

Recomandarea nr. 95 din 6 decembrie 2016

cu privire la aplicarea dispozițiilor legale ce vizează contractul de credit/împrumut, încheiat cu organizațiile de microfinanțare

Întru evitarea deficiențelor, la punerea în aplicare a legislației, privind comisioanele incluse în contractele de credit/împrumut, încheiate cu consumatorii, Curtea Supremă de Justiție explică următoarele.

Practica judiciară denotă contradicții referitor la aspectul, dacă creditorul poate conveni asupra unui comision, taxe și orice alt tip de costuri, pentru serviciile prestate, în legătură cu acordarea împrumutului.

În dreptul european, cadrul principal de reglementare este conferit de Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive, în contractele încheiate cu consumatorii, Directiva 2008/48/CE privind contractele de credit pentru consumatori care prevede că, în domeniile pe care le armonizează, statele membre nu pot menține sau introduce în legislația lor națională dispoziții diferite, față de cele stabilite de directivă.

În dreptul intern, Directiva 93/13/CEE din 5 aprilie 1993 a fost transpusă prin Legea nr. 256 din 09.12.2011 privind clauzele abuzive din contractele încheiate cu consumatorii. Directiva 2008/48/CE din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori a fost transpusă prin Legea nr. 202 din 12.07.2013 privind contractele de credit pentru consumatori.

Toate clauzele contractuale, incluse în contractele de împrumut, încheiate cu consumatorii, urmează a fi examinate sub aspectul legalității lor, prin prisma normelor menționate.

Instanțele nu trebuie să trateze din perspectiva prevederilor de drept comun cauzele, în care se cere constatarea caracterului abuziv al unor clauze dintr-un contract de credit/împrumut, ci, cu precădere, din perspectiva legilor și jurisprudenței, privitoare la drepturile consumatorilor.

Conform art.7 alin.(1) din Legea nr. 256 din 09.12.2011 privind clauzele abuzive din contractele încheiate cu consumatorii, evaluarea clauzelor contractuale și decizia finală asupra faptului că acestea sunt sau nu recunoscute, ca fiind abuzive, se efectuează de către instanța de judecată. În acest sens, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, sarcina căreia constă în asigurarea interpretării uniforme a legislației europene, a decis că protecția recunoscută consumatorilor, prin Directiva 93/13 privind clauzele abuzive în contractele cu consumatorii, presupune ca instanța națională să poată verifica, din oficiu, dacă o clauză a contractului dedus judecății are caracter abuziv (cauza Ferenc Schneider, C 137/08). Curtea a statuat că „în ce privește problema, dacă o instanță investită cu un litigiu, decurgând dintr-un contract încheiat între un comerciant și un consumator poate verifica, din oficiu, în ce măsură clauzele cuprinse în acest contract au caracter abuziv, trebuie constatat că sistemul de protecție introdus prin directivă pornește de la premisa, potrivit căreia consumatorul se află, din punctul de vedere al echilibrului contractual și al forței de a negocia, într-o poziție dezavantajoasă față de comerciant și deține un nivel mai scăzut de

cunoștințe față de acesta, ceea ce duce la acceptarea unor clauze prestabilite de comerciant, fără posibilitatea de a influența conținutul acestora”.

Astfel, în cadrul atribuțiilor care îi revin, în temeiul dispozițiilor directivei, *instanța națională trebuie să verifice, dacă o clauză din contractul care face obiectul litigiului, cu care este sesizată, intră în domeniul de aplicare al acestei directive.*

De altfel, adoptarea unei legislații speciale privind protecția consumatorului, cum este Directiva 93/13/ CEE, la nivel european, precum și Legea nr. 256 din 09.12.2011 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, la nivel național, a fost făcută tocmai în scopul de a proteja pe consumatori, la încheierea contractelor, inclusiv și a contractului de credit/împrumut cu organizațiile de microfinanțare.

În esență, asistăm în cadrul acestor reglementări europene și naționale la o îmbogățire a principiilor, precum și a mecanismelor juridice de protecție a consumatorilor, cu aplicație specială în materia contractelor de credit/împrumut. În mod corespunzător, *jurisprudența* națională se confruntă cu probleme complexe, legate de soluționarea litigiilor ce țin de clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii. Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a pronunțat asupra mai multor probleme legate de interpretarea și aplicarea unor dispoziții din Directiva 93/13/CEE.

Reglementarea statutului juridic și particularităților de constituire și de activitate a organizațiilor de microfinanțare este prevăzută de Legea cu privire la organizațiile de microfinanțare nr.280 din 22.07.2004.

Conform noțiunilor principale, activitatea de microfinanțare reprezintă o activitate de prestare a serviciilor de microfinanțare prevăzute în lege. Organizațiile de microfinanțare acordă persoanelor fizice și/sau întreprinderilor micro, mici și mijlocii împrumut sub formă de mijloace bănești, în baza unui contract, cu sau fără dobândă, care urmează a fi restituit la scadență.

Cadrul legal necesar pentru asigurarea protecției intereselor economice ale consumatorilor, prin crearea de condiții echitabile pentru obținerea creditelor/împrumuturilor, precum și prin stabilirea unor norme de comportament responsabil al creditorilor, în acordarea creditelor pentru consumatori, este prevăzut de *Legea privind contractele de credit pentru consumatori nr.202 din 12.07.2013.*

Din noțiunile principale ale legii menționate reiese că *contractul de credit pentru consumatori* este contractul, prin care un creditor acordă sau se angajează să acorde unui consumator un credit sub forma de amânare la plată, împrumut sau alte facilități similare, cu excepția contractului pentru prestarea de servicii în mod continuu sau pentru furnizarea de bunuri de același fel, atunci când consumatorul plătește pentru acestea în rate, pe toată durata furnizării lor.

