Caietele juridice ale Băncii Naţionale a României

Publicaţie trimestrială • ISSN 2247-9767 Anul I • nr. 1 • noiembrie 2011 - februarie 2012

CUPRINS

Acad. Mugur Isărescu, Guvernatorul Băncii Naţionale a României - Un cod bancar pentru secolul XXI 3

Adrian Vasilescu, Consilier al Guvernatorului - Noul orologiu al creditării 5

Colocviile Juridice ale Băncii Naţionale a României

Isabelle Chelariu - Scurtă prezentare a primelor trei evenimente din seria Colocviilor juridice ale Băncii Naţionale a României 8

Alexandru Nicolae Păunescu - Evoluţia instrumentelor de plată şi practica în materie a Direcţiei Juridice a Băncii Naţionale A României 12

Ianfred Silberstein - Deţinerea temporară de acţiuni de către o instituţie de credit – instituţie juridică necesară în contextul actual ... 25

Adrian Dumitrescu - Aspecte juridice privind deţinerile temporare de acţiuni în entităţi nefinanciare ... 29

Alexandru Nicolae Păunescu - Restructurarea creditelor versus reorganizarea activităţii debitorilor ... 32

Avocat Vasile Deleanu - Finanţarea debitorului aflat în reorganizarea judiciară, facilitate sau constrângere? ... 36

Avocat Crenguţa Leaua - Reorganizarea debitorului - pârghie de renegociere a creditelor? ... 43

Articole

Prof. univ. dr. Brânduşa Ştefănescu - Consideraţii privind forma juridică de organizare a instituţiilor emitente de monedă electronică ... 49

Constantin Rotaru - Medierea disputelor în domeniul bancar ... 55

Dr. ec. Nicolae Dinu - Unele consideraţii referitoare la suspendarea judecăţii în conformitate cu prevederile noului cod de procedură civilă ... 59

Cercetări Juridice

Isabelle Chelariu - Concordatul preventiv - o cale de înţelegere între creditori şi debitori. Studiu de drept comparat asupra instituţiei juridice a concordatului preventiv şi asupra beneficiilor şi riscurilor creditorilor în lumina Legii nr.381/2009 privind introducerea concordatului preventiv şi mandatului ad-hoc şi a Legii asupra concordatului preventiv din 1929, cu ultimele modificări aduse în 1932 63

Jurisprudenţă - rezumate şi comentarii

Nicoleta Iacob - Lipsa calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României – Centrala Incidentelor de Plăţi în litigiile privind anularea incidentelor de plăţi întemeiate pe dispoziţiile Regulamentului nr.1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi şi respingerea acţiunii faţă de această pârâtă ca fiind îndreptată împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă; (decizia din data de 31.03.2011, pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţia comercială, dosar nr. 40891/3/2009, irevocabilă) ... 67

Reglementări

Daniela Boda - Reglementări ale Băncii Naţionale a României, comentate, publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I, în perioada 1.01.2011- 31.08.2011 ... 73

Daniela Boda - Reglementări europene comentate ... 73

Recomandarea comisiei din 18 iulie 2011 privind accesul la un cont de plăţi de bază (2011/442/UE) ... 77

Colectivul de redacție:
Coordonator: Bogdan Stănescu, consilier al Viceguvernatorului
Editor: Isabelle Chelariu, consilier juridic
Membrii: Nicoleta Pădureanu, referent
Daniela Boda, consilier juridic

ISSN 2247-9767

Un cod bancar pentru secolul XXI



Acad. Mugur Isărescu
Guvernatorul Băncii
Naţionale a României

Într-un moment în care, pe fondul crizei globale, în lumea băncilor şi a pieţelor financiare dilema reglementare - dereglementare stârneşte dezbateri dintre cele mai aprinse, e timpul cel mai potrivit ca Banca Naţională a României să lanseze o revistă dedicată legislaţiei bancare. De altfel, apariţia acestei noi publicaţii, căreia îi doresc vânt bun, se interferează cu preocuparea băncii noastre centrale pentru sistematizarea şi unificarea tuturor actelor normative emise de Banca Naţională a României, de-a lungul anilor, în procesul de reglementare. Pentru că, împreună, legile ţării referitoare la activitatea bancară şi reglementările Băncii Naţionale constituie un cod bancar pentru secolul XXI şi este firesc să ne preocupe unificarea întregii legislaţii, cea principală (legile) şi cea secundară (reglementările Băncii Naţionale a României) pentru o mai bună folosire în activitatea curentă.

Reamintesc, în acest cuvânt înainte, faptul că una dintre cheile reformei economice, pe care societatea românească a început s-o înfăptuiască în 1990, a fost crearea unui sistem bancar de piaţă, descentralizat. Fiindcă fără bănci puternice - şi profitabile! -, noua economie românească nu avea cum să învingă. Şi, mai ales, nu avea cum să adune banii necesari finanţării.

Continuu, etapă cu etapă, banca noastră centrală a acţionat pentru îmbunătăţirea legislaţiei bancare prin alinierea acesteia la standardele europene. Totodată, a iniţiat un proces de asanare şi consolidare a sistemului bancar. Un proces absolut necesar. Având ca îndrumar tocmai astfel de reglementări, reforma bancară a înaintat şi transformările au fost consistente. Banca Naţională a României a adoptat o politică de autorizare prudentă, favorabilă înfiinţării unui număr relativ redus de bănci, dar puternice, cu capital solid. Aprecierea corectă a acestei poziţii a Băncii Naţionale a României, în paginile revistei de drept aflate acum la primul număr, va avea cu siguranţă în vedere cunoştinţele la nivelul societăţii româneşti privind riscurile industriei bancare. Cititorul va găsi cu deosebire aspecte esenţiale ale suitei de preocupări permanente privind creşterea eficienţei activităţii de supraveghere a instituţiilor de credit, orientate, în primul rând, către evaluarea performanţelor şi analiza în dinamică a situaţiei fiecărei bănci.

