

STUDII

EFECTELE NULITĂȚII CLAUZELOR ABUZIVE ÎN CONTRACTELE DE CREDIT IPOTECAR

Juanita GOICOVICI*

Résumé. *Les effets de la nullité des clauses abusives dans les contrats de crédit garantis par une hypothèque. Effects of the unfair terms nullity in credit contracts assorted by mortgage.* La nullité des clauses abusives est une nullité partielle, en affectant seulement la clause comme disposition contractuelle ponctuelle, sans affecter la validité du contrat accessoire d'hypothèque. Le débat principal s'est développé à propos du principe de la spécialité de l'hypothèque, dans le contexte représenté par l'absence des indicateurs objectifs pour le calcul des intérêts variables dans le contrat bancaire de crédit. La sûreté réelle immobilière constituée par le débiteur consommateur reste valable dans la mesure en laquelle le contrat contient une description exacte du bien hypothéqué, en termes de l'article 2372 du nouveau Code civil roumain. La clause relative au commission de risque bancaire a été jugée comme abusive dans les contrats de crédit garantis par une hypothèque, comme créant au détriment du consommateur, malgré l'exigence de bonne foi, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Il s'agit de clauses qui, sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle qui aurait permis au consommateur d'exercer une influence sur le contenu, notamment dans les contrats d'adhésion de crédit dans laquelle le remboursement de la créance est garantie par une hypothèque, ont prévu pour le créancier bancaire le droit d'appliquer un commission mensuel pour le risque de l'insolvabilité du débiteur, étant déjà couvert par la garantie hypothécaire.

Mots-clé: *clause abusive, nullité, crédit, hypothèque, consommateur.*

Key-words: *unfair terms, nullity, credit, mortgage, consumer.*

Cuvinte-cheie: *clauză abuzivă, nulitate, credit, ipotecă, consumator.*

1. Observații introductive

Nulitatea clauzelor care nu au fost negociate cu consumatorii a reprezentat, în jurisprudența recentă, piatra care poate doborî Goliath-ul întruchipat de practicile bancare netransparente.

Nulitatea clauzelor bancare abuzive este, de regulă, o nulitate parțială, afectând doar clauza în sine, care va fi reputată ca nescrisă sau extirpată din câmpul contractual, raporturile contractuale urmând să se deruleze în continuare, în măsura în care nu este

afectată însăși cauza acestora. Din unghiul garanției reale accesorii, se poate ridica întrebarea consecințelor pe care constatarea nulității clauzelor împrumutului ipotecar (de pildă, clauza privitoare la dobânda variabilă fără indicatori de referință precisi) le-ar produce asupra contractului de ipotecă prin care este garantată rambursarea împrumutului. Problematika efectelor nulității clauzelor abuzive este esențială pentru a ști în ce măsuri nulitatea contractului de ipotecă ar fi iminentă în aceste cazuri, dedusă fie din caracterul accesoriu al ipotecii (în condițiile în care clauzele abuzive ale contractului principal sunt afectate de nulitate), fie din nerespectarea principiului specialității ipotecii, în condițiile în care cuantumul dobânzii variabile nu este determinabil la momentul încheierii contractului, în absența indicatorilor obiectivi de referință.

Ne vom focusa analiza asupra creditului ipotecar, nu numai pentru motivul că acest tip de credit suscită interogații în legătură cu soarta ipotecii în contextul constatării nulității unor clauze abuzive, ci și pentru că, în prezența contractului accesoriu de ipotecă, se ridică în practică problema validității comisionului de risc bancar de neplată, deja acoperit prin garanția reală ipotecară.

2. „Lista neagră” a clauzelor abuzive.

În general, pot fi disjuncte două tipuri de clauze abuzive¹: *clauze cu potențial abuziv*, numite și „clauze relative”, al căror caracter abuziv se va verifica sau nu în funcție de contrabalansarea drepturilor profesionistului cu drepturi similare acordate consumatorului și pe care le putem considera incluse pe o „listă gri” cu potențial nociv (a), respectiv *clauze absolut abuzive* sau al căror caracter este invariabil abuziv, întrucât nu poate fi „edulcorat” prin niciun fel de prerogative atribuite consumatorului, clauze incluse pe o „listă neagră”, simpla prezență a acestora în textul unui contract încheiat cu consumatorii fiind suficientă pentru aplicarea sancțiunii legale (b).

În ceea ce privește reverberațiile juridice ale absenței negocierii, se impun unele nuanțări. Fiind vorba despre *contracte de adeziune*, în accepțiunea de contracte ale căror clauze reprezintă rodul voinței unilaterale a uneia din părți (a profesionistului bancar), cealaltă parte (consumatorul) nu a avut posibilitatea de a le discuta ori negocia, ci numai pe aceea de a adera sau nu la setul global de norme private în cauză. Este vorba despre uzul unor modele (tipare) contractuale construite pe suportul *condițiilor generale de contractare* practicate de către profesionistul bancar în cauză, reproduse de regulă în fiecare dintre contractele individuale încheiate cu consumatorii². Negocierea clauzei se referă la implicarea activă a consumatorului în formularea clauzei, iar proba acestui rol activ jucat de consumator în conceperea clauzei incumbă creditorului bancar.

3. Proba „absenței negocierii”.

Sarcina probei negocierii directe a clauzelor incumbă profesioniștilor. Art. 4 alin. (2) al Legii nr. 193/2000, modificată prin Legea nr. 65/2002 și, ulterior, prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii prevede

că: „o clauză contractuală va fi considerată ca nefiind negociată direct cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitatea consumatorului să influențeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condițiile generale de vânzare practicate de comercianți”.

În materia reprimării clauzelor abuzive, *absența negocierii* reprezintă un criteriu decisiv în evaluarea caracterului abuziv³ al clauzei litigioase, prin „posibilitatea consumatorului de negociere” a prevederilor contractuale înțelegându-se aici nu simplele dezbateri precontractuale care au avut rolul de a clarifica consumatorului consecințele negative ale nerespectării clauzelor contractuale, ci dezbaterile care ar fi putut genera o modificare efectivă a clauzei în sensul dorit de consumator.