Costul total al creditului pentru consumatori îl prezintă toate costurile, inclusiv dobânda, comisioanele, taxele și orice alt tip de costuri, pe care trebuie să le suporte consumatorul, în legătură cu contractul de credit și care sunt cunoscute de creditor.

*Aceleași prevederi cuprinde și pct. 20 din Directiva 2008/48/CE din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori: **costul total al creditului pentru consumator trebuie să cuprindă toate costurile, inclusiv dobânda, comisioanele, taxele, onorariile intermediarilor de credit și orice alt tip de onorarii,***

pe care consumatorul trebuie să le plătească, în legătură cu contractul de credit, cu excepția taxelor notariale.

Din prevederile legale reținute rezultă că, la încheierea contractului de microfinanțare (împrumut), creditorul (organizația de microfinanțare) **poate prevedea încasarea unor comisioane, taxe și orice alt tip de costuri, pe care trebuie să le suporte consumatorul, în legătură cu încheierea contractului de împrumut. Conform definiției, comisionul este o remunerație, de obicei, procentuală, primită în schimbul unei afaceri comerciale sau efectuării unui serviciu.**

Întrucât legislația națională privind clauzele contractului, încheiat cu consumatorul, prezintă multe diferențe, în majoritatea cazurilor, consumatorii nu cunosc normele de drept care reglementează contractele respective, pentru a proteja cetățeanul în rolul său de consumator este necesar și esențial să se elimine clauzele abuzive în contractele de împrumut.

Dat fiind faptul că problema clauzelor în contractele încheiate cu consumatorii este una de actualitate în Republica Moldova, considerăm că este de interes să analizăm comportamentul organizațiilor de microfinanțare, la includerea în contractele de împrumut a clauzei de **încasare a unor comisioane, în legătură cu încheierea contractului**. Venind în întâmpinarea problemelor privind clauzele abuzive, legiuitorul european a încercat armonizarea, la nivelul Uniunii, a legislațiilor statelor membre, stabilind criterii directe și indirecte de determinare a situațiilor, în care drepturile consumatorului se consideră a fi încălcate. De asemenea, Uniunea Europeană a luat măsuri, în scopul creșterii gradului de transparență, prevăzând în acest sens un set de informații, pe care creditorii trebuie să le furnizeze consumatorului.

Aceste informații precontractuale se referă, în principal, la: durata contractului de credit, rata dobânzii aferente creditului, dobânda anuală efectivă, costul total al creditului, cheltuielile legate sau impuse de contract, drepturile consumatorilor, consecințele întârzierii plății, valoarea, numărul și periodicitatea plăților.

Pentru a trece la analiza clauzelor contractuale sub aspectul interpretării legislației reținute, mai întâi se va da o interpretare caracterului contractului de împrumut, prin prisma art.1 alin.(2) din Codul civil – persoanele fizice și juridice sunt libere să stabilească, pe bază de contract, drepturile și obligațiile lor, orice alte condiții contractuale, dacă acestea nu contravin legii și art.7 alin.(5) din Legea cu privire la organizațiile de microfinanțare nr.280 din 22.07.2004 – organizația de microfinanțare stabilește în mod independent condițiile de prestare a serviciilor de microfinanțare. Această interpretare intervine din motivul *că sub pretextul libertății contractuale și al obligativității contractului*, instituțiile de microfinanțare inserează și impun clauze abuzive, la încheierea contractului de împrumut.

Este adevărat că un contract are putere de lege între părți, însă această lege este legitimă, câtă vreme nu acoperă un abuz, câtă vreme nu încalcă ordinea publică și cerințele bunelor moravuri și câtă vreme este conformă cu echitatea. Forța obligatorie a contractului este de necontestat, contractul însă nu are putere de lege, decât dacă este el însuși legal, adică nu contravine normelor de ordine publică și bunelor moravuri. Judecătorul urmează să verifice această condiție de valabilitate a

contractelor și să declare nulitatea totală sau parțială, în caz de conflict între contract și ordinea publică ori bunele moravuri. Prevederea în lege, în sine, ca și stipularea în contract, nu înlătură caracterul abuziv al contractului.

Atât art. 5 din Legea nr. 256 din 09.12.2011 privind clauzele abuzive din contractele încheiate cu consumatorii, cât și art.3 din Directiva 93/13 CEE prevede că: ***„O clauză contractuală, nefiind negociată în mod individual cu consumatorul, este abuzivă, în cazul în care creează, contrar cerințelor de bună-credință, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, în detrimentul consumatorului, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților care decurg din contract. Se consideră întotdeauna că o clauză nu a fost negociată individual, atunci când a fost inclusă de către comerciant în prealabil și, din acest motiv, consumatorul nu a avut posibilitatea de a influența conținutul ei”.***

Data fiind situația de fapt existentă în tot sistemul de microfinanțare, adică impunerea de către toate organizațiile de microfinanțare a unor contracte preformulate, nenegociabile, consumatorii nu au posibilitatea reală să ia cunoștință, la data semnării contractului, de amploarea și de componenta riscului la care s-au expus, care sunt factorii ce le vor influența creditul, ce costuri, comisioane ar putea să le fie puse în sarcină, după semnarea/acceptarea contractului etc., într-o asemenea manieră, încât să poată refuza contractul. **Nu se poate admite argumentul că, odată semnat/acceptat un contract, acesta îi este opozabil consumatorului, indiferent dacă este legal, nul sau abuziv.**