Poziţia băncii centrale merită să fie nuanţată. Plecând, desigur, de la adevărul că întregul arsenal de mijloace destinate prevenirii riscului sistemic şi îmbunătăţirii calităţii supravegherii prudenţiale beneficiază de un cadru juridic optim: Legea bancară, Legea privind Statutul Băncii Naţionale a României şi Legea falimentului bancar. Am asigurat astfel creşterea exigenţei în autorizarea conducătorilor, administratorilor şi acţionarilor băncilor comerciale şi au fost introduse cerinţe de ordin calitativ pentru acţionarii semnificativi. În acelaşi timp, mai întâi în perspectiva aderării la Uniunea Europeană şi, apoi, după aderare, în condiţiile cerinţei unei bune integrări europene, ne-am racordat cerinţei ca băncile din Europa Centrală şi de Est să-şi lărgească sfera de activitate, implicându-se în operaţiuni cu titluri financiare, în activităţi investiţionale, în aşa fel încât să-şi justifice vocaţia universală pe care o dobândeau. Vocaţie ce nu se putea rezuma la adunarea economiilor, gestionarea conturilor şi acordarea de credite bancare, ci viza un rol important în viaţa economică şi în dezvoltarea pieţei bunurilor de producţie şi de consum. Noi nu puteam să rămânem în afara acestui curent. Dar nu puteam nici să lăsăm aşa-zisa modernizare a sistemului bancar la voia întâmplării. În acest sens, Banca Naţională s-a opus pătrunderii în băncile româneşti a instrumentelor financiare ce aveau să se dovedească toxice, chiar declanşatoare ale crizei financiare globale. Analiza procesului de reglementare bancară evidenţiază relevant acest adevăr.

Un alt scop de primă importanţă al reglementării bancare, în România, este îmbunătăţirea analizei de risc. În această privinţă, potrivit reglementărilor Băncii Naţionale, nu poate fi trecut în planul doi faptul că dreptul de proprietate e sacru. Dar numai până în punctul în care se aduce atingere altor valori sacre. Banii publici, bunăoară. Potrivit normelor Băncii Naţionale a României, în conformitate cu legile ţării, ordinea celor care răspund pentru nereguli sau pierderi e clară: proprietari, administratori, conducători de bănci comerciale. Dacă reglementările sunt bune – şi sunt! – , dacă activitatea de comunicare contribuie la buna cunoaştere a acestor reguli – şi contribuie! – , atunci şi instanţele, şi bancherii, şi omul de pe stradă vor şti că proprietarul băncii plăteşte cu averea lui, cu buzunarul lui. Deşi, nu din cauza reglementării, ci a unei slabe culturi bancare, de multe

ori raportul dintre debitori şi creditori s-a dovedit deseori net în favoarea debitorilor. Consider că noua revistă va analiza acest raport în normalitatea lui. Nu e vorba numai de faptul că creditul devine neperformant şi nu se recuperează. Grav este şi faptul că se încurajează astfel atitudinea de neplată, care se răspândeşte într-un mod nefiresc.

În condiţiile fazei actuale a crizei globale, când problemele privind datoriile suverane pun în dificultate bănci din zona euro, în dezbaterile interne din societatea românească sunt tot mai frecvente referirile la „băncile străine" din România. Am mai spus şi repet: în România sunt foarte puţine bănci străine. Cele mai multe sunt bănci româneşti cu capital străin. Inclusiv din Grecia.

Este notabil faptul că deschiderea sectorului bancar faţă de capitalul extern s-a produs încă de la începutul procesului de reformă, când băncilor străine li s-a asigurat accesul liber pe piaţa bancară românească. Desigur, în condiţiile îndeplinirii cerinţelor de autorizare. Condiţiile fiind cunoscute: noi autorizăm subsidiarele în timp ce sucursalele băncilor din Uniunea Europeană sunt autorizate în ţările de origine. Procesul a început cu şase bănci, sistemul bancar românesc trecând printr-un înalt grad de concentrare şi segmentare, timp în care numărul instituţiilor bancare a crescut substanţial din 1991 până în prezent. Acum, în România, există peste 42 de unităţi bancare. Ele constituie, împreună, un sistem care funcţionează, care creditează bugetul statului şi, cu reţineri fireşti şi nefireşti, în aceste vremuri de recesiune, economia şi populaţia. În ciuda problemelor sale, acest sistem este departe de a fi neperformant ori fragil, aşa cum i se transmite deseori publicului românesc pe diferite canale de comunicare. Or, sistemul bancar românesc are un grad înalt de solvabilitate şi nu are probleme de lichiditate. Iar Banca Naţională întăreşte în continuare activitatea de reglementare şi de supraveghere.

Repet: sistemul bancar românesc a avut şi are parte de o bună reglementare. Anii 2000, cu deosebire, au marcat în România o perioadă de progrese ce au contribuit la creşterea solidităţii şi încrederii în sistemul bancar, ca urmare a restructurării acestuia, diversificării portofoliului de produse bancare şi sporirii puterii de cumpărare a populaţiei. În acest context, restructurarea bancară şi realizarea unui sector bancar competitiv şi stabil au asigurat îmbinarea avantajelor diversificării activităţii bancare, un atribut propriu băncilor universale, cu cele ale unei specializări accentuate, ca factor ce exprimă o eficienţă sporită a activităţii. În acest context, sistemul bancar românesc a devenit tot mai performant.
Acum, în condiţiile crizei, continuăm să îmbunătăţim activitatea de reglementare prin racordarea şi mai strânsă cu bunele practici bancare europene. Şi printr-o sporită receptivitate la preocupările din Uniunea Europeană. Acest fapt sper să fie înţeles foarte bine.

Climatul turbulent de pe pieţele financiare internaţionale şi riscurile pe care activitatea băncilor le presupune în prezent, ne-au determinat să adoptăm un pachet de norme preventive, pachet ce cuprinde planuri de intervenţie în caz de nevoie (contingency plans) şi legislaţia care să ne permită să intervenim. Putem folosi în prezent acele instrumente care şi-au dovedit funcţionalitatea în soluţionarea dificultăţilor sistemelor bancare de după 2008 din ţări precum Statele Unite ale Americii, Marea Britanie, Germania, Belgia, Republica Cehă.

Astfel, Banca Naţională poate decide preluarea unor active, unor pasive sau a unor pachete de active şi pasive ale unei bănci, în cazul în care aceasta nu mai poate să-şi susţină din punct de vedere financiar activitatea. Ele se transferă în portofoliul unei alte bănci, solide şi interesate în tranzacţie. Asemenea transferuri se decid atunci când constatăm că rambursarea depozitelor garantate ale populaţiei aflate la banca în dificultate ar fi mai costisitoare decât finanţarea unei asemenea operaţiuni prin care depozitele trec la o bancă solidă.

De asemenea, atunci când situaţia unei bănci din România ori a acţionarilor săi este de natură sa ne creeze temeri de mai mare anvergură, de ordinul afectării stabilităţii financiare, avem la dispoziţie instrumentul Băncii Punte (bridge bank). Banca Punte este o bancă nouă, temporară, aflată în proprietatea Fondului de Garantare a Depozitelor şi condusă de specialişti numiţi de Banca Naţională, care preia partea sănătoasă a afacerii – active şi pasive – de la banca ameninţată. Banca Punte urmează să administreze acest portofoliu până în momentul în care piaţa va permite vânzarea către un investitor puternic.

