

Consiliul Patronatelor Bancare din România



Bucuresti, 04 iulie 2016

Registru IESIRI 2016: nr. 21 din data: 04.07.2016

Catre,
CONSILIUL SUPERIOR AL MAGISTRATURII (CSM)
In atentia: Domnului Aron Mircea - Presedinte

Spre stiinta:
MINISTERUL JUSTITIEI
In atentia: Doamnei Ministru Raluca Alexandra Pruna

INSTITUTUL NATIONAL AL MAGISTRATURII
In atentia: Doamnei Director Octavia Spineanu-Matei

CURTILE DE APEL

In atentia: Doamnei Alexandra Iuliana Paștiu – Presedinte *Curtea de Apel Alba Iulia*
In atentia: Doamnei Maria Violeta Chiriac – Presedinte *Curtea de Apel Bacau*
In atentia: Doamnei Nicoleta Tint – Presedinte *Curtea de Apel Brasov*
In atentia: Doamnei Lia Savonea – Presedinte *Curtea de Apel Bucuresti*
In atentia: Doamnei Denisa Livia Baldean – Presedinte *Curtea de Apel Cluj*
In atentia: Domnului Sandu Gabriel Lefter – Presedinte *Curtea de Apel Constanta*
In atentia: Doamnei Mihaela Elisabeta Cotoră – Presedinte *Curtea de Apel Craiova*
In atentia: Domnului Cosmin Razvan Mihaila – Presedinte *Curtea de Apel Galati*
In atentia: Doamnei Cristina Trutescu – Presedinte *Curtea de Apel Iasi*
In atentia: Domnului Andrei Rus – Presedinte *Curtea de Apel Oradea*
In atentia: Domnului Adrian Remus Ghiculescu – Presedinte *Curtea de Apel Ploiesti*
In atentia: Domnului Marius Gabriel Sandulescu – Presedinte *Curtea de Apel Pitesti*
In atentia: Doamnei Maria Andrieș – Presedinte *Curtea de Apel Suceava*
In atentia: Domnului Florin Dima – Presedinte *Curtea de Apel Targu Mures*
In atentia: Doamnei Erica Nistor – Presedinte *Curtea de Apel Timisoara*

Stimate domnul Presedinte al CSM,

Prezentul memorandum isi propune sa aduca in atentia dumneavoastra existenta unei practici neunitare in materia litigiilor dintre consumatori si profesioniști avand ca obiect rambursarea creditelor in valuta. Pe aceasta cale, va adresam solicitarea de a lua in discutie aceste aspecte de practica neunitara atat (i) in cadrul intalnirilor periodice dintre reprezentantii CSM si presedintii sectiilor specializate cat si (ii) in cadrul programelor de formare continua dezvoltate pentru judecatori.

Totodata, fata de cele expuse mai sus, in masura in care considerati oportun, ne exprimam disponibilitatea de a va pune la dispozitie, in cadrul programelor de pregatire, specialisti din diverse zone de activitate ale institutiilor de credit cu scopul de a familiariza reprezentantii puterii judecatoresti cu specificul si particularitatile produselor financiar bancare si a activitatii bancare in general (inclusiv din perspectiva

Consiliul Patronatelor Bancare din România

mecanismelor prin care bancile obtin sursele de finantare pentru acordarea imprumuturilor in valuta). In masura in care sunteti interesati de o asemenea colaborare, avem rugamintea de a ne comunica in vederea initierei demersurilor in acest sens.

Mentionam pe aceasta cale faptul ca in practica instantelor judecatoresti exista diferente de abordare care determina o mare diversitate de decizii pronuntate in solutionarea actiunilor deduse judecatii de catre persoane fizice care au incheiat cu bancile din Romania contracte de imprumut in valuta, in special in franci elvetieni („CHF”) si care au solicitat conversia in lei a acestor credite.

Fata de aceasta situatie, evidentiem mai jos aspectele de drept cele mai relevante care ar trebui, in opinia noastra, sa fie avute in vedere de catre instantele judecatoresti si care ar putea determina o abordare obiectiva a judecatorilor care sunt chemati sa infaptuiasca justitia si sa puna bazele unei aplicari corecte a legilor.

1. Cadrul legal pentru acordarea si rambursarea creditelor in valuta

a) Acordarea de credite in valuta si incasarea ratelor de credit in valuta

In Romania, legislatia in domeniul liberei circulatii a capitalurilor a fost reprezentata de Regulamentul nr. 3/1997 privind efectuarea operatiunilor valutare, careia i-au urmat Regulamentul nr. 4/2004 si Regulamentului nr. 4/2005 privind regimul valutar („Regulamentul nr.4/2005”), cu amendamentele ulterioare, ultimul in vigoare si aplicabil.

Contractarea de credite in valuta si rambursarea creditelor contractate in valuta sunt operatiuni prestate in conformitate cu prevederile Regulamentului nr. 4/2005, intrucât acestora li se aplica dispozitiile art. 2 si art. 3 coroborate cu art. 1 lit. d) din Anexa 1 (Nomenclator) ale Regulamentului nr. 4/2005.

Astfel, conform Art. 2 – *“Operatiunile valutare curente si de capital, asa cum sunt prevazute in Nomenclator, se efectueaza in mod liber intre rezidenti si nerezidenti, in valuta si in moneda nationala (leu).”* La Art. 3 alin. (2) si (3) se precizeaza faptul ca *“ (...) Toate celelalte operatiuni intre rezidenti care nu fac obiectul alin. (1) si (1¹) pot fi efectuate, in mod liber, fie in moneda nationala (leu), fie in valuta. (3) Operatiunile prevazute la alin. (2) si in anexa nr. 2 la prezentul regulament se pot efectua si in valuta, numai pe baza acordului de vointa al partilor.”*

Totodata, exista reglementari specifice aplicabile institutiilor de credit care au stabilit cadrul legal in care se puteau acorda credite catre consumatori. Se pot avea in vedere, cu titlu de exemplu, Norma B.N.R. nr. 10/2005, Norma B.N.R. nr. 20/2006, Regulamentul B.N.R. nr. 3/2007.

Asadar, avand in vedere reglementarile mai sus mentionate, se poate observa existenta unui cadru legal care a permis si permite in continuare acordarea de credite in orice moneda se agreeaza de catre partile contractului. In conformitate cu prevederile actelor normative anterior mentionate, persoanele fizice pot efectua operatiuni in valuta, daca acestea au caracter ocazional, deci este permisa creditarea in alta moneda decat leu, iar clauzele referitoare la moneda in care se acorda creditul nu pot fi analizate sub prezumtia de a avea caracter abuziv in conformitate cu Legea nr. 193/2000.

b) Principiul nominalismului monetar

In contractele de credit avand ca obiect contractarea unui credit in valuta, institutiile de credit au pus in aplicare normele Codului Civil din 1864 (art. 1578 din VCC) sau, in functie de momentul incheierii acestor contracte, ale Noului Cod Civil (art. 2164 din NCC) – care consacra **principiul nominalismului**, potrivit caruia imprumutatul este obligat sa inapoieze imprumutatorului aceeasi suma nominala primita, indiferent de variatiile cursului de schimb al valutei in care suma respectiva a fost acordata.

Consiliul Patronatelor Bancare din România

Potrivit art. 1584 VCC „Imprumutatul este dator sa restituie lucrurile imprumutate in aceeasi calitate si cantitate si la timpul stipulat,” iar potrivit art. 1578 din VCC „(1) Obligatia ce rezulta dintr-un imprumut in bani este totdeauna pentru aceeasi suma numerica aratata in contract. (2) Intâmplându-se o sporire sau o scadere a pretului monedelor, inainte de a sosi epoca platii, debitorul trebuie sa restituie suma numerica imprumutata (...)”.

