

ARTICOLE

COMISIOANE BANCARE SOLICITATE CONSUMATORILOR – CÂT DE FRECVENTE SUNT CLAUZELE BANCARE ABUZIVE?

Juanita GOICOVICI*

Résumé: *Les commissions bancaires sollicités aux consommateurs – quelle fréquence pour les clauses bancaires abusives? En transformant la remise des fonds en modalité d'exécution, l'Ordonance du Gouvernement no. 50/2010 permet de dire que le contrat de prêt d'argent conclu par le consommateur est un contrat synallagmatique. Cela est particulièrement vrai pour le crédit à la consommation car les dispositions propres à ce contrat conforte cette analyse, ce qui rendent les taux bancaires illicites sauf prestation d'un service bancaire autonome. Le respect de l'équilibre contractuel paraît pouvoir s'exercer sur le fondement du dispositif relatif aux clauses abusives, car tels couts du crédit à la consommation ont pour effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat.*

Mots clés: *crédit; clause abusive; cout du crédit; régulation du crédit; déséquilibre significatif.*

(I) Observații introductive. Prin O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori – care transpune în dreptul intern Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privitoare la contractele de credit încheiate de consumatori – au fost impuse limite importante posibilității băncilor de a percepe anumite costuri cu titlul de comisioane de creditare.

O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori a adus modificări radicale regimului juridic aplicabil formării și efectelor convențiilor de credit încheiate de către consumatori, atât în cazul creditelor pentru consum clasice, cât și în cazul descoperitului de cont (*overdraft*), însă textele legale nu se aplică creditului gratuit (în cazul căruia creditul este acordat fără dobândă și fără alte costuri) și nici contractelor de credit cu termen de rambursare într-o perioadă de maxim 3 luni și pentru care sunt de plătit numai costuri nesemnificative (de până la 0,5% din valoarea contractului de credit).

Anumite clauze contractuale, cum sunt cele de majorare unilaterală de către bancă a taxelor, tarifelor și comisioanelor în etapa producerii de efecte contractuale, posterior încheierii contractului, fac parte din „lista neagră” a clauzelor reputate a fi abuzive și al căror uz în convențiile încheiate cu consumatorii este interzis în mod absolut,

sub sancțiunea nulității. Tot clauze abuzive absolute sunt considerate și o serie de comisioane bancare lipsite de cauză contractuală și a căror practicare este interzisă. Este vorba despre: (i) comisionul de analiză a dosarului în cazul neacordării creditului; (ii) comisionul de retragere numerar din cont pentru sumele împrumutate; (iii) comisionul de depunere numerar pentru plata ratelor de credit; (iv) comisionul pentru schimbarea datei de scadență a ratelor; (v) comisionul bancar autonom pentru schimbarea garanțiilor.

În principiu, în cazul tuturor acestor comisioane bancare lipsește cauza contractuală a percepției în accepțiunea de raport contractual sinalagmatic, întrucât fie banca nu prestează un serviciu suplimentar care să justifice perceperea comisionului, fie îngreunează deliberat executarea de către debitor a obligațiilor sale, cum ar fi plata la scadență a ratelor, ca obligație principală născută din contractul de credit.

Jurisprudența națională a ultimilor doi ani oferă numeroase exemple ale contestării în instanță de către consumatori a diferitor comisioane de creditare practicate de bănci. Capul de afiș este ținut de așa-numitul „comision de risc”, în contextul în care băncile omit să stipuleze în contract clauza de restituire a comisionului de risc perceput, la finele contractului, în cazurile în care consumatorul a restituit integral creditul, iar riscul de neplată nu s-a produs.

Ne propunem în rândurile care urmează să utilizăm exemplele notabile oferite de jurisprudența autohtonă (i) în scopul stabilirii de repere pentru ceea ce înseamnă „comision de creditare ilicit” din unghiul abuzului bancar (ii), raportat la principalele tipuri de comisioane pe care inventivitatea creditorilor bancari le-a adus la rampă în practica judiciară a ultimilor doi ani (iii).

