate fi înlăturată doar prin dovada scrisă, făcută de profesionist, a caracterului negociat al contractului ori a unor clauze ale acestuia, ceea ce nu este cazul în speţa dedusă judecăţii. De altfel, nici legea naţională şi nici Directiva nr. 93/13 nu exclud, de principiu, posibilitatea existenţei unor clauze abuzive în ipoteza în care anumite aspecte ale clauzelor contractuale sau numai una din clauze a fost negociată direct cu consumatorul.

În acest sens, s-a constatat că nu a fost făcută dovada negocierii efective şi directe a clauzele a căror nulitate s-a solicitat, deşi această probă îi incumbă pârâtei conform art. 4 alin. (3) din lege, prezumţia relativă instituită de lege nefiind răsturnată.

În aceste condiţii, s-a reţinut că este vorba de un contract de credit preformulat de bancă, standardizat, în care consumatorul nu are posibilitatea să intervină, putând doar să adere sau nu la el, consumatorul fiind privat de o informare corectă şi completă asupra tuturor condiţiilor de creditare.

Acelaşi este şi sensul art. 3 pct. 2 din Directiva nr. 93/13 care prevede că „se consideră întotdeauna că o clauză nu s-a negociat individual atunci când a fost redactată în prealabil, iar, din acest motiv, consumatorul nu a avut posibilitatea de a influenţa conţinutul cauzei, în special în cazul contractelor de adeziune aşa cum sunt şi contractele de credit din cauză.

Pe de altă parte, din modul de redactare al clauzelor contractului în discuţie şi terminologia folosită se poate deduce că nu a fost luată în calcul, individual şi puterea de înţelegere a consumatorului raportat la conţinutul clauzelor şi posibilitatea concretă în condiţii normale de anticipare a efectelor lor pe parcursul derulării contractelor.

În sensul jurisprudenţei CJUE  s-a statuat că pentru un consumator, informarea, înaintea încheierii unui contract, cu privire la condiţiile contractuale şi la consecinţele respectivei încheieri este de o importanţă fundamentală. Acesta din urmă decide, în special pe baza respectivei informări, dacă doreşte să se oblige contractual faţă de un vânzător sau de un furnizor prin aderarea la condiţiile redactate în prealabil de acesta (a se vedea Hotărârea RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punctul 44).

Cerinţa privind transparenţa clauzelor contractuale prevăzută de Directiva 93/13 nu poate fi redusă, aşadar, numai la caracterul inteligibil al acestora pe plan formal şi gramatical.

Dimpotrivă, întrucât sistemul de protecţie pus în aplicare de Directiva 93/13 se întemeiază pe ideea că, în ceea ce priveşte, printre altele, nivelul de informare, consumatorul se află într‑o situaţie de inferioritate faţă de vânzător sau furnizor, această cerinţă privind transparenţa trebuie înţeleasă în mod extensiv.

Potrivit dispoziţiilor Legii 193/2000, o clauză nu este abuzivă cu condiţia să ofere clientului posibilitatea de a cunoaşte de la început criteriile în raport de care se vor derula raporturile contractuale convenite.

În cauza de faţă nu a fost făcută nici o dovadă din partea pârâtei în acest sens că aceste clauze în mod real au fost negociate şi că pentru reclamant a existat o posibilitate reală în acest sens.

În jurisprudenţa Curţii de Justiţie a Uniunii Europene, consumatorul a fost definit ca acea parte vulnerabilă din punct de vedere economic şi mai puţin experimentată în materie juridică. O dimensiune esenţială a protecţiei consumatorilor în cadrul contractelor de credit bancar vizează eliminarea clauzelor abuzive din aceste convenţii. Mult mai frecvente sunt situaţiile în care, sub aparenţa unei legalităţi, instituţiile de creditare nesocotesc drepturile consumatorilor, însă în mod subtil. Este cazul contractului de credit bancar, în care, sub pretextul libertăţii contractuale şi al obligativităţii contractului, uneori, instituţiile de creditare inserează şi impun clauze abuzive.

Prin adoptarea Directivei Consiliului 93/13/CEE din 5 aprilie 1993, transpusă în legislaţia naţională prin Legea nr. 193/2000, cu modificările ulterioare, legiuitorul european şi cel naţional au urmărit în anumite ipoteze atenuarea principiului pacta sunt servanda, dând instanţei posibilitatea de a obliga la modificarea clauzelor unui contract sau de a-l anula în măsura în care reţine că acesta cuprinde clauze abuzive.

De altfel, prin Legea nr. 193/2000, care a transpus conţinutul Directivei Consiliului 93/13/CEE din 5 aprilie 1993, s-a stabilit în mod expres competenţa instanţei de judecată de a constata caracterul abuziv al clauzelor contractuale.

Interpretând această directivă, Curtea de Justiţie a Comunităţilor Europene a stabilit în Cauza Oceano Grupo Editorial S.A. *versus* Rocio Murciano Quintero (C-240/98) că protecţia acestui act normativ conferă judecătorului naţional posibilitatea de a aprecia din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale, în măsura în care este învestit cu formularea unei cereri întemeiate pe aceasta. Întrucât o asemenea examinare presupune existenţa în prealabil a unui contract semnat de către cele două părţi care şi-a şi produs integral sau parţial efectele, este neîndoielnic că executarea pentru un anumit interval de timp a obligaţiilor asumate de către consumator nu poate împiedica verificarea conţinutului său de către instanţa de judecată.

În speţă, contractul de credit încheiat între părţi este un contract de adeziune, între un comerciant cu o mare forţă financiară, respectiv o bancă, şi persoane fizice.

Într-un asemenea contract, clauzele sunt stabilite în mod unilateral de către bancă, posibilităţile de negociere fiind extrem de reduse sau lipsind cu desăvârşire, singura posibilitate pe care o are clientul fiind de a semna sau nu contractul.

Rolul instanţei de judecată este acela de a pune în balanţă pe de o parte principiul forţei obligatorii a contractului, care este un principiu fundamental al dreptului privat, şi pe de altă parte principiul bunei-credinţe şi cel al protecţiei consumatorului, ca parte contractantă vulnerabilă şi susceptibilă de a fi supusă unor abuzuri.

Atunci când justul echilibru dintre aceste principii este rupt, instanţa este datoare să intervină, nu doar în temeiul dispoziţiilor legale existente *de lege lata* atât în dreptul intern, cât şi în cel comunitar, ci şi pentru a asigura respectarea principiului echităţii.

În acelaşi sens au fost avute în vedere dispoziţiile OG 21/1992,174/2008 şi art. 1 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumatorului, potrivit cu care „Prezenta lege, denumită în continuare Codul, are ca obiect reglementarea raporturilor juridice create între operatorii economici şi consumatori, cu privire la achiziţionarea de produse şi servicii, inclusiv a serviciilor financiare, asigurând cadrul necesar accesului la produse şi servicii, informării lor complete şi corecte despre caracteristicile esenţiale ale acestora, apărării şi asigurării drepturilor şi intereselor legitime ale consumatorilor împotriva unor practici abuzive, participării acestora la fundamentarea şi luarea deciziilor ce îi interesează în calitate de consumatori”, şi art. 6, respectiv „Prevederile cuprinse în prezentul Cod sunt obligatorii pentru toţi consumatorii şi operatorii economici care efectuează acte şi fapte de comerţ, în condiţiile legii.”

