

Direcții de unificare a practicii judiciare naționale în materia cererilor consumatorilor fundamentate pe clauzele abuzive din contractele de credit bancar, în lumina deciziilor CJUE¹

Lect. univ. dr. Luiza Cristina Gavrilescu²

Rezumat

Preocuparea legiuitorului european și mai apoi a celui național de ocrotire a consumatorului se datorează poziției fragile pe care acesta o ocupă într-un contract de credit. Rolul CJUE este acela de a stabili un standard unitar de interpretare a prevederilor Directivei 1993/13/CEE a privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, aplicabil în toate statele membre, însă instanțelor naționale le revine rolul să verifice dacă o clauză provoacă, în contradicție cu cerința de bună-credință, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților ce decurg din acel contract, în detrimentul consumatorului.

Aplicarea îndrumărilor dispuse prin deciziile CJUE de instanțele statelor membre depinde de modul de implementare a *Directivei* în legislațiile naționale. Principalele probleme care au generat controverse sunt cele privind: calificarea caracterului abuziv al unei clauze; identificarea naturii sancțiunii aplicabile, determinarea regimului juridic aplicabil acelei sancțiuni, îndeosebi problema prescripției; evaluarea efectelor extinctive pe care le produce eliminarea clauzei abuzive; determinarea gradului de intervenție a instanței în conținutul contractului.

Cuvinte cheie: consumator, clauză abuzivă, contract de credit, nulitate, impreviziune

1. Principalele pârghii de unificare a practicii judiciare

Problemele litigioase dintre consumatori și bănci generate de practica inserării în contractele de credit a unor clauze abuzive au generat un interes deosebit în ultimii ani, pretențiile formulate de către clienții debitori fiind de natură diversă și întemeiate pe fundamente distincte. Soluțiile pronunțate de instanțe au fost de asemenea diferite, chiar în cazul unor spețe similare, ceea ce a generat necesitatea punerii în mișcare a mecanismelor de uniformizare a practicii judiciare.

În acest scop, s-a făcut apel atât la autoritatea națională în materia unificării practicii judiciare - Înalta Curtea de Casație și Justiție fiind chemată să se pronunțe asupra unor probleme de interpretare neunitară a legii aplicabile prin formularea unor recursuri în interesul legii, respectiv prin adresarea unor întrebări prealabile, cât și la interpelarea Curții de Justiție a Uniunii Europene în vederea emiterii unor decizii de trimitere.

În același timp, s-au desfășurat activități de formare profesională a magistraților, un rol însemnat în vederea clarificării problemelor de practică neunitară avându-l întâlnirile reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor specializate (fostele comerciale) ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și ale curților de apel, în cadrul cărora s-au dezbătut principalele soluții adoptate de instanțe și s-au consultat opiniile exprimate de către formatorii din cadrul Institutului Național al Magistraturii³.

¹ Prelegere susținută în cadrul Colocviilor juridice ale Băncii Naționale a României, Ediția a XIX - a, „Aplicarea noilor cerințe europene de protecție a datelor personale și aspecte juridice privind creditarea consumatorilor”, organizat la Facultatea de Drept, Univ. „Al. I. Cuza” Iași, 23.10.2017.

² Facultatea de Drept, Univ. „Al. I. Cuza” Iași, email: luiza.gavrilescu@uaic.ro.

³ A se vedea minutele întâlnirilor organizate la: Curtea de Apel Craiova, 27-28 aprilie 2015; Curtea de Apel Cluj, 5-6 noiembrie 2015; Căciulata, 15-16 mai 2017; Constanța, 7-8 septembrie 2017, disponibile la http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_1913/Minuta%20intalnire%20sectii%20specializate%20-%20foste%20comerciale%20-%20Constanta%207-8%20septembrie%202017.pdf

2. Cadrul legal aplicabil

Cadrul legal aplicabil în materia clauzelor abuzive din contractele de credit s-a dezvoltat pe măsura identificării problemelor semnalate de consumatori, în contextul în care această chestiune excede interesului individual și prezintă un interes general, normele edictate fiind imperative.

În soluțiile pe care le pronunță, instanțele trebuie să facă o cât mai corectă aplicare a prevederilor reglementărilor de drept intern, care reprezintă reflexia normelor europene edictate în materie.

Izvoarele acestei materii sunt reprezentate de:

- Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori – a transpus Directiva 1993/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii și a fost modificată prin Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, care a reglementat posibilitatea formulării așa-numitor acțiuni colective în încetare, în vederea transpunerii Directivei 2009/22/CE privind acțiunile în încetare în ceea ce privește protecția intereselor consumatorilor;

- Legea nr. 289/2004 privind creditele de consum destinate consumatorilor;

- Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor;

- O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatorii a transpus Directiva 2008/48/CE privind contractele de credit pentru consumatorii ;

- O.U.G. nr. 52/2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile și pentru modificarea și completarea OUG nr. 50/2010, reprezintă transpunerea Directivei 17/2014 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezidențiale și de modificare a Directivelor 2008/48 și 2013/36/UE și a Regulamentului UE nr. 1093/2010.

Pe lângă aceste acte normative, cadrul izvoarelor de drept în materie este completat de jurisprudența CJUE, care s-a pronunțat în perioada 2010-2014 asupra mai multor probleme legate de interpretarea și aplicarea unor dispoziții din Directiva 93/13/CEE, pe calea procedurii întrebării preliminare (la care au recurs și unele instanțele din România ca instanțe de trimitere). Aplicarea deciziilor CJUE este obligatorie, însă soluțiile pe care le dau pe fond instanțele naționale diferă în raport de prevederile legale aplicabile în dreptul intern. Gradul de diversitate a reglementărilor interne este determinat de limitele libertății de transpunere a directivelor europene de care au uzat statele în adoptarea legislației naționale. Din acest motiv, soluțiile pronunțate de CJUE nu sunt aplicabile în aceeași măsură în toate statele europene, ci depind de compatibilitatea soluțiilor din legislația națională a statelor membre⁴.

3. Asigurarea informării corecte a consumatorilor

Indiferent de forma pe care o aleg legile naționale în adoptarea unei Directive trebuie să țină cont de principiile și scopul pe care aceasta le stabilește. Astfel, Directiva 93/13/CEE are drept principal obiectiv asigurarea unei protecții adecvate a consumatorilor ca părți în contractele de credit. Preocuparea legiuitorului european și mai apoi a celui național de ocrotire a consumatorului se datorează poziției fragile pe care acesta o ocupă într-un contract de credit. Se pornește de la premisa că un contract de credit este unul de adeziune, la care împrumutătorul înțelege să adere sau nu, neavând posibilitatea de a-i influența conținutul, clauzele fiind standard, prestabilite. Deși contractele bancare sunt consensuale, s-a ajuns la o

⁴A se vedea D. E. Ungureanu, *Rolul instanțelor naționale în interpretarea și aplicarea dreptului consumatorului*, 20-21 octombrie 2016, București, http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_1518/AGENDA%20consumatorului.docx.

anumită solemnizare a acestora, datorită necesității respectării exigențelor impuse de „formalismul informativ”.

Lipsa negocierii conținutului contractului creează un pericol de abuz de poziție dominantă din partea băncii, în special în cazul în care potențialul client face parte din categoria consumatorilor, așa cum sunt definiți aceștia de art. 2 din Legea nr. 193/2000 : „persoane fizice sau grup de persoane fizice constituite în asociații care (...) acționează în scopuri dinafara activității comerciale, industriale sau de producție, artisanale sau liberale”. Se pornește de la premisa că un consumator este partea slabă din contractul de credit, datorită stării sale de inferioritate atât din punct de vedere a posibilității de negociere cât și de informare. Voința legiuitorului a fost aceea de a proteja consumatorul mediu, protecția consumatorului nefiind una absolută, care să îl scutească de orice responsabilitate la încheierea unui contract bancar⁵.