(II) Interzicerea anumitor comisioane bancare. Din unghiul *liceității comisioanelor percepute* de bancă / prestatorul de servicii financiare în materia creditelor acordate consumatorilor, sunt licite, potrivit art. 36 din O.U.G. nr. 50/2010, numai clauzele contractuale relative la perceperea următoarelor comisioane: (i) comisionul de analiză a dosarului; (ii) comisionul de administrare a creditului sau a contului curent; (iii) compensația în cazul rambursării anticipate a creditului; (iv) costurile aferente asigurărilor, după caz; (v) penalitățile percepute pentru neplata voluntară, la scadență; (vi) comisionul unic perceput pentru servicii prestate la cererea consumatorilor. În schimb, este ilicit, după intrarea în vigoare, la data de 22 iunie 2010, a O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori [conform art. 35 alin. (1) lit. (d)], *comisionul de retragere pentru sumele trase din credit*; în alți termeni, dat fiind caracterul sinalagmatic al contractului de credit, obligația de plată incumbând consumatorului trebuie să își aibă cauza juridică într-un serviciu corelativ prestat de bancă; or, în cazul comisionului de retragere a sumelor împrumutate, consumatorul nu face decât să utilizeze creditul conform trebuințelor sale, punerea la dispoziție a capitalului de către bancă regăsindu-se deja în dobânda percepută de aceasta, banca neprestând un alt serviciu, suplimentar punerii la dispoziție a fondurilor posterior încheierii contractului, de unde și caracterul ilicit al comisionului perceput pentru utilizarea de către consumator a fondurilor.

Interzicerea perceperii comisionului de analiză a dosarului, în situația neacordării creditului figurează în mod expres în textul art. 19 din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori („Se interzice perceperea unui comision de analiză dosar în cazul în care creditul nu se acordă.”); dispozițiile legale citate pun astfel capăt unei practici comerciale ilicite / incorecte în relația băncilor / prestatorilor de servicii financiare cu consumatorii, generalizată anterior intrării în vigoare la data de 22 iunie 2010 a O.U.G. nr. 50/2010; amintita practică era din start incorectă juridic, întrucât plata comisionului de analiză a dosarului era, în asemenea cazuri, *lipsită de cauză*. Supunerea dosarului spre analiză, de către consumator, în vederea obținerii creditului, cu acceptul băncii, nu poate fi analizată într-un contract sinalagmatic autonom, având ca obiect o prestație propriu-zisă a băncii, constând în stricta analiză a dosarului, independent de eventuala acordare a unui credit, un atare acord de voințe fiind de neconceput, obiectul și cauza sa juridică fiind inexistente.

În alți termeni, consumatorul nu poate fi obligat să plătească pentru analiza propriu-zisă a dosarului său, în situația respingerii dosarului, întrucât analizarea dosarului nu reprezintă un scop în sine, nefiind o procedură autonomă, ci este strâns conexă procedurii de formare progresivă a contractului de credit (prin acceptarea ofertei băncii de către consumator, urmată sau nu de agreementul băncii, esențial pentru finalizarea formării contractului, în funcție de bonitatea acceptantului și de celelalte condiții esențiale a căror îndeplinire este solicitată).

Raporturile contractuale dintre bancă și clientul său fiind unele **de tip sinalagmatic** (fondate pe reciprocitatea prestațiilor, astfel încât obligația uneia din părți să își aibă cauza în obligația corelativă a celeilalte părți), banca / prestatorul de servicii financiare nu prestează consumatorului, cu prilejul analizării dosarului, un serviciu autonom, propriu-zis, ci doar verifică măsura în care aceasta, în calitate de potențial creditor, poate sau nu agreea acceptarea ofertei de credit de către consumator (emițând sau nu, posterior analizei, consimțământul de agreement necesar finalizării procedurii de formare a contractului). Aceasta înseamnă că, în absența unui serviciu financiar autonom prestat consumatorului (banca nefăcând altceva decât să dezbătă măsura în care ea însăși își poate sau nu confirma consimțământul la creditare, în prezența condițiilor rezultând din dosarul clientului), nu poate fi justificată existența unei obligații de plată a unui atare comision de către client.