Negocierea clauzei privitoare la comisionul bancar litigios nu se rezumă la semnarea acestei clauze de către consumator. De altfel, toate clauzele bancare abuzive au fost semnate și acceptate de către consumatori, ceea ce nu împiedică nicidecum declararea lor ulterioară ca abuzive în instanță. Negocierea clauzei se referă la implicarea activă a consumatorului în formularea clauzei, iar proba acestui rol activ jucat de consumator în conceperea clauzei incumbă profesionistului bancar. Dacă banca eșuează în dovedirea caracterului negociat al clauzei, aceasta va fi eligibilă pentru a fi înlăturată din contract de către instanță ca fiind o clauză abuzivă, în măsura în care contrar bunei-credințe a dezechilibrat semnificativ poziția contractuală a părților⁴.

4. Cât reverberează nulitatea clauzelor abuzive?

De regulă, nulitatea clauzelor bancare abuzive este o *nulitate parțială*, afectând doar clauza în sine, care va fi reputată ca nescrisă sau extirpată din câmpul contractual⁵, raporturile contractuale urmând să se deruleze în continuare, în măsura în care nu este afectată însăși cauza acestora. Revine judecătorului misiunea de a stabili toate consecințele care decurg din constatarea caracterului abuziv al unei clauze⁶. Recent, în literatura de specialitate s-a pus problema consecințelor pe care constatarea nulității clauzelor împrumutului ipotecar (de pildă, clauza privitoare la dobânda variabilă fără indicatori de referință preciși) le-ar produce asupra contractului de ipotecă prin care este garantată rambursarea împrumutului, opinându-se chiar că o nulitate a contractului de ipotecă ar fi iminentă în aceste cazuri⁷, dedusă fie din caracterul accesoriu al ipotecii (în condițiile în care clauzele abuzive ale contractul principal sunt afectate de nulitate), fie din nerespectarea principiului specialității ipotecii (în condițiile în care cuantumul dobânzii variabile nu este determinabil la momentul încheierii contractului, în absența indicatorilor obiectivi de referință).

Considerăm că nulitatea clauzelor abuzive din contractul de împrumut nu reverberează asupra contractului de ipotecă, pentru argumentele ce urmează a fi expuse în paragrafele următoare, fondate în esență pe ideea că ipoteca nu va garanta decât suma determinabilă conform contractului de credit, iar dacă se reduce un element al obligației de plată a debitorului, suma garantată se va reduce în mod corespunzător, fără a atrage dispariția juridică a ipotecii.

5. Există reverberații asupra ipotecii? Nulitatea contractelor accesorii.

În literatura de specialitate⁸ s-a opinat că nulitatea contractului de ipotecă va fi atrasă de nulitatea clauzelor contractului principal, dedusă fie din caracterul accesoriu al ipotecii (în condițiile în care clauzele abuzive ale contractului principal sunt afectate de nulitate), fie din nerespectarea principiului specialității ipotecii (în condițiile în care cuantumul dobânzii variabile nu este determinabil la momentul încheierii contractului de credit, în absența indicatorilor obiectivi de referință).

În opinia noastră, existența ipotecii nu este afectată de nulitatea clauzelor abuzive referitoare la dobânda variabilă ori la comisionul de risc bancar, pentru următoarele argumente:

(a) După cum s-a arătat în literatura de specialitate⁹, principiul specializării ipotecii a fost edulcorat în abordarea jurisprudențială a ultimului deceniu, cât timp contractul de ipotecă include o descriere suficient de precisă a bunului ipotecat. De altfel, nu principiul specialității ipotecii este afectat prin inserarea unei clauze abuzive privind dobânda variabilă fără indicatori preciși, ci eventual principiul rezonabilității întinderii ipotecii¹⁰.

(b) În măsura în care modalitatea de determinare a dobânzii variabile a fost deturnată prin inserarea unor clauze abuzive constatate ca atare de către instanță, întinderea ipotecii se va plia pe noul cuantum al creanței garantate. Prin urmare, dacă valoarea creanței garantate se va diminua prin aplicarea indicatorilor de referință obiectivi pentru calculul dobânzii variabile, diminuându-se obligația de plată a debitorului, acest fapt nu va atrage dispariția ipotecii, care va garanta restituirea capitalului împrumutat și plata dobânzii aferente.

(c) Interesul debitorului consumator de a cere constatarea nulității contractului accesoriu de ipotecă este, credem, inexistent, întrucât (chiar și în prezența unor clauze abuzive privind dobânda variabilă), acesta ar rămâne în continuare obligat la rambursarea capitalului împrumutat, iar absența garanției reale imobiliare ar îngreuna executarea, augmentând, cel mai probabil, cheltuielile de executare pe care debitorul insolubil va trebui să le suporte.

(d) După cum judicios s-a observat în literatura de specialitate¹¹, importanța cerinței rezonabilității¹² ține de posibilitatea de a determina valoarea creanței garantate la momentul analizei validității ipotecii. Prin urmare, numai în cazurile în care ipoteca ar tinde să garanteze o sumă nedeterminabilă (deschizând astfel pentru creditor breșa pentru modificarea unilaterală ulterioară a valorii creanței garantate), contractul de ipotecă ar fi lovit de nulitate absolută. Dimpotrivă, în cazurile în care dobânda de creditare nu a fost fixată de bancă prin utilizarea de indicatori de referință obiectivi, cât timp valoarea creanței bancare de rambursat poate fi determinată (chiar dacă, în cuantum, ar avea caracter nerezonabil, ceea ce ar determina instanța să oblige banca la inserarea unor indicatori obiectivi de referință pentru calculul viitor al dobânzii variabile), considerăm, în acord cu autorul citat, că nu sunt incidente dispozițiile art. 2372 NCC¹³.