Caracterul negociat se apreciază în acest caz nu atât în raport de poziția economică, cât mai ales de poziția contractuală . Legiuitorului a instituit o prezumție de lipsă a negocierii în art. 4 alin. (3) Legea nr. 193/2000: „O clauză contractuală va fi considerată ca nefiind direct negociată cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitatea consumatorului să influențeze natura ei”.

Realizarea echilibrului între drepturile și obligațiile părților conform cerințelor bunei-credințe, privită obiectiv ca loialitate, impune ca partea susceptibilă de a informa să realizeze în mod concret acest lucru, cu scopul de a clarifica încheierea și executarea contractului. Exigența obiectivă de informare a dat naștere unei îndatoriri de consiliere, care constă în clarificarea oportunității financiare sau tehnice a încheierii contractului de către cealaltă parte.

Informarea clientului reprezintă o îndatorire pentru instituția bancară a cărei probă trebuie făcută chiar de aceasta, în cazul în care clientul susține că nu s-ar fi îndeplinit în mod corespunzător⁶. Rezultă deci că pentru a veni în sprijinul consumatorului, legea inversează sarcina probei, dovada implicând aducerea la cunoștința acestuia a tuturor circumstanțelor legate de mecanismul contractului dar și de efectele pe care asumarea aceluia angajament juridic îl va avea asupra consumatorului respectiv. Prin urmare, obligația de informare este completată de instituirea în sarcina băncii a unei obligații de consiliere, menită de a evita îndatorirea excesivă, imposibilitatea de rambursare a creditului, care ar avea consecințe nefaste atât pentru debitor cât și pentru creditor. Instituirea obligației de informare este consecința firească a faptului că banca este partea cea mai experimentată în domeniul financiar și totodată cea mai activă în definirea conținutului contractului⁷.

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

Împrumutătorul are și trebuie să aibă interesul ca debitorul său să fie solvabil pentru a rambursa creditul fără o dificultate previzibilă. Din acest motiv se recomandă adaptarea produsului financiar și vânzarea sa la un consumator care corespunde exigențelor acestuia.

⁵ A se vedea A.-J. Goicovici, *Creditele pentru consum și investiții imobiliare. Comentarii și explicații*, Ed. C.H.Beck, București, 2014, p.121.

⁶ A se vedea M. Mazilu- Babel, *Despre cauza Kasler, prestația esențială și consumatorul mediu*, disponibil la <https://www.juridice.ro/322018/despre-cauza-kasler-prestatia-esentiala-si-consumatorul-mediu.html>.

⁷ A se vedea L. E .Smarandache, *Contextul apariției și aportul O.U.G. nr. 50/2010 în materia obligației profesionale de informare*, în *Revista Română de Dreptul Afacerilor* nr. 3/2011.

Principalele probleme care au generat controverse sunt cele privind: calificarea caracterului abuziv al unei clauze; identificarea naturii sancțiunii aplicabile, determinarea regimului juridic aplicabil acelei sancțiuni, îndeosebi problema prescripției; evaluarea efectelor extinctive pe care le produce eliminarea clauzei abuzive; determinarea gradului de intervenție a instanței în conținutul contractului.

4. Clauzele care pot fi supuse controlului instanței sub aspectul caracterului abuziv

O primă problemă care trebuie analizată și care a reprezentat de multe ori obiectul unor interpelări a CJUE este aceea dacă acea clauză face sau nu parte din categoria celor supuse controlului caracterului abuziv. Statele care au preluat ca atare textul art. 4 alin.(2) din Directivă, printre altele și România, pot cenzura aceste clauze doar în mod limitat.

Astfel, conform art. 1 alin.(2) al Directivei 93/13 sunt excluse din domeniul său de aplicare „clauzele care reflectă *actele cu putere de lege sau normele administrative obligatorii*”. În acest s-a pronunțat Curtea în cauzele *Kusionova*- C-34/13; *RWE Vertrieb* - C-92/11; *Barclays Bank contra Sara Sannchez Garcia, Alejandro Chacon Barrera* - C 280/1. Pentru a stabili dacă o clauză contractuală este exclusă din domeniul de aplicare al Directivei revine instanței naționale sarcina să verifice dacă această clauză reflectă prevederile din dreptul național care se aplică între părțile contractante independent de alegerea lor sau pe cele de natură supletivă și care sunt aplicabile în lipsa unui acord al părților. Motivul pentru care clauzele ce conțin dispoziții legale sunt exceptate de la controlul caracterului abuziv este acela că sunt prezumate ca fiind echilibrate, din moment ce reproduc prevederile unei norme care este desigur prezumată ca fiind echilibrată.

În cazul în care instanța de trimitere ar constata că clauza în discuție nu este inclusă în excepția menționată, i-ar reveni sarcina de a examina dacă aceasta nu intră sub incidența de *obiect principal al contractului* sau în noțiunea de *caracter adecvat al prețului sau al remunerației*, față de serviciile sau bunurile furnizate în schimbul acestora, în sensul art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13, chiar dacă acea clauză este exprimată clar și inteligibil. Deși această examinare este de competența instanței de trimitere, revine totuși Curții sarcina de a deduce din dispoziția menționată criteriile aplicabile în cazul unei astfel de examinări. Scopul este acela de a atribui acestor termeni o interpretare autonomă și uniformă în întreaga Uniune Europeană, ținând seama de contextul acestei prevederi și de obiectivul urmărit de reglementarea în cauză – Cauza *Matei* C - 43/13.

Mecanismul de verificare a caracterului abuziv al unor clauze contractuale exclude de la examinare prevederile contractuale care privesc obiectul principal al contractului și cele care pun în discuție raportul dintre cerințele de preț sau remunerație față de serviciile prestate sau bunurile livrate consumatorului, în privința acestora din urmă neexistând un criteriu obiectiv sau barem care să poată încadra și ghida controlul acestui caracter adecvat.

Clauzele contractuale care se circumscriu obiectului principal al contractului trebuie înțelese ca fiind cele care stabilesc prestațiile esențiale ale acestui contract și care, ca atare, îl caracterizează, după cum a statuat CJUE în hotărârea *Kasler și Kaslerne Rabai*⁸. Fiind vorba de o excepție, aceasta este de strictă interpretare și aplicare, încât vor fi excluse de la verificarea caracterului abuziv numai clauzele referitoare la prestațiile definitorii ale contractului și cele referitoare la raportul calitate-preț.

Dimpotrivă, clauzele care au un caracter accesoriu în raport cu cele care definesc esența însăși a raportului contractual nu pot fi circumscrise noțiunii de obiect principal al contractului, revenind instanței naționale sarcina de a aprecia dacă o clauză supusă analizei

⁸ A se vedea L. Bercea, *Adnotări la Kasler c. OTP Jelzalogbank. Cheie de lectură a unei hotărâri a Curții de Justiție a Uniunii Europene privind clauzele abuzive în contractele de credit de consum*, în *Revista Română de Drept a Afacerilor* nr. 5/2014, pp. 32-48.

constituie un element esențial al prestației debitorului, având în vedere natura, economia generală și prevederile contractului de împrumut vizat, precum și contextul juridic și factual în care se înscrie acesta.

Relevantă în acest sens este jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene – de exemplu, cauza C -137/08, privind pe VB Pénzügyi Lízing Zrt. împotriva Ferenc Schneider, prin care se permite instanței naționale să aprecieze asupra caracterului clauzei atributive de competență. După cum a menționat CJUE în Hotărârea Matei și Matei împotriva SC Volksbank România SA, domeniul de aplicare exact al noțiunilor de „obiect” și „preț” în sensul art.4 alin. (2) din Directiva 93/13 nu poate fi determinat cu ajutorul noțiunii de „cost total al creditului pentru consumator” în accepțiunea art.3 lit. g) din Directiva 2008/48. În caz contrar, excepția de la controlul pe fond al clauzelor abuzive ar fi extinsă nejustificat de mult, ceea ce ar contraveni însuși obiectivului avut în vedere prin Directiva 93/13⁹.