În cazurile acordării creditului, plata comisionului de analiză a dosarului poate fi stipulată în cuprinsul contractului și va avea, deci, o cauză contractuală, presupunând acceptul consumatorului și reflectându-se în beneficiile aduse clientului prin disponibilul bănesc acordat. Formarea contractului de credit încheiat cu consumatorii este una *progresivă*, iar nu instantanee, întrucât simpla întâlnire a ofertei de credit cu acceptarea nu poate genera un contract valabil, fiind nevoie de o a treia etapă, care constă în consimțământul de agreement al băncii, dat sau nu în funcție de întrunirea de către consumator a condițiilor esențiale de creditare, rezultată din analiza dosarului de credit; (vi) în oricare dintre cele trei etape formatoare de contract [(I) emiterea ofertei de credit de către bancă; (II) acceptarea ofertei de către consumator, materializată în depunerea

dosarului de credit spre analiză; (III) consimțământul de agrement al băncii, în urma analizării dosarului clientului, ceea ce reprezintă o confirmare a consimțământului inițial al băncii cuprins în ofertă], răspunderea consumatorului nu poate fi nicidecum una contractuală, dată fiind inexistența unui contract valabil format până în clipa epuizării celei de-a treia etape. În alți termeni, obligația de plată a comisionului de analiză a dosarului, în ipoteza neacordării creditului, nu își are suportul în vreo dispoziție contractuală, fiind inexistentă, juridic (cu toate consecințele atașate unor remedii de drept civil tradițional, precum plata nedatorată și îmbogățirea fără justă cauză a băncii).

Nu numai perceperea unui comision de analiză dosar în cazul neacordării creditului este ilicită, ci și aplicarea de comisioane diferite pentru același tip de credit, dispozițiile legale comentate interzicând „calibrarea” comisionului de analiză dosar în funcție de valoarea aprobată, de pildă, ori în funcție de elemente *intuitu personae* precum calitatea de client anterior al băncii (de exemplu, este interzisă perceperea unui comision de analiză a dosarului mai mare pentru clienții care nu au încheiat o convenție de cont curent de salarii cu respectiva bancă).

Băncile / creditorii pot percepe licit comisioane diferențiate în funcție de valoarea aprobată a creditului, însă nu sub titulatura de comision de analiză dosar (care trebuie să aibă o valoare fixă pentru același tip de credit, fiind vorba despre o operațiune identică, de analiză a dosarului), ci sub forma comisionului de administrare a creditului, care poate fi mai mare sau mai mic în funcție și de valoarea aprobată. În general, acest din urmă comision este calculat sub formă de procent, ceea ce permite în mod suficient acoperirea costurilor de administrare a creditelor cu valori mai mari, în funcție de opțiunea creditorului.

(III) Illicitatea comisionului de retragere din cont a sumelor împrumutate.

Comisionul de retragere pentru sumele trase din credit a devenit ilicit, după intrarea în vigoare, la data de 22 iunie 2010, a O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori [conform art. 35 alin. (1) lit. (d)]. Dat fiind *caracterul sinalagmatic* al contractului de credit încheiat cu consumatorii, obligația de plată incumbând consumatorului trebuie să își aibă cauza juridică într-un serviciu corelativ prestat de bancă; or, în cazul comisionului de retragere a sumelor împrumutate, consumatorul nu face decât să utilizeze creditul conform trebuințelor sale, punerea la dispoziție a capitalului de către bancă regăsindu-se deja în dobânda percepută de aceasta. Banca neprestând un alt serviciu, suplimentar punerii la dispoziție a fondurilor posterior încheierii contractului, comisionul perceput pentru utilizarea de către consumator a fondurilor este lipsit de cauză (în sensul cauzei reciproce din contractele sinalagmatice). În analiza consensualistă a contractelor de credit bancare / încheiate de creditori profesioniști cu consumatorii, obligația băncii / creditorului de a credita contul clientului cu suma aprobată este o obligație esențială sau, altfel spus, este obligația principală generată de contractul de credit pentru creditor, ceea ce înseamnă că acesta nu poate percepe un comision autonom pentru executarea obligației sale principale. Este vorba despre analiza contemporană a convențiilor de credit încheiate între profesioniști și consumatori, care nu mai vede în aceste contracte o specie a

contractelor reale, astfel încât convenția de credit nu se naște, de regulă, între aceste părți, de abia în momentul punerii efective a sumei aprobate la dispoziția consumatorului / remiterii sumei, ci în momentul semnării contractului de credit, în baza formalismului informativ aplicabil.