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat, în Cauza C-168/05: importanța protecției consumatorului, a determinat în mod particular legislația comunitară să prevadă, în art. 6 paragraful 1 al Directivei 93/13/CEE că *clauzele abuzive, cuprinse într-un contract încheiat între un consumator și un profesionist, nu sunt obligatorii pentru consumator*. Aceasta este o dispoziție imperativă care, având în vedere poziția de inferioritate a unei părți a contractului, este menită să înlocuiască echilibrul formal, pe care contractul îl stabilește între drepturile și obligațiile părților contractante și are ca efect impunerea unui *echilibru real* care restabilește egalitatea între părți”. „Natura și importanța *interesului public*, pe care se bazează protecția conferită de directivă consumatorului, justifică, mai mult, *ca instanța națională să fie obligată să aprecieze, din oficiu, caracterul abuziv al unei clauze contractuale*, compensând în felul acesta dezechilibrul care există între consumator și profesionist”.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a arătat că posibilitatea instanței de a examina, din oficiu, caracterul abuziv al unei clauze, reprezintă un mijloc adecvat atât pentru a atinge rezultatul prevăzut la art.6 din Directiva 93/13/CEE din 5 aprilie 1993, privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, și anume, faptul ca respectivele clauze abuzive să nu creeze obligații pentru un consumator individual, cât și pentru a contribui la realizarea obiectivului prevăzut la art.7 din această directivă, din moment ce o astfel de examinare poate avea un efect disuasiv care contribuie la încetarea folosirii clauzelor abuzive, în contractele încheiate de un comerciant cu consumatorii (Hotărârea din 21 noiembrie 2002, Cofidis, pct.32).

În acest sens, trebuie amintit că anexa la care face trimitere art. 3 alin.(3) din Directiva nr. 93/13/CEE nu conține decât o listă orientativă și neexhaustivă a clauzelor care pot fi considerate abuzive. Nici lista clauzelor, specificate în art.5

alin.(5) din Legea nr. 256 din 09.12.2011 privind clauzele abuzive din contractele încheiate cu consumatorii, nu este exhaustivă. Ca și orice clauză contractuală, inclusă de către creditor în contractele de împrumut, comisioanele și alte taxe, *pe care trebuie să le suporte consumatorul, în legătură cu contractul de împrumut, urmează a fi analizate de către instanța de judecată, prin aspectul excluderii caracterului abuziv al acestora.*

Potrivit art. 4 alin.(1) din Directiva nr. 93/13/CEE, *caracterul abuziv al unei clauze contractuale trebuie apreciat, luându-se în considerare natura bunurilor sau a serviciilor, pentru care s-a încheiat contractul și raportându-se, în momentul încheierii contractului, la toate circumstanțele care însoțesc încheierea contractului.*

După cum s-a arătat din prevederile legislației naționale în consens cu dispozițiile Directivei 93/13/CEE, directivă care face trimitere la principiul, potrivit căruia „persoanele care achiziționează mărfuri și servicii, ar trebui protejate împotriva abuzului de putere de către furnizor, mai ales împotriva contractelor standard unilaterale și *împotriva excluderii inechitabile a unor drepturi esențiale din contracte*”, rezultă că, *pentru a reține existența unei clauze abuzive, instanța trebuie să verifice îndeplinirea următoarelor condiții generale:*

- (1) clauza contractuală în litigiu să nu fi fost negociată;
- (2) prin ea însăși creează un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților;
- (3) dezechilibrul creat este în detrimentul consumatorului, nefiind respectată cerința bunei-credințe:

- ***clauza contractuală în litigiu să nu fi fost negociată.*** Se consideră că contractele de împrumut, încheiate cu consumatorii, sunt preformulate, standard, clauzele fiind prestabilite de către creditor, fără să se fi dat consumatorului posibilitatea de a modifica sau înlătura vreuna dintre clauze, iar eventualele diferențe dintre ele nu se datorează negocierii cu clienții, ci particularităților fiecărui client în parte. Același este și sensul art. 3 pct. 2 din Directiva nr. 93/13/CEE, prin care se prevăd următoarele: „se consideră întotdeauna că o clauză nu s-a negociat individual, atunci când a fost redactată în prealabil, iar, din acest motiv, consumatorul nu a avut posibilitatea de a influența conținutul clauzei, în special în cazul contractelor de adeziune”, așa cum sunt și contractele de credit/împrumut. Mai mult, potrivit unei jurisprudențe constante a Curții de Justiție a Uniunii Europene, sistemul de protecție pus în aplicare prin directiva menționată, se bazează pe ideea că un consumator se găsește într-o situație de inferioritate față de vânzător sau de furnizor, în ceea ce privește atât puterea de negociere, cât și de nivelul de informare, situație care îl conduce la adeziunea la condițiile redactate în prealabil, rar putând exercita o influență asupra conținutului acestora (Hot. din 27 iunie 2000. Oceano Editorial și Solvat Editores și Hot. din 26 octombrie 2006. Mostaza Claro), drept pentru care, pentru a asigura protecția urmărită de Directiva nr. 93/13/CEE, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a subliniat, în mai multe ocazii, că situația de inegalitate care există între consumator și vânzător sau furnizor, nu poate fi compensată decât printr-o intervenție pozitivă, exterioară părților din contract (Hot. Ocean Editorial). *În cazul în care creditorul pretinde că o clauză standard a fost negociată individual, lui îi revine sarcina probei.*

Prezentarea către public a diferitor pachete/opțiuni de creditare/împrumut reprezintă o formă de publicitate/de informare, în legătură cu serviciile oferite, însă odată făcută alegerea unui anumit tip de produs, de către consumator, acesta este lipsit de posibilitatea *reală* de a *negocia* condițiile/termenele/clauzele *acelui* contract, pentru care a optat, în urma informării.