Chiar și clauzele privind obiectul principal al contractului vor fi totuși supuse verificării caracterului abuziv în măsura în care *nu sunt exprimate într-un limbaj clar și inteligibil*. S-a decis că limbajul clar și inteligibil nu are în vedere numai modul de exprimare corect gramatical, sub aspect morfologic și sintactic, ci și explicarea, pe înțelesul consumatorului, a consecințelor economice pe care le presupune asumarea unui asemenea angajament. Mai mult, simplul fapt că a fost exprimată clar și inteligibil nu este suficient pentru a excepta o clauză de la controlul caracterului abuziv, în măsura în care se infirmă existența unui *raport adecvat între prestații*¹⁰. Astfel, dacă pentru perceperea unui comision sau a unui alt tip de obligație de plată impusă consumatorului banca nu prestează vreun serviciu suplimentar, atunci clauza prin care a fost instituită acea obligație va fi considerată abuzivă în raport cu consumatorul - conform considerentelor deciziei din cauza C-484/08 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

În jurisprudența constantă a CJUE (cauzele C-241/98, C-484/08, C-26/13) și a Î.C.CJ. (Deciziile Secției a II-a Civile: nr.3661/20.11.2014; nr.3864/04.12.2014; nr. 1410/21.05.2015) se arată constant faptul că valabilitatea și caracterul abuziv al clauzelor contractuale din contractele încheiate de profesioniști cu consumatorii se examinează întotdeauna din perspectiva legislației speciale a protecției consumatorilor, nu a dreptului comun; că judecătorul trebuie să examineze și din oficiu caracterul abuziv al unor clauze contractuale, întrucât acesta este un aspect de ordine publică economică, nu de ordine privată; că „limbajul clar și inteligibil” nu înseamnă doar claritate gramaticală ci și posibilitatea pentru consumator de înțelegere a mecanismului contractual și a consecințelor economice, chiar și în cazul unor clauze care vizează obiectul principal al contractului sau caracterul adecvat al prețului¹¹.

Astfel, nu intră în noțiunea de obiect principal al contractului, deci sunt supuse controlului asupra caracterului abuziv clauzele privind:

- comisionul de administrare (fostul comision de risc), deoarece impune în sarcina debitorului consumator obligația de plată a unei sume pentru a acoperi un eventual prejudiciu cauzat băncii prin neîndeplinirea obligației de rambursare a creditului. S-a reținut că nu este echitabil a se transfera întreg riscul contractului asupra debitorului, în condițiile în care banca nici nu se angajează să îl ramburseze la încetarea contractului, în cazul îndeplinirii obligației de plată de către debitor - cauza Matei; tot astfel s-a decis prin decizii definitive și în dosarele Judecătoria Iași¹².

⁹ <http://indrumari-juridice.eu/indrumarijuridice/cauza-c%E2%80%9114313-cjue/>.

¹⁰ A se vedea Gh. Piperea, *Prezumția de dezechilibru în raporturile juridice contractuale dintre consumatori și comercianți*, disponibil la <https://juridice.ro/essentials/1088/prezumtia-de-dezechilibru-in-raporturile-juridice-contractuale-dintre-consumatori-si-comercianti>.

¹¹ A se vedea C. Toader, F. Lecomte, *Ultimele evoluții în materia dreptului consumatorului în jurisprudența Curții de Justiție*, în Revista română de drept european nr. 3/2015, p. 29-49.

¹² Dosar nr. 32522/245/2012 și Dosar nr. 8716/2014 intentate contra SC Credit Europe Bank SA.

- comisionul de gestiune, atunci când se percepe eşalonat, pe toată perioada creditului, în condițiile în care banca nu oferă nici un alt serviciu suplimentar debitorului ; acesta fiind de multe ori impus fără a se fi semnat un act adițional la contract de către debitor de multe ori impus acestuia;

- dobânda majorată de trei ori peste limita legală;

- modificarea dobânzii variabile într-o manieră impredictibilă pentru consumator, pe temeiul unor criterii discreționare ale băncii, cum ar fi : „ în raport de fluctuațiile pieței; sau în condițiile afișate la sediul băncii.

Curtea a statuat că revine instanței de trimitere sarcina să verifice calificarea clauzelor contractuale menționate având în vedere natura, economia generală și stipulațiile contractelor vizate, precum și contextul juridic și factual în care se înscriu acestea. Potențialul prejudiciabil se apreciază la data contractării, dar consecințele păgubitoare pot să apară și ulterior, pe parcursul executării.

O altă problemă cu care a fost interpellată Î.C.C.J. a fost aceea dacă o persoană fizică – parte contractantă într-un contract de credit care a încetat prin achitarea integrală voluntară, justifică un interes în solicitarea constatării caracterului abuziv al unor clauze contractuale, cu consecința restituirii prestațiilor efectuate în baza respectivelor clauze. Sesizarea a fost respinsă ca inadmisibilă prin decizia nr. 80 în dosarul 1562/1/2017¹³, pe considerentul că întrebarea formulată nu îndeplinește cerința „noutății”, cerută pentru a putea fi soluționată prin intermediul dezlegării unei chestiuni de drept. O asemenea problemă se rezolvă prin intermediul unui „recurs în interesul legii”, prin care Înalta Curte poate asigura o interpretare unitară a legii.

5. Criteriile de calificare a caracterului abuziv al unei clauze dintr-un contract

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

În ceea ce privește *caracterul nenegociat* al clauzelor supuse analizei, întrucât acestea au caracter preformulat, îi revine băncii obligația de a proba faptul că acestea au fost negociate. Împrejurarea că s-a pus la dispoziția reclamantului o ofertă de credit și a fost încheiat contractul de credit nu reprezintă o dovadă a negocierii clauzelor contractuale. Atât timp cât pârâta nu dovedește faptul că ar fi negociat cu consumatorul clauzele contractuale pretins abuzive, simplul fapt că respectivul consumator a avut inițiativa încheierii contractului de credit și simplul fapt că ar fi putut renunța la încheierea contractului, refuzând oferta băncii, rămân lipsite de relevanță.

Referitor la cerința existenței unui *dezechilibru semnificativ* între drepturile și obligațiile părților contractante, în detrimentul consumatorului, acesta nu poate fi determinat într-un mod simplist, printr-o verificare sumară a câștigurilor și pierderilor fiecăreia dintre părțile contractante, ci se impune a se stabili modalitatea în care clauza abuzivă a afectat echilibrul contractual, respectiv dacă, în economia generală a contractului, în prezența acestei clauze, poziția profesionistului a fost întărită, în detrimentul consumatorului¹⁴.

¹³ Decizia poate fi consultată la <http://contrabanci.com/clienti-contrabanci/previzibil-inalta-curte- respinge-ca-inadmsibila-sesizarea-formulata-de-catre-tribunalul-brasov-privind-posibilitatea-consumatorului-de-cere-constatarea-caracterului-abuziv-al-unor-clauze-chiar-dac/>

¹⁴ A se vedea *Jurisprudență relevantă a CJUE referitoare la protecția consumatorilor și adaptarea contractului*, proiect co- finanțat printr-un grant din partea Elveției prin intermediul Contribuției Elvețiene pentru Uniunea Europeană Extinsă, www.inm.csm1909.ro, www.inm-lex.ro

Pentru a nu avea caracter abuziv, clauzele care permit profesionistului să modifice condițiile contractuale convenite inițial trebuie să specifice în mod expres și explicit situațiile în care profesionistul este autorizat să procedeze la o asemenea modificare, întrucât numai într-o asemenea situație consumatorul își poate exprima într-un mod liber consimțământul la încheierea contractului, având reprezentarea clară a modului în care contractul va fi executat și a modului în care acesta poate fi modificat pe parcursul executării sale.