(IV) Interzicerea comisionului de depunere numerar pentru plata ratelor de credit. Creditorul bancar nu poate percepe comision pentru plata ratelor de credit, principiu care se justifică printr-o suită de mecanisme juridice. Mai întâi, contractul de credit încheiat între profesioniști și consumatori – spre deosebire de împrumutul civil de consumație (*mutuum*) – este un contract consensual (sau formal, atunci când există rigori atașate formalismului informativ, precum în actuala legislație), iar nu un contract real (i); este, de asemenea, un contract sinalagmatic, iar nu unilateral (precum împrumutul civil de consumație), banca (creditorul profesionist, în general) având obligații pe parcursul derulării contractului. Reamintim că, în cazul *mutuum*-ului civil, caracterul unilateral rezultă din caracterul real al contractului: întrucât contractul real de împrumut se formează valabil de abia în momentul remiterii (voluntare a) sumei către împrumutat, posterior formării contractului, creditorului nu îi mai incumbă vreo obligație principală autonomă, de unde și caracterul unilateral al contractului (doar debitorul având o obligație de restituire). Dimpotrivă, în cazul creditului contractat cu profesioniștii serviciilor bancare, contractul se formează în momentul semnării sale, iar virarea sumei către debitor este doar un act de executare a contractului, iar nu unul formator de contract. Astfel, între creditorii profesioniști și împrumutați, prima obligație principală care incumbă creditorului este virarea sumei, posterior formării contractului, generând astfel obligația corelativă de rambursare.

Ca urmare a matricei sinalagmatice, atunci când banca / creditorul profesionist nu prestează un serviciu autonom către debitor, în baza contractului de credit, banca nu poate percepe valabil un comision (remunerația băncii nu își are cauza într-o prestație corelativă).

Or, întrucât obligația de restituire își are cauza (la nivel sinalagmatic, efectual) în obligația (executată a) băncii de creditare a contului debitorului cu capitalul împrumutat, creditorul nu prestează un serviciu suplimentar remunerabil atunci când debitorul își execută obligația de restituire (de plată a ratelor de credit). Comisionul de administrare lunară a contului debitorului poate fi în schimb perceput, întrucât plata sa își are cauza în serviciul de administrare lunară prestat de bancă, relația sinalagmatică descrisă fiind una de nivel secundar, diferită de relația sinalagmatică principală (obligația de virare a sumei împrumutate, incumbând creditorului – obligația de plată a ratelor, incumbând debitorului).

În plus, executarea de către debitor a propriei sale obligații principale (cea de rambursare eșalonată a împrumutului) nu poate fi îngreunată (făcută dificilă) de către creditor prin perceperea de comisioane suplimentare, orice asemenea clauze fiind considerate abuzive și reputate ca nescrise (în planul dreptului civil clasic, se poate vorbi despre un dol în executarea contractului).

Interdicția privitoare la perceperea unui comision de depunere numerar pentru plata ratelor de credit figurează expres în art. 35 (1), lit. c) din O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit încheiate de consumatori.

Profitul creditorului este deja extras prin dobânda practică pentru acordarea împrumutului, astfel încât banca nu poate dubla obligația de plată a ratelor / nu poate grefa pe obligația principală de plată a ratelor o obligație suplimentară de plată (a unui comision autonom de rambursare). Dobânda percepută acoperă pentru creditor *lucrum cessans*, astfel încât comisionul suplimentar de rambursare eșalonată nu se mai justifică juridic. Este ca și cum banca ar atașa o obligație de plată a unei sume (comision) pentru executarea obligației principale de plată (a ratelor de credit), suprapunând astfel două obligații de plată (cu privire la sume diferite, așadar cu obiecte diferite) pentru rambursarea aceluiași credit, aspect nejustificabil juridic. În alți termeni, este ca și cum debitorul ar avea de executat o obligație de plată (a unui comision) pentru că și-a executat obligația principală de plată (a ratelor de credit), aspect care juridic nu poate fi justificat, întrucât ar însemna ca debitorul să fie „penalizat” pentru că și-a executat la termen obligația principală de plată a ratelor. Ori de câte ori și-ar executa obligația de rambursare la termen conform contractului, debitorul ar urma să plătească o sumă suplimentară pentru a-i fi acceptată ca valabilă executarea obligației principale, ceea ce legiuitorul european, respectiv cel național au conchis că nu se poate motiva prin logica juridică uzuală.

(V) Interzicerea comisionului pentru schimbarea datei de scadență a ratelor. Din rațiuni similare celor expuse mai sus, în legătură cu executarea de către consumatorul debitor a obligației sale principale de plată a ratelor la scadență, nu poate fi perceput valabil nici comisionul pentru schimbarea scadenței ratelor. Modificarea consensuală a termenului care afectează ca modalitate obligația principală de plată a ratelor nu poate fi condiționată de plata unui comision suplimentar.