Astfel, negocierea directă cu consumatorul nu este echivalentă cu prezentarea pachetului de servicii de către creditor și cu obligația de informare, negocierea presupunând, ca partea, consumatorul, să aibă posibilitatea *modificării* clauzelor contractuale. În lipsa unor probe concrete privind negocierea, *instanța de judecată va constata că creditorul nu a dovedit prezumția caracterului nenegociat al clauzelor standard.*

- ***prin ea însăși, o astfel de clauză să creeze un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților.*** În ceea ce privește cea de-a II-a condiție ce atrage caracterul abuziv al unei clauze – să se creeze un dezechilibru semnificativ, instanța de judecată va verifica conținutul drepturilor și obligațiilor părților, valoarea, la care acestea se raportează, precum și existența clauzelor, prin care nu se acordă aceleași drepturi ambelor părți contractante. O clauză, pentru a fi abuzivă, trebuie să producă un dezechilibru între prestațiile părților, analizarea acestei condiții implicând o comparație între interesele celor două părți ale contractului, pentru a se verifica, dacă interesul consumatorului a fost neglijat, în raport cu cel al cocontractantului său. Potrivit jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, stabilită în cauza *C-415/11 Mohamed Aziz împotriva Caixad'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, pentru a ști dacă o clauză provoacă un „*dezechilibru semnificativ*” între drepturile și obligațiile părților care decurg din contract, în detrimentul consumatorului, trebuie să se țină seama, în special de normele aplicabile în dreptul național, în lipsa unui acord între părți, în acest sens. Instanța națională va putea evalua, prin intermediul unei asemenea analize comparative, dacă și, eventual, în ce măsură contractul îl plasează pe consumator într-o situație juridică mai puțin favorabilă, în raport cu cea prevăzută de dreptul național în vigoare. De asemenea, este relevant, în acest scop, să se procedeze la o examinare a situației juridice, în care se găsește consumatorul menționat, având în vedere mijloacele de care dispune, potrivit reglementării naționale, pentru a face să înceteze utilizarea clauzelor abuzive. Dezechilibrul dintre consumator și instituția de microfinanțare ce oferă împrumutul, este ușor vizibilă. Acest dezechilibru este, în primul rând, unul economic, neavând importanță, dacă s-au produs sau nu efecte în patrimoniul consumatorului. În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, menționând expres că, în aprecierea echilibrului/dezechilibrului contractual s-a avut în vedere faptul că echivalența prestațiilor presupune, ca drepturile și obligațiile reciproce să aibă, dacă nu valoare identică, măcar una apropiată.

- ***cu referire la buna-credință,*** instanța va avea în vedere prevederile considerentului nr. 16 al Directivei 93/13/CEE „...*la evaluarea bunei-credințe, trebuie acordată o atenție deosebită autorității pozițiilor de negociere ale părților, dacă consumatorul a fost influențat să fie de acord cu condiția în cauză și dacă mărfurile sau serviciile au fost vândute sau furnizate, la cererea expresă a consumatorului; întrucât condiția de bună-credință poate fi îndeplinită de vânzător*

sau furnizor, *dacă acesta acționează corect și echitabil față de cealaltă parte, ale cărei interese legitime trebuie să le ia în considerare*”. Buna-credință presupune, din această perspectivă, faptul că niciuna dintre părți nu urmărește să obțină, ca urmare a încheierii contractului, mai mult decât valoarea contraprestației, la care s-a obligat cealaltă parte, respectând, astfel, un echilibru al prestațiilor reciproce.

În ceea ce privește împrejurările în care un asemenea dezechilibru este creat „*în contradicție cu cerința de bună-credință*”, este important să se constate că, având în vedere prevederile considerentului nr.16 al Directivei 93/13/CEE, instanța trebuie să verifice în acest scop, dacă creditorul, acționând în mod corect și echitabil față de consumator, se putea aștepta în mod rezonabil, ca acesta din urmă să accepte o asemenea clauză, în urma unei negocieri individuale.

La aprecierea *bunei-credințe*, deși aceasta nu constituie o condiție în sine a stabilirii caracterului abuziv al unor clauze, trebuie acordată o atenție deosebită forței pozițiilor de negociere ale părților, pentru a se putea constata, dacă profesionistul a acționat în mod corect și echitabil față de consumator, de ale cărui interese legitime trebuie să țină seama.

Or, așa cum s-a arătat anterior, este greu de crezut că interesele legitime ale consumatorilor au fost luate în considerare, în condițiile în care acesta se află într-o poziție de inferioritate față de profesionist, atât în ceea ce privește puterea de negociere, cât și nivelul de informare, în condițiile unui contract de adeziune.

În cadrul acestei aprecieri, instanța de judecată va trebui ***să țină seama, în special de scopul esențial urmărit de „comision, taxe și orice alt tip de costuri, pe care trebuie să le suporte consumatorul”***, aceasta constituind în mod vădit o obligație esențială care incumbă consumatorului, în schimbul punerii la dispoziție a împrumutului. Instanța de judecată va verifica, dacă în contractul de împrumut vizat *se indică în mod transparent motivele care justifică remunerația corespunzătoare*, în condițiile în care se contestă că creditorul este obligat să furnizeze o contraprestație reală, pentru a obține comisionul menționat.