Cerința echilibrului contractual era consacrată și prin art. 970 C. civ. din 1864, obligând cumulativ la respectarea unei îndatoriri substanțiale *de bună-credință* în executarea contractelor dar și la toate urmările pe care legea, echitatea sau obiceiul le dau obligației după natura sa. Această îndatorire tradițională din contractele de drept comun este întărită de Directiva nr. 93/13/CEE, de Legea nr. 193/2000 și de art. 78 din Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului (devenit art. 79 în urma republicării din 2008), care prevăd, ca o îndatorire de rezultat, existența unui echilibru între drepturile și obligațiile consumatorului și ale profesionistului în cazul contractelor de adeziune.

Aceste criterii vor fi analizate de instanța sesizată cu o cerere în constatarea caracterului abuziv în măsura în care se referă la o altă clauză decât una enumerată în anexa Legii și cu privire la care operează o prezumție absolută asupra caracterului lor abuziv¹⁵.

Lista din anexa Legii nr.193/2000 a fost numită „neagră” deoarece nu mai dă posibilitatea instanței să aprecieze asupra caracterului prestabilit drept abuziv față de consumator. În acest caz, rolul instanței se limitează să îi constate existența și să o înlăture de la aplicare. Intră în această categorie: clauze de modificare unilaterală a contractului de către creditor fără încheierea unui act adițional; clauze de confidențialitate; clauza relativă la denunțarea unilaterală a contractului/penalizarea consumatorului de către creditor pentru atacarea reputației băncii; clauza de scadență anticipată pentru neexecutarea contractelor de credit încheiate de către creditori; clauza de impunere a societății de asigurare ș.a¹⁶.

Cu privire la comisioane, au fost calificate drept ilicite cele percepute pentru: retragerea din cont a sumelor împrumutate; depunerea de numerar pentru plata ratelor de credit; schimbare a datei de scadență a ratelor, schimbarea garanțiilor¹⁷.

În cazul în care consumatorul denunță drept abuzivă o altă clauză decât cele enunțate de lege, instanța va trebui să verifice întrunirea condițiilor cumulative privind caracterul său abuziv¹⁸. Conform criteriilor stabilite de CJUE, o clauză potențial abuzivă trebuie analizată în lumina Directivei nr. 93/13/CEE prin prisma criteriilor echilibrului, buneii-credințe și transparenței (a se vedea în acest sens cauzele Perenicova și Perenic, C-453/10; Invitel, C-472/10; RWE Vertrieb, C-92/11).

6. Sancțiunea aplicabilă clauzei abuzive

În situația în care s-a constatat caracterul abuziv al unei clauze, aceasta nu va produce efecte asupra consumatorului. Această formulare a Directivei a suscitat mai multe aprecieri, considerându-se că aceasta indică drept cauză de desființare fie: inopozabilitatea; reducțiunea; anulabilitatea, nulitatea absolută, considerarea clauzei ca nescrisă.

¹⁵ A se vedea C.D. Enache, *Clauzele abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori*, Ed. Hamangiu, 2012, p. 105.

¹⁶ A se vedea L. Săuleanu, A. Dodocioiu, *Jurisprudență în materia clauzelor abuzive în contractele bancare*, în *Revista Română de Jurisprudență*, nr. 1/2011, disponibil la <http://www.sauleanusiasociatii.ro/wp-content/uploads/2014/04/Jurisprudenta-in-materia-clauzelor-abuzive-in-contractele-bancare.pdf>.

¹⁷ A se vedea A.-J. Goicovici, *Creditele pentru consum și investiții imobiliare. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p.150.

¹⁸ A se vedea L. Mihali-Viorescu, *Clauzele abuzive în contractele de credit*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 105.

Teza inopozabilității¹⁹ este mai greu de acceptat, deoarece aceasta vizează poziția terțelor persoane, care, din cauzele autorizate de lege sunt îndreptățite să ignore efectele unui contract încheiat în tre părți, fie pentru că nu a respectat formele de publicitate, fie deoarece le prejudiciază interesele. Or, consumatorii sunt parte în contractul de credit și nu terți sau avânzi cauză.

Teoria reducțiunii nu este suficient de bine susținută, în condițiile în care în cauză nu se invocă nici leziunea ca viciu de consimțământ nici impreviziunea drept cauză de limitare a efectelor contractului și nici rezilierea pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale.

Teza nulității relative nu poate fi primită, deoarece interesul ocrotit prin norma încălcată nu este unul individual, ci unul general, consumatorul fiind privit ca entitate colectivă.

Teza nulității absolute se justifică în condițiile în care instanța care a reținut caracterul abuziv al unei anumite clauze nu este în măsură să aprecieze asupra oportunității măsurii desființării acelei clauze, ci doar asupra întinderii efectelor sale, în sensul dacă va atrage desființarea întregului contract, în măsura în care clauze era una esențială, ceea ce ar reprezenta o nulitate totală, sau decide că ar putea continua contractul, cu acordul consumatorului, chiar și fără respectiva clauză care a fost înlăturată - ceea ce corespunde unei nulități parțiale.

Teza considerării clauzei drept nescrise a câștigat tot mai mult teren, în condițiile în care această sancțiune este de fapt o nulitate absolută parțială, care operează de drept²⁰.

7. Regimul nulității clauzei abuzive

Constituind o cauză de nulitate absolută, invocarea clauzei abuzive se face și din oficiu de către instanță, care trebuie însă să pună în discuția părților această excepție. De menționat că în situația în care acțiunea a fost promovată de către Agenția Națională pentru Protecția Consumatorilor, consumatorul poate participa la proces în calitate de intervenient în interes propriu. Un rol tot mai activ îl joacă în acest cadru cererile colective formulate de Asociații ale Protecției consumatorilor²¹.

Posibilitatea confirmării nulității este posibilă doar în cazurile expres prevăzute de lege.

Problema prescripției s-a ridicat în ceea ce privește pretențiile de restituire a prestațiilor efectuate în baza clauzei abuzive, deoarece cererea de desființare a clauzei în sine este imprescriptibilă, fiind un caz de nulitate absolută. Cu privire la prestațiile efectuate, odată ce acestea au ca obiect sume de bani, opinia majoritară a fost aceea că sunt supuse prescripției, deși au existat și soluții care au apreciat în sensul că ar trebui considerate cereri imprescriptibile.

În cea ce privește data de la care curge prescripția, au fost conturate două abordări²². Una dintre aceste a apreciat că dat fiind caracterul succesiv și independent al prestațiilor, pentru acestea curge o prescripție deosebită de la data plății fiecărei rate sau părți din aceasta a cărei restituire se solicită. Într-o altă abordare, care a primat în final, prescripția nu se poate socoti decât de la dat rămânerii definitive a deciziei de anulare a clauzelor abuzive, deoarece până la acel moment nu se născuse dreptul la acțiune al *solvensului* împotriva *accipiensului*. De la data la care s-a eliminat clauza abuzivă, prestațiile efectuate în baza sa apar drept

¹⁹ A se vedea G. H. Șchiopu, *Creditele în CHF și consumatorii*, în Revista Română de Drept al Afacerilor, nr. 8/2015, p.29-46.

²⁰ A se vedea A.C. Gheorghe, *Considerații asupra clauzei repute nescrise*, disponibil la <http://studia.ubbcluj.ro/download/pdf/896.pdf>.

²¹ A se vedea L. Bercea, *Acțiunile colective în eliminarea clauzelor abuzive din contractele standard de consum. Cui prodest?*, în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2013, pp. 24-36.

²² A se vedea L. Mihali-Viorescu, *op.cit.*, p.124-128.

nedatorate, ceea ce îndreptățește *solvensul* la restituirea lor integrală. În această ipoteză nu se cere condiția erorii *solvensului*, plata fiind făcută în cunoștință de cauză asupra caracterului nedatorat al prestației, dar sub imperiul executării silite pe care ar fi putut-o demara creditorul până la desființarea clauzei. Se va socoti că *accipiensul* a fost de rea credință, dat fiind că avea calitatea de profesionist și a acționat profitând de poziția sa dominantă față de clientul consumator.