În toate aceste împrejurări, principiile de la care pornim sunt cele ale garantării depozitelor bancare ale cetăţenilor, asigurării stabilităţii financiare, evitării la maximum a implicării banilor publici, suportării riscurilor afacerii bancare în primul rând de către acţionari. Trebuie să menţionez, însă, că toate aceste instrumente, ca şi planurile de folosire a lor, vor fi activate numai în caz de nevoie, iar prioritatea noastră este prevenirea apariţiei unor asemenea situaţii, printr-o supraveghere riguroasă şi prin permanenta comunicare cu băncile.

Piaţa liberă şi concurenţa sunt esenţiale în efortul de ieşire din criză. Dar cum să faci să funcţioneze bine piaţa liberă fără legi bune, fără reglementări adecvate şi fără oameni pregătiţi să le înţeleagă, să le respecte şi să le pună în practică?! Noua revistă de drept, editată de Banca Naţională, are tocmai rolul de a promova această cerinţă cardinală.

Noul orologiu al creditării



Adrian Vasilescu
Consilier al Guvernatorului
Băncii Naţionale a României

O nouă reglementare a creditelor e în pregătire la Banca Naţională. Un proiect, schiţat de direcţia de specialitate, a fost supus dezbaterii publice. Opiniile exprimate, unele pro şi altele contra, propunerile de modificare au fost numeroase. Acum dezbaterea s-a încheiat. Proiectul final, îmbunătăţit în urma dezbaterii publice, va fi înaintat Consiliului de Administraţie al Băncii Naţionale a României. Decizia se va lua aici, prin vot.

Două obiective îşi propune Banca Naţională cu acest proiect: o creditare sănătoasă şi evitarea supraîndatorării populaţiei. De altfel, dincolo de noile reguli cerute de banca centrală, chiar şi băncile comerciale manifestă un evident spor de prudenţă.

De ce o nouă reglementare?

România se află astăzi, în vremuri de criză, în faţa a două mari sfidări: resursele de creditare ale băncilor sunt limitate; în schimb, dorinţele şi visurile românilor privind creditele, mai ales creditele imobiliare, sunt nelimitate. La răscrucea acestor două stări, ritmurile creşterii creditării au încetinit, dar nu s-au oprit. Nu mai sunt însă anii 2000-2007, când oamenii s-au repezit să ia credite, iar băncile s-au dovedit generoase. Atunci, pe piaţa creditelor, fusese pus în funcţiune un orologiu mult prea grăbit.

Pentru încetinirea creditării, băncile comerciale nu s-au sfiit să dea vina pe Banca Naţională a României. Încă din toamna lui 2008, Regulamentul nr. 11 al Băncii Naţionale a României, abia intrat în vigoare, era învinuit că ar fi un stăvilar în calea creditării. Apoi, învinuirile aduse Băncii Naţionale a României şi-au diversificat ţintele, un cal de bătaie deseori invocat fiind dobânda de politică monetară.

Revin la Regulamentul nr. 11 din 2008. Invocarea lui a fost o ţintă falsă. Adevărul era altul. Un vechi dicton devenise mai actual decât acum un secol, când a fost pus în circulaţie: „Bancherul îţi dă umbrela când e soare şi ţi-o ia când plouă". E, desigur, o metaforă. O figură de stil bine ţintită, din care răzbate un adevăr semnificativ: acela că, în relaţiile cu băncile, oricare ar fi clientul, o ţară, o companie sau o familie, creditele se reduc drastic când vremea e urâtă. Şi e clar că, atunci, în toamna lui 2008, când criza financiară tulbura vremea pe planetă, soarele se ascunsese în nori. Aşa că şi băncile româneşti, în politica de creditare, au pus în funcţiune un orologiu nou, care se grăbea încet.

Repet: Regulamentul Băncii Naţionale a României era o ţintă falsă. Practic, Banca Naţională a României a făcut atunci, în 2008, cu un ceas mai devreme, pasul pe care acum, în plină criză financiară, îl fac multe alte bănci din Uniunea Europeană. Numai că, până la jumătatea lui noiembrie 2008, băncile au aplicat, de fapt, vechile reguli. Dacă, totuşi, creditul s-a restrâns, motivul este altul. Venea criza şi băncile nu mai dispuneau de banii de altădată, din 2006 sau din 2007. Dau un exemplu: în octombrie 2008 creditul în valută, pentru populaţie, a scăzut faţă de septembrie cu 1,2 la sută. Era vinovat Regulamentul nr. 11? Nicidecum. Dovada? Creditul pentru companii – la care Regulamentul nr. 11 nu făcea nicio referire – a scăzut cu 1,9 la sută. Nu regulamentul era, aşadar, factorul restrictiv, ci criza financiară globală.

Referindu-mă acum strict la Regulamentul nr.11 din 2008, voi sublinia că adevărul e în titlul normei: limitarea riscului de creditare la persoanele fizice. Regulamentul pleca de la un fapt real: creditul e un contract între două părţi: una împrumută, alta se împrumută. E clar care sunt grijile părţii care se împrumută: să plătească ratele, lună de lună. Societatea beneficiază de două ori: prima dată, apar stocuri de case noi sau sunt vândute mai multe bunuri de consum; a doua oară, cei care şi-au luat case sau alte bunuri pe credit, vor avea o grijă mărită să nu-şi piardă slujba ca să-şi poată rambursa creditul. Dacă îşi pierd slujba îşi pierd bunurile. Criza a îngreunat însă condiţiile de rambursare a creditelor. Pot să apară multe necunoscute. Aşa că griji şi mai mari are partea care împrumută. Mai întâi, e nevoie să aibă ce să împrumute. Să fie finanţată, pentru ca mai departe să poată finanţa. Apoi, i se cere să fie cu ochii în patru în selectarea clientelei, ca să nu-şi piardă banii acordând credite unor persoane care ar putea deveni la un moment dat insolvabile. Şi, în egală măsură, să nu dea bani unor visători, unor persoane cu viitor profesional incert, care ar putea să-şi piardă sursa de venit şi, în consecinţă,

să-şi piardă chiar casa. Banca Centrală nu poate face abstracţie nici de riscul ce planează asupra sistemului bancar: nerambursarea creditului; şi nici de obligaţia de a-i feri pe cei ce se împrumută de nedorite drame ce ar putea fi determinate, pe parcursul îndelungat al derulării creditului, de o eventuală insolvabilitate. Aşa cum s-a ajuns la cheltuielile pentru lumină, căldură şi întreţinerea locuinţei. Multe familii au intrat în încetare de plăţi. Şi nici faptul că veniturile românilor sunt încă modeste nu poate fi ignorat. O cerere de credit, ca să fie solvabilă, are nevoie de o acoperire solidă.