(e) În fine, nici principiul accesorialității ipotecii în raport cu contractul principal de împrumut nu permite reținerea ideii nulității contractului de ipotecă, având în vedere că, în ipotezele în care instanța a constatat caracterul abuziv al clauzei privind dobânda

variabilă, este vorba despre nulitatea unei *clauze accesorii* (dobânda reprezintă, la rândul său un accesoriu al creanței principale, fiind vorba despre fructele civile generate de capital); or, nulitatea clauzelor accesorii nu poate antrena nulitatea altor contracte accesorii precum cel de ipotecă, în contextul în care contractul principal (de împrumut ipotecar) nu este desființat.

6. Nulitatea clauzei privind comisionul de risc bancar, în prezența ipotecii

În practica judiciară recentă, comisionul bancar de risc în contractele de credit ipotecar încheiate cu consumatorii a fost considerat ilicit, iar clauza referitoare la acesta a fost sancționată ca fiind o clauză abuzivă, în contextul în care riscul insolabilității debitorului este deja acoperit prin contractarea garanției reale imobiliare.

De regulă, din perspectiva creditorilor bancari, comisionul de risc bancar reprezintă costul perceput de bancă și datorat de client în legătură cu administrarea riscurilor de neplată asumate de bancă prin punerea la dispoziție a creditului, întrucât pe parcursul derulării convenției există posibilitatea ca banca să sufere o pierdere ca urmare a producerii unui eveniment viitor și nesigur cum este cel legat de fluctuațiile pieței sau căderea pieței imobiliare (deprecierea garanției ipotecare). Instanțele de judecată au reținut însă caracterul ilicit al clauzei care nu prevede *posibilitatea restituirii sumelor încasate cu acest titlu, în cazul în care riscul de nerambursare nu se produce* iar la scadență creditul este restituit integral de către consumator.

Într-o astfel de speță¹⁴, instanța fondului a constatat *nulitatea clauzei* menționate în condițiile speciale ale convenției de credit privind *comisionul de risc*, a obligat banca pârâtă la eliminarea acestor clauze din convenția de credit și restituirea către reclamant și a sumei de 8.677,21 CHF, reprezentând contravaloarea comisionului de risc achitat în perioada 19 septembrie 2008-20 iulie 2011 și dobânda legală aferentă acestei sume, calculată începând cu data de 22 iulie 2011 și până la plata efectivă a acestei sume.

Pentru a pronunța hotărârea, instanța de fond a constatat că art. 5 lit. a din condițiile speciale ale convenției de credit stabilește valoarea de „0,26%” aplicat la soldul creditului, credit plătit lunar, în zile de scadență, pe toată perioada de derulare a prezentei convenții de credit, clauză care nu a fost negociată direct cu reclamantii, deoarece face parte dintr-un contract standard, preformat, utilizat de banca pârâtă. Tribunalul a reținut că, față de valoarea comisionului de risc pe toată perioada convenției, perceperea acestuia rămâne *nejustificată obiectiv*, având în vedere că *nu reprezintă costul unui anume serviciu prestat de banca pârâtă*, în contextul în care banca pârâtă și-a luat măsuri suplimentare de a preîntâmpina riscul neplății ratelor, prin instituirea unei *garanții reale* asupra imobilelor aflate în proprietatea reclamantilor.

Înalta Curte de Casație și Justiție, examinând decizia recurată din perspectiva criticilor de nelegalitate formulate, a constatat că recursul băncii este nefondat, pentru următoarele argumente:

(a) Textul art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000 nu exclude *ab initio* controlul unui eventual caracter abuziv al clauzelor referitoare la obiectul principal al contractelor prin

raportare la preț ca parte a obiectului contractului, în condițiile în care acea clauză care le determină este clară, neechivocă și exprimată într-un limbaj inteligibil, același text prevăzând posibilitatea exercitării unui asemenea control, cu titlu de excepție, în situația în care clauzele respective nu sunt exprimate în mod clar și inteligibil;

(b) Din acest punct de vedere, se constată că instanța de control judiciar a realizat, în mod judicios, distincția între clauzele ce nu pot forma obiect al controlului judecătoresc și cele supuse acestui control, apreciind în mod corect că, în condițiile în care clauza privitoare la *comisionul de risc nu este exprimată în mod clar, lăsând loc la echivoc* ori este folosit un limbaj neinteligibil poate fi supusă analizării din perspectiva unui eventual caracter abuziv;

(c) Sintagma „exprimate într-un limbaj ușor inteligibil” folosită de legiuitorul național cât și cea folosită în norma comunitară are în vedere situația în care clauza este clar definită astfel încât consumatorul să aibă reprezentarea clară a rațiunilor și fundamentelor relative la conținutul clauzelor și efectelor acestora asupra contractului în ansamblu.

(d) Sub acest aspect, deși așa-zisul comision de risc, face parte din costul total al contractului, clauza ce reglementează perceperea acestuia poate fi analizată pentru argumentele arătate, în condițiile în care ea nu este exprimată în mod clar și inteligibil, lăsând loc la echivoc. „Astfel, în clauza a cărei nulitate s-a solicitat, se stabilește la valoarea de „0,28%” a comisionului de risc aplicat la soldul creditului, lunar, pe toată perioada de derulare a convenției, după ce în condițiile generale este prevăzut dreptul băncii de a percepe un comision de risc pentru punerea la dispoziție a creditului, situația fiind aceeași și în cazul clauzei reglementate în convenția de credit unde se prevede că pentru acordarea a creditului se percepe dobânda curentă, ceea ce induce ideea perceperei a două costuri pentru același serviciu al băncii, fără ca distinctiv dintre acestea să fie exprimată în mod clar.”

Or, după cum se arată în motivarea instanței de recurs, „scindarea prețului în aceste componente poate duce la ideea că, pentru aceeași prestație s-au avut în vedere rațiuni diferite de percepere a acestora, fundamentul perceperei acestora nefiind cunoscut într-o manieră neechivocă consumatorului, la momentul perfectării convenției de credit, astfel că față de caracterul neclar și echivoc al clauzei în discuție, aceasta poate fi supusă analizei din perspectiva caracterului abuziv”¹⁵.