Aşadar, orice modificare în privinţa drepturilor consumatorului este obligatorie atât pentru contractele de credit ce vor fi încheiate, dar şi pentru cele în vigoare, în afara excepţiilor prevăzute expres (cum ar fi art. 95 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 50/2010), în sensul că „Prevederile prezentei ordonanţe de urgenţă nu se aplică contractelor în curs de derulare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanţe de urgenţă, cu excepţia dispoziţiilor art. 37^1, ale art. 66–69 şi, în ceea ce priveşte contractele de credit pe durată nedeterminată existente la data intrării în vigoare a prezentei ordonanţe de urgenţă, ale art. 50–55, ale art. 56 alin. (2), ale art. 57 alin. (1) şi (2), precum şi ale art. 66–71”, iar, potrivit art. 40, „(1) Sunt interzise clauzele contractuale care dau dreptul creditorului să modifice unilateral clauzele contractuale fără încheierea unui act adiţional, acceptat de consumator. (2) Creditorul trebuie să poată face dovada că a depus toate diligenţele pentru informarea consumatorului cu privire la semnarea actelor adiţionale. (3) În cazul modificărilor impuse prin legislaţie, nesemnarea de către consumator a actelor adiţionale prevăzute la alin. (1) este considerată acceptare tacită. În acest caz se interzice introducerea în actele adiţionale a altor prevederi decât cele impuse prin legislaţie. Introducerea în actele adiţionale a oricăror altor prevederi decât cele impuse prin legislaţie sunt considerate nule de drept.”

Cu toate că pârâta a susţinut că a modificat cuantumul dobânzii în raport de prevederile OUG 50/2010, Legii 288/2010, conform solicitărilor reclamantului nu a fost făcută nicio dovadă în acest sens, iar expertiza efectuată în cauză a constatat că de la data încheierii contractului până în prezent, dobânda a fost calculată la valoarea iniţială stabilită de 6.99% (fila 101 dosar), situaţie ce a determinat achitarea în plus a sumei de 13864.66 franci elveţieni calculată la data de 28 februarie 2018.

S-a reţinut că expertul a calculat această sumă după ce a fost scăzută cea acordată reclamantului prin decizia civilă nr.D3 a Tribunalului ........

Aşa fiind, pentru considerentele sus arătate şi prevederile legale menţionate, instanţa a respins excepţia de autoritate de lucru judecat invocată de pârâta BK şi a admis în parte acţiunea, astfel cum a fost precizată, aşa cum s-a arătat.

**Împotriva acestei sentinţe a declarat apel pârâta BK ,** criticând-o pentru nelegalitate şi netemeinicie.

În dezvoltarea motivelor de apel, a arătat că instanţa nu i-a comunicat raportul de expertiză, deşi la termenul din 16.04.2018 a acordat un termen pentru studierea raportului de expertiză. Mai susţine apelanta că nu avea cum să studiere acest raport, din moment ce nu i-a fost comunicat.

A susţinut că motivarea sentinţei este contradictorie cu privire la principalul capă de cerere, cel referitor la introducerea retroactivă în contract a formulei 4,24% marja + indice şi recalcularea dobânzii în funcţie de aceasta formula.

În mod greşit a fost respinsă excepţia autorităţii de lucru judecat. Pe de altă parte, în pofida soluţiei de respingere a excepţiei, instanţa a reţinut numeroase aspecte din cuprinsul deciziei nr. D3.

Prin decizia nr. D3 a Tribunalului ....... s-a dispus restituirea sumei de 2.675,95 CHF pentru perioada 13.05.2008 – 04.01.2012, astfel încât nu este posibil ca o altă instanţă inferioară în grad să pronunţe o altă hotărâre prin care să dispună restituirea altor sume de bani pentru aceeaşi perioadă.

Apelanta a mai susţinut că instanţa a modificat unilateral contractul şi s-a substituit voinţei sale, obligând-o la aplicarea retroactivă a unei formule de calcul şi la recalcularea sumelor achitate de intimat în conformitate cu noua formula, doar ca să satisfacă interesul de moment al intimatului.

Printr-o altă critică, apelanta a susţinut că prima instanţă a aplicat în mod eronat prevederile actului juridic dedus judecăţii şi a dispus recalcularea şi restituirea sumelor rezultate în urma acestui mod de calcul (inexistent în contractul iniţial), încălcând prevederile art. 969-970 C. civ. A adăugat că nu este de acord cu suma de bani rezultată din expertiză, deoarece aceasta nu a fost calculată conform clauzelor contractuale.

Modul de calcul este nelegal şi nu există vreo prevedere legală care să permită modificarea retroactiva a contractului de la data încheierii acestuia şi introducerea în contract a formulei marja + indice Libor 3M fără să existe acordul părţilor.

Apelanta a precizat că instanţa a respins în mod eronat excepţia autorităţii de lucru judecat cu privire la capetele 3-5 de cerere, neţinând seama de hotărârea pronunţată în dosarul nr. D2, cauză în care a fost chemată pentru recalcularea dobânzii în funcţie de indicele LIBOR de la încheierea contractului şi până la finalizarea acestuia.

Pe de altă parte, instanţa de fond a aplicat în mod eronat prevederile Legii nr. 193/2000, deoarece în cauză nu sunt întrunite condiţiile prev. de art. 4 din Legea nr. 193/2000 pentru calificarea drept abuzive a clauzelor reţinute în sentinţa apelată.

Apelanta a arătat că instanţa a aplicat în mod retroactiv prevederile OUG nr. 50/2010, întrucât contractul de credit a fost încheiat la data de 13.05.2008, iar prevederile OUG nr. 50/2010 au intrat în vigoare la data de 21.06.2010.

În final, a susţinut că prima instanţă a admis eronat capetele 3-5, referitoare la aplicarea formulei 4,24% marja + indice de la data încheierii contractului, la restituirea sumelor calculate în funcţie de această formulă şi la încheierea unui act adiţional pentru introducerea acestei formule noi în contract.

În drept, a invocat prevederile art. 466 şi urm. C. proc. civ., art. 969 C. civ., Lg. 193/2000, Lg. 288/2010, O.U.G. 50/2010, O.U.G. 174/2008.

Prin întâmpinare intimatul a solicitat respingerea apelului, ca nefondat.

Prin **decizia nr.D1, Tribunalul ...... – Secţia ........** a respins ca nefondat apelul, reţinând în considerente următoarele:

Printr-un prim motiv de apel, apelanta a susţinut că prima instanţă a încălcat dreptul la un proces echitabil şi dreptul la apărare, prin faptul că nu i-a comunicat raportul de expertiză contabilă întocmit în cauză.

Critica s-a constatat a fi nefondată.

În primul rând, tribunalul a subliniat că nu există nicio dispoziţie legală care să prevadă că expertiza este supusă comunicării către părţi, chiar dacă acestea au, în mod neîndoielnic, dreptul de a lua cunoştinţa de conţinutul şi datele raportului.

Apoi, tribunalul a reţinut că la termenul de judecată din data de 16.04.2018 (f. 116 dosar jud.) prima instanţă a dispus amânarea cauzei tocmai pentru a da părţilor posibilitatea să ia cunoştinţă de cuprinsul raportului de expertiză. Ca atare, apelanta a beneficiat de posibilitatea de a formula eventuale obiecţiuni faţă de concluziile raportului de expertiză, astfel că nu se poate susţine că, sub acest aspect, i-a fost încălcat dreptul la apărare.

Oricum, în conformitate cu prevederile art. 10 alin. 1 C. proc. civ, apelanta avea obligaţia de a urmări desfăşurarea şi finalizarea procesului, fiind singura în culpă pentru faptul că, până la termenul acordat de instanţă, nu a studiat raportul de expertiză.

Ca atare, tribunalul a conchis că această probă a fost în mod legal administrată, motiv pentru care nu poate fi înlăturată din materialul probator, după cum susţine apelanta.

Printr-o altă critică, apelanta a susţinut că motivarea sentinţei este contradictorie cu privire la principalul capăt de cerere, cel referitor la introducerea retroactivă în contract a formulei 4,24% marja + indice şi recalcularea dobânzii în funcţie de această formulă.