Pofta de consum şi pofta de muncă

Ce le cere băncilor Regulamentul nr. 11 al Băncii Naţionale a României? În primul rând, să-şi condiţioneze creditarea de o anumită bonitate. Lucru important mai ales acum, când criza obligă la restricţii. Pentru ca şansa dată unei persoane sau unei familii, de a acoperi o nevoie stringentă cu un împrumut, să fie la rândul ei acoperită cu o garanţie solidă. În acelaşi timp, mai cere ca nicio bancă să nu-i dea cuiva un credit pentru satisfacerea poftei de consum doar în schimbul unei simple solicitări. Ci să-l întrebe obsedant cum stă cu pofta de muncă şi cu şansa de a avea un loc de muncă permanent şi cert. Mai mult, îi cere să-i verifice bonitatea, să aducă acte din care să reiasă că are un venit îndestulător, ca să-şi poată plăti ratele şi, totodată, să-i rămână o sumă rezonabilă pentru consumul curent. Dacă băncile, care îşi doresc o amplificare rapidă a creditelor, n-o pot face, de vină nu e Regulamentul Băncii Naţionale a României. Dovadă grija lor de a remunera bine depozitele bancare, în care să adune economisirea internă. Generozitatea în a remunera economisirea arată că adevărata cauză a restrângerii creditelor e alta: astăzi, în toată lumea, banii sunt mai puţini şi mai scumpi.

Se subînţelege, aşadar, că sistemul bunăstării pe datorie îşi va restrânge sfera de acţiune. Va fi restructurat. Banca Naţională însăşi se vede nevoită să intervină cu noi măsuri de temperare a creditării. Entuziasmul de până în 2008, când unele bănci au împrumutat bani cu uşurinţă, se răzbună astăzi. Băncile în cauză sunt încărcate cu un noian de credite neperformante. Şi, în plus, împovărate cu provizioane. E o lecţie ce merită să fie bine învăţată. Subliniez însă, apăsat, că Banca Naţională nu şi-a propus nicio clipă să blocheze creditul. Îl va înscrie însă pe o linie de optimă raţionalitate. Aşa cum cer Comisia Europeană şi Banca Centrală Europeană.

Noul proiect de reglementare pregătit de Banca Naţională a României, aflat în curs de finalizare, pleacă de la adevărul că creditul bancar va fi în continuare un motor important al economiei. Dar nici împrumutătorii, nici cei ce se împrumută nu vor mai putea să sfideze riscurile. Şi, mai cu seamă, nu vor avea cum să închidă ochii în faţa unei realităţi dure: aceea că banii din economisirile altor ţări sunt mai puţini acum, aşa că băncile vor fi nevoite să se bazeze mai mult pe economisirea internă. Iar Banca Naţională nu are niciun drept să întoarcă spatele acestor realităţi. Şi n-o face.

Sunt stimulate mai cu seamă creditele în lei

Mizând pe creşterea temperată a creditului de consum, Banca Naţională a României sprijină îndeosebi împrumuturile în moneda în care este plătit debitorul; totodată, încurajează extinderea creditului pentru investiţii imobiliare. Căci a lăsa, acum, ca nevoia de bani noi pentru consum să fie acoperită cu un exces de credite în valută şi fără limită de timp ar fi cea mai gravă eroare.

Criticii noii reglementări în pregătire spun că este un nonsens ca Banca Naţională a României să vină cu astfel de propuneri de normare în împrejurările actuale, când creditele nu mai sunt stimulate de bănci, salariile nu mai urcă, iar banii trimişi de compatrioţii noştri plecaţi în lume nu mai au putere să împingă prea mult înainte cererea internă. Numai că Banca Naţională nu face reglementări pentru câteva luni, ci pentru câţiva ani. Şi nu poate să nu ţină cont de un adevăr al vremii noastre: acela că, pe planetă, excesul de bani nu va reveni prea repede. Banii vor fi, multă vreme, mai puţini şi mai scumpi.

Proiectul noului regulament de creditare împarte creditele în două mari clase: pentru consum şi pentru investiţii imobiliare. Ambele clase având un numitor comun: creditarea responsabilă.

Dincolo de nenumăratele intenţii atribuite băncii centrale de către cei ce s-au lansat în polemici pe marginea acestui subiect pe o scară largă, repetând teze vechi, de la „îngheţarea" la „blocarea" creditelor, Banca Naţională a României are în vedere, în continuare, deplina responsabilizare a celor care dau şi a celor care primesc credite. Plus temperarea creditării în valută. Şi cum, în limba română, acest cuvânt are trei înţelesuri, foarte apropiate între ele – a potoli, a modera, a domoli –, pot spune că toate aceste sensuri corespund politicii băncii centrale. Dar nici unul dintre ele nu are vreo legătură cu sensul dat de unii dintre criticii proiectului: de îngheţare sau de blocare a creditului, în general, şi a celui în valută, în special. Un astfel de deznodământ nici nu e dorit şi nici nu e posibil. Când însă limitele adevărului sunt încălcate – şi Băncii Naţionale i se reproşează că bunăoară vrea să blocheze construcţia de locuinţe, deşi în realitate doreşte s-o încurajeze – se ajunge vrând-nevrând la dezinformarea celor ce sunt interesaţi de viitoarea desfăşurare a creditării în România.

Revenirea la normalitate

Noile reguli, dincolo de faptul că nu impun nicio limită de timp atunci când creditul este luat în scopul unei investiţii imobiliare, introduc privilegiul ipotecii numai pentru acest tip de credit. În schimb, ipoteca nu va mai fi un privilegiu în cazul creditului de consum. În sensul că, garantat cu ipoteca pe o casă ori fără o ipotecă, durata unui credit de consum nu va putea să depăşească cinci ani.

Dacă, în cazul creditelor pentru investiţii imobiliare, în linii generale va fi menţinut regimul actual, creditele de consum vor avea un regim ce va fi schimbat în bună măsură. Am amintit deja limita maximă de cinci ani. Ea exprimă o revenire la normalitate. Fiindcă nu era firesc să fie date credite pe 10-15 ani pentru procurarea unor bunuri de consum. Nu rareori, debitorul continua să fie dator şi să plătească rate pentru bunuri deja ieşite din uz, moral sau chiar fizic.

Creditarea responsabilă va afecta şi creditele mici. Acele credite (de consum) ce nu depăşesc suma de 20.000 de lei. Sau 5000 de euro. Pentru că tocmai ele, acum, dau de furcă băncilor. Întâi şi întâi pentru că băncile au dat cu foarte mare uşurinţă astfel de credite. Şi dacă au fost larg deschise căile de acces, o parte a populaţiei a dat buzna fără să se întrebe cum îşi va achita datoriile către bănci. Şi a ieşit rău.