In mod similar, art. 2158 NCC „(1) Imprumutul de consumatie este contractul prin care imprumutatorul remite imprumutatului o suma de bani sau alte asemenea bunuri fungibile si consumptibile prin natura lor, iar imprumutatul se obliga sa restituie dupa o anumita perioada de timp aceeasi suma de bani sau cantitate de bunuri de aceeasi natura si calitate.” iar potrivit art. 2164 din NCC “(1) In lipsa unei stipulatii contrare, imprumutatul este tinut sa restituie aceeasi cantitate si calitate de bunuri pe care a primit-o, oricare ar fi cresterea sau scaderea pretului acestora. (2) In cazul in care imprumutul poarta asupra unei sume de bani, imprumutatul nu este tinut sa inapoieze decât suma nominala primita, oricare ar fi variatia valorii acesteia, daca partile nu au convenit altfel (...)”.

Pe cale de consecinta, conform legislatiei in vigoare la acest moment dar si aceleia care a fost in vigoare inainte de 1.10.2011, contractul de credit este, fara niciun fel de dubiu, un contract de imprumut de consumatie (imprumutul propriu-zis) prin care o persoana, numita creditor, transmite in proprietatea unei alte persoane, numita imprumutat, o câtime de lucruri fungibile si consumptibile (i.e. o suma de bani) cu obligatia pentru imprumutat de a restitui la scadenta o cantitate egala de lucruri de acelasi gen si calitate.

Asadar, pentru ca obiectul contractului de credit il formeaza bunuri fungibile (de gen) si consumptibile potrivit naturii lor, imprumutatul devine proprietar si suporta riscurile (art. 1577 VCC si art. 2160 NCC), iar principala obligatie a imprumutatului este obligatia de a restitui la scadenta lucruri de acelasi gen, in aceeasi cantitate si de aceeasi calitate (art. 1584 VCC si art. 2.164 NCC), indiferent de eventuala sporire sau scadere a valorii lucrurilor dintre momentul incheierii contractului si acela al platii.

Aceiasi concepie este si a fost imbratisata si de doctrina: „Imprumutatul este obligat sa restituie lucrurile imprumutate chiar daca aceasta obligatie nu ar fi prevazuta in inscrisul constatator al contractului, deoarece ea trebuie sa fie inteleasa ca o consecinta fireasca, o data ce se dovedeste ca predarea s-a facut cu titlu de imprumut.” (Francisc Deak, Tratat de drept civil, vol. III, Contracte speciale, Editia a IV a revizuita, Editura Universul Juridic, pag. 33).

Acest principiu traditional al dreptului civil romanesc a fost consacrat si confirmat nu doar normativ dar si jurisprudential inca din perioada interbelica (Decizia Curtii de Casatie inclusa de renumitul jurist Constantin Hamangiu in lucrarea sa Codul Civil Adnotat, vol IV, ed. All Beck, pag.58: „Cand un contract prevede plata intr-o moneda straina, instanta de fond obligand pe debitor sa plateasca in acea moneda, nu face decat sa interpreteze intentia pe care au avut-o partile la facerea contractului. Aceasta interpretare, fiind o chestiune de fapt, scapa controlului Curtii de Casatie. (Cas III, 2078 din 12 Nov 1924)”

Intrucat principiul nominalismului este unul legal, exceptiile de la acest principiu nu pot fi in nicio situatie instituite pe cale jurisprudentiala, ci doar pe cale legala. Or, exceptiile de la aplicarea principiului nominalismului monetar sunt de stricta interpretare, fiind prevazute expres de lege in materia contractului de imprumut in conditiile art. 1578 alin 1 si 2 VCC si art. 2.164 NCC si fara niciun fel de legatura cu aspectele legate de conversia creditelor in valuta in general, respectiv creditelor in moneda CHF in special.

Clauzele contractuale ce prevad rambursarea in moneda in care s-a acordat creditul, adica in franci elvetieni/EUR, nu sunt nelegale/abuzive, ci constituie doar o aplicare a principiului nominalismului monetar. Prin urmare, nu se poate aprecia in nicio situatie rambursarea in moneda creditului ca fiind o sarcina plasata nelegal/abuziv asupra consumatorului, ci despre o consecinta fireasca a principiului nominalismului monetar, care inseamna, in esenta, ca, daca debitorul a primit 1 CHF/EUR, atunci, conform legii, acesta trebuie sa

Consiliul Patronatelor Bancare din România

ramburseze tot 1 CHF/EUR, indiferent de fluctuațiile cursului de schimb dintre momentul acordării și cel al rambursării împrumutului. Cu alte cuvinte, debitorul trebuie să restituie bancii creditul în valută (ca moneda) și în cuantumul (ca suma) în care acesta a fost pus la dispoziția acestuia de către bancă.

De asemenea, având în vedere faptul că principiul nominalismului monetar este instituit de lege, în cazul creditelor în valută nu suntem în prezența unei clauze abuzive, întrucât regula nominalismului monetar nu este reglementată de o clauză contractuală. (contractul de credit doar aplică regula stabilită de lege).

De altfel și Curtea de Justiție a Uniunii Europene ("CJUE") s-a pronunțat în sensul că pot face obiectul controlului caracterului abuziv numai clauze contractuale, nu și dispozițiile legale. În **cauza C-280/13** se reține că sunt excluse discuțiile caracterului abuziv acte cu putere de lege și norme administrative ale unui stat membru.

Nu se poate reține nici incidența alin. 1 lit. b) din Anexa Legii nr. 193/200 deoarece acordarea unui credit în valută nu reprezintă o condiție contractuală despre care reclamantul nu a avut posibilitatea să ia cunoștință.

Cuquantumul sumei împrumutate și moneda în care aceasta a fost acordată sunt aspecte care tin de liberă apreciere a părților contractului de împrumut. Odată selectată o anumită monedă a creditului, fluctuația cursului valutar al monedei este de notorietate și părțile contractuale nu ar putea porni de la premisa existenței unui curs valutar nemodificabil pe toată durata de creditare dacă în cadrul contractului de împrumut nu există prevederi în acest sens.

În contractele de credit încheiate de consumatori cu instituțiile de credit din România, nu numai că nu există astfel de prevederi ci, mai mult decât atât, există prevederi exprese conform cărora riscul valutar se suportă de către împrumutat și se face aplicabilitatea regulii de drept comun privind riscul aprecierii/deprecierii monedei de împrumut, potrivit căreia orice modificare a cursului de schimb este suportată de cel cărui i se opune (deprecierea este suportată de împrumutat). Acest fapt trebuia cunoscut la încheierea contractului de credit împrumutatul trebuind să depună un minim de diligență și de interes în lecturarea contractului încheiat cu banca.

Faptul că moneda națională s-a depreciat față de moneda creditului (e.g. CHF/EUR) și s-a depășit un prag peste care împrumutatii sperau că nu se va trece, nu înseamnă că aceștia au fost induși în eroare ci, dimpotrivă, că au conștientizat riscul deprecierei, dar au apreciat fie că acesta nu se va produce, fie că se va produce în niste limite ce le pareau suportabile la data acordării creditului. De altfel, consumatorul român mediu era, la data contractării creditelor, pe deplin avizat asupra fluctuațiilor cursului de schimb, fiind de notorietate evoluțiile/aprecierea monedelor străine în perioada anilor 1990 – 2000.

Totodată, posibilitatea aprecierii sau deprecierei monedei naționale față de o valută și, implicit, riscul valutar la achiziționarea unui produs al cărui pret este determinat în valută ori la restituirea unei sume de bani primită în valută este un aspect financiar de notorietate. Informații cu privire la cursul valutar au fost și sunt menționate în știrile zilnice ale românilor (difuzate prin toate mijloacele de comunicare - radio, televiziune, ziare, internet), sunt afișate la sediul tuturor instituțiilor financiare și pe site-uri oficiale de informare publică (site-ul BNR). Cursul valutar influențează obligațiile financiare de bază ale românilor: facturile la utilități (gaze, telefonie), prețurile majorității produselor vândute în România (cum ar fi, mașini, electronice, excursii turistice, servicii de transport aerian) al căror pret este determinat în EUR și plătit în echivalent lei la cursul BNR de la data plății (formula clasică care se găsește în toate ofertele comerciale în EUR), obligațiile fiscale ale românilor, ratele de credit, economiile în valută (depozitele). Cu alte cuvinte, riscul valutar și probabilitatea materializării acestuia - informație necesară consumatorilor pentru a lua o decizie avizată la cumpărare - era publică și cunoscută tuturor.