Din analiza dosarelor s-a stabilit că, în majoritatea cazurilor, organizația de microfinanțare (creditorul), în textul contractului de împrumut, indică ***„comisioane și alte taxe”***, însă, în toate cazurile, scopul clauzei privind aceste remunerații este neclar, caracterul echivoc al clauzelor fiind în contradicție dispozițiilor art.5 din Legea nr.256 din 09.12.2011. Negocierea, în măsura în care ar fi existat, putea privi, cel mult, doar cuantumul comisionului sau a altor taxe. Însă, după cum s-a stabilit, se contestă nu cuantumul, ci însăși existența acestor clauze, incluse în contract. În astfel de circumstanțe, instanța de judecată va verifica, dacă terminologia folosită – *„comision, taxe și alte remunerații, în legătură cu acordarea împrumutului”* este descrisă în cuprinsul condițiilor generale ale contractului de împrumut, încheiat pentru ca consumatorul să fie în deplină cunoștință de cauză, cu privire la motivele pentru care sunt percepute aceste sume, din moment ce motivația perceperii lor nu este detaliată nici în cuprinsul condițiilor speciale, nici în cel al condițiilor generale ale contractului de împrumut. Mai mult ca atât, creditorul urmează să indice scopul pentru care a fost perceput comisionul (alte taxe), destinația acestuia, astfel încât să ofere consumatorului toate informațiile necesare în raport de care ultimul alege să încheie sau nu contractul respectiv, urmează să se specifice care sunt operațiunile

concrete, pe care creditorul se obligă să le efectueze, în schimbul acestor comisioane. Creditorul urmează să furnizeze servicii care constituie o contraprestație și care să justifice perceperea acestui comision, în plus, redactarea acestor clauze să nu fie lipsită de claritate. Cuprinsul contractului urmează să conțină precizări, cu privire la fundamentul percepției acestui comision ori destinației acestuia, să conțină în mod transparent motivele care justifică remunerația corespunzătoare acestui comision, în condițiile în care se contestă că creditorul este obligat să furnizeze o contraprestație reală, pentru a obține comisionul menționat.

În lipsa acestor precizări, clauza privind comisionul va fi considerată abuzivă, în sensul art. 5 din Legea nr. 256 din 09.12.2011 privind clauzele abuzive din contractele încheiate cu consumatorii, deoarece se va considera că, pe de o parte, pentru acordarea creditului se percep două costuri (dobânda și comisionul), fără ca distincția dintre acestea să fie exprimată în mod clar și inteligibil, iar, pe de altă parte, față de valoarea comisionului, pe toată durata contractului, s-a creat în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, pentru că nu există, practic, o definiție a activităților, pe care organizația de microfinanțare le prestează, în schimbul comisionului.

După cum s-a arătat, *costul total al creditului* este format din toate costurile, pe care împrumutatul trebuie să le plătească pentru împrumutul acordat, printre ele regăsindu-se atât dobânda, cât și comisionul. De aici rezultă, în mod evident, că noțiunea de „cost total al creditului” are o accepție mai largă, decât aceea a „prețului”, comisionul și dobânda curentă fiind parte din costul total, respectiv, o componentă a acestuia.

În același sens, Directiva 2008/48/ CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori (prin care s-a abrogat Directiva 87/102/ CEE), la art. 3 lit. g) definește „*costul total al creditului*”, ca fiind format din „toate costurile, inclusiv dobânda, comisioanele, taxele și orice alt tip de costuri ce trebuie să le suporte consumatorul, în legătură cu creditul și care sunt cunoscute de către creditor”. Lipsa menționării tuturor costurilor într-un contract de împrumut are o importanță esențială și poate constitui un element decisiv în cadrul analizei de către o instanță națională a aspectului, dacă o clauză dintr-un contract de credit/împrumut, referitoare la costul acestuia, în care nu figurează o asemenea mențiune, este redactată în mod clar și inteligibil, în sensul art. 4 din Directiva 93/13 CEE. În cazul în care contractul nu va cuprinde toate costurile, instanța respectivă, având în vedere toate împrejurările care însoțesc încheierea contractului în cauză, are posibilitatea de a aprecia, chiar din oficiu, dacă omiterea menționării acestora, în clauza privind costul respectivului împrumut, poate conferi acestei clauze un caracter abuziv, în sensul art. 3 și 4 din Directiva 93/13/CEE.

Din analiza contractelor de împrumut încheiate cu consumatorii se specifică faptul că, în cazul în care clauzele contractuale sunt exprimate într-un mod clar și inteligibil, instanța de judecată nu este în drept de a aprecia caracterul abuziv al acestor clauze contractuale. Pentru a combate acest argument, este suficient de recurs la interpretarea normelor de drept aplicabile.

Astfel, potrivit art.6 alin.(3) din Legea nr.256 din 09.12.2001, evaluarea caracterului abuziv al clauzelor nu se referă la obiectul contractului și nici la

caracterul adecvat al prețului sau al remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte, *în măsura în care aceste clauze sunt exprimate în mod clar și inteligibil*.