În alți termeni, banca ori creditorul profesionist în general are o opțiune clară, între a accepta modificarea scadenței ratelor sau a o refuza, iar creditorii au tot interesul în a se mula pe calendarul financiar al clienților lor, pentru ca plata ratelor să aibă loc fără dificultăți. Atunci când propune băncii un alt termen de plată lunară a ratelor, consumatorului nu i se poate percepe un comision suplimentar, întrucât debitorul nu face decât să propună o soluție viabilă temporal pentru executarea conformă a obligației sale de plată a ratelor din credit. În respectiva lună, *lucrum cessans* este deja acoperit pentru bancă prin dobânda percepută, astfel încât modificarea de comun acord a zilei până la care, în fiecare lună, consumatorul va trebui să achite rata din credit nu poate influența dobânda anuală efectivă percepută conform contractului.

(VI) Caracterul ilicit al comisionului bancar autonom pentru schimbarea garanțiilor. Pentru simpla schimbare a garanțiilor accesorii contractului principal de credit nu pot fi percepute legal comisioane bancare, creditorul putând accepta sau nu aducerea unei noi garanții în locul celei dintâi, fără însă a putea percepe un cost al acestei

operațiuni. Sunt aplicabile numai costurile percepute de alte instituții pentru înregistrarea garanțiilor, de pildă, a taxelor notariale în cazul ipotecii ori pentru evaluarea imobilului adus ca garanție. Ceea ce interzice textul legal comentat este însă perceperea unui comision autonom pentru acordul băncii / creditorului la substituirea garanțiilor, avându-se în vedere, pe de o parte, că creditorul rămâne liber să accepte sau nu subrogația garanțiilor propusă de debitor și, pe de altă parte, faptul că creditorul extrage avantaje din constituirea de garanții pentru creditul acordat prin surmontarea riscului insolvabilității debitorului, astfel încât un cost autonom pentru această operațiune nu se justifică. Funcționează din nou tiparul sinalagmatic: creditorul profesionist nu prestează un serviciu suplimentar prin acceptarea noii garanții, astfel încât plata unui comision în acest sens ar fi lipsită de cauză (este vorba numai de comisionul autonom de schimbare a garanției, nu și de eventualele comisioane de evaluare a imobilului, de pildă, care sunt licite).

(VII) „Lista neagră”. Clauze reputate a fi abuzive. Reprimarea clauzelor abuzive reprezintă unul din pilonii elementari pe care a fost construit Dreptul consumului¹

În general, pot fi disjuncte două tipuri de clauze abuzive: **clauze cu potențial abuziv**, care pot fi 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 clauzei în textul unui contract încheiat cu consumatorii fiind suficientă pentru aplicarea automată a sancțiunii legale (b).

În ceea ce privește **reverberațiile juridice ale absenței negocierii**, se impun mai întâi unele precizări referitoare la sfera contractelor în cadrul cărora putem vorbi despre clauze bancare abuzive. Reamintim astfel că este vorba despre **contractele de adeziune**, în accepțiunea de contracte ale căror clauze reprezintă rodul voinței unilaterale a uneia din părți (a profesionistului bancar), cealaltă parte (consumatorul) neavând posibilitatea de a le discuta ori negocia, ci numai pe aceea de a adera sau nu la setul global de norme private în cauză. Contractele de credit încheiate cu consumatorii reprezintă în principiu contracte de adeziune, profesionistul fiind autorul ofertei adresate consumatorului, ultimul putând doar să opteze – dacă dorește încheierea contractului – pentru acceptarea uneia sau alteia dintre ofertele astfel formulate. 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 consumatorii.

Proba 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”. Mecanismul tehnico-juridic al clauzelor abuzive nu a fost gândit, în schimb, pentru contestarea ulterioară a justeții *prețului* (în raport cu calitatea produsului), cât timp prețul a fost afișat vizibil, lizibil, în moneda națională, pentru vânzările în spațiile comerciale consumatorul asumându-și consecințele financiare ale unei achiziții netemperate ori nejustificate în raport cu trebuințele sale reale; în alți termeni, prețul fixat de către comerciant nu poate fi evaluat drept „abuziv”, fiind, în principiu, rezultatul jocului cererii și al ofertei; „evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază (...) cu calitatea de a satisface cerințele de preț” – art. 4, alin.6 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive. Pentru identitate de rațiune, consumatorul nu poate contesta cuantumul *dobânzii fixe* percepute în baza contractului de credit, cât timp aceasta i-a fost adusă la cunoștință în momentul încheierii contractului. Faptul că, pentru un produs similar, o altă bancă percepe o dobândă mai mică nu imprimă clauzei relative la dobândă un caracter abuziv, întrucât consumatorul a avut posibilitatea ca în intervalul de reflexie de 14 zile să consulte ofertele altor bănci și, eventual, să-și retragă consimțământul dat primei bănci.