Iată câteva cifre relevante. În totalul creditelor acordate persoanelor fizice, ponderea împrumuturilor mici este de 18 la sută. În schimb, în totalul restanţelor înregistrate până la această oră, ponderea restanţelor la creditele mici este de 40 la sută. La creditele mai mari de 20.000 de lei sau 5000 de euro restanţele sunt numai de 4,1 la sută. Vedem limpede, din această diferenţă, că responsabilitatea sporită cu care băncile au acordat creditele mari se regăseşte acum în numărul mic de restanţe. Şi invers, uşurinţa cu care băncile au dat acces la creditele mici se întoarce acum împotriva lor cu un noian de restanţe.

Banca Naţională prin pregătirea noului proiect de creditare, nu intenţionează nicidecum să blocheze creditul de consum. Dar vrea, prin noile reglementări, să-l readucă în normalitate. Unde-i descurajarea? Desigur, numai în închipuirea celor care au interpretat în grabă documentul supus dezbaterii.

Scopul principal: creditarea sănătoasă

Noul proiect de reglementare, prin care banca centrală îşi propune să introducă un nou stil de creditare, întemeiat pe diminuarea riscurilor şi pe evitarea supraîndatorării, a stârnit dezbateri furtunoase. S-a făcut multă vâlvă că băncile vor fi descurajate de impactul noilor norme din proiectul Băncii Naţionale a României. S-a spus şi s-a scris chiar că Banca Naţională ar vrea să răărească clientela băncilor; şi că băncile ar fi în situaţia de a-şi pierde o mare parte a clientelei. E absurd. Pentru că, în esenţă, e vorba doar de o măsură prudenţială: "limitarea riscului de creditare". Fără a bloca însă creditarea.

Astăzi, în condiţiile crizei globale, nimeni în România n-ar putea să blocheze funcţionarea pieţei monetare şi de credit. Se impune însă o mai mare atenţie la cei doi stâlpi mari ai acestei pieţe: cât plătesc băncile pentru resursele atrase (dobânzile pasive) şi cât cer pentru creditele acordate (dobânzile active). Dacă dobânzile pasive nu ajung la o rată optimă, cu trei componente – 1) umbrela ce apără banii de inflaţie; 2) un premiu pentru riscul depunătorului; 3) plus sau minus cota băncii - , instituţiile bancare îşi vor epuiza resursele şi nu vor avea de unde să dea credite. Mai mult: dacă dobânzile active o iau razna, companiile şi populaţia vor suporta scumpiri iraţionale ale împrumuturilor.

Acum, creditarea bate pasul pe loc. Din cauza Băncii Naţionale? Nicidecum! Noua reglementare e încă doar un proiect. Altul e acum răspunsul, la îndemâna tuturor: „Din cauza crizei!" Răspunsul cel mai comod. Dar mai e şi un alt răspuns, legat de încredere.

Creditarea se restrânge. Cererile de credit, îndeosebi cele pentru creditul ipotecar, sunt întoarse pe o parte şi pe alta, analizele sunt mai riguroase, criteriile mai severe. Criza însă va trece. Şi chiar dacă nimic nu va mai fi cum a fost, dacă însăşi lumea se va schimba şi vom fi obligaţi să alegem un alt stil de viaţă, creditul va continua să ajute mase mari de oameni să-şi înceapă viaţa cu viitorul. De fapt, cu propria lor proiecţie. Fapt ce-i va obliga să ţină cont de timp, să acumuleze bonităţi. Asta e o cale, cea mai grea. Cealaltă cale e să te mulţumeşti cu ce ai, să renunţi la luptă. Fiecare e liber să aleagă.

Un lucru cert: Banca Naţională a României acordă o atenţie deosebită reglementării. Inclusiv în materie de creditare. Şi cum de cele mai multe ori, când sunt introduse reguli noi, judecata pleacă de la criterii emoţionale, deja începe să fie trecut cu vederea un fapt esenţial: că proiectul în cauză, la fel ca şi alte norme date cu acelaşi scop, îşi propune să introducă creditarea într-un circuit raţional. Din 2003, de altfel, de când creditul a făcut explozie, Banca Naţională a României a fost continuu nevoită să intervină fără încetare cu măsuri de temperare. Fără să fi pus frâne creditării.

Acum e criză, multe lucruri sunt cu capul în jos, dar viaţa nu se sfârşeşte aici. Întotdeauna, după timpul prezent, urmează timpul viitor.

Scurtă prezentare a primelor trei evenimente din seria Colocviilor juridice ale Băncii Naţionale a României



Isabelle Chelariu
Consilier juridic la Direcţia Juridică Banca Naţională a României

În ziua de 6 octombrie 2010 a avut loc, în sala „Mitiţă Constantinescu" a Băncii Naţionale a României *Colocviul juridic al Băncii Naţionale a României*, Ediţia I, cu tema *„Instrumente de plată"*.

Lucrările primei ediţii a Colocviilor juridice ale Băncii Naţionale a României au fost deschise de către domnul acad. Mugur Isărescu, Guvernatorul Băncii Naţionale a României, care a salutat iniţiativa domnului Viceguvernator Bogdan Olteanu cu privire la organizarea acestui eveniment, benefic atât pentru specialiştii din domeniul juridic din banca centrală, dar şi pentru specialiştii din băncile comerciale, precum şi pentru oamenii de afaceri din România.

Încă de la prima ediţie, evenimentul *„Colocviile juridice ale Băncii Naţionale a României"* a reunit peste 200 de participanţi şi s-a dovedit a fi o oportunitate pentru schimbul de idei între teoreticieni şi practicieni ai dreptului, pe de o parte şi beneficiarii evoluţiilor legislative, pe de altă parte, pe diverse teme de interes pentru lumea financiar- bancară şi de afaceri din România.

Pentru ilustrare redăm, mai jos programul evenimentului.

1. *Alexandru Nicolae Păunescu, Director adjunct, Direcţia juridică, Banca Naţională a României*, „Evoluţia instrumentelor de plată şi practica în materie a Direcţiei juridice din Banca Naţională a României;

2. *Ruxandra Avram, Şef serviciu, Direcţia Stabilitate Financiară, Banca Naţională a României*, „Piaţa plăţilor- rolul de overseer al băncii centrale";

3. *Valentin Corduleanu, Director adjunct, Banca Transilvania*, „Instrumente de plată- aspecte practice ale relaţiei duale client- bancă comercială;

4. *Bogdan Pleşuvescu, Director, Departamentul Juridic, Credit Europe Bank*, „Aspecte practice cu privire la acceptarea în garanţie a instrumentelor de plată";

5. *Crenguţa Leaua, Vicepreşedinte, Curtea de Arbitraj Comercial Internaţional de pe lângă Camera de Comerţ şi Industrie a României*, „Instrumente de plată între istorie şi revigorare";

6. *Mugur Podaru, Director, Direcţia Plăţi şi Internet Banking, CEC Bank* „Considerente de practică bancară în operaţiuni cu instrumente de plată".