8. Evaluarea efectelor extinctive pe care le produce eliminarea clauzei abuzive

Consecința constatării caracterului abuziv al clauzei este înlăturarea acesteia, contractul urmând să își producă în continuare efectele în măsura în care acest lucru este posibil. Dacă acea clauză era esențială, contractul poate înceta în totalitate. În conformitate cu art. 6 și 7 din Legea nr. 193/2000, clauzele cuprinse în contract și constatate drept abuzive fie personal, fie prin intermediul organelor abilitate de lege nu vor produce efecte asupra consumatorului, iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea acestora mai poate continua. În măsura în care contractul nu își mai poate produce efectele după înlăturarea clauzelor considerate abuzive, consumatorul este îndreptățit să ceară rezilierea contractului, putând solicita, după caz, și daune-interese.

De menționat că în baza art. 6 al Legii nr. 193/2000 continuarea contractului este posibilă numai cu acordul consumatorului, ceea ce echivalează cu adoptarea unui standard superior de protecție față de cel oferit consumatorului prin intermediul Directivei europene. În multe cazuri însă, decizia de încetare a contractului nu va fi favorabilă nici consumatorului, deoarece aceasta ar presupune declararea anticipată a scadenței creditului, cu consecința obligării consumatorului la plata integrală a debitului restant.

În cazul desființării contractului din care s-a născut creanța, nulitatea contractului principal nu atrage nulitatea contractului de ipotecă, în pofida caracterului său accesoriu, însă aceasta va garanta doar suma determinată conform contractului de credit. S-a apreciat că principiul specializării ipotecii nu este afectat, ci doar rezonabilitatea întinderii ipotecii²³.

Hotărârea de înlăturare a clauzei abuzive produce efecte absolute sau relative, în raport de calitatea reclamantului. Astfel, dacă acțiunea a fost declanșată de consumatorul afectat, efectele deciziei se vor produce *inter partes*, clauza fiind înlăturată doar din contractul în care figura în calitate de debitor. În cazul acțiunii promovate de ANPC sau a acțiunii colective promovate de o asociație a consumatorilor, efectele deciziei de constatare a caracterului abuziv al unei clauze se vor produce *erga omnes*, ceea ce atrage obligarea părâtei de a elimina acea clauză din toate contractele tip pe care le va încheia în viitor cu consumatorii²⁴. În schimb, în cadrul deciziilor pronunțate la sesizarea ANPC, sancțiunea reparatorie este limitată la situația părților din cauza respectivă²⁵.

9. Limitele dreptului de intervenție a instanței în remedierea nulității

O altă problemă care a fost soluționată diferit în practica judiciară se referă la recunoașterea dreptului de intervenție a judecătorului sesizat cu soluționarea cererii de constatare a caracterului abuziv al clauzei. Chestiunea prezintă relevanță îndeosebi când contractul nu poate subzista fără clauza eliminată. În aceste cazuri s-a pus problema dacă

²³ A se vedea J. Goicovici, *Efectele nulității clauzelor abuzive în contractele de credit ipotecar*, în Revista Studia Jurisprudentia nr. 1/2016, p. 5-19.

²⁴ A se vedea L. Bercea, *Efectele erga omnes ale hotărârilor judecătorești pronunțate în acțiunile în eliminarea clauzelor abuzive din contractele standard de consum*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 7/2013, pp. 41-50.

²⁵ A se vedea Sinteza acțiunilor de control întreprinse de ANPC în perioada ianuarie 2016 – august 2017, disponibil la http://www.bursa.ro/_documente/fisiere_articole/329931.pdf

judecătorul poate modifica acea clauză, în vederea restabilirii caracterului adecvat al prestațiilor. Soluționarea acestei probleme s-a realizat în raport de modul de receptare a Directivei europene.

În statele care nu au preluat ca atare textul art. 6 alin. (1) din Directivă, instanțele au avut o marjă mai mare de intervenție, având posibilitatea, pe baza criteriilor stabilite în legislația națională, să redefinească acea clauză în raport de echivalența prestațiilor. În acest sens amintim decizia dată într-o serie de cauzele conexe: C-482/13 (Unicaja Banco SA v José Hidalgo Rueda and Others), C-484/13, C-485/13 și C-487/13. Astfel, Curtea a decis că: „Art. 6 alin. (1) Directiva 93/13/CEE a trebuie interpretat în sensul că nu se opune unei dispoziții naționale în temeiul căreia instanța națională sesizată cu o procedură de executare ipotecară are obligația să dispună recalcularea sumelor datorate în temeiul unei clauze a unui contract de credit ipotecar care prevede dobânzi moratorii a căror rată depășește cu mai mult de trei ori dobânda legală, astfel încât cuantumul dobânzilor menționate să nu depășească acest prag, cu condiția ca aplicarea dispoziției naționale: să nu prejudice aprecierea de către instanța națională menționată a caracterului abuziv al unei astfel de clauze și să nu împiedice această instanță să înlăture clauza menționată dacă ar trebui să constate caracterul „abuziv” al acesteia, în sensul articolului 3 alin. (1) din directiva menționată.”²⁶

În legislația altor state, cea română inclusiv, prin preluarea întocmai a prevederilor Directivei, intervenția instanței va fi limitată în principiu la a dispune eliminarea clauzei abuzive și eventual înlocuirea acesteia cu norma supletivă aplicabilă în baza dreptului intern, cu condiția ca această înlocuire să fie conformă cu obiectivul art. 6 alin. (1) din Directiva 93/13 și să permită restabilirea unui echilibru real între drepturile și obligațiile cocontractanților.

În această privință, în cauza Banco Espagnol de Credito - C-2012-349, și Hotărârea Kásler și Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, CJUE a decis că art. 1 alin. (6) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că se opune unei norme de drept național care permite instanței care constată nulitatea unei clauze abuzive cuprinsă într-un contract încheiat cu consumatorul, să completeze respectivul contract modificând conținutul acelei clauze. S-a argumentat că dacă instanța națională ar avea posibilitatea să modifice conținutul clauzelor abuzive care figurează în astfel de contracte, s-ar periclita atingerea obiectivului pe termen lung urmărit prin art. 7 din Directivă, deoarece vânzătorii sau furnizorii ar putea fi tentați să utilizeze în continuare în contractele încheiate cu consumatorii astfel de clauze, știind că, chiar dacă acestea vor fi invalidate, contractul va putea fi totuși completat de instanța națională²⁷.

Prin înlocuirea clauzei abuzive cu o dispoziție de drept național cu caracter supletiv se asigură înlocuirea echilibrului formal din contract cu un echilibru real între drepturile și obligațiile părților, care să restabilească egalitatea dintre părți. Posibilitatea menționată este limitată la ipotezele în care invalidarea clauzei abuzive ar obliga instanța să anuleze contractul în ansamblul său și să expună astfel consumatorul unor consecințe care l-ar prejudicia. De altfel aceasta este și soluția prevăzută în legislația noastră în materia clauzelor considerate nescrise – art. 1255 alin. (2) C. civ.

Această problemă s-a pus în materia clauzelor cu dobânzi ce depășesc cuantumul legal, care a fost plafonat la cel stabilit de lege, conform prevederilor O. U.G. nr. 13 /2011 în cazul creditelor contractate în lei. În materia creditelor în valută, această soluție nu este aplicabilă, deoarece dobânda legală se stabilește doar pentru obligațiile datorate în monedă națională.

²⁶ A se vedea L. Bercea, *Configurarea contractelor standard. O aplicație la noile acțiuni în eliminarea clauzelor abuzive din contractele de consum*, în *Curierul Judiciar* nr. 6/2013, pp. 347-351.