Si această critică s-a reţinut a fi nefondată, fiind irelevantă susţinerea apelantei, din moment ce nu a respectat formula de calcul impusă de art. 37 din O.U.G. 50/2010, fapt subliniat de experta cauzei. Potrivit concluziilor expertizei, şi după intrarea în vigoare a acestui act normativ, pârâta a calculat dobânda fără a se raporta la prevederile legale menţionate, ceea ce a condus la perceperea unei dobânzi suplimentare de 13.864,66 franci elveţieni (rămasă după scăderea dobânzii acordate reclamantului prin decizia nr. D3 a Tribunalului ............). Practic, pe perioada derulării contractului dobânda a fost calculată la valoarea sa iniţială, de 6,99%.

De asemenea, nefondată s-a reţinut a fi şi critica potrivit căreia prima instanţă a respins în mod greşit excepţia autorităţii de lucru judecat.

Această excepţie a fost invocată de către pârâtă în raport de sentinţa nr. S2 a Judecătoriei ....., definitivă prin decizia nr. D3 a Tribunalul ......, pronunţate în dosarul nr. D2.

Contrar susţinerilor apelantei, tribunalul a constatat că între cele două cauze nu există identitate de obiect şi cauză.

Astfel, în ceea ce priveşte precedentul dosar (nr. D2), prin decizia nr. D3 a Tribunalul ...... s-a reţinut că în speţa respectivă nu s-a invocat caracterul abuziv al clauzelor contractuale, ci interpretarea greşită de către cocontractant a unei clauze cuprinse în contract, a cărei legalitate nu se contestă. Chiar dacă în cadrul acelui dosar reclamantul a solicitat ca instanţa să stabilească şi modul de calcul al dobânzii şi să oblige pârâta să perceapă pe viitor dobânda, după o formulă de calcul, aceste capete de cerere s-au întemeiat pe dispoziţiile Codului civil, fiind analizate de către instanţă prin prisma prevederilor art. 969, art. 970, art. 982 şi art. 983 C. civ.

În schimb, în prezenta cauză reclamantul s-a întemeiat pe prevederile Legii nr.193/2000, deci pe un alt temei juridic, susţinând că respectivele clauze contractuale au caracter abuziv, iar suma de bani solicitată de către acesta în prezenta cauză, reprezentând dobândă nedatorată încasată de către pârâtă, este distinctă de cea solicitată în dosarul nr. D2.

Ca atare, nu se poate reţine întrunirea triplei identităţi, de părţi, obiect şi cauză, astfel cum impune art. 431 C. proc. civ.

Apelanta a mai susţinut că în prezenta cauză nu este posibilă acordarea unei dobânzi diferite de cea stabilită în dosarul nr. D2, pentru aceeaşi perioadă, 13.05.2008-04.01.2012. Tribunalul subliniază că nu se pune problema stabilirii unor sume diferite în cele două litigii. Din contră, în prezenta cauză expertul a ţinut seama de suma de bani acordată reclamantului cu titlu de dobândă nedatorată prin decizia nr. D3 a Tribunalul ...... (f. 100 dosar jud.), scăzând-o din dobânda totală, calculată până la data de 28.02.2018.

În acest context, apelanta a mai arătat şi că nu este de acord cu concluziile expertizei efectuate în cauză, deoarece expertul nu a ţinut seama de clauzele contractuale.

Tribunalul a reţinut, după cum a arătat mai sus, că prima instanţă i-a acordat apelantei posibilitatea de a studia raportul de expertiză şi de a formula eventuale obiecţiuni, dispunând amânarea cauzei în acest scop, însă nu a uzat de această posibilitate, ceea ce echivalează cu o achiesare la concluziile expertului. În atare condiţii, o astfel de critică nu poate fi primită.

Printr-un alt motiv de apel, pârâta a susţinut că instanţa de fond a aplicat în mod eronat prevederile Legii nr. 193/2000, deoarece în cauză nu sunt întrunite condiţiile prevăzute de art. 4 din Legea nr. 193/2000 pentru calificarea drept abuzive a clauzelor reţinute în sentinţa apelată.

Critica a fost respinsă ca nefondată.

Părţile au încheiat Contractul de credit nr. CR2 (f. 26-38 dosar jud.), având ca obiect acordarea de către bancă a unui împrumut în sumă de 69.481 CHF, pentru o perioadă de 360 luni.

Contractul încheiat între părţi este unul de adeziune, Banca fiind partea cu o mare forţă financiară, iar împrumutatul, clientul Băncii, o persoană fizică, ale cărui opţiuni sunt reduse la acelea de a adera sau nu la contract, Banca fiind cea care stabileşte în mod unilateral clauzele contractului.

Rolul instanţei de judecată este acela de a restabili echilibrul contractual, atenuând principiul forţei obligatorii a contractului, care este un principiu fundamental al dreptului privat, atunci când o astfel de măsură este reclamată de principiul bunei-credinţe şi de cel al protecţiei consumatorului, considerat ca fiind partea contractantă vulnerabilă şi susceptibilă de a fi supusă unor abuzuri.

Prin urmare, instanţa este chemată să intervină, atunci când justul echilibru dintre aceste principii este rupt, intervenţia urmând a se face în temeiul dispoziţiilor legale existente de lege lata în dreptul intern, dar şi în baza dispoziţiilor din dreptul european.

Potrivit art. 4 alin. 1 şi alin. 2 din Legea nr. 193/2000, o clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăşi sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului şi contrar cerinţelor bunei-credinţe, un dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor, o clauză contractuală fiind considerată ca nefiind negociată direct cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitate consumatorului să influenţeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condiţiile generale de vânzare practicate de comercianţi pe piaţa produsului sau serviciului respectiv.

Conform art. 4 alin. 3 din lege, faptul că anumite aspecte ale clauzelor contractuale sau numai una dintre clauze a fost negociată direct cu consumatorul nu exclude aplicarea prevederilor prezentei legi pentru restul contractului, în cazul în care o evaluare globală a contractului evidenţiază că acesta a fost prestabilit unilateral de comerciant. Dacă un comerciant pretinde că o clauză standard preformulată a fost negociată direct cu consumatorul, este de datoria lui să prezinte probe în acest sens.

În fine, conform art. 1 alin. 1 din Legea nr.193/2000, orice contract încheiat între comercianţi şi consumatori pentru vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii va cuprinde clauze contractuale clare, fără echivoc, pentru înţelegerea cărora nu sunt necesare cunoştinţe de specialitate.

Din textele legale anterior menţionate reiese că o clauză contractuală este considerată abuzivă dacă întruneşte trei condiţii: 1.clauza să nu fi fost negociată direct cu consumatorul, 2. clauza să încalce exigenţele bunei-credinţe; 3. clauza, prin ea însăşi sau împreună cu alte prevederi din contract, să creeze, în detrimentul consumatorului, un dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor.

Clauzele cuprinse în art. 5.2, art. 5.3 şi art. 5.4 din contractul de credit stipulează, în esenţă, că banca şi-a rezervat dreptul de a modifica unilateral dobânda, în funcţie de politica sa, deci fără a exista consimţământul clientului, că noul procent de dobândă stabilită unilateral de bancă nu impunea încheierea unui act adiţional, mai mult clientul consimţea să renunţe la orice plângere/opoziţie/contestaţie ulterioară şi că în situaţia în care clientul nu accepta noul nivel al dobânzii avea obligaţia de a restitui ratele nescadente/restul din creditul angajat şi dobânzile aferente în termen de cel mult 10 zile.

În acord cu cele reţinute de prima instanţă, tribunalul a constatat că aceste clauze creează un dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor, oferind pârâtei dreptul discreţionar de a revizui rata dobânzii curente şi, implicit dreptul de a o încasa în detrimentul reclamantului, fără ca noua rată să fie negociată cu acesta, deşi efectele manifestării unilaterale de voinţă a pârâtei se repercutează în mod esenţial asupra patrimoniului reclamantului. Astfel, în timp ce banca are dreptul de a stabili în mod unilateral o dobândă majorată şi de a solicita plata acesteia, singurul drept al reclamantului este acela de a fi informat asupra acestui fapt, urmând a se conforma prescripţiilor clauzei, fără a avea posibilitatea de a se opune sau de a modifica cuprinsul acesteia.