Lucrările primei ediţii a Colocviilor juridice ale Băncii Naţionale a României s-au încheiat cu dezbateri



cu privire la o serie de aspecte juridice cu privire la instrumentele de plată, precum şi cu privire la acceptarea în garanţie a acestora.

Dorim ca, în cuprinsul revistei, să publicăm prezentările autorilor. Pentru început, redăm prezentarea susţinută de către domnul Alexandru Nicolae Păunescu, Director adjunct la Direcţia juridică din Banca Naţională a României.

În continuarea seriei Colocviilor juridice ale Băncii Naţionale a României, la data de 15 februarie 2011 a avut loc, în sala „Mitiţă Constantinescu" din Palatul Băncii Naţionale a României, primul Colocviu juridic al Băncii Naţionale a României organizat în acest an. Tema colocviului a fost *„Deţinerea temporară de acţiuni de către instituţiile de credit - formă de restructurare a agenţilor economici"*, ţinând seama atât de importanţa practică a utilizării acestei instituţii juridice, cât şi de preocuparea Băncii Naţionale a României de a emite o reglementare, în acest sens.

În deschiderea lucrărilor colocviului, domnul acad. Mugur Isărescu, Guvernatorul Băncii Naţionale a României, a sintetizat importanţa tematicii şi a făcut o prezentare a lectorilor care vor trata din diverse perspective această temă.

În alocuţiunea sa, Guvernatorul Băncii Naţionale a României, a arătat:

„Modul în care acest mecanism funcţionează în piaţă, rolul Băncii Naţionale a României şi, în general, al autorităţilor publice, am în vedere în special, instituţiile juridice, vor face obiectul dezbaterilor pe care le deschid în acest moment.

Despre tema de astăzi, daţi-mi voie să fac câteva consideraţii generale. Eu le-am preluat din materialele supuse discuţiei. Cred că este o temă de interes atât pentru economia reală, cât şi pentru sistemul bancar. Aş spune că este o temă de interes şi pentru conducerea ţării, pentru că toţi avem interesul ca rezoluţiile problemelor care au apărut, în special, cele financiare, în urma crizei, să fie pozitive.

Realitatea este următoarea: avem un număr semnificativ de credite neperformante în acest moment. Nu este în afara tendinţelor mondiale, dar este un număr semnificativ, nu poate să fie neglijat câtuşi de puţin, chiar de Direcţia supraveghere a Băncii Naţionale.

Reamintesc că sunt definite ,,credite neperformante" acelea care înregistrează întârzieri de cel puţin 90 de zile. Ne uităm şi la preindicatorul ,,întârzieri de 60 de zile" care ne arată ce ar putea să fie în viitor. Vorbim de debitori aflaţi în dificultăţi serioase de plată, şi nu accidente de parcurs ori simple probleme de lichiditate.

Aşa cum am mai spus, când a fost o simplă problemă de lichiditate, Banca Naţională a intervenit în plină criză şi a furnizat punctual şi la momentul oportun lichiditatea necesară. Nu la acestea mă refer.

Nerestructurarea acestor credite neperformante este de natură să ducă pe de o parte la nerecuperarea activelor împrumutate, la blocajul activităţii debitorilor pe de altă parte şi, pe partea terţă, la nivel macroeconomic, să aibă mari consecinţă macro şi microeconomice negative.

Din acest punct de vedere, perspectiva reorganizării pe cale naturală, prin preluarea acţiunilor de piaţă de către un alt investitor, ştim bine că a fost o speranţă, uneori fructificată, dar care a fost la noi îngreunată, pe de o parte, de gradul înalt de neîncredere, de climatul pe care îl avem în dezbaterea publică, care a împrăştiat neîncrederea pe un fond psiho - social specific, de suspiciune, iar această neîncredere s-a amplificat, dar, pe de altă parte, avem şi o altă realitate: un grad scăzut de capitalizare a economiei reale. Mai avem o atitudine extrem de prudentă a băncilor, în ceea ce priveşte activitatea de creditare şi mă refer aici nu numai la creditarea fostelor proiecte, dar şi la creditarea noilor proiecte, care să le dea o altă perspectivă. În acest context, asigurarea finanţării activităţii este, împreună cu controlul costurilor, condiţia unei posibile relansări generale la nivel macroeconomic.

Preluarea temporară a acţiunilor de către banca creditoare îi poate da acesteia încrederea necesară de a asigura refinanţarea, dar aţi văzut că am folosit expresia ,,îi poate da". Trebuie să discutăm acum ce înseamnă acest ,,îi poate", care sunt condiţiile ca această încredere să apară. Problema încrederii este esenţială în acest moment, în România. În acelaşi timp, banca trebuie să fie pregătită să îşi asume responsabilităţi noi şi să dezvolte competenţe noi. Intră într- un domeniu nou pentru ea. Am spus că nu este o activitate, să o numesc specifică. Nu este neuzuală în momente de criză. În sistemul bancar din România, aş putea spune că este o noutate să intre în restructurări, în reeşalonări de credite, şi, eventual, să preia o parte din acţiuni. Banca, aproape, intră în jocul acesta şi ar trebui să contribuie sau chiar ea să desemneze management capabil pentru societatea nou croită, într- un fel, cel puţin pe partea de acţionariat. Acest nou management este necesar pentru că numai un management nou poate să gândească restructurarea, sau hai să nu fiu atât de categoric, în majoritatea cazurilor, managementul vechi nu poate ieşi din cutumele sale şi nu poate să dea o anumită perspectivă sau nu poate să redea încă încrederea.

Probabil, şi am văzut din experienţa altor ţări, poate fi desemnat prin recrutarea externă, presupunând competenţe diferite de cele ale personalului băncii care intră într- un asemenea business, având în vedere ceea ce v-am spus înainte. Băncile nu sunt, ca atare, pregătite de aşa ceva, au personal limitat care să se poată ocupa de aşa ceva. În acelaşi timp, noul acţionar trebuie să îşi stabilească în interior, aici este vorba şi de interiorul băncilor, şi acest lucru nu este absolut deloc de neglijat, să-şi stabilească structuri capabile să administreze participaţiile dobândite. Este evident, deci, că ne confruntăm cu o situaţie nouă. Până la intrarea în recesiunea din 2008- 2009, România nu a avut în 20 de ani nici o perioadă în care un mare număr de companii private să intre concomitent în dificultăţi financiare, de natură să le afecteze capacitatea de a-şi asigura serviciul datoriei către bănci".