Sau, conform art.4 alin.(2) din Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive, în contractele încheiate cu consumatorii, aprecierea caracterului abuziv al clauzelor nu privește nici definirea obiectului contractului, nici caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte, *în măsura în care aceste clauze sunt exprimate în mod clar și inteligibil*. Totodată, art. 8 din Directivă prevede că statele membre pot adopta sau menține cele mai stricte dispoziții compatibile cu tratatul, în domeniul reglementat de prezenta directivă, pentru a asigura consumatorului un nivel maxim de protecție.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza C-484/08-Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, în punctul 44, a statuat că: „dispozițiile art.4 alin.(2) și art. din directivă trebuie de interpretat în sensul că nu se opun unei reglementări ... care autorizează un control jurisdicțional al caracterului abuziv al clauzelor contractuale, privind definirea obiectului principal al contractului sau caracterul adecvat al prețului, sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, iar, pe de altă parte, *chiar dacă aceste clauze sunt redactate în mod clar și inteligibil*”.

În același sens, în cauza nr. C-241/98, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a arătat că recunoaște judecătorului puterea de a declara, din oficiu, ca nule, clauzele abuzive ale unui contract, arătând, totodată, că această putere „se încadrează pe deplin în contextul general al protecției speciale, pe care directiva tinde să o recunoască interesului colectivității care, făcând parte din ordinea publică economică, depășește interesele specifice ale unor părți. Există, cu alte cuvinte, un interes public, ca aceste clauze prejudiciabile pentru consumator să nu-și producă efectele”.

Prin urmare, din interpretarea Curții de Justiție a Uniunii Europene, instanțele au dreptul să examineze caracterul abuziv al clauzelor, chiar dacă acestea sunt redactate *în mod clar și inteligibil*, cu atât mai mult având acest drept, atunci când aceste clauze nu sunt redactate într-un limbaj clar și inteligibil, putându-se afirma că nu au doar dreptul, ci au chiar obligația de a face acest lucru.

În acest context, urmează de analizat ce înseamnă redactarea *clauzelor „într-un limbaj clar și inteligibil”*.

Limbaj clar înseamnă, în primul rând, exprimarea corectă, din punct de vedere gramatical, sub acest aspect, chiar dacă respectivele clauze au fost exprimate clar din punct de vedere gramatical, trebuie să se țină seama *de faptul că ele nu au fost negociate, contractul fiind unul de adeziune*, iar faptul că creditorul a informat consumatorul în legătură cu conținutul contractului și că a lăsat timp de analiză și gândire, nu înseamnă că a și negociat aceste clauze cu ultimul.

În ceea ce privește **limbajul inteligibil**, acest caracter înseamnă mult mai mult, respectiv, înseamnă posibilitatea pentru consumatori să prevadă consecințele ce decurg din cuprinsul clauzelor contractului, mai ales sub aspectul consecințelor economice care rezultă din acesta, în ceea ce-i privește.

Există o practică constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene cu privire la faptul că o instanță poate analiza o clauză ce se referă la obiectul principal al

contractului sau la caracterul adecvat al prețului sau al remunerației, cât timp acestea nu au fost *redactate în mod clar și inteligibil*. Astfel, sintagma „...exprimate într-un limbaj ușor inteligibil nu poate fi redusă la o exprimare clară și ușor inteligibilă din punct de vedere gramatical sau literal, pentru că altfel ar fi fost de prisos a se face această mențiune în cuprinsul unui act normativ, ci, la situația în care clauza să fie clar definită, astfel încât consumatorul să aibă reprezentarea clară a rațiunilor și fundamentelor relative, la conținutul clauzelor și efectelor acestora asupra contractului în ansamblu.

Pe acest aspect, deși comisionul face parte din costul total al contractului de credit, clauza ce reglementează perceperea acestuia poate fi analizată în condițiile în care ea nu este exprimată în mod clar și inteligibil, lăsând loc la echivoc”.

Totodată, se reține că, potrivit Rezoluției Parlamentului European din 18 noiembrie 2008, profesionistul are obligația de a-l informa pe consumator, în mod corect și echidistant, iar faptul că nu s-au solicitat lămuriri suplimentare de consumator, cu privire la acest comision, nu este de natură a complini această obligație a creditorului și nici de a imprima clauzei un caracter clar și inteligibil. Interpretarea legală a textului actului normativ este aceea că trebuie să existe dezechilibru semnificativ, în situația dovedirii acestuia, lipsa bunei-credințe fiind prezumată și că, în spiritul legii, un dezechilibru semnificativ este interpretat, ca fiind contrar bunei-credințe, tocmai pentru a evita folosirea acestui criteriu, ca o cale de scăpare pentru profesioniști, reducându-se, astfel, nivelul de protecție al consumatorilor.

Consecința constatării caracterului abuziv al unor clauze este echivalentă cu constatarea nulității absolute a acestora.

Instanțele de judecată au nu doar dreptul, dar chiar și obligația să examineze caracterul abuziv al clauzelor contractuale. În plus, instanțele nu trebuie să trateze din perspectiva prevederilor de drept comun cauzele în care se cere constatarea caracterului abuziv al unor clauze dintr-un contract de împrumut, ci, cu precădere, din perspectiva nulității absolute a actului juridic.

Prin urmare, instanțele au dreptul să invoce nulitatea absolută, din oficiu, chiar dacă părțile nu știu sau nu vor să aplice această sancțiune. În situația în care clauza privind comisionul dintr-un contract de credit/împrumut a fost declarată abuzivă, ca efect al constatării nulității absolute a acesteia, instanța de judecată trebuie să dea eficiență principiului, potrivit căruia *quodnullum est, nullumproduciteffectum* și, prin urmare, este necesar să dispună restituirea prestațiilor/sumelor încasate, cu titlu de comision, dreptul de a solicita restituirea acestor sume fiind imprescriptibil.