²⁷ A se vedea M. Avram, *Clauzele abuzive în contractele de credit, o temă incandescentă în dreptul național și cel european*, disponibil la <https://www.juridice.ro/326335/clauzele-abuzive-in-contractele-de-credit-o-tema-incandescenta-in-dreptul-national-si-cel-european.html>

În acest context trebuie avute în vedere și dispozițiile de drept tranzitoriu, în raport cu care dobânda legală va fi fie cea aplicabilă raporturilor dintre profesioniști, anume fie cea stabilită la nivelul de referință a B.N.R., în condițiile Codului Comercial în vigoare la data încheierii contractului de credit, fie dobânda aplicabilă în raporturile dintre particulari, adică la nivelul dobânzii de referință a B.N.R. diminuat cu 20%, pentru contractele încheiate sub imperiul Legii nr. 72/2013 privind combaterea întârzierii executării obligațiilor de plată, care a stabilit că în ceea ce privește obligațiile născute din contractele încheiate cu consumatorii este aplicabil invariabil nivelul dobânzii legale stabilit pentru raporturile dintre particulari, chiar dacă creditorul este profesionist.

În privința dobânzilor variabile s-a apreciat drept abuzivă majorarea acestora în raport de împrejurări arbitrării, cum ar fi cele ce țin de „politica băncii”²⁸. În acest caz s-a constatat că este ineficientă soluția prin care s-a decis obligarea băncii de a renegocia dobânda, deoarece nu s-a ajuns la vreun acord în acest sens cu consumatorul.

Pe de altă parte, simpla înlăturare a clauzei care instituisese o dobândă nelegală, ar face ca acel contract să devină cu titlu gratuit, ceea ce nu este conform cu natura contractului de credit bancar. Drept urmare, s-a propus ca instanța să poată dispune o dobândă în raport de un indice de referință EURIBOR, LIBOR sau EURIBOR la 3 luni la care să se adauge marja fixă a băncii. În acest fel, principiul *pacta sunt servanda* suferă o atenuare legitimată pe necesitatea salvării contractului.

Într-o opinie contrară, s-a apreciat că instanța nu poate înlocui prevederile referitoare la dobândă, deoarece adaptarea contractului este posibilă doar în cazul impreviziunii, în temeiul art. 1271 C. civ.

În practica recentă a instanțelor române s-a dezvoltat un curent favorabil adaptării contractului de credit contractat în CHF, prin diferite modalități. Pronunțarea unor asemenea soluții a avut drept fundament dispozițiile hotărârii CCR nr. 623/2016, prin care s-a statuat faptul că impreviziunea era consacrată indirect și în prevederile fostului Cod civil, ceea ce a făcut posibilă invocarea adaptării și pentru contractele de credit încheiate anterior intrării în vigoare a noului Cod civil.

O soluție radicală a fost aceea de a adapta pentru viitor contractul de facilitare de credit și de garanție, astfel cum acesta a fost modificat prin actele adiționale, în sensul că toate sumele datorate de intimați, potrivit graficelor de rambursare agreeate, se vor calcula la valoarea CHF din momentul încheierii contractului.²⁹

O cale subsidiară la înghetarea cursului valutar la care au recurs instanțele a fost readaptarea contractului pe temeiul impreviziunii, în considerarea faptului că 80% dintre marile creditări sunt cam la jumătate până la maturitatea creditului, astfel și adaptarea la 3 lei pe franc pentru următorii 15-20 de ani înseamnă de fapt o menținere pe toată perioada creditării a unui cost cumva împărțit cu banca. Una din soluțiile dispuse a fost aceea a împărțirii diferențelor de curs valutar, în mod egal, între bancă și împrumutat. Astfel, instanța a dispus adaptarea pentru viitor a contractului de credit, în sensul că toate sumele datorate de intimați în temeiul convenției de credit și devenite exigibile ulterior se vor calcula la o valoare CHF egală cu jumătate din diferența dintre cursul CHF de la momentul plății și valoarea CHF de la momentul contractării, la care se va adăuga valoarea CHF de la momentul contractării.

Preferabilă ar fi încercarea de evitare a declanșării acțiunii judiciare prin supunerea litigiului spre medierea conciliatorului desemnat în cadrul Centrului de Soluționare Alternativă a Litigiilor Bancare - CSALB.

10. Delimitarea problemei clauzelor abuzive de problema impreviziunii

²⁸ A se vedea F. Ludușan, *Considerații privind clauzele abuzive în contractele de adeziune, cu privire specială asupra clauzei penale abuzive*, în R.R.D.J. nr.3/2014, p. 164.

²⁹ Decizie dispusă în dosarul nr. [17830/302/2016](#) a Judecătorei Sector 5 București nedefinitivă.

După cum s-a arătat, în unele spețe din materia clauzelor abuzive s-a propus recunoașterea rolului judecătorului de a dispune adaptarea contractului, prin reechilibrarea prestațiilor părților. Soluția a fost combătută cu argumentul că adaptarea este posibilă doar în cazul aplicării teoriei impreviziunii, ceea ce echivalează cu restrângerea efectelor contractului valabil încheiat, în condițiile intervenirii unor evenimente imprevizibile și de neînălțurat pe parcursul derulării contractului, care sunt de natură să creeze un dezechilibru însemnat între părți, datorită faptului că una dintre prestații a devenit excesiv de oneroasă. Nu se poate însă admite o abordare mixtă între două instituții: nulitatea este măsura dispusă în cazul unei clauze nevalabile, pe când adaptarea se dispune în cazul unei convenții valabil încheiate, a cărei executare este semnificativ afectată de apariția impreviziunii³⁰.

O nouă viziune a fost adoptată de dată mai recentă, cum este și cea din cauza Andriciuc împotriva Băncii Românești - C-186/16, de natură să deplaseze problema creditelor în valută, în particular a celor în franci elvețieni, din materia impreviziunii, în materia clauzelor abuzive. Astfel, deși s-a admis în majoritatea spețelor soluționate până la această dată că teoria impreviziunii poate fi aplicată și pentru contractele încheiate sub imperiul vechiului cod civil, deși nu era consacrată expres, ea nu conferea decât posibilitatea modificării contractului sau încetarea sa pentru viitor. Prin aplicarea teoriei clauzei abuzive se dă dreptul consumatorului, în virtutea caracterului retroactiv al efectelor nulității, să își poată recupera prestațiile efectuate în baza actului anulabil³¹.

Situația creditelor în monedă străină este diferită de cea a creditelor în care moneda străină are doar valoarea unui factor de referință. Astfel, în cazul creditelor în valută, împrumutul se acordă și trebuie restituit în moneda străină convenită³². În cazul creditelor în care moneda străină reprezintă doar un etalon, clientul este ținut să suporte diferența de curs valutar dintre cursul de cumpărare și cel de vânzare, ceea ce face ca riscul deprecierii monedei să fie suportat exclusiv de consumator, în condițiile în care banca nu prestează nici un serviciu suplimentar care să justifice acest cost impus abuziv clientului.

În cazul creditelor în monedă străină, s-a pus problema dacă clientul trebuie să facă plata la nivelul de referință de la data deblocării creditului sau la acela de la data rambursării, în condițiile în care cursul de schimb al monedei străine a înregistrat o modificare semnificativă, iar moneda națională a suferit o devalorizare. În condițiile în care în speță s-a invocat nominalismul monetar, drept temei al cererii de înghețare cursului valutar, care trimite la prevederile art. 1578 din vechiul C.civ., s-a susținut că acea clauză nu ar intra în domeniul de aplicare al Directivei, în temeiul art. 1 alin.(2), care exclude de la control clauzele care reflectă acte cu putere de lege sau acte administrative obligatorii. Cu toate acestea, excepția este înlăturată și clauza poate fi supusă verificării caracterului abuziv, dacă nu este îndeplinită condiția exprimării într-un mod clar și inteligibil. De altfel, mecanismul valorismului, specific creditelor în monedă străină derogă de la nominalismul monetar, care a fost interpretat, în funcție de circumstanțe, în favoarea ambelor părți.