7. Nulitatea clauzei privind dobânda variabilă fără indicatori obiectivi.

Trecând prin filtrul soluțiilor jurisprudențiale ale ultimilor ani în controversata problemă a dobânzii bancare variabile fără indicatori obiectivi de referință, următoarele remarci ale instanțelor merită a fi punctate:

(a) Caracterul abuziv al clauzei conform căreia „**dobânda este variabilă în conformitate cu politica băncii**” a fost reținut în repetate rânduri în jurisprudența autohtonă în materia împrumutului bancar. Consumatorii au solicitat instanței să constate caracterul abuziv al clauzei inserate în contractul de credit pentru nevoi personale garantat cu ipotecă, clauză conform căreia „dobânda este variabilă în conformitate cu politica băncii” și să o înlăture

din cuprinsul contractului, raporturile contractuale urmând să continue fără aceasta. Reclamanții au argumentat că banca pârâtă a mărit abuziv dobânda la 6,49% și respectiv 6,99% cu motivarea că indicele LIBOR a crescut, ceea ce nu ar fi adevărat, acest indice scăzând constant de la 2,5% la 0,17%. „Politica băncii” nu este definită în contract și nu este o valoare cunoscută și transparentă, întrucât ține de confidențialitatea datelor băncii pârâte și pe cale de consecință nu le poate fi opozabilă consumatorilor. Instanța a constatat faptul că banca a modificat dobânda doar în favoarea acesteia, când indicele LIBOR a crescut, fără a modifica procentul de dobândă când indicativul a avut scăderi, afectând interesele economice ale consumatorului.

(b) Instanța a reținut drept abuzivă¹⁶ clauza conform căreia „dobânda este variabilă în conformitate cu politica băncii” și că solicitarea unui comision de acordare a creditului de 2% (altul decât comisionul de analiză a dosarului) reprezintă o practică comercială incorectă.

Instanța a mai reținut că „prevederile din contractele de credit ipotecar sunt abuzive ca fiind contradictorii, întrucât majorarea dobânzii se putea face în raport de politica băncii și nu doar de evoluția indicelui de referință LIBOR”. Instanța a subliniat că „față de maniera de redactare a contractelor de credit, consumatorii au acționat de pe poziții inegale în raport cu banca, aceste contracte fiind de adeziune, clauzele cuprinse fiind prestabilite de către bancă, fără a da posibilitatea co-contractantului de a modifica sau înlătura vreuna din aceste clauze, în urma unei negocieri”. În consecință, instanța a constatat caracterul abuziv al clauzei potrivit căreia „dobânda este variabilă în conformitate cu politica băncii”¹⁷.

(c) În practica judiciară a fost sancționată ca reprezentând o clauză abuzivă clauza potrivit căreia creditorul profesionist are dreptul de a modifica unilateral valoarea dobânzii practicate „**în funcție de intervenția unor schimbări semnificative pe piața monetară**”. O astfel de exprimare contractuală este imprecisă, neclară și nu permite identificarea de criterii obiective în funcție de care este practicată majorarea dobânzii. Pe de altă parte, ca urmare a modificării ratei dobânzii, ar trebui ca debitorul să aibă posibilitatea de a accepta modificările ori de a opta pentru rezilierea contractului (restituind capitalul împrumutat); or, este abuzivă stipulația contractuală de majorare unilaterală a ratei dobânzii care nu recunoaște consumatorului această posibilitate de opțiune între continuarea raporturilor contractuale, respectiv rezilierea contractului¹⁸.

(d) Prin „motiv prevăzut în contract” pentru practicarea unor majorări ale ratei dobânzii trebuie să se înțeleagă, în sensul legii, o situație clar descrisă în textul contractual, care să ofere consumatorului posibilitatea de a cunoaște situațiile obiective care autorizează creditorul să majoreze unilateral dobânda practică. Totodată, „motivul trebuie să fie suficient de clar arătat ca, în eventualitatea unui litigiu în legătură cu aplicarea unei astfel de clauze, instanța să poată verifica dacă respectiva situație care a justificat majorarea dobânzii chiar s-a produs (...) Motivul unei schimbări semnificative pe piața monetară nu îndeplinește această condiție”¹⁹.

(e) Clauza care autorizează creditorul să modifice unilateral condițiile contractuale, fără un motiv specificat în contract și acceptat de consumator prin semnarea

acestua „este considerată abuzivă *ex lege*. Motivul apariției unor schimbări semnificative pe piața monetară, ce conferă dreptul băncii de a revizui unilateral structura ratei dobânzii, fără prezentarea unor elemente de identificare, nu este redactat în termeni clari și neechivoci, astfel încât se poate considera că acesta nu reprezintă un motiv în sensul Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive”²⁰.

(f) Clauza potrivit căreia „banca își rezervă dreptul de a revizui structura ratei dobânzii curente în cazul apariției unor schimbări semnificative pe piața monetară”, în contextul în care în cuprinsul contractului există o clauză care stipulează o rată a dobânzii curente de „5,95% pe an dobândă fixă”, oferă băncii pârâte dreptul discreționar de a modifica rata dobânzii, cu simpla înștiințare a debitorului, ceea ce încalcă dispozițiile legale privitoare la dobânda variabilă²¹.

(g) Într-o altă decizie judecătorească, privitoare la dobânda fixă, urmată de o perioadă de dobândă variabilă în *absența unor indicatori contractuali obiectivi pentru calculul dobânzii variabile*, s-a pus problema nulității clauzei privitoare la dobânda variabilă²².

În speță, s-a reținut că, după primii trei ani de rambursare a creditului cu dobânda fixă de 9,75 % pe an, dobânda a devenit variabilă, iar din acest moment a început corespondența între părți cu privire la dobânda aplicabilă în continuare, reclamantul fiind notificat în acest sens.