BNR, analiști financiari de notorietate și bancile însele au făcut dezbateri publice și au lansat avertismente punctuale clare și explicite către consumatorii de credite (fără ca aceasta să poată transforma produsul bancar

Consiliul Patronatelor Bancare din România

in unul ilegal sau fraudulos) cu privire la riscul valutar la creditul in valuta in genere și la creditul in CHF/EURO in special. In plus, fata de aceste informatii / avertizari, evolutia privind cursului valutar și istoricul acestei evolutii era și este accesibila oricarei persoane fiind afișata pe site-ul Bancii Nationale a României.

Astfel, la data contractarii, consumatorii cunoșteau atât informatia privind caracteristica monedei nationale de a varia fata de monedele straine (inclusiv CHF) și riscul valutar aferent acestei variatii - informatii de notorietate - , cât și informatia privind posibilitatea producerii acestui risc intr-o masura care sa determine –in timp- un cost mai mare pentru creditul in CHF comparativ cu un credit in aceeași valoare, contractat, insa, in LEI.

Așadar, consumatorii aveau posibilitatea de a afla cu ușurinta informatii certe, precise cu privire la stabilitatea/instabilitatea cursului: cu titlu exemplificativ, din istoricul evolutiei cursului de schimb EUR /RON din perioada 1999 - 2009 se poate observa ca aceasta moneda a comportat o apreciere consistenta

In ceea ce priveste obligatia de informare ce ar fi cazut in sarcina institutiilor de credit cu privire la existenta riscului valutar, mentionam faptul ca aceasta se refera la aspecte care exced puterii de cunoastere a unui consumator mediu si care, daca nu ar fi cunoscute de consumator, ar determina un dezechilibru contractual si chiar o viciere a consimtamantului acestuia la incheierea unui contract. Consumatorul trebuie informat asupra tuturor acelor aspecte obiective care exced puterii de cunoastere, obligatiei de cunoastere si diligentei rezonabile a unui consumator obisnuit. Ori de cate ori se au in vedere aspecte care tin de propria responsabilitate si nevoie de cunoastere a consumatorului, nu este incidenta obligatia de informare si nu se poate sustine lipsa unui consimtamant avizat. Cu alte cuvinte, responsabilitatea individuala a ficarui consumator participant la viata economica si sociala nu poate fi substituita de stabilirea de obligatii in sarcina altor persoane. Necunoasterea regulilor si lipsa de ancorare in realitatile zilnice (propria culpa) a unui consumator, nu poate constitui temei pentru sanctionarea/ atragerea raspunderii cocontractantului (banca in cazul de fata).

Astfel, constientizarea obligatiei de rambursare a creditului in quantumul si moneda contractata tine de obligatia/indatorirea fiecarui imprumutat de a-si asuma responsabil obligatiile nascute din raporturile contractuale in care alege sa intre.

Obligatia de a rambursa ceea ce s-a primit cu titlu de imprumut - suma imprumutata - nu este sau nu ar trebui sa fie o surpriza, pentru nicio persoana ce are capacitate de deplina de exercitiu, respectiv a imprumutatului. Ea impune, normal si firesc, imprumutatului obligatia si responsabilitatea de a achizitiona la data scadentei valuta imprumutata in quantumul ratei datorate - bun fungibil si consumptibil - si de a restitui aceasta suma bancii creditoare.

Astfel cum am aratat anterior in cuprinsul prezentului memorandum, aceasta obligatie este o obligatie esentiala a imprumutatului, fiind reglementata expres si de lege (art. 1584 Cod civil coroborata cu art. 1578 Cod civil) si impusa de principii fundamentale de drept: **principiul fortei obligatorii a contractului - art. 969 -**, **principiul executarii obligatiilor cu buna-credinta - 970 Cod civil si principiul imbogatirii fara justa cauza - nimeni nu se poate imbogati pe seama altei persoane.** Faptul ca riscul valutar s-a produs intr-o pondere mai mare decat a sperat imprumutatul, nu inseamna ca nu a fost prevazut si constientizat de catre imprumutat.

Jurisprudenta CJUE a stabilit si ca obligatia de informare are niste limite reprezentate de conditiile unei bune functionari a pietei. Astfel, in **cauza C-264/02**, Cofinoga MÉRIGNAC SA /Sylvain Sachithanathan, s-a mentionat ca din punct de vedere al cantitatii si al continutului, informatiile furnizate nu trebuie sa depaseasca ceea ce este necesar pentru reglarea optima a mecanismelor pietei.

Lamuritoare in acest sens este chiar Hotararea din 30.04.2014 pronuntata in aceasta cauza C-26/13 in cuprinsul careia la considerentul 74 se mentioneaza: *"In ceea ce priveste particularitatile mecanismului de schimb al monedei straine astfel cum sunt prevazute prin clauza III/2, revine instantei de trimitere sarcina de a*

Consiliul Patronatelor Bancare din România

stabili daca, avand in vedere ansamblul elementelor de fapt pertinente (...) un consumator mediu, normal informat si suficient de atent si avizat, putea nu numai sa cunoasca existenta diferentei, in general prezenta pe piata valorilor mobiliare, dintre cursul de schimb la vanzare si cursul de schimb la cumparare al unei monede straine (...)".

Nu trebuie ignorat nici mecanismul de acordare si rambursare a creditelor in valuta, respectiv:

- Clientul deschide un cont in moneda creditului (EUR/CHF) la banca respectiva (acest fapt este dovedit prin extrasul de cont in care se indica expres moneda contului),
- banca vireaza in contul respectiv suma imprumutata in moneda creditului (aceasta prevedere este confirmata de extrasul de cont din data efectuării tragerii/utilizării creditului).
- Rambursarea se face in moneda in care s-a acordat creditul (EUR/CHF), pe care imprumutatul o poate procura la libera sa alegere, fie de pe piata (de la casele de schimb, de la alte banci etc.), fie de la banca imprumutatoare.

Prin urmare, este de mentionat faptul ca imprumuturile in valuta in Romania nu sunt credite „denominate” in valuta, cum se incearca, de catre consumatori, in mod voit si tendentios sa se induca ideea inaintea instantelor de judecata. Denominat, in acceptiunea consumatorilor ce introduc astfel de actiuni in instanta, ar insemna ca suma creditului a fost inregistrata si calculata in valuta creditului (EUR/CHF), dar utilizarea creditului (adica, suma efectiv primita de client) si restituirea creditului prin plata ratelor s-ar face in moneda nationala, in sa prin raportare la cursul de schimb din data fiecărei scadente. **Or, conform celor de mai sus, acesta nu este cazul in speta expusa in prezentul memorandum, clientii in fapt primind EUR/ CHF de la banca si trebuind sa restituie bancii, la scadente, tot EUR/ CHF..**

In consecinta, in virtutea principiului nominalismului monetar sunt intrutotul valabile clauzele contractuale contestate care stabilesc ca imprumutatul restituie exact ce si cat a primit cu imprumut, in exact aceeasi moneda in care a primit imprumutul (EUR/CHF).