Ca atare, în mod corect prima instanţă a constatat caracterul abuziv al clauzelor mai sus menţionate.

Pe de altă parte, simpla constatare a caracterului abuziv al clauzelor menţionate nu schimbă cu nimic situaţia pârâtului consumator, care rămâne să suporte, în continuare, prejudiciul creat de banca creditoare.

De aceea, stabilirea, de către prima instanţă, a modalităţii de calcul a dobânzii, ce urmează a se regăsi în actul adiţional la contractul de credit, prin raportare la prevederile art. 37 din O.U.G. 50/2010 (act normativ care a intrat în vigoare pe parcursul derulării contractului), este corectă, fiind impusă, pe de o parte, de constatarea caracterului abuziv al clauzelor arătate, iar pe de altă parte de necesitatea restabilirii echilibrului contractual.

Faţă de aceste considerente, tribunalul, în temeiul art. 480 alin. 1 C. proc. civ., constatând că judecătorul fondului a interpretat corect normele legale incidente şi a apreciat în mod just probele administrate în cauză, stabilind corect starea de fapt, pronunţând astfel o hotărâre temeinică şi legală, a respins apelul, ca nefondat.

**Împotriva deciziei nr.D1 pronunţată de Tribunalul ...... – Secţia ........ a declarat recurs, în termen legal, pârâta BK,** care a criticat hotărârea atacată pentru următoarele motive de nelegalitate:

1. Instanţa a aplicat eronat prevederile art. 430-431 Cod procedură civilă şi a respins în mod nelegal excepţia autorităţii de lucru judecat, cu privire la capetele 3- 5 de cerere.

În dezvoltarea acestui motiv de recurs, pârâta arată că între părţi a mai existat un litigiu având ca obiect obligarea acesteia la modificarea contractului în sensul introducerii în contract retroactiv de la data încheierii acestuia a formulei: 4,24% marja + indice libor 3m.

Astfel, intimatul a mai formulat o acţiune (dosar nr.D2) prin care a solicitat următoarele, la capetele 1-3 de cerere: 1) constatarea faptului că marja fixă a băncii în dobânda aplicabilă în Contractul de credit încheiat este de 4,24%, începând de la data semnării contractului şi până la finalizarea acestuia; 2) obligarea pârâtei să recalculeze nivelul dobânzii percepute în temeiul contractului de credit după formula marja băncii fixă la care se adaugă valoarea indicelui de referinţă LIBOR la 3 luni; 3) completarea contractului de credit în sensul de a fi inclusă marja fixă arătată la pct. l în dobânda aferentă sumei acordate în baza contractului.

Pe de altă parte, instanţa de apel a reţinut motive străine de natura cauzei pentru a motiva respingerea excepţiei.

În primul rând nu există în cererea de chemare în judecată ce a format obiectul dosarului nr.D2 vreo menţiune referitoare la temeiul de drept invocat de instanţa de apel, iar în al doilea rând, potrivit extrasului din Decizia nr. D3 (anexa 1), în respectiva cauza motivul de recurs principal a fost încălcarea prevederilor Legii nr.193/2000 de către instanţa de fond. Prin urmare, şi cauza ce a format obiectul dosarului nr.D2 a fost întemeiată în drept pe Legea nr.193/2000.

Prin cererea formulată în dosarul din anul 2012, intimatul a solicitat recalcularea dobânzii conform formulei 4,24% marja + indice de la încheierea contractului - aceeaşi solicitare având-o şi în prezenta cauză, solicitare ce a fost respinsă definitiv de Tribunalul ......

2. În mod eronat a fost respinsă excepţia autorităţii de lucru judecat cu privire la restituirea eventualelor sume pentru perioada 13.05.2008-04.01.2012.

Astfel, intimatul a mai formulat o acţiune (dosar nr.D2), iar Tribunalul ..... a admis-o şi a dispus restituirea sumei de 2675,95 chf.

Din moment ce instanţa s-a pronunţat definitiv cu privire la sumele ce trebuie restituite pentru perioada 13.05.2008-04.01.2012, consideră că o altă instanţă nu poate reveni la această decizie.

Instanţa de apel reţine şi recunoaşte faptul că prin raportul de expertiză (comunicat doar intimatului), expertul a calculat dobânda şi pentru perioada 13.05.2008-04.01.2012. Evident, pentru această perioadă expertul a mai calculat şi alte sume de restituit în afară de suma de 2675.95 chf.

Recurenta susţine că instanţa nu avea dreptul să încuviinţeze vreo expertiză care să includă perioada 2012, iar expertul nu avea dreptul să facă vreun calcul nou pentru perioada respectivă, ci doar pentru perioada ulterioră datei de 04.01.2012.

3. Tribunalul a aplicat eronat prevederile art.22, art.149, art.379 Cod procedură civilă şi art.170 Cod civil.

Prin motivele de apel recurenta a solicitat comunicarea raportului de expertiză, iar tribunalul nu s-a pronunţat pe această cerere, încălcându-i, la fel ca şi instanţa de fond, dreptul la apărare.

Instanţa a reţinut eronat că nu există prevederi legale în Codul de procedură civilă, privind comunicarea raportului de expertiză.

4. Instanţele au aplicat în greşit prevederile art.4 alin. 1 din Legea nr.193/2000, precum şi dispoziţiile art.969 Cod civil şi au calificat eronat prevederile clauzelor prevăzute la art.5.2-5.4, ca fiind abuzive.

În acest sens, recurenta susţine că instanţa a reţinut în mod eronat faptul că a încheiat un contract de adeziune cu intimatul. În fapt, succesiunea etapelor încheierii contractului a fost următoarea:

Clientul a solicitat băncii încheierea unui contract de credit, fără a-i prezenta un model sau anumite clauze pe care ar fi dorit ca respectivul contract să le cuprindă. Banca i-a prezentat un proiect de contract.

Clientul nu a solicitat vreo solicitare scrisă de negociere a vreunei clauze din contract şi nu a adus vreo probă care să ateste că ar fi formulat vreo astfel de solicitare sau că banca i-ar fi refuzat-o; clientul a semnat contractul de credit.

Recurenta a iniţiat negocierea clauzelor contractuale, comunicând clientului oferta acesteia, iar după studiul documentelor, intimatul nu a formulat vreo contraofertă scrisă pentru a continua negocierea.

Precează faptul că lipsa posibilităţii de a negocia putea fi constatată de instanţă, doar în cazul existenţei unei contraoferte/cereri de negociere venite din partea clientului care să fi fost refuzată de bancă înainte de încheierea contractului; ori, o astfel de cerere nu a existat.

Acceptarea/neeaceptarea unei eventuale contraoferte are legătură cu voinţa fiecărei părţi contractuale de a obţine prevederi contractuale cât mai apropiate de interesul său.

În acest moment se poate doar specula cu privire la acceptarea/neacceptarea unei eventuale contraoferte venite de la client, iar sub acest aspect, era în interesul băncii să accepte o eventuală contraofertă de la client, deoarece în caz contrar acesta se putea adresa unei alte instituţii bancare/nebancare din cele peste 50 existente pe piaţă şi care ofereau produse similare.

Piaţa bancară nu este monopolul recurentei pentru a se susţine că acest client nu ar fi avut alternative în cazul în care negocierile nu s-ar fi finalizat prin semnarea contractului.

Recurenta nu avea de unde să cunoască faptul că intimatul ar fi dorit şi negocierea clauzelor propuse de bancă, din moment ce acesta nu a solicitat negocierea clauzelor.

Prin urmare, apreciază că a făcut dovada faptului că intimatul a avut ocazia efectivă de a solicita negocierea clauzelor contractuale, iar acesta nu pot susţine că nu le cunoştea sau că dorea negocierea lor, din moment ce nu a solicitat vreodată negocierea clauzelor propuse de bancă înaintea încheierii contractului şi nici ulterior.