Apelul declarat de reclamant împotriva acestei sentințe a fost admis ca fondat²³, Instanța de apel a reținut că reclamantul, prin cererea adresată intimetei pârâte, a solicitat acordarea unui credit cu dobânda fixă în primii trei ani și variabilă pentru restul perioadei, însă în ceea ce privește *caracterul variabil al dobânzii* părțile nu au stabilit, în urma unei negocieri efective al cărei rezultat să se regăsească în contract, care este algoritmul de calcul al dobânzii variabile, prin *stabilirea unui indicator precis*, în mod clar individualizat, în funcție de care dobânda variază.

În ceea ce privește rata anuală a dobânzii, nu s-a stabilit niciun criteriu contractual în funcție de care aceasta se determină. S-a concluzionat astfel că, neexistând niciun criteriu de determinare a ratei anuale a dobânzii, acest element esențial din formula de calcul a dobânzii lipsește, ceea ce permite băncii să modifice în mod unilateral dobânda, după libera sa apreciere, fără a da posibilitatea consumatorului să verifice dacă variația dobânzii (în sensul majorării acesteia) este transparent stabilită.

De asemenea, instanța a reținut că părțile nu au negociat în mod efectiv și direct elementele care determină variația dobânzii prin *stabilirea unor indicatori preciși, obiectivi* care să confere reclamantului și, în cele din urmă instanței, posibilitatea de a cunoaște și verifica dacă dobânda variabilă se încadrează în limitele convenite de părți. În absența oricăror criterii obiective de determinare a dobânzii variabile care să se regăsească în contract, banca, în calitatea sa de profesionist, inserând această prevedere în contract și punând-o în aplicare, a acționat contrar cerințelor bunei-credințe și a creat un dezechilibru semnificativ în detrimentul reclamantului.

Ca instanță de recurs, ÎCCJ a considerat că instanța de apel a încălcat principiul disponibilității, întrucât a anulat clauza privitoare la dobânda variabilă, reținând ca valabilă

o dobândă fixă dincolo de perioada de un an menționată în contract, ceea ce atrage nulitatea deciziei atacate și casarea acesteia cu consecința trimiterii cauzei spre rejudecare la aceeași instanță²⁴.

Raționamentul instanței de apel fusese următorul: (i) în contractul de credit a fost prevăzută o dobândă fixă de 9,73 %/an pentru primii 3 ani și o dobândă variabilă pentru următorii ani; (ii) contractul nu conține însă prevederi clare și inteligibile cu privire la indicatori obiectivi în funcție de care va fi calculată dobânda variabilă; (iii) prin urmare, fără acești indicatori contractuali obiectivi, dobânda variabilă nu există, ea neputând fi stabilită discreționar de către bancă pe parcursul derulării contractului; (iv) singura dobândă clar și corect stipulată în contract fiind cea fixă de 9,73 %/an, aceasta va fi considerată dobânda aplicabilă capitalului în privința întregului contract / întregii durate contractuale.

O posibilă variantă de rezolvare pare a fi cea a instanței de apel din speța de mai sus: reprezintă o clauză abuzivă reputată ca nescrisă clauza care impune o dobândă variabilă fără stabilirea de indicatori de referință obiectivi pentru calculul acesteia, iar dacă în contract a fost stabilită și o dobândă fixă, aceasta va fi singura dobândă luată în calcul, pe întreaga durată a convenției de credit. În esență, argumentele instanței de apel au fost următoarele: dacă banca intenționează să introducă în contract o perioadă de dobândă fixă, urmată de o perioadă de dobândă variabilă, cât timp eșuează în a stipula indicatori clari, obiectivi de calcul pentru dobânda variabilă (de exemplu, indicele ROBOR + 1,5%), singura dobândă stipulată valabil este cea fixă (de 9,73 % din primul an de creditare), instanța neputând completa ea însăși contractul de credit în sensul inserării unor astfel de indicatori. Teoretic, se poate acorda prin hotărâre judecătorească un termen de negociere a clauzei privitoare la dobânda variabilă conținând indicatori preciși de referință²⁵, însă credem că în acest mod s-ar încuraja băncile să manifeste în prima fază, atunci când propun oferta de credit către consumatori, o neglijență crasă asimilabilă dolului, mizând pe eventuala refacere ulterioară a textului contractual numai ca urmare a pronunțării unei hotărâri judecătorești.

8. Observații conclusive.

Nulitatea clauzelor abuzive din contractul de împrumut nu reverberează asupra contractului de ipotecă, având în vedere că ipoteca nu va garanta decât suma determinabilă conform contractului de credit, iar dacă se reduce un element al obligației de plată a debitorului, suma garantată se va reduce în mod corespunzător, fără a atrage dispariția juridică a ipotecii. Principiul accesorialității ipotecii în raport cu contractul principal de împrumut nu permite reținerea ideii nulității contractului de ipotecă, având în vedere că, în ipotezele în care instanța a constatat caracterul abuziv al clauzei privind dobânda variabilă, este vorba despre nulitatea unei clauze accesorii (dobânda reprezintă, la rândul său un accesoriu al creanței principale, fiind vorba despre fructele civile generate de capital); or, nulitatea clauzelor accesorii nu poate antrena nulitatea altor contracte accesorii precum cel de ipotecă, în contextul în care contractul principal de împrumut ipotecar nu este desființat.

Clauzele bancare abuzive sunt reputeate ca nescrise sau înlăturate din câmpul contractual, raporturile contractuale urmând să se deruleze în continuare, în măsura în care nu este afectată însăși cauza acestora. Revine judecătorului misiunea de a stabili toate consecințele care decurg din constatarea caracterului abuziv al unei clauze, inclusiv din perspectiva contractelor accesorii. În practica judecătorească recentă, comisionul bancar de risc în contractele de credit ipotecar încheiate cu consumatorii a fost considerat ilicit, iar clauza referitoare la acesta a fost sancționată ca fiind o clauză abuzivă, în contextul în care riscul insolvabilității debitorului a fost acoperit prin contractarea garanției reale imobiliare. Instanțele au reținut totodată caracterul ilicit al clauzei care nu prevede posibilitatea restituirii sumelor încasate cu titlu de comision bancar de risc, în cazul în care riscul de nerambursare nu se produce, iar la scadență creditul este restituit integral de către consumator.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, jgoicovici@yahoo.com.