In alta ordine de idei, in ceea ce priveste aprecierea cursului francului elvetian (acesta moneda fiind cea care s-a apreciat cel mai mult in raport cu moneda nationala, generand astfel o crestere mai mare a obligatiilor lunare de plata ale consumatorilor raportate la moneda nationala), aceasta a fost determinata de un context international, strain de vreo actiune sau inactiune a bancilor comerciale (românești sau straine) care nu au si nici nu pot avea un control sau o influenta asupra stabilirii cursului de schimb al valutei, curs care se regleaza in mod obiectiv si independent dupa mecanisme de piata si de politica monetara ale economiilor cu valute forte cotate si care se aplica in mod obiectiv, general valabil pentru toti clientii bancilor aflati in aceeasi situatie.

Chiar daca in prezent restituirea imprumutului in moneda creditului, in special cand vorbim despre credite acordate in moneda CHF, poate fi considerata impovaratoare pentru consumatori, ea nu reprezinta un castig pentru institutia de credit, caci aceasta trebuie sa restituie finantatorilor sai, tot pe baza principiului nominalismului monetar, aceeasi cantitate si tip de valuta ca cea in care clientii s-au obligat sa ramburseze creditul. In schimb „inghetarea” cursului de schimb la valoarea de la momentul incheierii contractului este de natura a genera o pierdere imediata pentru institutia de credit – aceasta trebuind sa procure, pe costul sau si din alte surse, sumele necesare a acoperi diferenta dintre sumele – mai mici – achitate in lei de catre client si suma exacta – in moneda straina – pe care banca trebuie sa o restituie, la randul sau, propriilor finantatori.

c) Directiva 2014/17/UE a Parlamentului European si a Consiliului

Directiva 2014/17/UE a Parlamentului European si a Consiliului privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezidentiale si-a propus sa mitigeze in o cat mai mare masura riscurile legate de credite intr-o moneda straina asumate de catre consumatori, astfel incat sa se evite situatiile in care consumatorii ar contracta credite in acea moneda pentru a profita de rata dobânzii avantajoasa oferita, in sa fara sa detina informatii adecvate despre riscul ratei de schimb valutar pe care il implica aceste imprumuturi

Consiliul Patronatelor Bancare din România

sau o intelegere a acestuia.

Actul normativ la nivel european evidentiaza faptul ca asumarea riscurilor mai sus mentionate de catre consumatori au fost determinate atat de deficientele pietei și ale reglementarilor, dar și de alti factori, de exemplu climatul economic general și nivelul scazut de cultura financiara. Avand in vedere aceste constatari si factorii responsabili identificati devine suficient de evident faptul ca in cazul creditelor acordate in moneda straina, desi acestea pot fi considerate in detrimentul consumatorului, ele nu isi au izvorul in prevederi abuzive ale contractelor incheiate cu bancile ci in factori externi, sistemici si, pe cale de consecinta nu vor trebui sanctionate pentru aceasta situatie bancile care sunt parti contractuale de buna credinta, care ofera serviciile specifice cu respectarea legilor aplicabile.

Legiuitorul european a impus in sarcina statelor membre prin Directiva 17/2014 obligatia de a adopta in domeniul imprumuturilor in moneda straina, pana cel tarziu in data de 21.03.2016, legislatie corespunzatoare care sa permita „limitarea riscului ratei de schimb valutar caruia i se expune consumatorul in temeiul contractului de credit”, fie prin convertirea creditului intr-o moneda alternativa fie prin instituirea unui alt mecanism de adaptare a contractului, cerinta pe care Romania urmeaza sa o duca la indeplinire.

Totodata, aceeași Directiva nr. 17/2014 instituie obligatia statelor membre de a asigura un climat juridic care sa permita consumatorului dreptul de a solicita conversia imprumutului intr-o alta moneda, cu respectarea urmatoarelor principii:

- **noul cadru juridic ar urma sa fie aplicat pentru viitor** adica contractelor de credit incheiate ulterior aparitiei actului normativ intern care ar permite o astfel de posibilitate;
- **cursul de schimb la care ar urma sa se efectueze conversia sa fie cel existent in ziua aplicarii conversiei**, iar nu cel de la momentul incheierii contractului de credit (a se vedea dispozitiile art. 23 alin. (3) din Directiva 17/2014). „(...) (3) In cazul in care un consumator are dreptul sa converteasca un contract de credit intr-o moneda alternativa in conformitate cu alineatul (1) litera (a), statul membru se asigura ca cursul de schimb la care se efectueaza conversia este rata de schimb a pietei aplicabila in ziua aplicarii conversiei, daca contractul de credit nu specifica altfel.”
- Statele membre pot reglementa mai in detaliu imprumuturile in valuta cu conditia **ca o astfel de reglementare sa nu fie aplicata cu efect retroactiv** (a se vedea dispozitiile art.23 alin 5 din Directiva 17/2014.

2. Practica judiciara

a) Cauza Kasler nr. C-26/13 a CJUE

Cauza Kasler invocata de catre consumatori, in actiunile introductive, ca si jurisprudenta relevanta in domeniul conversiei creditelor nu este aplicabila in cazul creditelor in valuta (CHF/EUR) acordate de catre bancile din Romania luand in considerare ca in aceasta cauza este sanctionat un mecanism valutar si nu acordarea creditului in moneda CHF/EUR.

Intre cele doua tipuri de contracte de credit (cele incheiate de bancile din Romania vs. cel al OTP Ungaria care a facut obiectul clauzei) exista si alte diferente majore legate atat de situatia de drept cat si cea de fapt.

Astfel, cauza Kasler C-26/13 releva o situatie de fapt diferita intre speta dezlegata de Curtea de la Luxemburg si creditele acordate in valuta consumatorilor de bancile din Romania.

Dupa cum am aratat si mai sus, creditele acordate de catre bancile din Romania au fost acordate in valuta (EUR/CHF), clientii primind efectiv in contul curent deschis in valuta respectiva suma imprumutata in aceasta moneda si nu in lei. Banca maghiara sanctionata de CJUE, nu a pus la dispozitia clientilor sai imprumutul in

Consiliul Patronatelor Bancare din România

moneda CHF ci in moneda nationala utilizand pentru determinarea sumei cursul propriu de cumparare CHF-HUF. Mai exact, OTP Ungaria a solicitat rambursarea echivalentului in forinti maghiari (HUF) al sumei de rambursat stabilita in CHF, calculat la cursul propriu de vanzare CHF-HUF. Or, in Romania, conform contractelor de credit, obligatia de plata/rambursare a consumatorilor este in aceeași moneda in care creditul a fost acordat si efectiv pus la dispozitia consumatorilor.

Consumatorii imprumutati de catre bancile romanesti, spre deosebire de Arpad Kasler, puteau si pot sa depuna in contul ratelor de credit valuta creditului (CHF/EUR) achizitionata la cursul cel mai avantajos de la orice casa de schimb valutar sau de la alta entitate care presteaza servicii de schimb valuta, inclusiv casieria bancii imprumutatoare, nefiind in vreun fel conditionati cu privire la cursul valutar practicat pentru efectuarea rambursarilor;

In concluzie, banca maghiara a fost sanctionata tocmai pentru ca, fara a presta clientului un serviciu financiar de schimb valutar, in temeiul contractului de credit incasa un venit rezultat din diferenta dintre valoarea de cumparare a monedei CHF (de la momentul acordarii creditului) si valoarea de vanzarea a monedei CHF (de la momentul achitarii ratei de catre client), efectuand un "schimb valutar fictiv" prin raportarea sumei scadente lunar in CHF datorata de dl. Arpad Kasler, la cursul de schimb CHF-HUF al bancii maghiare din ziua scadentei ratei de credit.

Astfel, avand in vedere cele expuse mai sus, considerentele Curtii de la Luxemburg nu pot fi aplicate mutandis mutandis in cauzele din Romania care au ca petit conversia creditelor acordate in valuta (CHF/EUR). Riscul valutar aferent fluctuatiilor cursului de schimb este determinat de motive exterioare bancii si poate consta fie in cresterea (majorand obligatia lunara de plata exprimata in moneda nationala) fie in descresterea (micsorand obligatia lunara de plata exprimata in moneda nationala) obligatiei de plata pentru perioade de timp nedefinite.