Instanțele de judecată au numai obligația de a exclude aplicarea unei clauze contractuale abuzive, pentru ca aceasta să nu producă efecte obligatorii, în ceea ce privește consumatorul, fără a avea posibilitatea să modifice conținutul acesteia; contractul trebuie să continue să existe, în principiu, fără nicio altă modificare decât cea rezultată din eliminarea clauzelor abuzive, în măsura în care, în conformitate cu normele dreptului intern, o astfel de menținere a contractului este posibilă din punct de vedere juridic.

Dacă instanța de judecată ar avea posibilitatea să modifice conținutul clauzelor abuzive, profesioniștii ar fi tentați în continuare să utilizeze clauzele

menționate, știind că, chiar dacă acestea ar fi invalidate, contractul va putea fi totuși completat de instanță, în măsura în care este necesar, ceea ce ar aduce atingere scopului urmărit de directivă.

Este util de subliniat că o hotărâre trebuie să respecte exigențele art. 6 paragraful 1 CEDO, întrucât, conform jurisprudenței CEDO, noțiunea de proces echitabil presupune, ca o instanță internă să fi examinat în mod real problemele esențiale care i-au fost supuse analizei, cel puțin pentru a le aprecia relevanța.

Clauza penală

Conform art.624 alin.(1) Cod civil, *clauza penală (penalitatea)* este o prevedere contractuală, prin care părțile evaluează anticipat prejudiciul, stipulând că debitorul, în cazul neexecutării obligației, urmează să remită creditorului o sumă de bani sau un alt bun.

Clauza penală este datorată, numai dacă sunt întrunite condițiile necesare acordării de despăgubiri, însă creditorul nu trebuie să facă dovada existenței prejudiciului, întrucât legea pornește de la ideea că lipsa de folosință a unei sume de bani provoacă creditorului un prejudiciu, constând în cuantumul penalităților datorate, pe perioada întârzierii la executare. Clauza penală reprezintă o convenție accesorie cu toate consecințele, decurgând din aceasta calificare, dar, în același timp, reprezintă și o pedeapsa privată reparatorie.

Așadar, clauza penală reprezintă, în primul rând, o pedeapsă civilă și numai apoi, doar în măsura în care s-a produs un prejudiciu, este și o reparație. Scopul clauzei penale este determinarea anticipată a cuantumului despăgubirilor ce vor fi plătite de către debitor, iar nu crearea unei posibilități pentru debitor de a se libera de obligația principală, asumată printr-o altă prestație.

Debitorul nu are drept de opțiune între executarea obligației principale și plata clauzei penale deci nu poate refuza executarea, oferind clauza penală. *Suma prevăzută prin clauza penală are menirea de a compensa prejudiciul suferit de creditor, prin neexecutarea obligațiilor contractuale de către debitor. Se atenționează că nerespectarea formei scrise a înțelegerii cu privire la penalitate atrage nulitatea clauzei penale și, respectiv, imposibilitatea încasării acesteia.*

La determinarea perioadei pentru care urmează a fi încasată clauza penală, este necesar să se țină cont de prevederile art.268 lit. a) Cod civil, potrivit căruia, clauza penală urmează a fi încasată, pentru perioada anterioară acțiunii, dar nu mai mare de 6 luni.

Potrivit dispozițiilor reținute, clauza penală fiind un contract, trebuie să îndeplinească condițiile de validitate ale oricărei convenții, însă, în contractele încheiate cu consumatorii, instanța este obligată să verifice respectarea principiului reglementat de Legea nr. 256 din 09.12.2011 privind clauzele abuzive din contractele încheiate cu consumatorii și de Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive, în contractele încheiate cu consumatorii.

În baza art.5 alin.(5) lit. e) din Legea nr. 256 din 09.12.2011 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, sunt considerate abuzive clauzele care au ca obiect sau efect: *solicitarea de la orice consumator care nu și-a îndeplinit obligația să plătească drept compensație o sumă disproporționată în raport cu prejudiciul cauzat de neonorarea obligațiilor contractuale.* Nerespectarea

dispozițiilor imperative, de ordine publică, ale art. 5 din Legea nr. 256 din 09.12.2011 atrage nulitatea absolută a clauzei penale abuzive. Sancțiunea nulității are caracter virtual, dar rezultă neîndoielnic din modul în care este redactată dispoziția legală, ca și din rațiunea și scopul acesteia.

Conform dispozițiilor Directivei 93/13 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii p.1 lit. e) al anexei la art.3 alin.(3) sunt considerate clauze abuzive, utilizate într-un contract încheiat cu un consumator, în special dispozițiile care: *impun, cu titlu de penalități, consumatorului care nu și-a îndeplinit obligațiile, o despăgubire într-un quantum disproporționat de mare*. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a precizat că Directiva 93/13[...] trebuie interpretată în sensul că o instanță națională este obligată, din momentul în care dispune de elemente referitoare la situația de drept și de fapt, necesare în acest scop, *să aprecieze, chiar din oficiu, caracterul disproporționat al penalității, prevăzute în contractul de credit, încheiat între un furnizor de servicii financiare și un consumator*.