¹ A se consulta pentru detalii J. Calais-Auloy, Fr. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 5e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 185-208 ; Y. Picod, H. Davo, *Droit de la consommation*, Ed. Armand Colin, Paris, 2005, p. 139-156; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, Paris, 2008, p. 342-368; T. Vignal, “Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé”, în *Mélanges M. Cabrillac*, Ed. Litec, Paris, 1999, p. 545 și urm.; F. Capriglione, “Operazioni bancarie e tipologia contrattuale”, în *Rivista di diritto civile* nr. 1/2006, Dottrina, p. 26-54; M. Aden, *Comentariu (Acțiunea în despăgubiri a clienților pentru consiliere eronată din partea agenților băncii)*, Conferința internațională „Probleme actuale în domeniul juridic bancar”, în volumul *Probleme actuale în dreptul bancar / Current Issues in Banking Law*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008; C.D. Enache, *Clauzele abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori, Practică judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 76 și urm.; L. Pop, I.-Fl. Popa, S. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 160 și urm.; Ph. Stoffel-Munck, *L’Abus dans le contrat. Essai d’une théorie*, LGDJ, Paris, 2000, p. 165 și urm.; I.Fl. Popa, „Remediile abuzului de drept contractual”, RRDP nr. 6/2014, p. 175-198.

² Modificările majore aduse regimului juridic al convențiilor de credit încheiate de către consumatori prin O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, se referă la:

- (a) reglarea limitelor publicității făcute ofertei de credite;
- (b) reglementarea unui drept potestativ al consumatorului de retractare a consimțământului, alocându-i un termen de exercițiu de 14 zile de la data semnării contractului de credit;
- (c) obligativitatea utilizării de către profesioniștii creditului, în cuprinsul mesajelor publicitare, a unui *exemplu de calcul reprezentativ*, care să elucideze sau să evidențieze pentru consumator valoarea totală a creditului pentru consumator și calculul dobânzii;
- (d) includerea unei *obligații de consiliere* incumbând băncilor; spre deosebire de obligația precontractuală de informare a consumatorului – care presupune livrarea către consumator a unor date tehnice, cu conținut neutru, obiectiv, obligația de consiliere incumbând profesioniștilor creditului implică emiterea unor repere subiective, a unor judecăți de valoare ori a unor sfaturi / explicații adaptate nevoilor particulare ale consumatorului, astfel încât executarea obligației de informare prevăzute de art. 11-16 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori nu dispensează creditorul de executarea obligației corelative de consiliere a consumatorului;

- (e) introducerea *formalismului informativ*, care presupune inserarea în textul contractual scris a mențiunilor obligatorii specificate de către legiuitor, în mod expres și fără a face trimitere la condițiile generale de afaceri ale creditorului, la lista de tarife și comisioane sau la orice alt înscris,
- (f) configurarea detaliilor tehnico-juridice pentru exercitarea dreptului de rambursare anticipată a creditelor.

³ Prin definiție, clauzele abuzive sunt dispoziții contractuale marcate de *absența negocierii*, iar reprimarea lor se constituie într-o contrapondere la această absență a libertății consumatorului de a alege conținutul contractual.

⁴ În ceea ce privește obligația de informare pre / post-contractuală, trebuie subliniat că informațiile relevante vor fi furnizate consumatorului cu respectarea unei duble cerințe – temporală și materială: (a) cu suficient timp înainte, dar nu cu mai puțin de *15 zile înainte* ca un consumator să încheie un contract de credit sau să accepte o ofertă; (b) pe hârtie / pe un alt suport durabil, prin intermediul formularului „Informații standard la nivel european privind creditul pentru consumatori”, prevăzut în Anexa nr. 2 la ordonanța de urgență comentată.

Obligația de informare post-contractuală incidentă în cazul creditelor acordate consumatorilor se referă, între altele, la comunicarea către consumator, pe parcursul producerii de efecte de către contractul de credit valabil încheiat, a informațiilor relative la *modificarea ratei dobânzii* aferente creditului, conform art. 50 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori. Textul legal citat stabilește obligativitatea informării consumatorului, „pe hârtie sau pe un alt suport durabil, în legătură cu orice modificare a ratei dobânzii aferente creditului”, asupra: (a) valorii plăților de efectuat după intrarea în vigoare a noii rate a dobânzii aferente creditului; (b) numărului sau frecvenței plăților, în măsura în care acestea se modifică. În cazul imposibilității consumatorilor de a accepta majorarea dobânzii, creditorul nu are dreptul să denunțe unilateral sau să rezilieze contractul fără o *propunere, transmisă în scris, de reeșalonare sau refinanțare a creditului, în raport cu veniturile actuale ale consumatorului*, în măsura în care o asemenea reeșalonare sau refinanțare este posibilă potrivit reglementărilor interne ale creditorului (art. 39 din O.U.G. nr. 50/2010).

Totodată, conform art. 40 alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010, *sunt interzise clauzele contractuale care dau dreptul creditorului să modifice unilateral clauzele contractuale fără încheierea unui act adițional, acceptat de consumator*. Potrivit alin. (2) al aceluiași articol, creditorul trebuie să poată face dovada că a depus toate diligențele pentru informarea consumatorului cu privire la semnarea actelor adiționale. Nesemnarea de către consumator a actelor adiționale prevăzute în art. 40, alin. (1) este considerată acceptare tacită numai în cazul modificărilor contractului impuse prin legislație; în acest caz, este interzisă introducerea de către bancă în actele adiționale a altor prevederi decât cele impuse prin dispozițiile imperative ale legii, sub sancțiunea nulității de drept a clauzelor suplimentare astfel introduse.