În schimb, în privința *dobânzii variabile*, reprezintă o clauză potențial abuzivă clauza potrivit căreia banca își rezervă dreptul de a modifica valoarea dobânzii pe parcursul derulării efectelor contractului, fără a menționa în contractul de credit indicatorii de referință și modalitatea concretă / formula de calcul a dobânzii variabile.

În materia reprimării clauzelor abuzive, ***absența negocierii*** reprezintă un criteriu decisiv în evaluarea caracterului abuziv 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 deci 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 înlăturată din contract de către instanță ca fiind o clauză abuzivă, în măsura în care contrar bunei-credințe a dezechilibrat semnificativ poziția contractuală a părților.

(VIII) Comisionul autonom de acordare a creditului – ilicit. În speța de mai jos, banca pârâtă încasase atât un comision de analiză a dosarului de credit, cât și un comision autonom „de acordare a creditului”, ***fără a putea explica tipul de servicii*** care au justificat perceperea acestui de-al doilea comision (diferit și de comisionul de evaluare a garanțiilor imobiliare, perceput în speță).

Consumatorii reclamați au invocat caracterul ilicit al comisionului de acordare în valoare de 2%, perceput în baza contractului de credit garantat cu ipotecă. Potrivit

susținerilor băncii pârâte, în sarcina împrumutatului pot fi puse cheltuielile aferente întocmirii documentației de credit, ceea ce ar justifica perceperea comisionului de 2 % de acordare a creditului. În contractul de credit ipotecar s-a prevăzut că pentru creditul acordat banca percepe un comision de acordare de 2%, o singura dată, la valoarea creditului acordat; comisionul se achită de către client din surse proprii, în valuta creditului, în ziua semnării contractului.

Instanța a reținut că, la art. 5, art. 10 și, respectiv, art. 8 din contractele de credit încheiate între părți este enumerată aceasta documentație, însă comisioanele de acordare percepute în cele două contracte nu pot fi considerate ca făcând parte din cheltuielile aferente documentației de credit, atât datorită denumirii, cât și naturii lor, care nici una și nici alta nu fac vreo trimitere la întocmirea vreunui document necesar acordării creditului². „Pârâta susține în mod neîntemeiat că aceste comisioane de acordare a creditelor ar fi o cheltuială a sa, aferentă întocmirii documentației de credit, reprezentând contravaloarea unui serviciu prestat de bancă, respectiv tocmai acordarea împrumutului. Susținerea nu poate fi primită în condițiile în care reclamantul clienți au plătit: taxa de analiză a dosarului, taxa de evaluare a imobilelor aduse în garanție, taxe notariale și pentru constituirea ipotecii, polițe de asigurare și au adus toate documentele solicitate de bancă, exclusiv pe cheltuiala lor.” Comisionul de acordare a creditului (altul decât cel de analiză a dosarului) a fost considerat lipsit de cauză, întrucât banca nu a prestat un serviciu suplimentar care să justifice această remunerație³.

(IX) Caracterul ilicit al „comisionului de risc”. În practica judiciară recentă, comisionul bancar de risc în contractele de credit încheiate cu consumatorii a fost considerat ilicit, iar clauza referitoare la acesta a fost sancționată ca fiind o clauză abuzivă; în motivarea hotărârii citate, instanța a reținut că, fiind incidente dispozițiile 4 alin. 1 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, cu modificările ulterioare, această clauză prevăzută a creat, contrar cerințelor bunei-credințe contractuale, un **dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților**.

Banca pârâtă a susținut în speță că un comision de risc 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).

Instanța a reținut 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.

Ca urmare a constatării caracterului abuziv al respectivei clauze, instanța a dispus restituirea către reclamant a comisionului de risc încasat de pârâtă de la aceștia în perioada 14.10.2008 – 14.06.2010⁴.