Astfel, instanţele ar fi trebuit să reţină faptul că nu este suficient ca după aproximativ 11 ani de la semnarea contractului în cauză, consumatorul să pretindă că o anumită clauză nu a fost negociată cu acesta doar pentru că acum consideră că îi este dezavantajoasă. Dimpotrivă, instanţele ar fi trebuit să arate că pentru a proba aceasta susţinere, consumatorul respectiv ar fi trebuit să aducă dovezi distincte de conţinutul propriu-zis al clauzei respective.

În cazul în care instanţa constata că acest contract este standard, era obligată să reţină şi faptul că cealaltă parte putea să încheie sau nu contractul, deci şi din acest punct de vedere operează principiul autonomiei de voinţă şi al libertăţii contractuale; din momentul în care s-au hotărât să încheie acel contract, intimatul a fost de acord cu ceea ce a stabilit cealaltă parte contractantă, aderând la ceea ce a stabilit cealaltă parte.

Cu privite la clauzele prevăzute la art.5.2-5.4 din contract, recurenta precizează că toate clauzele contractuale trebuie interpretate unitar, pentru a se evita interpretări, trunchiate care nu au legătură cu voinţa părţilor.

În fapt, potrivit art. 8.1-8.3 din contract, modificarea nivelului ratei de dobândă a fost stabilită convenţional, prin acordul ambelor părţi; în contract nu era prevăzută o perioadă de timp la care rata dobânzii se actualizează automat; în contractul de credit era prevăzut indicele în funcţie de care dobânda putea varia; de asemenea, în contract nu era prevăzută formulă: 4,24% marja + indice.

Potrivit art. 969 din Codul civil de la 1864, în vigoare la momentul încheierii contractului de credit, convenţiile legal făcute au putere de lege între părţile contractante.

În aceste condiţii, părţile, în deplină cunoştinţă de cauză, au agreat clauzele contractuale, aceasta a fost voinţa lor, fiind inadmisibil ca după 11 ani de la încheierea contractului, una dintre părţi, în speţă, debitorul, să revină asupra consimţământului pe care l-a exprimat valabil la încheierea contractului, nemulţumit fiind, de fapt, de aplicarea unor clauze contractuale pe care el însuşi le-a agreat.

Prin urmare, faptul că debitorul este nemulţumit de evoluţia pe care a cunoscut-o nivelul dobânzii pe parcursul derulării contractului nu este de natură a întemeia caracterul abuziv al clauzei care conferă caracter variabil al dobânzii şi a criteriilor potrivit cărora rata dobânzii se putea modifica.

Aşadar, variaţia dobânzii nu era exclusiv influenţată de politica băncii, ci are în vedere valoarea dobânzii de referinţă pentru fiecare valută, factor obiectiv, independent de voinţa furnizorului de servicii financiare.

Interpretarea pct. 5.2-5.4 din contract trebuie să se facă prin raportare la integralitatea acestui punct şi nu defalcat pe fraze componente, pentru a evita riscul unor interpretări trunchiate, fără acoperire contractuală sau legală.

În fapt, recurenta solicită a se observa că dispoziţiile prevăzute de Legea nr.193/2000 nu sunt menite a crea o nouă ordine de drept în care contractul să devină lipsit de forţa obligatorie, ci din contră, vine doar să particularizeze dispoziţiile generate aplicabile în rem şi în personam.

În cuprinsul art. 5.2-5.4 din contract se prevedea că banca îşi rezervă dreptul de a revizui rata dobânzii cu luarea în considerare a valorii dobânzii de referinţă pentru fiecare valută, comunicând împrumutatului noua rată a dobânzii astfel modificată, precum şi modul în care clienţii se puteau opune modificării dobânzii.

Având în vedere dispoziţiile art.4 alin.1 din Legea nr.193/2000, faptul că la art.5.2 era prevăzut indicele verificabil; că potrivit art.5.3-5.4 din contract, intimatul era informat cu privire la modificarea dobânzii şi putea oricând să rezilieze contractul în cazul în care nu era de acord cu desfăşurarea contractului, rezultă că posibilitatea modificării dobânzii, precum şi motivele care ar justifica din punct de vedere economic această majorare, au fost fundamentate contractual şi în mod expres permise de Legea nr.193/2000.

Faptul că intrarea în vigoare a OUG nr.174/2008 şi OUG nr.50/2010 a necesitat o schimbare şi o adaptare a contractelor de credit la cerinţele imperative ale legii nu este de natură a invalida anumite prevederi contractuale care au respectat legislaţia în vigoare la data semnării contractului.

Din prevederile contractului de credit, rezultă în mod evident atât faptul că instituţia recurentă a oferit împrumutatului posibilitatea de a analiza clauzele contractuale, cât şi buna-credinţă a băncii, din moment ce acesta a avut posibilitatea de a studia clauzele contractuale înainte de semnarea contractului, având posibilitatea să solicite negocierea sau modificarea acestora.

Ca atare, părţile contractante au acţionat de pe poziţie de egalitate în raportul comercial, neexistând niciun dezechilibru/niciun tratament preferenţial al vreunei părţi semnatare a contractului.

Din modul cum este formulată clauza de la art. 5.2-5.4 se poate deduce că prin această dispoziţie contractuală s-a instituit în favoarea băncii un drept, de care aceasta poate uza sau nu în raport cu clienţii săi. Această prevedere a fost stipulată în această formă în contract, întrucât până la intrarea în vigoare a OUG nr.174/2008, nu era instituită în sarcina contractanţilor, printr-o dispoziţie legislativă implicită sau explicită, obligaţia de a modifica contractul numai prin încheierea unui act adiţional.

La data de 28.12.2008 a intrat în vigoare OUG nr.174/2008 prin care a fost completată OG nr.21/1992 (art.93), iar recurenta nu mai avea dreptul să modifice clauzele referitoare la costuri cu excepţia modificărilor impuse prin lege. Aceste prevederi legale nu se aplică retroactiv.

Prin urmare, o dată cu intrarea în vigoare a prevederilor art.93 lit.h din OUG nr. 174/2008, modificarea clauzelor contractuale, deci şi a celor legate de dobândă, nu a mai fost posibilă decât prin semnarea unui act adiţional, cu excepţia modificărilor impuse prin lege. O astfel de modificare a fost impusă prin OUG nr.50/2010.

Prevederile art.37 din OUG nr.50/2010 în care este prevăzută formula: marja + indice nu se aplică retroactiv. Contractul de credit nu mai există în formă iniţială ci are forma dobândită ca urmare a modificărilor aduse de OUG nr.50/2010, incluse în contract prin actul adiţional de conformare a contractului cu prevederile OUG nr.50/2010, semnat prin acordul părţilor.

Formula de calcul a ratei dobânzii a fost menţionată expres în contract, în strictă corelaţie cu prevederile legale.

De asemenea, având în vedere prevederile legale imperative cu aplicabilitate ope legis, respectiv OUG nr.174/2008 şi OUG nr.50/2010, recurenta solicită să se constatate că sintagma „în funcţie de politica băncii” nu mai există în contract, fiind eliminată în mod tacit prin OUG nr.174/2008 şi în mod expres prin actul adiţional de conformare a contractului cu prevederile OUG nr.50/2010.

5. Instanţele au aplicat eronat prevederile OUG nr.50/2010 şi cele ale art. II (2) din Legea nr.288/2010, dispunând introducerea în contract a formulei prevăzute de art.37 din OUG nr.50/2010 (4,24 marja + indice) retroactiv de la data încheierii contractului, în condiţiile în care această formulă nu exista în contractul iniţial.

Prevederea legală care cuprindea obligaţia băncii de a introduce respectiva formulă în contracte este art.37 din OUG nr.50/2010, prevedere care nu se aplică retroactiv.

Motivarea instanţei de apel potrivit căreia recurenta a invocat inutil faptul că formula marja + indice ar fi fost introdusă doar prin OUG nr.50/2010, deoarece nu a respectat nici ulterior această formulă, este nereală.