⁵ Articolul 6, alin. (1) din Directiva 93/13 privind clauzele abuzive (transpusă în dreptul intern prin Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, cu modificările ulterioare) prevede că clauzele abuzive nu creează obligații pentru consumator. Este vorba despre „o dispoziție imperativă care urmărește să substituie echilibrul formal pe care îl instituie contractul între drepturile și obligațiile cocontractanților printr-un echilibru real, de natură să restabilească egalitatea dintre aceste părți” (a se vedea CJCE, Hotărârea Sánchez Morcillo și Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, pct. 23).

⁶ În acest context, CJCE a hotărât în repetate rânduri că instanța națională este obligată să analizeze din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale care se încadrează în domeniul de aplicare al Directivei 93/13/CE privind clauzele abuzive și, prin aceasta, să suplinească dezechilibrul existent între consumator și profesionist, de îndată ce dispune de elementele de drept și de fapt

necesare în acest scop (a se vedea în special Hotărârea Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, pct. 46, Hotărârea Barclays Bank, C-280/13, EU:C:2014:279, pct. 34, precum și Hotărârea Sánchez Morcillo și Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, pct. 24). CJCE a statuat de asemenea că art. 6, alin. (1) și art. 7, alin. (1) din Directiva 93/13 privind clauzele abuzive trebuie interpretate în sensul că instanța națională care a constatat din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale are obligația, fără a aștepta ca și consumatorul să prezinte o cerere în acest scop, să stabilească toate consecințele care decurg potrivit dreptului național, sub rezerva respectării principiului contradictorialității (a se vedea, în acest sens, Hotărârea Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, pct. 36).

⁷ În acest sens, a se vedea I. Vucmanovici, „Consecințele nerespectării principiului specializării ipotecii convenționale (II)”, publicat în 12 nov. 2015, www.juridice.ro, secțiunea *Banking*.

⁸ În acest sens, a se vedea I. Vucmanovici, „Efectele constatării caracterului abuziv al contractelor de împrumut ipotecar, încheiate de către consumatori”, publicat în 2 nov. 2015, www.juridice.ro, secțiunea *Banking*.

⁹ A se consulta, pentru importante detalii, R. Rizoiu, „Când nu știi ce garantezi: despre cauza cauțiunii reale”, în *Creditori versus debitori. Perspectiva hexagonului*, editori M. D. Bob, A.-R. Trandafir, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 166 și urm.

¹⁰ În cuprinsul art. 2372 alin (1) NCC, legiuitorul a abandonat sistemul anterior ce presupunea indicarea sumei maxime a cărei rambursare o garanta ipoteca și a optat pentru o abordare mai flexibilă, adaptată noilor tehnici de creditare, noul text legal nemaisolicitând menționarea expresă a sumei maxime care face obiectul garantării. Din această perspectivă, va fi suficientă indicarea capitalului și a tipului de dobândă, cu menționarea unor indicatori obiectivi de referință pentru calculul dobânzii.

¹¹ A se vedea R. Rizoiu, *cit. supra*, p. 173; autorul subliniază că “Tocmai pentru a permite astfel de tehnici de finanțare, legiuitorul a precizat că ipoteca garantează (cu același rang) nu numai capitalul împrumutat, ci și accesoriile acestuia (dobânzi, comisioane etc.) (art. 2354 NCC, art. 867 NCPC), îndepărtându-se de la soluția tradițională care viza numai dobânzile pe ultimii trei ani (art. 1785 NCC). Aceste texte trebuie citite prin prisma posibilității de a garanta o sumă care nu este determinată, ci doar determinabilă”.

¹² Art. 2372, alin. (1) NCC impune ca suma pentru care este constituită ipoteca să se poată determina „în mod rezonabil” în temeiul actului de ipotecă.

¹³ De altfel, textul art. 2370 NCC permite constituirea unei ipotecii pentru garantarea unor obligații viitoare sau chiar eventuale.

¹⁴ T. Iași, sent. civ. nr. 2937 din 20 dec. 2011, www.scj.ro, adresă consultată la data de 18 dec. 2015. Curtea de Apel Iași, secția civilă, prin decizia nr. 87 din 6 iunie 2012 a respins apelul părții SC V.R. SA și a admis apelul declarat de G.R. și G.L.N., a modificat în parte sentința apelată în sensul că, în temeiul art. 6 din Legea nr. 193/2000, a dispus derularea convenției de credit din 19 septembrie 2008 în continuare, cu excepția clauzelor pentru care s-a constatat nulitatea și a menținut celelalte dispoziții ale sentinței.

În fundamentarea acestei decizii instanța de control judiciar a reținut, în esență, că reclamantii, ca motiv de nulitate, nu au invocat vicii de consimțământ ca o condiție de validitate a actului juridic conform dreptului comun, art. 948 din vechiul Cod civil, ci încălcarea dispozițiilor legii speciale ce definesc clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, conform dispozițiilor Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive. Instanța de judecată a avut în vedere și faptul că acest „comision de risc” a fost impus fără să se arate în funcție de ce indicatori obiectivi a fost stabilit și când se produce așa-zisul „risc” ori în ce constă acesta. Deși existau garanții imobiliare, contractul nu prevede motivul pentru care comisionul de risc perceput este nerambursabil la finalul creditului în situația reproducerii riscului, după cum nu se prevede dacă se poate restitui și în ce situații. Instanța a reținut astfel că, prin

modul în care a fost formulat și perceput comisionul de risc, fără nici o posibilitate de negociere, s-a urmărit perceperea sub altă formă a unui nou comision, cu același efect ca și dobânda deja percepută conform contractului.