Într-o altă speță, Tribunalul Iași, prin sentința civilă nr. 2937 din 20 decembrie 2011, a admis acțiunea formulată de reclamant G.R. și G.L.N. în contradictoriu cu pârâtă

SC V.R. SA București și a constatat *nulitatea clauzei* menționate la pct. 5 lit. a din 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 reclamant și, deoarece face parte dintr-un contract standard, preformat, utilizat de banca pârâtă. Perceperea comisionului de risc este prevăzută pe toată durata convenției de credit, iar cuantumul comisionului este unul ridicat.

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 reclamant și indicate la pct. 7 din condițiile speciale de creditare.

Împotriva hotărârii Tribunalului Iași a declarat apel banca pârâtă SC V.R. SA București formulând următoarele critici:

(a) actul juridic fiind cu executare succesivă, prin aplicarea greșită a legii instanța a dispus restituirea sumelor plătite cu titlu cu comision de risc până la anularea clauzei care se stipulează;

(b) ignorarea probatorului administrat și anume a interogatorului, fiind dovedit că reclamant și sunt cunoscători ai instrumentelor de credit, că au prospectat piața și s-au prezentat la mai multe unități bancare pentru a consulta ofertele;

(c) clientul nu face dovada unor vicii de consimțământ și nici a unei cauze de nulitate care să fie contemporană cu încheierea convenției; O.U.G. nr. 50/2010, act normativ ulterior semnării contractului, nu se aplică contractelor în derulare, în dezvoltarea motivelor de recurs sunt redate și analizele dispozițiilor art. 989 C. civ.; se susține că riscul a fost anticipat de părți și se arată că judecătorul nu poate interveni decât în cauze excepționale.

(d) apelanta a mai susținut că aprecierea caracterului abuziv al clauzelor nu privește definirea obiectului contractului, justetea prețului sau a renumerației față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, clauzele fiind exprimate în mod clar și inteligibil și însușite de consumator și că, deci, mecanismul de reprimare a clauzelor abuzive nu se poate aplica clauzelor referitoare la preț / costuri, iar consumatorii nu pot invoca caracterul abuziv al clauzei pentru a obține o reducere a prețului produselor / serviciilor.

Împotriva aceleiași sentințe au declarat apel și reclamant și G.L.N. și G.R. formulând critici cu privire la admiterea în parte a acțiunii și faptului că se impunea obligarea pârâtei la restituirea tuturor sumelor achitate, și de la introducerea acțiunii până

la data comunicării sentinței, pentru a se preîntâmpina un alt litigiu. Obligația de plată este cu executare succesivă în timp, lunar, ce se majorează până la comunicarea hotărârii, urmare constatării caracterului abuziv al clauzei. Într-o altă critică se susține că tribunalul trebuia să se pronunțe asupra *menținerii contractului cu eliminarea clauzei abuzive, întrucât se poate derula în continuare*.

Curtea de Apel Iași, secția civilă, prin decizia nr. 87 din 6 iunie 2012 a respins apelul pârâtei 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, a C. civ. de la 1864 (art. 948), ci încălcarea dispozițiilor legii speciale ce definesc clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, calitate pe care o au părțile în proces, așa cum este definită prin art. 2 din Legea nr. 193/2000 și lista anexă cuprinzând clauzele considerate a fi abuzive, reclamantii având numai obligația de a dovedi îndeplinirea condițiilor impuse de legea specială, pentru constatarea caracterului abuziv al clauzei.

Curtea de Apel Iași 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 situații⁵. 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.

În apelul declarat de reclamantii Curtea a reținut ca întemeiată critica în ce privește derularea contractului în raport de art. 8 din Legea nr. 193/2000 conform căruia clauzele abuzive cuprinse în contract nu vor mai produce efecte asupra consumatorului „iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea acestora mai poate continua”.

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.

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:

(1) 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;

(2) 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;

(3) 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.