În continuare, domnul Bogdan Olteanu, Vicegubernator al Băncii Naţionale a României, a condus lucrările colocviului, arătând importanţa practică a noului mecanism de care vor beneficia băncile comerciale sau instituţiile de credit în recuperarea creditelor acordate:

,,Este cât se poate de clar că, pentru bănci, operaţiunea preluării temporare de acţiuni nu este una simplă, din prisma prudenţialităţii, mai ales că băncile nu preiau în patrimoniu buchete de flori. Dacă companiile ar fi mers bine şi ar fi fost atrăgătoare şi acţiunile lor ar fi cuprins valoarea intrinsecă, nu s-ar fi pus problema preluării, pentru că aceste companii ar fi avut şansa de a plăti. Din punctul acesta de vedere reglementarea prudenţială trebuie să fie atentă.

Pe de altă parte, preluarea este o şansă de relansare a companiilor în opoziţie cu perspectiva falimentului, în cazul opus. Deci, o formulă de alocare socială a resurselor. Fără îndoială băncile comerciale nu fac politici publice. Băncile comerciale, în mod legitim şi corect, se ocupă de maximizarea sumelor recuperate din creditul acordat. Autoritatea publică, însă, are misiunea şi obiective publice, obiective sociale şi, de aceea, din acest

punct de vedere, e clar, şi ne gândim că reglementarea prudenţială atentă nu trebuie să fie în acelaşi timp descurajatoare. Apar aceste elemente importante de management de portofoliu. Nu cred că, în acest moment, la nivelul băncilor, există în interior capacitatea de a conduce companii industriale. Nici nu ar trebui să fie, pentru că aceasta ar presupune că băncile şi-au recrutat oameni care se ocupă sau care se pricep la altceva decât la ce fac băncile. Este o oportunitate, fără îndoială, pentru cei ce sunt în afară şi care fac aşa ceva şi care, probabil, vor fi căutaţi de bănci. Avem întrebări importante legate de modul în care schimbarea calităţii de creditor în cea de acţionar afectează poziţia băncii. Apar pârghii de acţiune suplimentare, legate de calitatea de acţionar, fără îndoială, pârghii de acţiune, pârghii de control, apar în acelaşi timp riscuri suplimentare, odată ce banca îşi pierde calitatea de creditor privilegiat în favoarea celui de creditor chirografar cu ultim grad de preferinţă, în cazul insolvenţei."



*

Mai jos, redăm programul colocviului, care a cuprins următoarele prezentări:

1. *Nigel Davies, Associate Director, Grand Thomton UK LLP*, „Tournaround and Growth Financing for Streesed Businesses";

2. *Av. Arin Octav Stănescu, Preşedinte, Uniunea Practicienilor în Insolvenţă din Bucureşti*, Probleme specifice creditorilor financiar-bancari în procedura insolvenţei;

3. *Av. Andrei Cionca, Casa de Insolvenţă Transilvania*, Conversia creanţelor bancare în acţiuni ca metodă de maximizare a recuperării acestora. Studiu de caz;

4. *Mircea Coriga, Director, Direcţia Recuperare şi Prevenire a Fraudelor, Unicredit Ţiriac Bank*, Studiu de caz: cazul Flamingo;

5. *Mirela Dima, Şef serviciu, Direcţia Reglementare şi Autorizare, Banca Naţională a României*, Deţinerile temporare de acţiuni/părţi sociale în cursul unei operaţiuni de restructurare financiară;

6. *Adrian Dumitrescu, Consilier juridic, Direcţia Juridică, Banca Naţională a României*, Aspecte juridice privind deţinerile temporare de acţiuni în entităţi nefinanciare;

7. *Beatrice Popescu, Director, Direcţia juridică, Alpha Bank*, Executarea garanţiei reale mobiliare asupra acţiunilor/părţilor sociale;

8. *Simona Caraghiaur, Director, Direcţia juridică, Bancpost*, De lege ferenda: experienţa bancară conduce debitorii;

9. *Mirela Iovu, Vicepreşedinte, CEC Bank S.A.*, Soluţii extrajudiciare de recuperare a creanţelor ce pot fi utilizate de bănci;

10. *Dan Georgescu, Director, Direcţia Juridică, Unicredit Ţiriac Bank*, Aspecte practice privind conversia unui debit în deţineri de participaţii la capital.

*

Prezentările au fost urmate de dezbateri, lectorii răspunzând întrebărilor puse de participanţi.

În încheierea lucrărilor, concluzionând asupra acestui colocviu juridic, domnul Bogdan Olteanu, Viceguvernator al Băncii Naţionale a României a anunţat că seria acestor colocvii va continua în trimestrul al doilea al anului 2011, urmând ca să se comunice, în timp util, data şi tema viitorului eveniment.

Dorim ca, în cuprinsul revistei, să publicăm prezentările autorilor. Pentru început, redăm prezentările susţinute de către domnul Ianfred Silberstein, Director, Direcţia Juridică din Banca Naţională a României, şi domnul Adrian Dumitrescu, Consilier juridic la Direcţia Juridică din Banca Naţională a României.

La data de 8 iunie 2011, a avut loc, în sala „Mitiţă Constantinescu" din Palatul Băncii Naţionale a României, în seria evenimentelor organizate de banca centrală, cu titlul „Colocviile juridice ale Băncii Naţionale a României", ediţia a treia, Colocviul cu tema „Restructurarea creditelor versus reorganizarea activităţii debitorilor."

Lucrările Colocviului au fost deschise de către Guvernatorul Băncii Naţionale a României, domnul



acad. Mugur Isărescu, care a reiterat importanţa organizării acestor evenimente, atât pentru specialiştii din banca centrală, cât şi pentru reprezentanţii mediului financiar - bancar.

La eveniment au participat reprezentanţi ai instituţiilor de credit, ai firmelor de avocatură, profesori universitari, reprezentanţi ai Curţii de Arbitraj Comercial Internaţional de pe lângă Camera de Comerţ şi Industrie a României, precum şi reprezentanţi ai firmelor de audit şi firmelor de insolvenţă.

Colocviul a adus în discuţie tema restructurării creditelor versus reorganizarea activităţii debitorilor, un subiect de actualitate pentru specialiştii din domeniul financiar- bancar din România. De asemenea, s-a abordat problematica finanţării debitorului în insolvenţă, precum şi aspecte juridice privind procesele de restructurare financiară şi operaţională.

Lucrările Colocviului au fost deschise de către domnul Alexandru Nicolae Păunescu, Director adjunct la Direcţia Juridică a Băncii Naţionale a României, care a prezentat tema cu titlul „Restructurarea creditelor versus reorganizarea activităţii debitorilor", din perspectiva activităţii departamentului juridic din banca centrală.