Împotriva acestei decizii a declarat recurs pârâta SC V.R. SA, argumentând că, potrivit art. 4 alin. (5) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu poate fi asociată cu noțiunile de preț și plată, iar conform Directivei nr. 93/13/CEE, caracterul abuziv nu privește caracterul adecvat al prețului în măsura în care clauzele sunt exprimate clar și inteligibil. Recurenta a susținut că riscul de credit este asumat în urma analizei economico-financiară a solicitantului de credit și a solidității garanțiilor reale sau personale pe care acesta le propune ca accesoriu al creanței principale, aflându-se totodată în strânsă corelație cu riscul de diminuare a valorii creanțelor, riscul contrapartidei, riscul de poziție, riscul de decontare / livrare, riscul valutar, riscul de marfa, riscul reputațional și riscul operațional, astfel cum sunt acestea reglementate de dispozițiile art. 26 alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului. Comisionul de risc nu ar fi un echivalent al garanției reale imobiliare-ipotecă, comisionul de risc fiind perceput pentru gestionarea și a altor riscuri decât riscul de neplată, și anume: riscul de neexecutare a garanției, riscul de urmărire a garanției, riscul de depreciere / pierdere a garanției, de neîncasare a valorii asigurării și orice alte riscuri care exista în legătură cu un credit acordat.

- ¹⁵ Î.C.C.J., secț. a II-a civ., dec. nr. 1768/2013, www.scj.ro, adresă consultată la data de 18 dec. 2015.
- ¹⁶ Motivare citată cupă <http://legeaz.net/spete-civil/clauze-abuzive-in-contractele-bancare-1-2012>, adresă consultată la 06.01.2016. Conform motivării instanței, „clauza contestată dă posibilitatea interpretărilor multiple și îi permite pârâtei să modifice într-o manieră inechitabilă dispoziția contractuală privind dobânda. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut în hotărârea din 3 iunie 2010, în cauza C-484/08 că, de fapt, clauzele vizate de art. 4 alin. 2 din Directivă sunt exceptate de la aprecierea caracterului lor abuziv numai în măsura în care instanța națională competentă consideră, în urma unei analize de la caz la caz, că acestea au fost redactate de vânzător sau furnizor în mod clar și inteligibil. În prezenta cauză, dispoziția contractuală care permite băncii să modifice dobânda nu are un caracter clar”.
- ¹⁷ <http://legeaz.net/spete-civil/clauze-abuzive-in-contractele-bancare-1-2012>, adresă consultată la 06.01.2016.
- ¹⁸ Jud. Sectorului 2 București, sent. civ. nr. 9940/2009, irevocabilă prin respingerea recursului, citată după C.D. Enache, *Clauze abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori*, cit. supra, p. 99-104.
- ¹⁹ Jud. Sectorului 2 București, sent. civ. nr. 6444/2011, irevocabilă prin respingerea recursului, citată după C.D. Enache, *op. cit.*, p. 105-110.
- ²⁰ Jud. Sectorului 2 București, sent. civ. nr. 2174/2011, citată după C.D. Enache, *op. cit.*, p. 111-125.
- ²¹ Jud. Sectorului 2 București, sent. civ. nr. 5337/2010, citată după C.D. Enache, *op. cit.*, p. 143-155. A se vedea și Jud. Sectorului 2 București, sent. civ. nr. 1941/2010, citată după C.D. Enache, *op. cit.*, p. 159-167, în care se arată că: „În contractul de credit la care reclamantul este parte nu se specifică în mod clar natura fixă sau variabilă a dobânzii practicate, or dobânda nu poate fi fixă și variabilă în același timp, în funcție de unica voință a creditorului; în partea de condiții speciale a contractului se specifică faptul că dobânda este de 4,25% pe an, iar în următorul paragraf se arată că banca poate modifica rata dobânzii în funcție de apariția unor schimbări semnificative pe piața monetară, de unde rezultă că dobânda ar fi variabilă, or această clauză este abuzivă, în condițiile în care rata dobânzii nu este precizată expres în condițiile speciale (...). În plus, rata dobânzii variabile din contract nu este legată de un indicator de referință (în cazul de față, LIBOR CHF”.

²² Prin cererea înregistrată la Tribunalul Vrancea, reclamantul a solicitat tribunalului: să constate că dobânda asupra căreia și-a exprimat consimțământul prin contractul de credit din 8 februarie 2006 este de 9,75 % pe an, să oblige pârâtele să impute plățile efectuate în plus, în aceste condiții, asupra soldului curent al creditului și să modifice graficul de rambursare a împrumutului, pe toată durata creditului.

Prin sentința civilă nr. 4 din 19 ianuarie 2011, Tribunalul Vrancea a respins cererea formulată de reclamantul G.O.S. ca fiind neîntemeiată. Tribunalul constatat că, prin cererea de credit din 3 februarie 2006, reclamantul a solicitat băncii acordarea unui credit în sumă de 86.000 lei, cu plata unei dobânzi fixe de 9,75 % pe an pentru primii trei ani (36 luni) și cu plata unei dobânzi variabile în continuare (pentru următoarele 324 luni). Cu privire la dobânda percepută, au fost stabilite prin contractul de credit următoarele: „Art. 9 – Rata anuală a dobânzii care se achită de către client este variabilă pe întreaga durată de creditare / fixă pe întreaga durată de creditare. Clientul acceptă nivelul actual al ratei dobânzii de 9,75 % pe an. Banca își rezervă dreptul să modifice nivelul ratei anuale a dobânzii variabile pe întreaga durată de creditare. În cazul modificării ratei anuale a dobânzii, noul nivel se aplică la contul curent al creditului existent la data modificării și se face public prin afișare la sediul băncii”.

²³ Prin decizia nr. 44 din 12 mai 2011 a Curții de Apel Galați, secția comercială, maritimă și fluvială,

²⁴ A se vedea Î.C.C.J., secț. a II-a civ., dec. nr. 370/2012, www.scj.ro, adresă consultată la data de 06.01.2016.

²⁵ Obligarea băncii la negocierea clauzei privitoare la dobânda variabilă prin convenirea de indicatori obiectivi de referință reprezintă unica soluție corectă în ipoteza împrumuturilor fără dobândă mixtă, stipulate a fi cu dobândă variabilă fără indicatori preciși (unde instanța n-ar mai putea reține ca aplicabilă dobânda fixă din primul an și pentru anii următori).