Pe de altă parte, nominalismul monetar este o prevedere supletivă de drept comun național, nu de ordine publică comunitară. Prin deciziile recente din practica instanțelor naționale s-a apreciat că principiul tradițional și supletiv al nominalismului monetar din dreptul comun (art. 1578 C.civ. din 1864, art. 2.164 C.civ. din 2009) nu ar putea fi contrapus cerințelor imperative transpuse în Legea nr. 193/2000 și în Codul consumului (Legea nr.

³⁰ A se vedea L. Bercea, *Creditul în valută în față cu reacțiunea*, în Revista Română de Drept al Afacerilor, nr. 8/2015, p. 13-16.

³¹ A se vedea A.-J. Goicovici, *Clauze abuzive versus clauze lezionare în contractele consumatorilor*, în Jurisprudentia nr. 4/2014, p. 83-99.

³² A se vedea C. Bârsan, *Principiul nominalismului monetar și impreviziunea în contractul de împrumut de consumație având ca obiect o sumă de bani: o asociere ireconciliabilă?*, disponibil la <https://www.universuljuridic.ro/principiul-nominalismului-monetar-si-impreviziunea-in-contractul-de-impurmut-de-consumatie-avand-ca-obiect-o-suma-de-bani-o-asociere-ireconciliabila/>

296/2004) din reglementările europene (Directiva 93/13/CE) privind clauzele abuzive, care impun un echilibru între drepturile și obligațiile părților, conform cerințelor buneii-credințe. De altfel și în art. 1579 al. 3 C.civ. din 1864 s-a reglementat încă de acum 150 de ani o excepție de la principiul nominalismului monetar în cazul alterării valorii intrinseci a unor monede, obligația de restituire fiind pentru valoarea echivalentă, conform cerințelor obiective ale buneii-credințe contractuale și ale echilibrului contractual.

În consecință, în cauză au fost considerate abuzive clauzele contractuale de adeziune, care în mod evident nu au fost negociate în mod direct cu consumatorul, prin care s-a impus ca restituirea împrumutului să se facă în franci elvețieni (CHF), indiferent de evoluția cursului acestora față de moneda națională la data plății.

S-a considerat că revine instanței de trimitere rolul de a aprecia dacă la momentul încheierii contractului de credit banca și-a îndeplinit corespunzător obligația de a informa clientul asupra riscurilor la care se expune prin achiziționarea unui astfel de produs de creditare, prezentându-i atât diferite scenarii ale scadențarului de plată, generate de modificarea de curs valutar cât și de devalorizarea monedei naționale în care debitorul își încasează veniturile. Se pornește de la premisa că ceea ce era previzibil pentru profesionist era total de neprevăzut pentru consumatorul mediu. Astfel, profesionistul care nu a făcut dovada îndeplinirii corespunzătoare a îndatoririi sale de consiliere a consumatorului se află în culpă prin omisiune și nu poate pretinde obligarea consumatorului la suportarea consecințelor asumate în necunoștință de cauză³³.

S-a apreciat că ceea ce este determinant pentru a dispune înlăturarea clauzei este aprecierea caracterului său abuziv la data încheierii contractului, ținând seama de ansamblul dispozițiilor de care banca avea cunoștință la momentul respectiv și care erau de natură să influențeze executarea ulterioară a contractului, prin prisma abuzului de poziție dominantă, nefiind necesar ca prejudiciul să se producă imediat după acel moment, ci chiar la o dată ulterioară, pe parcursul executării – decizia din cauza Bucura C 0348/14. Mai precis, se consideră că clauza prin care nu este avertizat în mod suficient de explicit consumatorul nu îndeplinește cerința de a fi redactată în mod clar sau inteligibil încât să fie exceptată de la controlul clauzelor abuzive, chiar dacă ea se referă la prestația esențială a părților sau la raportul preț calitate- deciziile din cauza RWE Vertrie C-92/11, cauza Gutierrez Naranjo- C-154/2015, C -307/15.

Pe lângă faptul că nu au informat clienții asupra riscurilor generate de fluctuațiile cursului valutar, unele bănci au derulat o campanie de promovare agresivă a produsului de creditare în franci elvețieni ca fiind cel mai „avantajos” pentru consumator.

Banca Națională a României a avertizat toate băncile de-a lungul timpului³⁴ despre riscurile acordării împrumuturilor, mai ales în valute exotice cum e francul elvețian, monedă a unei țări cu care România nu are raporturi economice foarte extinse. Cotația acestei monede (CHF) se face în România prin intermediul euro, nu în mod direct, B.N.R. neavând niciun fel de obiective sau pârgii legate de cotația acestei monede față de leu. În concluzie, francul elvețian a fost utilizat ca o monedă de substituție, exclusiv pentru conservarea valorii economice a contractului și nu ca monedă de creditare.

Într-o altă decizie recentă a instanței române, definitivă și executorie – OTP Bank – clauze abuzive și înghețare curs – dosar 526/1285/2015³⁵ s-a apreciat că un remediu plener, apt să înlătore toate consecințele negative care derivă din instituirea unei astfel de clauze abuzive, îl constituie stabilizarea cursului de schimb valutar CHF-LEU, pentru efectuarea

³³ A se vedea L. B. Săuleanu, *Obligația Băncilor de informare a consumatorilor în cazul creditelor acordate în franci elvețieni*, în Revista română de drept al afacerilor nr. 8/2015, p. 85-91.

³⁴ A se vedea în acest sens studiul retrospectiv al B.N.R. din luna februarie 2015 intitulat *Analiza creditelor în franci elvețieni*”, disponibil la http://www.bnr.ro/files/d/Pubs_ro/Analize/R20150210Guv_analiza.pdf.

³⁵ http://portal.just.ro/33/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=12850000000048501&id_inst=33

plăților în temeiul contractului de credit mai sus menționat, la cursul valabil la momentul semnării contractului de credit, respectiv 1,9924 LEI/1 CHF. Solidarismul contractual este principiul care impune ce trebuie să fie contractul și în acest scop, este dotat cu o funcție corectivă. El guvernează atât conținutul contractului cât și comportamentul părților contractante. Imposibilitatea împrumutatului de a aprecia, evalua avantajele și inconvenientele care pot rezulta din contract echivalează implicit cu imposibilitatea finanțatorului de a estima la data încheierii convenției dacă este sau nu în măsură să realizeze la rândul său interesul partenerului său contractual.

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

Codul consumului - Legea nr. 296/2004 în vigoare de la 1 ianuarie 2007, obligă profesionistul, prin art. 57, în cazul prestărilor de servicii, să informeze consumatorul, printre altele, asupra riscurilor previzibile. Art. 8 obligă agenții economici să pună pe piață numai produse sau servicii sigure, care corespund caracteristicilor prescrise, sau declarate, să se comporte în mod corect în relațiile cu consumatorii și să nu folosească practici comerciale abuzive. Mai mult, art. 27 lit. a din aceeași lege prevede dreptul consumatorilor de a fi protejați împotriva riscului... de a li se presta un serviciu care ar putea... să le aducă atingere drepturilor și intereselor legitime, iar lit. b prevede dreptul de a fi informați complet, corect și precis, asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor, astfel încât decizia pe care o adoptă în legătură cu acestea să corespundă cât mai bine nevoilor lor, precum și de a fi educați în calitatea lor de consumatori.

Buna credință a băncii se va aprecia nu doar în raport cu datele pe care aceasta le-a cunoscut efectiv la data contractării, ci în raport cu ceea ce putea și trebuia să cunoască raportat la informațiile și expertiza de care dispune în calitate de profesionist. În raport cu aceasta se va analiza măsura în care l-a pus în temă pe consumator asupra aspectelor relevante, în vederea luării unei decizii responsabile din partea acestuia.