Pretul ori obiectul unui contract este principalul element analizat de cel ce contracteaza, fiind deci un element ce excede sferei in care este competenta instanta sa intervina, in sensul de a modifica elementele agreeate de parti. Clauza de rambursare descrie in fapt obiectul principal al contractului, respectiv obligatia principala a imprumutatului (aceea de restituire a creditului primit de la banca). In litigiile initiate de consumatori cu privire la rambursarea creditelor in valuta, nu s-a reclamat ca vreo anume modificare a cursului valutar ar fi fost nejustificata, ci s-a invocat ca este vorba despre o clauza abuziva in mod generic. Dupa cum am aratat la pct. 1 de mai sus, Banca nu a impus in mod unilateral reclamantului suportarea riscului valutar ci acest lucru deriva automat din natura unui imprumut in valuta.

Totodata, banca nu a impus niciun curs de schimb consumatorului. La data scadenta a ratei lunare, acesta are obligatia sa ramburseze suma datorata in moneda creditului (CHF/EUR), deoarece suma imprumutata a fost acordata in valuta (CHF/EUR) si, conform intelegerii partilor, rambursarea se face in aceeași moneda.

Pe de alta parte, la momentul incheierii contractului de credit nu se putea stabili evolutia viitoare a cursului de schimb, respectiv a caracterului viitor ascendent sau descendent al cursului valutar de schimb CHF-RON, pentru a putea fi imputata bancii parate o lipsa de informare a consumatorului cu privire la riscurile monedei creditului. Caracterul abuziv al unei clauze contractuale raportat la prevederile legale se stabileste nu prin raportare la obligatia de informare, ci prin raportare la obligatia de negociere si la obligatia de necauzare a unui dezechilibru semnificativ intre drepturile si obligatiile partilor, ca rezultat al unei actiuni intentionate si aflate in controlul furnizorului de servicii. Or, reclamantul a acceptat toate riscurile aferente cursului de schimb asociate contractarii unui imprumut intr-o moneda diferita de cea in care isi incaseaza venitul, iar banca nu are niciun fel de interventie/ control in ceea ce priveste evolutia cursului de schimb.

b) Hotararea CJUE, in cauza C 280/13, Barclays Bank SA impotriva Sara Sánchez García, Alejandro Chacón Barrera

Consiliul Patronatelor Bancare din România

Cauza García prezintă concluzii importante ale instanței europene și poate constitui un îndrumar relevant pentru instanțele naționale atunci când sunt chemate să soluționeze litigiile inițiate de către consumatorii care aduc critici cu privire la efectele aplicării legislației naționale inclusiv în cazul creditelor acordate în valută.

Potrivit jurisprudenței CJUE:

- *„Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii și principiile dreptului Uniunii referitoare la protecția consumatorilor și la echilibrul contractual trebuie interpretate în sensul că sunt excluse din domeniul lor de aplicare actele cu putere de lege și normele administrative ale unui stat membru, precum cele în discuție în litigiul principal, în lipsa unei clauze contractuale de modificare a conținutului sau a domeniului de aplicare al acestora”.*
- *„26 Astfel, după cum reiese din al treisprezecelea considerent al Directivei 93/13, excluderea prevăzută la articolul 1 alineatul (2) din Directiva 93/13 cuprinde clauze care reflectă dispoziții din dreptul național care se aplică între părțile contractante independente de alegerea acestora sau cele ale dispozițiilor menționate care sunt aplicabile din oficiu, cu alte cuvinte în lipsa unui aranjament diferit al părților în aceasta privință.*
- *(...) 28 Astfel cum arată avocatul general la punctul 47 din concluzii, această excludere a aplicării regimului Directivei 93/13 este justificată de faptul că, în cazurile prevăzute la punctele 26 și 27 din prezenta hotărâre, se poate prezuma în mod legitim ca legiuitorul național a stabilit un echilibru între ansamblul drepturilor și obligațiilor părților în anumite contracte”.*

După cum summarizează însăși instanța de la Luxemburg, în cauza instanța de trimitere invocă compatibilitatea actelor cu putere de lege și a normelor administrative naționale cu Directiva 93/13 și nu se referă la întinderea competențelor instanței naționale de a aprecia caracterul abuziv al unei clauze contractuale. Dispozițiile naționale care fac obiectul trimiterii preliminare sunt acte cu putere de lege. Or, astfel de dispoziții nu intră în domeniul de aplicare al directivei menționate, care urmărește să interzică clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii.

Concluzia instanței este că Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii și principiile dreptului Uniunii referitoare la protecția consumatorilor și la echilibrul contractual trebuie interpretate în sensul că sunt excluse din domeniul lor de aplicare actele cu putere de lege și normele administrative ale unui stat membru, în lipsa unei clauze contractuale de modificare a conținutului sau a domeniului de aplicare al acestora.

Or, în litigiile deduse judecătii în România prin care consumatorii solicită conversia în lei a creditelor acordate în valută (CHF/EUR) este vorba tocmai despre aplicarea de către bănci ca atare și fără nici o intervenție, a unor prevederi legale cuprinse în Codul Civil (asa cum a fost dezvoltat în prima parte a prezentului material).

Pe cale de consecință, instanțele nu pot cenzura aplicarea în cazul contractelor de împrumut de consumație a unor reguli stabilite de însuși legiuitorul și nu pot interveni în raporturi juridice liber consimțite și cu respectarea legii, prin această intervenție creând premisele unor dereglări ale echilibrului economic specific așa cum este acesta stabilit conform mecanismelor economice și de piață monetară.

c) Decizia Curții de Apel București – Secția a VI-a Civilă, Decizia civilă nr. 224/2016 pronunțată în Dosarul 22626/3/2015

În cadrul acestui dosar, instanța reține următoarele: *„Stabilizarea cursului monedei contractului prin raportare la moneda națională, cu referință la data contractului ar presupune încălcarea principiului nominalismului monetar, apreciind că dispozițiile art. 1578 cod civil în vigoare la data contractului acoperea inclusiv riscul valutar, al creșterii valorii monedei creditului, risc ce cade în sarcina împrumutatului sau al deprecierei monedei, risc suportat de bancă. Potrivit principiului enunțat obligația din împrumutul în bani este întotdeauna pentru*

Consiliul Patronatelor Bancare din România

suma numerica din contract, in moneda mentionata chiar daca prin raportare, eventual la o alta moneda, valoarea acesteia a suferit modificari, debitorul fiind tinut a restitui acea suma acordata prin contractul de imprumut. Dispozitiile consacra regula generala aplicabila in materia imprumutului de consumatie, principala obligatie a imprumutatului, de a restitui suma imprumutata in aceeași calitate si cantitate, obligatia fiind pentru aceeași suma numerica imprumutata, indiferent de modificarea pretului acelei monede raportat la sistemul de referinta ales de parti. In consecinta riscul valutar, așa cum este definit prin art. 3 alin. 1 lit. j Norma BNR 17/2003 reprezinta riscul asumat deopotriva de partile contractului de a inregistra pierderi sau de a nu realiza profiturile estimate, datorita fluctuatilor pe piata ale preturilor, ratei dobânzii si cursului valutar, factorii ce influenteaza schimbarile de curs valutar si care sunt in afara controlului bancii. "

3. Alte situatii de transfer al riscului valutar catre consumator

In alta ordine de idei, in economia de piata si pentru pastrarea unui cadru de stabilitate, diversi furnizori de servicii procedeaza la stabilirea pretului serviciilor in valuta, desi serviciile sunt prestate pe teritoriul Romaniei. Avand in vedere ca acestea sunt in majoritatea cazurilor servicii prestate pe teritoriul Romaniei intre rezidenti, pentru care Regulamentul valutar nu permite plata in valuta, exista stipulatii ale platii pretului in lei dar cu utilizarea unui curs valutar care nu este in corelatie cu cursul BNR de la data platii ori de la data prestarii serviciului.