Atât în apărările formulate la fond, cât şi în apel, banca a arătat că această formulă nu se afla în contractul iniţial şi a fost introdusă în urma intrării în vigoare a OUG nr.50/2010, marja fiind de 6,77% (din dobânda existentă în anul 2010 a fost scăzut indicele LIBOR de la aceeaşi dată).

La data de 03.01.2011 au intrat în vigoare prevederile art. II din Legea nr.288/2010, potrivit cărora: „Actele adiţionale nesemnate de către consumatori, considerate acceptate tacit până la data intrării în vigoare a prezentei legi, îşi vor produce efectele în conformitate cu termenii în care au fost formulate, cu excepţia cazului în care consumatorul sau creditorul notifică cealaltă parte în sens contrar, în termen de 60 de zile de la data intrării în vigoare a prezentei legi.”

Intimatul a depus notificare de renunţare în termenul legal la actul adiţional, respectiv în data de 25.02.2011.

În conformitate cu prevederile art.95 (5) din OUG nr.50/2010 cu modificările ulteriore, clauzele contractului trebuiau aliniate la rigoarea prevederilor ordonanţei începând cu data de 21.09.2010, inclusiv prin eliminarea art.5.2 din contract şi înlocuirea acestora cu clauze ce respectă prevederile OUG nr.50/2010.

Astfel, aceste clauze au fost eliminate şi înlocuite cu clauze ce includ şi formula: marja fixa + indicele de referinţă, astfel cum este reglementat de art. 37 lit. a) din OUG nr. 50/2010.

Intimatul a formulat o solicitare de renunţare la actul adiţional de conformare a contractului cu prevederile OUG nr.50/2010 în termenul legal prevăzut de art. II din Legea nr.288/2010.

În fapt, la momentul intrării în vigoare a OUG nr.50/2010, legiuitorul a impus un termen de 90 de zile în care contractele de credit trebuiau aliniate la rigorile actului normativ, stabilind expres că dacă un consumator/client nu doreşte sau nu înţelege să semneze actul adiţional de conformare la rigorile ordonanţei, acesta va fi considerat ca acceptat tacit.

Ulterior, prin Legea nr.288/2010, legiuitorul a revenit asupra art.95 alin.2 din OUG nr.50/2010 şi a acordat împrumutaţilor din contractele aflate în derulare la momentul intrării în vigoare a OUG nr.50/2010 posibilitatea de a formula notificare de refuz la dispoziţiile acesteia. Deci, dreptul de a renunţa la dispoziţiile instituite prin OUG nr.50/2010 a putut fi exercitat numai din momentul intrării în vigoare a acestui act normativ, în perioada de conformare stabilită de acesta, nesemnarea actului adiţional fiind considerată acceptare tacită.

Având în vedere această situaţie, recurenta susţine că prevederile art.37 din OUG nr.50/2010 nu se aplică contractului de credit încheiat cu intimatul, care a uzat de dreptul conferit de Legea nr.288/2010

Contractul de credit se modifică prin acordul părţilor sau prin intervenţia legiuitorului.

Potrivit art.6 din Legea nr.193/2000, consecinţa constatării caracterului abuziv al unei clauze contractuale îl constituie inopozabilitatea acestei clauze faţă de consumator, în niciun caz nu se poate pune problema modificării acestor clauze conform voinţei unei singure părţi contractuale şi emiterea unui nou scadenţar contractual.

Din moment ce formula 4,24 % marja + indice nu exista în contract, iar în raport de art.6-7 din Legea nr.193/2000 instanţa nu are dreptul să se substituie voinţei părţilor şi să înlocuiască o clauză cu o altă clauză, introducând-o în contract.

6. Instanţele au aplicat eronat prevederile art.6-7 din Legea nr.193/2000, art.969 Cod civil, au modificat retroactiv clauzele contractuale şi au introdus retroactiv de la data încheierii contractului şi pentru viitor o clauză nouă în contract care să cuprindă formula 4,24 marja + indice Libor 3M. Totodată, au dispus în mod nelegal restituirea sumelor achitate de intimat în funcţie de această formulă şi încheierea unui act adiţional care să cuprindă această formulă.

Conform art.6 din Legea nr.193/2000, efectul nulităţii îl reprezintă eliminarea clauzelor din contract ca şi cum aceste clauze nu s-ar fi aflat niciodată în contract şi nu ar fi produs niciodată efecte.

În niciun caz anularea clauzelor prevăzute la art.5.2-5.4. nu permit instanţei să modifice după cum doreşte contractul şi nu conduce la includerea retroactivă în contract a formulei: LIBOR 3M+4,24 marja fixă, după cum au dispus instanţele în mod nelegal, restituirea diferenţelor de dobândă calculate în funcţie de această formulă şi încheierea unui act adiţional în acest scop.

Prin urmare, eliminarea unor clauze nu conduce la modificarea retroactivă a contractului şi introducerea retroactivă a altor clauze inexistente în contract, dar dorite de o parte.

Recurenta nu este de acord cu modificarea solicitată de către intimat pe calea instanţei, fiind inadmisibilă şi nu există vreo prevedere legală care să permită modificarea retroactivă a contractului de la data încheierii acestuia fără să existe acordul părţilor.

Noţiunea de „marjă” care a fost introdusă de legiuitor în anul 2010 în cuprinsul contractelor în derulare, creditorii fiind obligaţi să raporteze nivelul dobânzii în funcţie de un element fix pe toată perioada de creditare (marja) la care se adaugă valoarea indicelui de referinţă pentru viitor.

Această formulă nu a existat în contract la data încheierii acestuia, ci a fost introdusă ca urmare a intrării în vigoare a prevederilor art.37 din OUG nr.50/2010, prevedere legală ce nu produce efecte juridice retroactiv.

Prin urmare, în mod nelegal, cu încălcarea prevederilor art.969 Cod civil, instanţa a intervenit peste voinţa părţilor şi a legii şi a modificat contractul retroactiv de la data semnării, conform voinţei unilaterale a unui cocontractant.

Până la intrarea în vigoare a prevederilor OUG nr.50/2010 nu exista vreo prevedere legală care să cuprindă obligaţia introducerii în contracte a unei „marje fixe”.

7. Instanţa a încălcat autoritatea de lucru judecat, deoarece în dosarul nr.1411. instanţele au stabilit în mod definitiv, că art.969 Cod civil se opune ca instanţa să modifice clauzele contractuale în sensul dorit de una din părţi, sau la introducerea în contract a unei formule dorite doar de o parte contractuală.

Pentru aceste motive, se solicită admiterea recursului, casarea deciziei atacate şi, în rejudecare, modificarea acesteia în sensul admiterii apelului pârâtei, cu consecinţa respingerii în totalitate a acţiunii.

În drept, recursul a fost întemeiat pe disp. art.483, art.488 alin.1 pct. 6 şi 8, art.430-431 Cod procedură civilă, art. 969 Cod civil, Legea nr.193/2000, Legea nr.288/2010, OUG nr.50/2010.

Recurenta-pârâtă a solicitat şi judecarea cauzei în lipsă, potrivit art.223 Cod procedură civilă.

Intimatul-reclamant a formulat întâmpinare prin care a solicitat, cu prioritate, constatarea nulităţii motivelor de recurs I pct.1, 2, 4, 5, II pct.1, III pct.2, deoarece au fost formulate prin copierea motivelor de apel, nefiind aduse critici concrete deciziei atacate şi astfel nu se poate realiza controlul de legalitate a dispoziţiilor şi motivărilor instanţei de apel, iar în subsidiar, respingerea recursului şi menţinerea hotărârii tribunalului, ca fiind legală şi temeinică (filele 25-35 dosar recurs).

Totodată, reclamantul a solicitat suspendarea cauzei până la soluţionarea cauzei CZ, aflată pe rolul CJUE, ce vizează formula de calcul a dobânzii după constatarea caracterului abuziv al clauzelor, raportat la conţinutul contractului iniţial.