(4) 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 percepției 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 percepției 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.”⁶

(X) Concluzii. În economia clauzelor bancare abuzive, sunt determinante lipsa negocierii directe a stipulației contractuale în cauză, încălcarea bunei-credințe de către profesionistul bancar și existența unui dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. Legiuitorul a definit clauza abuzivă pe suportul oferit de două elemente – unul subiectiv și celălalt obiectiv – învederate simultan: (a) *condițiile subiective* în care intervine respectivul abuz de putere economică, practicat cu rea-credință de către profesionistul bancar; (b) *efectele obiective, economice* ale clauzei – dezechilibrul semnificativ, disproporționat între prestațiile reciproce ale părților și, deci, procurarea unui avantaj excesiv pentru profesionist, în detrimentul consumatorului, prin perceperea comisionului bancar ilicit. Reprezintă exemple vizibile de comisioane de creditare ilicite comisionul bancar de risc, comisionul pentru schimbarea datei de scadență a ratelor, comisionul de retragere din cont a sumelor împrumutate, comisionul de analiză a dosarului în situația neacordării creditului, ca și comisionul de depunere numerar pentru plata ratelor de credit. Negocierea clauzei privitoare la comisionul bancar litigios nu se rezumă la simpla semnare a acestei clauze de către consumator. Negocierea clauzei se referă, dimpotrivă, 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, prevederea contractuală abuzivă nu va produce efecte contra consumatorului. De remarcat că, într-un litigiu concret având ca obiect un comision bancar ilicit, instanța de judecată poate condamna banca la înlăturarea respectivei clauze din toate contractele similare încheiate de bancă cu clienții săi, inclusiv pentru consumatorii care nu sunt reclamânți în proces, respectiv la înlăturarea clauzei din tiparele contractuale (oferte) propuse de către bancă potențialilor consumatori.

* Lector dr., Facultatea de Drept, ubb Cluj-Napoca; juanitag@law.ubbcluj.ro.

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*, Ed. Hamangiu, București, 2012.

² Este, în schimb, licită perceperea unui *comision de administrare credit sau comision de administrare cont curent*; comisionul de administrare se percepe, potrivit dispozițiilor legale comentate, pentru monitorizarea / înregistrarea / efectuarea de operațiuni de către creditor în scopul utilizării / rambursării creditului acordat consumatorului. În cazul în care acest comision se calculează ca procent, acesta va fi aplicat la soldul curent al creditului. Comisionul de administrare a creditului corespunde unor servicii de administrare prestate de creditor în dublu scop: (i) utilizarea, mai întâi, a creditului, de către consumator; (ii) rambursarea creditului. Conform dispozițiilor O.U.G. nr. 50/2010, este *interzisă majorarea* comisionului de administrare a creditului pe parcursul derulării raporturilor

contractuale (cu excepția contractelor de cont curent, al căror specific permite reajustarea costului efectiv de administrare), pentru acest final banca având la dispoziție dobânda variabilă (în măsura în care în contract au fost stipulate condiții clare și neechivoce de recalculare a dobânzii variabile în funcție de indici de referință obiectivi, prestabiliți).

³ Decizie citată după <http://legeaz.net/spete-civil/clauze-abuzive-in-contractele-bancare-1-2012>, adresă consultată la 06.02.2014.

⁴ Soluție citată după <http://legeaz.net/spete-civil/clauze-abuzive-in-contractele-bancare-116-2012>, adresă consultată la 06.02.2014.

⁵ Limitele legale aplicabile *compensației pentru rambursare anticipată* sunt trasate prin art. 67-69 din O.U.G. nr. 50/2010, din care rezultă trei astfel de rigori: (i) compensația poate fi percepută numai în cazul perioadelor de creditare cu *dobândă fixă*, nu și în cazul dobânzii variabile care permite creditorului să amortizeze în fiecare moment costurile creditării; după cum se exprimă legiuitorul în paragraful (1) al art. 67, „În cazul rambursării anticipate a creditului, creditorul este îndreptățit la o compensație echitabilă și justificată în mod obiectiv pentru eventualele costuri legate direct de rambursarea anticipată a creditului cu condiția ca rambursarea anticipată să intervină într-o perioadă în care rata dobânzii aferente creditului este fixă”; (ii) cuantumul compensației de rambursare anticipată nu poate depăși: *1% din valoarea creditului rambursat anticipat*, dacă perioada de timp dintre rambursarea anticipată și data convenită pentru încetarea contractului de credit este mai mare de *un an*; respectiv *0,5% din valoarea creditului rambursat anticipat*, dacă perioada de timp dintre rambursarea anticipată și data convenită pentru încetarea contractului de credit nu este mai mare de *un an*; (iii) orice compensație nu poate depăși *cuantumul dobânzii* pe care consumatorul ar fi plătit-o în perioada dintre rambursarea anticipată și data convenită pentru încetarea contractului de credit.

⁶ Î.C.C.J., secț. a II-a civ., dec. nr. 1768/2013, www.scj.ro, adresă consultată la data de 18 febr. 2014.