Mai jos cateva exemple:

(i) Servicii turistice

In Contractul-cadru de comercializare a pachetelor de servicii turistice aprobat de catre Ministerul Transporturilor, Constructiilor si Turismului prin Ordinul nr. 516/2005 pentru aprobarea contractului-cadru se mentioneaza ca "2. Agentia poate sa modifice pretul contractului, in sensul majorarii sau micșorarii, dupa caz, **numai daca modificarea are loc ca urmare a variatiilor** costurilor de (...) și ale taxelor de turist ori ale **cursurilor de schimb valutar** aferente pachetului de servicii turistice contractat."

In considerarea acestei prevederi, in contractele afisate de catre agentile de turism se regaseste prevederea in conformitate cu care pretul pachetelor turistice se stabileste in valuta (euro) si se ofera posibilitatea platii atat in lei cat si in valuta. In cazul optiunii de plata in lei se stabileste in sarcina cumparatorului ca pretul contractului sa fie ajustat cu un coeficient de risc valutar stabilit la 2-2,5 % aplicat la cursul BNR din ziua platii, fara ca acest coeficient sa fie diferentiat in functie de anumite criterii care sa justifice in mod obiectiv o ajustare reala a preturilor si fara sa se stabileasca in sarcina agentiei o obligatie de despagubire a clientului in cazul in care riscul valutar estimat nu a intervenit.

(ii) Servicii de comunicatii electronice

Decizia președintelui Autoritatii Nationale de Reglementare in Comunicatii nr. 158/2015 privind obligatiile de informare a utilizatorilor finali stabileste informatiile referitoare la accesul și conditiile de utilizare a serviciilor de comunicatii electronice destinate publicului, inclusiv referitoare la preturile și tarifele aplicabile și (...), modalitatile prin care aceste informatii vor fi puse la dispozitia publicului de furnizorii (...)"

In conformitate cu aceste obligatii, Vodafone are publicat pe site-ul sau in Termenii și Condițiile Generale pentru Persoane Fizice – Consumatori, urmatoarea prevedere: „Pretul serviciilor Vodafone este stabilit in EURO, la care se adauga valoarea TVA aplicabila la data facturarii. Plata serviciilor se va efectua de catre Client, in lei la cursul de schimb mentionat pe factura, care reprezinta cursul de schimb al BNR valabil la data emiterii facturii. Sumele neplatite la termenul prevazut in factura se vor plati cu aplicarea conditiilor descrise la art. 6 din prezentul contract. Vodafone va putea modifica oricând pretul serviciilor Vodafone, cu respectarea prevederilor legale in vigoare, făcând publice aceste modificari cu cel puțin 30 de zile inainte”.

Consiliul Patronatelor Bancare din România

(iii) Servicii de transport aerian de persoane

Printre modalitățile de rezervare și plata destul de uzitate este aceea în care este aproape imposibil pentru cumpărătorul biletului de avion să cunoască la momentul achiziției costul total al serviciilor.

Astfel, rezervările efectuate pot fi procesate de către detinatorul sistemului de rezervări sau de către sistemul unui operator aerian. În funcție de compania aeriană care validează biletul, tranzacțiile sunt efectuate prin instrumente specifice fiecărei țări în moneda agreată sau în moneda specifică țării de plecare, urmând ca banca utilizatorului să facă automat conversia din moneda solicitată de linia aeriană în moneda în care este deschis contul cumpărătorului de bilet la cursul bancii respective. Comisiunile și metoda de efectuare a conversiei valutare tin strict de banca emitentă a cardului. Compania va putea emite factura în RON, indiferent de moneda în care a fost efectuată tranzacția pentru costul biletului de avion, cursul aplicat pentru facturare fiind cursul Bancii Naționale a României (BNR) fiind posibile diferențe ce pot apărea între suma facturată și suma retrasă de pe cardul de credit în urma tranzacționării în alta monedă decât cea în care este deschis contul principal al cardului, fără ca acestea să poată fi sub controlul clientului deși sunt în sarcina acestuia.

Acestea reprezintă doar câteva modalități utilizate de către comercianți pentru a evita pierderi rezultate din derularea activității specifice și care transferă riscul valutar către consumatori. Mecanismul poate fi eficient pentru comerciant fără să fie total transparent pentru consumator. Cu toate acestea, nu se poate considera că aceste modalități de stabilire a pretului prin raportare la o altă valută decât moneda națională reprezintă în sine abuzuri la nivelul consumatorilor ci veritabile mecanisme de piață care trebuie permise și nu vor putea fi sancționate.

În acest context, cu atât mai puțin va putea să fie sancționată acordarea de credite în valută cu obligația de rambursare în aceeași monedă în care a fost acordat împrumutul.

4. Decizii criticabile din practica instanțelor naționale

a) Soluții prin care instanța a decis stabilizarea cursului de schimb CHF-RON (cu variații de la cursul de la data acordării până la cursul de la data pronunțării hotărârii)

Stabilizarea monetară reprezintă un complex de măsuri luate de stat în vederea refacerii stabilității monetare pe plan intern (ceea ce presupune stabilitatea preturilor) și asigurarea pe plan extern a stabilității cursului de schimb a monedei naționale. Stabilizarea monetară are ca efect fixarea puterii de cumpărare a monedei naționale la un anumit curs și este general aplicabilă categoriei de subiecți careia i se adresează. Acesta este apanajul puterii legislative și în nicio situație al puterii judecătorești. Stabilizări monetare au fost făcute în România în 1947 și în 1952.

În alta ordine de idei, prin adoptarea unor astfel de decizii, instanțele procedează la o restricționare a circulației capitalurilor, ceea ce contravine legislației comunitare europene, care trebuie aplicată cu prioritate față de dreptul intern, astfel:

(i) Articolul 58, în alineatul (2) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene prevede ca:

“(2) Liberalizarea serviciilor bancare și de asigurări asociate mișcărilor capitalurilor trebuie să se realizeze concomitent cu liberalizarea circulației capitalurilor.”

(ii) Articolul 63 din același act normativ prevede:

(1) În temeiul dispozițiilor prezentului capitol, sunt interzise orice restricții privind circulația capitalurilor între statele membre, precum și între statele membre și țările terțe.

(2) În temeiul dispozițiilor prezentului capitol, sunt interzise orice restricții privind plățile între statele membre, precum și între statele membre și țările terțe.

Consiliul Patronatelor Bancare din România

(iii) Directiva 88/361/CEE a Consiliului din 24 iunie 1988 pentru punerea în aplicare a articolului 67 din tratat, în articolul 1 stabilește:

*“ (1) Fără a aduce atingere dispozițiilor de mai jos, statele membre elimină restricțiile privind mișcările de capital care se realizează între rezidenții statelor membre. Pentru a facilita aplicarea prezentei directive, mișcările de capital se clasifică în conformitate cu nomenclatorul prezentat în anexa I.
(2) Transferurile cu privire la mișcările de capital se vor efectua în aceleași condiții ale cursului de schimb ca cele care guvernează plățile privind tranzacțiile curente.”*

(iv) Articolul 4 al Directivei 88/361/CEE stabilește:

*“ Prezenta directive nu aduce atingere dreptului statelor membre de a adopta toate măsurile necesare pentru a preveni nerespectarea actelor lor cu putere de lege și a normelor administrative, inter alia, în domeniul fiscal și al supravegherii prudentiale a instituțiilor financiare, sau de a stabili proceduri pentru declararea, în scopuri administrative sau statistice, a mișcărilor de capital.
Aplicarea acestor măsuri și proceduri nu pot avea drept efect obstructionarea mișcărilor de capital efectuate în conformitate cu dreptul comunitar.”*

(v) În Articolul 7 al Directivei sunt prevăzute următoarele:

*“ (1) În ceea ce privește tratamentul aplicat transferurilor legate de mișcările de capital spre și dinspre țări terțe, statele membre se străduiesc să atingă același grad de liberalizare cu cel care se aplică operațiunilor cu rezidenții altor state membre, în conformitate cu celelalte prevederi din prezenta directive.
(2) Prevederile paragrafului precedent nu aduc atingere aplicării față de țările terțe a normelor interne sau a dreptului comunitar, în special a oricăror condiții reciproce privind operațiunile care implică dreptul de stabilire, furnizarea de servicii financiare și acceptarea de valori mobiliare pe piețele de capital.”*

(vi) În Anexa I privind Nomenclatorul mișcărilor de capital menționate la articolul 1 din Directiva se prevede ca: *“ Mișcările de capital enumerate în nomenclator acoperă (...) operațiunile restituire a creditelor sau împrumuturilor.”*

Principiile acestea au fost transpuse și în legislația națională. Mai mult decât atât, conform Regulamentului BNR nr. 22/2006 privind adecvarea capitalului instituțiilor de credit și al firmelor de investiții (în vigoare până la 01.01.2014), o bancă, dacă se împrumută într-o valută, era obligată să aibă finanțări în aceeași valută (credite la rândul ei) suficiente pentru a acoperi activele denominate în valută respectivă (creditele acordate către consumatori) astfel încât poziția netă dintre ele să nu depășească 10% din fondurile proprii.

b) Soluții prin care instanța a decis denominarea.

Denominarea este procesul prin care, în temeiul unei legi exprese în acest sens, are loc tăierea unui anumit număr de zerouri din moneda națională, realizat cu scopul întăririi monedei naționale. Pentru a se crea o monedă puternică pe lângă tăierea unor zerouri, acest proces trebuie să se realizeze pe fondul unei economii stabile și în condițiile acordării unei perioade suficiente pentru acomodarea populației cu noua monedă, înainte de scoaterea completă din circuit a vechilor monede.

Legea nr. 348/2004 privind denominarea monedei naționale reglementează la Art. 1 – ca *“ La data de 1 iulie 2005, moneda națională a României, leul, va fi denominată astfel încât 10.000 lei vechi, aflați în circulație la această dată, vor fi preschimbați pentru 1 leu nou. (2) Denominarea reprezintă acțiunea de reducere a valorii nominale a însemnelor monetare. (3) Leul nou va fi unitatea monetară națională a României, denumită în continuare leu, și se va diviza în 100 de bani.”*

Consiliul Patronatelor Bancare din România

La Art. 5 – se mentioneaza “(1) Bunurile, drepturile și obligatiile evaluabile in bani, nascute anterior datei de 1 iulie 2005, vor fi convertite conform raportului prevazut la art. 1, in toate cazurile in care acestea fac obiectul unei operatiuni de evaluare, de plata sau de constituire a oricarui alt raport juridic. (2) Conversia in noua unitate monetara, prevazuta la alin. (1), va avea loc conform situatiei existente la data de 30 iunie 2005.”

In nicio situatie o instanta nu va putea sa se substituie rolului legiuitorului si sa stabileasca prin decizia sa o denominare.

c) *Solutii in care instantele au retinut imprevizunea*

Litigiile avand ca obiect clauzele abuzive au un cadru legal strict delimitat si protejarea consumatorului care indeplineste criteriile stabilite de catre Legea nr. 193/2000 se face cu respectarea acestui cadru. Invocarea teoriei imprevizunii excede acestui cadru, imprevizunea fiind un aspect de drept comun care ar trebui supus reglementarilor procedurale generale si nu ar putea beneficia de toate inlesnirile pe care legiuitorul le-a creat in avantajul consumatorului care ar putea fi lezat prin clauzele abuzive din contractele incheiate intre profesioniști și consumatori.

In plus, imprevizunea este o institutie reglementata la nivel legislativ doar de la momentul intrarii in vigoare a Noului Cod Civil. Astfel, in temeiul art. 6 alin. (2) al Noului Cod Civil coroborat cu **art. 107 din Legea nr. 71/2011**, potrivit caruia, „dispozitiile art. 1271 din Codul civil privitoare la imprevizune se aplica numai contractelor incheiate dupa intrarea in vigoare a Codului civil”, contractelor de credit incheiate inainte de intrarea acestuia in vigoare nu le poate fi aplicata institutia imprevizunii, acestea fiind supuse prevederilor Vechiului Codul Civil.

Codul civil din 1864 nu continea o dispozitie cu caracter general privind imprevizunea, ci numai câteva aplicatii legale particulare ale acesteia, care inca sunt in vigoare, respectiv cele prevazute de art. 43 alin. (3) din Legea nr. 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe, cele ale art. 54 din OUG nr. 54/2006 privind regimul contractelor de concesiune de bunuri proprietate publica, precum și cele ale art. 14 din Legea nr. 195/2001 a voluntariatului.

Astfel, anterior intrarii in vigoare a noului Cod civil, ori de câte ori legiuitorul a dorit sa fie aplicabila imprevizunea a prevazut-o in mod expres pentru anumite cazuri particulare prin legi speciale. In afara acestor cazuri expres prevazute de lege, imprevizunea putea produce efecte și in privinta contractelor incheiate sub imperiul Codului civil din 1864, in masura in care in respectivele contracte, partile, in temeiul principiului libertatii contractuale, ar fi stipulat o clauza care sa permita revizuirea efectelor contractului in cazul schimbarii imprejurarilor avute in vedere in momentul incheierii acestuia, or contractele de credit nu contin o astfel de clauza.

Mai mult decât atât, imprevizunea fiind o exceptie de la principiul *pacta sunt servanda* trebuie sa fie expres prevazuta de lege, neputând fi stabilita pe cale jurisprudentiala, intrucât daca s-ar proceda in acest sens s-ar ajunge la derogarea de la dispozitiile art. 969 din Codul civil din 1864 in lipsa unei dispozitii legale exprese, ceea ce ar echivala cu adaugarea la lege.

Daca legiuitorul ar fi dorit ca institutia imprevizunii sa fie aplicabila și contractelor incheiate inainte de intrarea ei in vigoare, ar fi prevazut in mod expres aplicarea sa și pentru situatiile juridice nascute anterior intrarii in vigoare a noului Cod civil și ale caror efecte se produc și dupa aceasta data (facta pendentia), cum a facut in cazul altor institutii.

Totodata, imprumutand o suma de bani intr-o moneda straina, pentru o perioada considerabila de timp imprumutatii si-au asumat implicit si riscul fluctuatiilor monetare, ceea ce echivaleaza cu asumarea riscului

Consiliul Patronatelor Bancare din România

schimbarii imprejurarilor existente la data incheierii contractului, cu consecinta inaplicabilitatii teoriei imprevizunii. De altfel, aplicarea teoriei imprevizunii in sensul vizat decatre consumatori prin cererile de chemare in judecata si anume, stabilizarea cursului de schimb la momentul semnarii contractului, care sa fie valabil pe toata perioada derularii contractului, ar conduce la ruperea echilibrului contractual in sens invers, banca urmand a suporta exclusiv diferenta de curs ca urmare a aprecierii monedei creditului.

Or, ratiunea acestei teorii este de a restabili echilibrul contractual, si nu de a directiona consecintele negative ale schimbarii imprejurarilor avute in vedere la incheierea contractului catre partea co-contractanta.