Prin notele scrise depuse la data de 11.02.2020, recurenta-pârâtă a precizat că înţelege să solicite, în temeiul art.451-453 Cod procedură civilă şi obligarea intimatului-reclamant la plata cheltuielilor de judecată în sumă de 2438 Ron, reprezentând valoarea taxei de timbru achitate în apel şi recurs.

**Analizând decizia atacată în raport de criticile formulate în recurs, din ansamblul lucrărilor de la dosar şi de textele legale în materie, Curtea reţine următoarele:**

Cererea de suspendare a cauzei formulată de reclamantul X până la soluţionarea cauzei CZ, aflată pe rolul CJUE, ce vizează formula de calcul a dobânzii după constatarea caracterului abuziv al clauzelor, raportat la conţinutul contractului iniţial, este nefondată, în speţă nefiind incidente dispoziţiile art.413 alin.1 pct.1 Cod procedură civilă, având în vedere că soluţionarea litigiului sus-citat de instanţa Uniunii Europene nu se află în legătură cu prezentul dosar, simpla invocare a caracterului abuziv al clauzei nefiind suficientă pentru a stabili legătura între cauze, fiind esenţiale şi argumentele care susţin caracterul abuziv al clauzei.

**Recursul este fondat** pentru următoarele considerente:

Criticile din recurs cu privire la modul în care a fost soluţionat apelul declarat împotriva sentinţei prin care s-au admis capetele de cerere 1, 2 şi 4, respectiv constatarea caracterului abuziv al clauzelor, nulitatea absolută şi obligaţia de a încheia un act adiţional, sunt fondate, întrucât aceste petite trebuiau respinse în raport de dispoziţiile legale în materie şi de probele de la dosar.

Se reţine de instanţa de recurs că, potrivit art. 4 alin. 1 din Legea nr. 193/2000, o clauză contractuală care nu a fost negociată direct de bancă cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăşi, ori împreună cu alte dispoziţii din contract, creează în detrimentul consumatorului şi contrat cerinţelor bunei-credinţe, un dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor contractante.

Ca atare, o clauză va fi considerată abuzivă dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiţii: clauza nu a fost negociată cu clientul, adică aceasta a fost stabilită fără a da posibilitatea consumatorului să influenţeze natura ei şi această clauză negociată prin ea însăşi sau împreună cu alte prevederi din contract, creează în detrimentul consumatorului un dezechilibru semnificativ între drepturile şi obligaţiile părţilor.

Relevanţa caracterului nenegociat al clauzei se află în strânsă legătură cu consecinţele pe care aceasta le produce asupra clienţilor băncii, în sensul că aceştia se află la dispoziţia creditorului fără a putea influenţa soarta contractului, ca o consecinţă a determinării dobânzii raportat la formula inclusă în clauza din contractul de credit.

Se reţine că, art.6 pct.11 din O.U.G. nr.50/2010 defineşte rata dobânzii aferente creditului ca fiind rata dobânzii, exprimată ca procent fix sau variabil aplicat anual sumei trase din credit. Art.37 din acelaşi act normativ a impus, în contractele de credit cu dobândă variabilă, următoarele reguli: a) dobânda va fi compusă dintr-un indice de referinţă EURIBOR/ROBOR/LIBOR la o anumită perioadă sau din rata dobânzii de referinţă a Băncii Naţionale a României, în funcţie de valuta creditului, la care creditorul adaugă o anumită marjă fixă pe toată perioada derulării contractului; c) în acord cu politica comercială a fiecărei instituţii de credit, creditorul poate reduce marja şi/sau aplica un nivel mai redus al indicelui de referinţă, acesta având dreptul ca, pe parcursul derulării contractului, să revină la valoarea marjei menţionate în contract la data încheierii acestuia şi/sau la nivelul real al indicelui de referinţă; d) modul de calcul al dobânzii trebuie indicat în mod expres în contract, cu precizarea periodicităţii şi/sau a condiţiilor în care survine modificarea ratei dobânzii variabile, atât în sensul majorării, cât şi în cel al reducerii acesteia.

Prin urmare, şi actul normativ ulterior încheierii contractului, prin care se transpune în legislaţia naţională Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori şi de abrogare a Directivei 87/102/CEE a Consiliului permite contractarea unui credit cu dobândă variabilă, impunând însă reguli stricte cu privire la prezentarea modului de calcul a dobânzii, încunoştinţarea cocontractantului despre orice modificare şi raportarea la un indice de referinţă sau la rata dobânzii de referinţă BNR în funcţie de valuta creditului.

Curtea constată însă că părţile s-au mai judecat cu privire la dobânda contractuală, susţinerile din prezenta cauză vizând într-adevăr caracterul abuziv al clauzei dar acesta este întemeiat pe modul concret de calcul al dobânzii aplicate de bancă, aceasta menţinând-o la acelaşi nivel cu cel iniţial. Practic, caracterul abuziv ar fi determinat de nerespectarea contractului, ceea ce nu se poate susţine, caracterul abuziv al clauzei fiind condiţionat de aspectele sus menţionate în interpretarea art. 4 alin. 1 din Legea nr. 193/2000.

Astfel, prin decizia nr. D3 pronunţată de Tribunalul ...... s-a statuat mecanismul de calcul al dobânzii în contractul de litigiu, reţinându-se, în esenţă, în considerente, că Banca poare revizui dobânda doar pentru variaţii ale indicatorului de referinţă pentru valoarea în care a fost acordat creditul, în speţă pentru LIBOR, „politica băncii” neputând fiind interpretată în sensul că permitea concentrarea şi a altor motive de variaţie a dobânzii, ce nu trebuiau evidenţiate şi explicate clientului la data semnării convenţiei.

Totodată, s-a mai arătat în considerentele deciziei sus-citate, că Banca a procedat la menţinerea dobânzii de 6,99%, cât era la momentul semnării contractului, deşi, din expertiza contabilă efectuată în acel litigiu, în cauză a rezultat aspectul că începând cu data de 13.08.2008 indicele LIBOR a scăzut de la 2,75% la 0,04% în data de 13.11.2011, şi prin urmare, aplicând convenţia părţilor, rata de dobândă trebuia să scadă în funcţie de acest element.

În motivarea respectivă, s-a subliniat aspectul că după intrarea în vigoare a OUG nr. 174/2008, a fost modificat art. 14 lit. a) din Legea nr. 190/1999, iar variaţia ratei dobânzii trebuie să fie independentă de voinţa creditorului ipotecar, raportat la fluctuaţiile unor indici de referinţă verificabili, menţionaţi în contract, sau la modificările legislative care impun acest lucru.

De asemenea, în considerentele deciziei sus-arătate s-a arătat că dobânda calculată de Bancă la 6,99% s-a făcut contrar clauzelor contractuale şi contrar Legii nr. 190/1999, concluzionând tribunalul în sensul că *dobânda practicată de Bancă nu putea varia decât în funcţie de indicele de referinţă LIBOR* şi că referirea la orice alt motiv de variaţie nu se înscrie în contractul derulat de părţi până în prezent, ţinând cont şi de raportul de expertiză ce a fost efectuat în acel litigiu.

Ca atare, dezlegarea dată referitor la modul de stabilire efectivă a dobânzii de către bancă, aşa cum a fost reţinut în cauza anterioară, se impune în prezenta procedură, nefiind posibilă o constatare diferită de către instanţa învestită ulterior, iar curtea nu poate reţine caracterul abuziv al unei clauze în care s-a stabilit corect că dobânda poate varia în funcţie de valoarea dobânzii de referinţă pentru fiecare valută (art.5.2 din contract, fila 28 doar fond).

De aceea, Curtea apreciază că nu există caracter abuziv al clauzelor contractuale prevăzute la art. 5.2 în ceea ce priveşte sintagmele „politica Băncii” şi „dobânda poate fi modificată (…) în mod unilateral de către Bancă (…) fără consimţământul clientului”, la art. 5.3 şi la art. 5.4 din contractul de credit.