Astfel, verificarea clauzei penale disproporționat de mari va fi făcută în temeiul dispozițiilor legale reținute și nu conform art.630 Cod civil, deoarece excepția instituită de prevederile art.630 Cod civil, privind reducerea clauzei penale,este de strictă interpretare și aplicare, nefiind incidentă în cauză.

În cazul unei clauze penale disproporționate, prevăzute în eventualitatea neîndeplinirii obligațiilor de către consumator, sarcina de a acționa în consecință, potrivit dreptului național, astfel încât această clauză să nu fie opozabilă consumatorului în discuție, revine instanței naționale. Prin urmare, instanța de judecată se poate sesiza, din oficiu, cu privire la disproporția vădită a penalității. Intervenția instanței, din oficiu, reiese dintr-o interpretare sistematică a legislației menționate ce reglementează clauza penală.

Anexa la care face trimitere art. 3 alin. (3) din Directiva 93/13 conține o listă orientativă și neexhaustivă a clauzelor ce pot fi considerate abuzive, printre care figurează, la punctul 1 litera (e) din anexa menționată, cele *„care au ca obiect sau ca efect solicitarea de la orice consumator care nu și-a îndeplinit obligația să plătească o sumă disproporționat de mare drept compensație”*.

Întrucât termenul de *„disproporționat de mare”* nu este definit, aceasta înseamnă că va rămâne în sarcina instanțelor de judecată să facă o astfel de apreciere. Caracterul *„disproporționat”* vizează nu doar o penalitate excesivă, ci una atât de excesivă, în mod evident, încât judecătorul nu are nevoie de niciun fel de verificări suplimentare, pentru a constata acest aspect.

Totuși, la aprecierea disproporționalității clauzei penale, instanța de judecată, constatând că penalitatea este mult disproporționată față de prejudiciul, pe care părțile l-ar fi putut anticipa, la încheierea contractului, în fiecare caz concret, va ține cont de astfel de împrejurări ca: durata neexecutării obligației principale și alte împrejurări, instanța urmând să determine în mod concret beneficiul obținut de creditor, prin executarea parțială a obligației. Penalitatea trebuie considerată mult disproporționată, în raport de prejudiciul, pe care *părțile l-ar fi putut prevedea, la încheierea contractului*, iar nu ținându-se cont de prejudiciul efectiv suferit. Din această perspectivă, părțile au posibilitatea includerii unei clauze penale *rezonabile*, în

contractele pe care le încheie, pentru a determina anticipat prejudiciul ce trebuie reparat, în ipoteza neîndeplinirii întocmai a obligațiilor contractuale.

Astfel, aceeași penalitate poate fi echitabilă într-un contract, pe baza unor considerente subiective ce derivă exclusiv din raporturile dintre părți și excesivă în alt contract. Legiuitorul nu a stabilit criterii limitative, ci unul generic: prejudiciul, pe care părțile l-ar fi putut prevedea, la încheierea contractului. Alături de acest criteriu, în funcție de care se stabilește excesivitatea penalității stipulate, există și condiția imperioasă a unei disproporții vădite între cele două elemente, supuse comparației de către instanța de judecată: prejudiciul previzibil și penalitatea, instanța urmând să țină cont de toate condițiile cerute de lege, pentru a face aplicarea textului de lege expres, care are un caracter excepțional și care va trebui aplicat cu foarte multă precauție, de către judecător.

Totodată, ținând seama de faptul că clauza penală, fiind o clauză care rezultă dintr-un contract încheiat cu consumatorul, revine instanței de judecată în cauză, având în vedere toate împrejurările care însoțesc încheierea contractului, obligația de a stabili dacă o clauză dintr-un contract de credit/împrumut, care prevede în sarcina consumatorului, potrivit constatărilor efectuate de această instanță, o penalitate într-un quantum disproporționat de mare, trebuie considerată abuzivă, în sensul art. 3 și 4 din Directiva 93/13. În cazul unui răspuns afirmativ, acestei instanțe îi revine sarcina de a stabili toate consecințele care decurg din aceasta, potrivit dreptului intern, pentru a se asigura că respectiva clauză nu creează obligații pentru consumator.

Rezultă că, în cadrul exercitării competenței de interpretare a dreptului Uniunii care îi este conferită de art. 267 TFUE, Curtea poate să interpreteze criteriile generale utilizate de legiuitorul Uniunii, pentru a defini noțiunea de clauză abuzivă. În schimb, aceasta nu se poate pronunța asupra aplicării acestor criterii generale unei anumite clauze care trebuie examinată, în funcție de împrejurările proprii cauzei, astfel încât îi revine instanței naționale obligația de a stabili, dacă o clauză contractuală care prevede, potrivit constatărilor efectuate de instanța de judecată, o *despăgubire într-un quantum disproporționat de mare*, trebuie considerată abuzivă, având în vedere toate împrejurările care însoțesc încheierea contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea Freiburger Kommunalbauten, citată anterior, punctele 22 și 25).

În concluzie, ținând seama de cele arătate, având în vedere toate împrejurările care însoțesc încheierea contractului, obligația de a stabili, dacă o clauză dintr-un contract de credit/împrumut care prevede în sarcina consumatorului, potrivit constatărilor efectuate de această instanță, o penalitate într-un quantum disproporționat de mare, trebuie considerată abuzivă, în sensul art. 3 și 4 din Directiva 93/13, îi revine instanței de judecată. În cazul unui răspuns afirmativ, acestei instanțe îi revine sarcina de a stabili toate consecințele care decurg din aceasta, potrivit dreptului intern, pentru a se asigura, ca respectiva clauză să nu creeze obligații pentru consumator.