In ceea ce privește suportarea riscului valutar intr-un contract de imprumut, prin **Decizia nr. 1122 din 21 februarie 2003, Inalta Curte de Casatie și Justitie** a decis urmatoarele: *"Fara a asigura depozitele in lei pentru obtinerea valutei necesare rambursarii ratelor și dobânzilor, debitoarea a incalcat dispozitiilor art. 4 din conventie. Este adevarat ca lipsa disponibilitatilor valutare a determinat banca garanta sa plateasca ratele scadente din resurse proprii, urmând a fi desdaunata de clientul sau, potrivit acordului de vointa al partilor. De altfel, riscul contractual, privind diferenta de curs valutar, nu putea apartine bancii garante, care trebuia sa primeasca contravaloarea ratelor achitate in calitate de garant. In privinta schimbarii esentiale a imprejurarilor avute in vedere de parti, la momentul incheierii conventiilor, se impun unele precizari. Teoria imprevizunii trebuie recunoscuta in masura in care obligatia contractuala nu mai este susceptibila de executare, când imprejurarile in care trebuia executata o fac radical diferita de cea asumata prin contract. In acest sens se apreciaza, daca obligatia și-a pierdut identitatea, verificându-se daca modificarea circumstantelor nu a fost integrata in riscul contractual. Variatia circumstantelor și, prin urmare, noile sarcini ce afecteaza executarea, fac parte din riscul contractual pe care-l suporta debitorul obligatiei de executat, in lipsa unei dispozitii contrare. Chiar daca relatia intre risc și imprevizune este imprecisa, considerându-se modificarea circumstantelor ca exclusa din sfera riscului, reparatia este determinata, prin interpretarea conventiei, in functie de natura contractului"*

d) Solutii in care instantele procedeaza la modificarea contractului intervenind si substituind vointa partilor de la momentul incheierii contractului.

Nici jurisprudenta CJUE și nicio norma interna nu permite judecatorului sa intervina in relatia contractuala dintre banca și consumator, in sensul conversiei imprumutului intr-o anumita moneda și la un anumit curs, cu nesocotirea principiului fortie obligatorii a contractelor (art. 969 Vechiul C.civ.).

In materie nu este admisa decât inlaturarea clauzei pretins abuzive, iar nu modificarea contractului, in ipoteza in care s-ar ajunge la constatarea nulitatii clauzelor privitoare la restituirea secvential creditului in moneda creditului (EUR/CHF), contractul ar ajunge sa fie lipsit de esenta sa. Aceasta, in conditiile in care obligatia de restituire a sumei imprumutate tine de insași esenta unui contract de imprumut.

Consideram ca este inadmisibila posibilitatea modificarii contractului de credit prin interventia instantei, singura modalitate de interventie asupra clauzelor contractului de credit fiind prin acordul de vointa al partilor contractante, incidente in aceasta situatie fiind prevederile art.1166 din Codul Civil: *„Contractul este acordul de vointe dintre doua sau mai multe persoane cu intentia de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic”*.

Or, instanta de judecata nu se poate substitui vointei partilor sau a uneia dintre partile contractante si nu poate impune bancii sa incheie/modifice un contract de credit, care a survenit ca urmare a indeplinirii tuturor conditiilor de creditare necesare pentru incheierea contractului de credit, o astfel de hotarare ar tine loc de acordul de vointa al bancii.

In opinia noastra, dispozitiile prevazute de Legea nr.193/2000 nu sunt menite a crea o noua ordine de drept in care contractul sa devina lipsit de forta obligatorie, ci din contra, vin doar sa particularizeze dispozitiile

Consiliul Patronatelor Bancare din România

generale aplicabile in rem si in personam. Raportarea urmeaza a fi facuta la consumatorul mediu, care la art.2 lit. m) din Legea 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comerciantilor in relatia cu consumatorii si armonizarea reglementarilor cu legislatia europeana privind protectia consumatorului este definit ca fiind „consumatorul considerat ca fiind informat, atent si precaut, tinand seama de factorii sociali, culturali si lingvistici”. Prin urmare, desi protejat, consumatorul nu poate invoca grava sa neglijenta in incercarea de a obtine foloase ce nu i se cuvin, altminteri devenind aplicabil adagiul „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

Masura fixarii cursului de schimb la nivelul de la momentul semnarii contractului nu isi gaseste temei in Legea nr. 193/2000 care nu ii permite judecatorului sa reformeze contractul peste vointa partilor ci doar sa inlature clauzele abuzive conform art. 6 si 7 din lege. **Modificarea monedei creditului reprezinta o novatie prin schimbare de obiect, care este atributul exclusiv al partilor, neputand deci sa fie realizata de instanta.**

In sensul ca nu este permisa interventia instantei de judecata in mecanismul contractual prin convertirea creditului din valuta in Lei sunt considerentele deciziei CJUE in cauza C-618/10 in care s-a retinut ca „*decurge astfel din textul articolului 6 alin. (1) ca instantele nationale au numai obligatia de a exclude aplicarea unei clauze contractuale abuzive pentru ca aceasta sa nu produca efecte obligatorii in ceea ce priveste consumatorul, fara a avea posibilitatea sa modifice continutul acesteia. Astfel, acest contract trebuie sa continue sa existe, in principiu, fara nicio alta modificare decât cea rezultata din eliminarea clauzelor abuzive, in masura in care, in conformitate cu normele dreptului intern, o astfel de mentinere a contractului este posibila din punct de vedere juridic. In lumina celor de mai sus, urmeaza sa se raspunda la a doua intrebare ca articolul 6 alin. (1) din Directiva 93/13 trebuie interpretat in sensul ca se opune unei reglementari a unui stat membru, precum articolul 83 din Decretul legislativ 1/2007, care permite instantei nationale, atunci când constata nulitatea unei clauze abuzive cuprinse intr-un contract incheiat intre un vânzator sau un furnizor și un consumator, sa completeze respectivul contract modificând continutul acestei clauze*”.

*

* *

(iv) Concluzii

Consideram imixtiunea instantei judecatoresti in derularea activitatii unei institutii de credit ca fiind un elocvent exemplu de neintelegere sau de nesocotire a mecanismelor de piata asa cum reiese si din argumentele si rationamentele expuse in Decizia nr. 1165/2016 a Tribunalului Bucuresti - Sectia a VI-a Civila pronuntata in Dosarul nr. 57951/299/2014 in care a fost implicata una dintre bancile membre.

Din practica instantelor judecatoresti rezulta ca acestea fac analiza diferita a acelorasi aspecte deduse judecatii.

Astfel, sub aparenta unui caracter incorect stabilit ca abuziv al obligatiei legale de restituire a aceleiasi sume nominale primite de catre imprumutat in baza unui contract incheiat cu asumarea faptului ca moneda creditului este diferita de aceea a veniturilor obtinute, unele instante admit cereri de conversie a creditelor acordate in valuta. In acest fel intervin in contractele de credit care reprezinta legea partilor si determina dezechilibrarea obligatiilor contractuale defavorizand astfel un prestator de servicii financiare care a actionat in desfasurarea obiectului sau de activitate si cu respectarea normelor de prudentialitate impuse de catre reglementator.


Pentru ca aceste instante se pronunta in contra legii, bancilor li se incalca drepturi legitime si prin aceasta pot inregistra prejudicii majore, astfel ca actionarii acestora, care au investit un capital ce nu mai poate fi valorificat (doar) prin interventia instantelor judecatoresti, vor putea tinde sa isi limiteze pierderea fie prin incetarea investitiilor, fie prin solicitarea recuperarii pierderilor care nu deriva din mecanisme economice ci din interventia incorecta a statului in derularea afacerilor pe teritoriul Romaniei.

Consiliul Patronatelor Bancare din România

Asadar, tinand cont de toate argumentele expuse mai sus, reiteram solicitarea de a pune in discutie in intalnirile si programele de pregatire existenta acestei practici neunitare si argumentele legale si jurisprudentiale prezentate mai sus, astfel incat actul de justitie sa fie unul ca mai obiectiv si impartial, in conformitatea cu prevederile legale.

Cu deosebita consideratie,

Steven van Groningen



Presedinte al Consiliului Director
Consiliul Patronatelor Bancare din Romania

Adresa corespondenta:

World Trade Center Bucuresti, intrarea D, parter,
Piata Montreal nr. 10, sector 1, Bucuresti

WWW.LUMEAJUSTITIEI.RO