Pe cale de consecinţă, se va respinge şi capătul 2 din acţiune privind nulitatea absolută şi eliminarea clauzelor sus-citate din contractul de credit.

Referitor la criticile privind calculul dobânzii, privind existenţa autorităţii de lucru judecat şi modul greşit cum a fost calculată dobânda, instanţa de recurs constată următoarele:

În mod legal instanţa de apel a respins critica privind modul în care a fost soluţionată de judecătorie excepţia de autoritate de lucru judecat referitor la recalcularea dobânzii în funcţie de indicele LIBOR de la data încheierii contractului şi până la finalizarea acestuia, întrucât în prezenta cauză nu există triplă identitate de obiect, cauză şi părţi cu dosarul nr. D2, menţionat de bancă în prezentul memoriu de recurs pentru a opera această instituţie.

Trebuie precizat că între cele litigii nu există identitate de obiect şi cauză pentru a fi îndeplinite cerinţele cumulative ale instituţiei autorităţii de lucru judecat, având în vedere că litigiul finalizat prin Decizia nr. D3 pronunţată de Tribunalul ..... a avut ca obiect stabilirea calculului dobânzii din contract şi nu constatarea caracterului abuziv al clauzelor contractuale menţionate mai sus în considerente.

Cu privire la cauză, nici această condiţie nu este îndeplinită în speţă, întrucât temeiurile juridice ale celor două litigii sunt diferite.

În concluzie, critica privind modul de soluţionare a excepţiei autorităţii de lucru judecat este nefondată, în speţă nefiind îndeplinite cerinţele cumulative pentru a opera această instituţie de drept, însă se reţine de instanţa de recurs că operează efectul pozitiv al puterii de lucru judecat.

Astfel, referitor la Decizia nr. D3 pronunţată de Tribunalul ..... în dosarul nr. D2, s-a reţinut de respectiva instanţă de judecată care a omologat raportul de expertiză efectuat în acea cauză, că dobânda este calculată în raport de indicele de referinţă LIBOR 3M şi o componentă fixă, determinată ca diferenţa între dobânda de 6,99% şi valoarea LIBOR de la data încheierii convenţiei, şi a obligat Banca BK să restituie sumele încasate la o dobândă mai mare decât cea astfel calculată, valoarea componentei fixe stabilite la acea dată de expert fiind de 4,24%.

A fost însă respinsă cererea referitoare la constatarea faptului că marja fixă a băncii în dobânda aplicabilă în contract este de 4,24% începând de la data semnării contractului până la finalizarea acestuia şi cererea de obligare a pârâtei să recalculeze nivelul dobânzii în temeiul contractului după formula marja fixă a băncii plus indicele de referinţă LIBOR la 3 luni.

În consecinţă, se constată de Curte că această decizie produce un efect pozitiv asupra modului de calcul al dobânzii stipulate în prezentul contract şi care trebuie avut în vedere şi la soluţionarea petitelor nr. 4 şi 5 din acţiunea de faţă privind calculul dobânzii şi obligaţia băncii pârâte să restituie sumele încasate nedatorat.

Pe cale de consecinţă, se constată de Curte că este fondată critica Băncii din recurs cu privire la obligarea acesteia să încheie un act adiţional la prezentul contract în care să insereze formula de calcul a dobânzii marja 4,24% + LIBOR 3 M, în raport de valoarea indicelui LIBOR 3M de la data încheierii contractului şi dobânda variabilă de 6,99% stabilită contractual. Însă, sunt nefondate criticile privind restituirea sumelor menţionate în recurs, având în vedere decizia nr. Decizia nr. D3 pronunţată de Tribunalul ...... şi mecanismul de calcul al dobânzii statuat prin această hotărâre judecătorească în mod definitiv şi de unde au rezultat sumele încasate în plus de Bancă ţinând cont de modul cum a calculat aceasta dobânda.

Motivul de recurs privind aplicarea eronată a dispoziţiilor art. 22, art. 149 şi art. 379 Cod procedură civilă, precum şi art. 170 Cod civil, urmează a fi respins ca nefondat de Curte, întrucât instanţa de apel a avut rol activ în aflarea adevărului în litigiul de faţă, prevederile art. 149 Cod procedură civilă se referă la orice cerere adresată instanţelor judecătoreşti care nu are legătură cu modul de comunicare a raportului de expertiză în cauză, iar prevederile art. 379 din acelaşi act normativ nu au incidenţă în speţă, întrucât se află în secţiunea privind administrarea probelor de către avocat sau consilier juridic. Cu privire la încălcarea dispoziţiilor art. 170 Cod civil, invocarea acestor prevederi nu are legătură cu comunicarea raportului de expertiză, întrucât se referă la instituţia tutelei.

Faţă de cele reţinute mai sus de instanţa de recurs, se constată că în mod legal instanţa de apel a apreciat că nu există un text legal care să oblige instanţa de judecată să comunice raportul de expertiză. Mai mult, s-a avut în vedere şi aspectul că Banca nu a solicitat vreodată comunicarea raportului de expertiză, iar instanţa de fond a acordat părţilor procesuale un termen de judecată pentru studierea lucrării, astfel că nu a încălcat dreptul la apărare al părţilor procesuale.

În concluzie, Banca recurentă avea la dispoziţie termenul necesar să ia cunoştinţă de raportul de expertiză de la dosar, astfel că nu poate fi reţinută culpa instanţei de judecată şi încălcarea vreunei dispoziţii legale sub acest aspect.

Având în vedere cele expuse mai sus, se apreciază de Curte că în speţă sunt incidente dispoziţiile art. 488 alin. 1 pct. 8 Cod procedură civilă cu privire la modul în care au fost aplicate şi interpretate dispoziţiile în materie de către instanţa de apel atunci când au fost analizate criticile privind modul de soluţionare de către Judecătorie a capetelor 1, 2 şi 4 din acţiunea principală, aşa cum a au fost ele detaliate mai sus în considerente.

Pentru toate aceste considerente, în baza art.496 Cod procedură civilă, urmează a fi admis recursul promovat de pârâta BK, a se casa decizia nr.D1 pronunţată de Tribunalul ...... – Secţia ........ şi în rejudecare, se va admite apelul declarat de pârâtă şi se va schimba în parte sentinţacivilă nr.S1 a Judecătoriei ....., în sensul că se vor respinge capetele de cerere 1, 2 şi 4 (constatarea caracterului abuziv al clauzelor, nulitatea absolută şi obligaţia de a încheia un act adiţional). Se va menţine în rest sentinţa.

**PENTRU ACESTE MOTIVE**

**ÎN NUMELE LEGII**

**D E C I D E**

Respinge cererea de suspendare a cauzei formulată de reclamantul **X .**

Admite recursul declarat de pârâta **BK**, cu sediul în B, ...., CUI ...., nr.J....., împotriva deciziei nr.D1, pronunţată de Tribunalul ...... – Secţia ........, în dosarul nr…., intimaţi fiind reclamantul **X** , CNP ........, domiciliat în ........, judeţ A, cu domiciliul procesual ales la avocat AV1, în P, ......, judeţ A şi pârâta **BK – Sucursala C** , cu sediul în C , str. ..., judeţ …..

Casează decizia nr.D1 pronunţată de Tribunalul ...... – Secţia ........ şi în rejudecare admite apelul, schimbă în parte sentinţa în sensul că respinge capetele de cerere 1, 2 şi 4 (constatarea caracterului abuziv al clauzelor, nulitatea absolută şi obligaţia de a încheia un act adiţional) şi menţine în rest sentinţa.

Definitivă.

Pronunţată în şedinţă publică, astăzi, ....., la CURTEA DE APEL ................ – Secţia ...............

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Preşedinte,  .JUDECĂTOR 1 | Judecător,  .JUDECĂTOR 2 | Judecător,  COD A1018 |
|  | Grefier,  3 |  |

Red........

Tehnored.......

Ex.7/............

Jud.fond: ............

Jud. apel: .........

..........