În oferta curentă a băncilor, potențialul contractant de astăzi este avertizat în mod repetat că ar putea suferi pierderi în cazul unor deprecieri severe a RON, că există posibilitatea modificării, în sensul majorării, a sumelor datorate în cazul materializării riscului valutar ca urmare a deprecierei severe a RON sau a monedei în care obține venituri în situația în care a contractat un credit în alta valută decât cea în care încasează veniturile, cu impact asupra nivelului obligațiilor de plată periodice care îi revin în baza contractului de credit.

Chiar dacă nu intră în atribuțiile CJUE să aprecieze aceste elemente, care vor fi evaluate în concret de instanțele naționale, este rolul CJUE de a stabili un standard unitar de interpretare a prevederilor directivei, aplicabil în toate statele membre. Astfel, pentru a determina dacă o clauză provoacă, în contradicție cu cerința de bună-credință, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților ce decurg din acel contract, în detrimentul consumatorului, instanța națională trebuie să verifice dacă profesionistul, acționând în mod corect și echitabil față de consumator, se putea aștepta în mod rezonabil ca acesta din urmă să accepte o asemenea clauză în urma unei negocieri individuale - decizia din cauza Aziz- C-415/11 și în cauza Banco Primus S.A. vs. Jesus Gutierrez Garcia - C-421/14.

În consecință, aprecierea caracterului abuziv al unei clauze contractuale trebuie să se facă în raport cu momentul încheierii contractului respectiv, ținând seama de ansamblul împrejurărilor de care profesionistul putea avea cunoștință la momentul respectiv și care erau de natură să influențeze executarea ulterioară a contractului – decizia din Cauza Andriciuc împotriva Băncii Românești – C- 186/16. Deși caracterul abuziv al unei clauze se apreciază prin raportare la toate circumstanțele care însoțesc încheierea contractului -art. 4 alin. (1),

obiectivul Directivei 93/13/CE privind clauzele abuzive și lipsa oricăror limitări temporale în ceea ce privește aprecierea dezechilibrului semnificativ determină concluzia că art. 3 alin. (1) din Directivă vizează și ipoteza în care dezechilibrul ar surveni ca urmare a unor împrejurări exterioare contractului, în cursul derulării acestuia. Se are în vedere predictibilitatea clauzei în sens de reprezentare exactă a consecințelor mecanismului contractual, iar nu ideea de imprevizibilitate, în sens de eveniment imprezibil, independent de voința părților (clauza de hardship)³⁶.

De menționat că după soluția CJUE în cauza Andriciuc, Curtea de Apel Ploiești a pronunțat două hotărâri de înghețare a cursului de schimb LEU-CHF la valoarea de la momentul acordării împrumutului³⁷. Atât Judecătoria Medgidia, cât și Tribunalul Gorj au pronunțat mai multe hotărâri de înghețare/stabilizare a cursului de schimb LEU-CHF, ratele urmând să fie achitate de către împrumutați la cursul de schimb valabil la momentul încheierii contractului de credit³⁸. De asemenea, instanțele de judecată au dispus și restituirea către împrumutați a diferențelor de curs încasate de către bancă.

Înlăturarea practicilor bancare incorecte este susținută și prin demersurile întreprinse de ANPC, care, prin ordinul de încetare a practicilor incorecte în cauza Raiffeisen Bank a obligat banca să-și refacă, începând cu data de 23 octombrie 2017, contractele de credit în franci elvețieni, lei și euro, readucându-le la condițiile din perioada 2006-2008, când au fost încheiate³⁹. Acest lucru presupune, printre altele, aplicarea dobânzii de la acea vreme, dar și refacerea scadențarului. Mai precis, prin procesul verbal de constatare a contravenției s-a propus încetarea practicii comerciale incorecte, utilizată de operatorul economic "Raiffeisen Bank SA (...), ce constă în fapta operatorului economic de a nu informa în prealabil consumatorii despre viitoarele costuri ale produsului financiar, ceea ce a determinat consumatorii să ia o decizie pe care altfel nu ar fi luat-o dacă aceștia ar fi cunoscut în prealabil, nivelul la care dobânda urma să crească, respectiv costurile pe care nu le-au putut preconiza, deși operatorul financiar bancar cunoștea nivelul dobânzii pe care urma să îl aplice, așa cum a fost detaliat în documentația ce a stat la baza întocmirii procesului verbal de constatare a contravenției"⁴⁰. Important de observat faptul că nu doar contractele de credit în CHF trebuie modificate, ci și cele care stau la baza împrumuturilor acordate în lei și euro în cadrul cărora se regăsesc aceleași tipuri de practici la care face referire respectivul ordin.

³⁶ A se vedea Fl. Popa, *Câteva observații cu privire la aplicarea imprezibilității în materia contractelor de credit acordate în CHF*, în Revista română de drept al afacerilor nr. 8/2015, p.47- 67.

³⁷ Dosar nr. 413/114/2015, Curtea de Apel Ploiești, împotriva Credit Europe, definitivă; Dosar 409/114/2015, Curtea de Apel Ploiești, împotriva Credit Europe – definitivă.

³⁸ Judecătoria Medgidia, Piraeus Bank: 2633/256/2017 – nedefinitivă; Judecătoria Medgidia, Bancpost: 1247/256/2016- nedefinitivă; Tribunalul Gorj, Credit Europe: 15091/318/2016 - definitivă și executorie; Tribunalul Gorj, Volksbank (Banca Transilvania): 17509/318/2016 - definitivă și executorie; Tribunalul Gorj, Volksbank (Banca Transilvania): 5790/318/2015 - definitivă și executorie; Tribunalul Gorj, Bancpost: Dosar 18814/318/2016, definitivă; Tribunalul Gorj -Raiffeisen: Dosar 15090/318/2016, definitivă; Tribunalul Gorj Banca Transilvania (Volksbank): Dosar 11679/318/2016, definitivă; Tribunalul Gorj - Piraeus: Dosar 11395/318/2016, definitivă; Tribunalul Gorj - Piraeus: Dosar nr. 16989/318/2016, definitivă; Tribunalul Gorj - Piraeus: Dosar nr. 9304/318/2016, definitivă; Tribunalul Gorj Piraeus: Dosar nr. 4184/318/2016, definitivă.

³⁹ Decizia menționată a fost luată în urma solicitărilor făcute de Guvern și de Administrația Prezidențială, care au cerut instituției să soluționeze un memoriu al Grupului Clienților cu Credite în CHF (GCCC).

⁴⁰ Directorul ANPC a subliniat că Raiffeisen Bank nu au vrut să aibă o relație corectă, "de tip win - win sau lose - lose" cu clientul, urmărind doar profitul propriu.

Concluzii

Prin intermediul soluțiilor pronunțate de CJUE se trasează direcțiile de interpretare a prevederilor Directivei europene, în vederea asigurării unei practici unitare. Deciziile pronunțate de Curtea de la Luxemburg sunt obligatorii pentru instanțele de trimitere, care trebuie să se ghideze după îndrumările primite. Revine însă instanțelor naționale rolul de a examina, în raport cu prevederile legale interne, măsura în care sunt îndeplinite condițiile privind caracterul abuziv al unei clauze. Sancțiunea aplicabilă în urma constatării caracterului abuziv al unei clauze depinde de felul acesteia: în cazul clauzelor care conțin prestații accesorii, sancțiunea este cea a înlăturării lor din contract, acel contract continuând ca un contract valid; iar în cazul clauzelor ce conțin prestații esențiale, sancțiunea poate, în anumite circumstanțe, să impună completarea cu normele supletive pertinente, sau chiar adaptarea contractului de către instanță.

Pentru aspectele care nu pot fi unificate prin intermediul mecanismelor europene se recomandă promovarea de recursuri în interesul legii și inițierea unor demersuri în vederea modificării legislației pentru a asigura o practică unitară și conformă cu principiile consacrate la nivel european.