În cadrul Colocviului au fost prezentate studii de caz. Primul studiu de caz a fost expus de către doamna Av. Crenguţa Leaua, lector universitar la Academia de Studii Economice şi Vicepreşedinte al Curţii de Arbitraj Comercial Internaţional de pe lângă Camera de Comerţ şi Industrie a României şi s-a referit la reorganizarea debitorului, ca pârghie de renegociere a creditelor. Următoarele studii de caz au fost prezentate de către domnul av. Andrei Burz, partener în cadrul firmei de avocatură Reff şi Asociaţii S.C.P.A., membră a Deloitte România, care a ilustrat soluţii de restructurare a creditelor bancare privite din perspectiva Deloitte România.

Lucrările seminarului au fost moderate de către domnul Bogdan Olteanu, Viceguvernator al Băncii Naţionale a României.

Mai jos, vă prezentăm programul Colocviului juridic cu tema „Restructurarea creditelor versus reorganizarea activităţii debitorilor".



Alexandru Nicolae Păunescu, Director adjunct, Direcţia Juridică, Banca Naţională a României, „Restructurarea creditelor versus reorganizarea activităţii debitorilor;

Av. Crenguţa Leaua, lector univ., Academia de Studii Economice, Vicepreşedinte, Curtea de Arbitraj Comercial Internaţional de pe lângă Camera de Comerţ şi Industrie a României, Reorganizarea debitorului – pârghie de renegociere a creditelor? Studii de caz;

Daniela Lulache, Managing Partner, S. C. Eqvon Finance S.R.L., Restructurarea afacerilor între stigmat şi salvare miraculoasă;

Gianina Lazanu, Director, Direcţia Recuperări Mari Creanţe, Departamentul risc, B.R.D.- Societe Generale, Restructurarea activităţii companiilor versus reorganizarea judiciară - oportunităţi şi ameninţări;

Beatrice Popescu, Director, Direcţia juridică, Alpha Bank, Principii ale restructurării extrajudiciare;

Av. Vasile Deleanu, Member of Warwick Legal Network, an International Association of Independent Law Firms, Finanţarea debitorului în insolvenţă. Facilitate sau constrângere?;

Marius Zidaru, Director, Departamentul de Business Recovery Solutions, Pricewaterhouse Coopers, Laura Toncescu, Partner D&B David şi Baias, Societate Civilă de Avocaţi, Incursiune în realitatea proceselor de restructurare financiară şi operaţională;

Mihaela Cristina Răvescu, Şef Departament, Departamentul juridic, remediere şi recuperare, Direcţia Remediere şi Recuperare, Banca Comercială Română, Restructurarea portofoliului de proiecte imobiliare. Consideraţii practice pentru creditori;

Av. Andrei Burz, partener în cadrul firmei de avocatură Reff şi Asociaţii S.C.P.A., membră a Deloitte România, Soluţii de restructurare a creditelor bancare-experienţa Deloitte. Studii de caz.

Prezentările au fost urmate de dezbateri, lectorii răspunzând întrebărilor puse de participanţi.

Evoluţia instrumentelor de plată şi practica în materie a Direcţiei Juridice a Băncii Naţionale a României[1]



Alexandru Nicolae Păunescu
Director adjunct
Direcţia Juridică
Banca Naţională
a României

Rezumat: *Autorul prezintă un scurt istoric al instrumentelor de plată, referindu-se la evoluția cambiei, la unificarea dreptului cambial, cu referințe asupra legii uniforme de la Geneva, precum și asupra locului cambiei și biletului la ordin în legislația română. În a doua parte a materialului, autorul se referă la proiectul SEPA și la rolul Băncii Naționale a României în actuala configurație a acestuia - realități și perspective. O trecere în revistă a unor spețe soluționate în cadrul Direcției Juridice privind instrumentele de plată și câteva probleme de natură contencioasă apărute în practica departamentului juridic din banca centrală în legătură cu aplicarea Regulamentului Băncii Naționale a României nr. 1/2001 privind organizarea și funcționarea la Banca Națională a României a Centralei Incidentelor de Plăți încheie prezentarea.*

Cuvinte-cheie:*instrumente de platã, moneda, troc, cambia, file cec, biletul la ordin.*

1. Scurt istoric al instrumentelor de plată

Sistemul de plăţi a apărut din cele mai vechi timpuri ca un set de reguli, la început sub forma unor practici, apoi a unor reguli scrise emise de conducătorii statelor, mai târziu de bănci, şi în final de autorităţi monetare ca instituţii specializate ale statului. Sistemul de plăţi este indisolubil legat de monedă, iar evoluţia acesteia a determinat apariţia şi perfecţionarea sistemului de plăţi ca un cadru organizat al transferurilor monetare în scopul finalizării tranzacţiilor economice.

Diversitatea bunurilor care fac obiectul circulaţiei (bunuri mobile, imobile, corporale sau necorporale) determină o varietate a formelor juridice prin care se realizează circulaţia.

În perioada în care bunurile se schimbau în natură, tranzacţiile erau cunoscute sub denumirea de **troc**, o formă de schimb reciproc care presupunea coincidenţa necesităţilor participanţilor la schimb. În această epocă nu putem vorbi de o plată care presupune existenţa monedei, şi deci a unor relaţii pecuniare, ci de tranzacţii care se făceau pe baza unor anumite mărfuri,



acceptate de comunitate. Abstractizarea noţiunii de marfă intermediară general valabilă a dus la apariţia **monedei metalice** (moneda timpurie), care a determinat ca tranzacţiile să se efectueze în acest tip de monedă, întrucât oferea incomparabil mai multe avantaje decât schimbul în natură. Din acest moment, putem vorbi de plăţi în monedă şi chiar de apariţia unor elemente de sistem de plăţi prin practici unanim acceptate, care se refereau la metalele de confecţionare şi forma monedei.

Creşterea schimburilor comerciale şi cantitatea limitată a metalelor preţioase au determinat apariţia în Evul Mediu a **monedei de hârtie**, la început sub forma **recipisei de depozit** eliberate de custozii (aurarii, argintarii) care primeau spre păstrare moneda din metal preţios, cu promisiunea eliberării metalului celui care aducea recipisa.

Această hârtie a devenit **moneda-semn** întrucât putea fi transmisă de purtător în schimbul mărfurilor pe care le cumpăra. Cam în aceeaşi perioadă apar şi **băncile comerciale**, care au creat un cadru organizat şi mai sigur pentru plata tranzacţiilor. Factorul hotărâtor în generalizarea plăţilor în noul tip de monedă îl reprezintă însă impunerea de către stat a folosirii monedei-hârtie (moneda fiduciară) pentru stingerea tuturor obligaţiilor publice şi private, la început în Anglia (1708), Franţa (1716) şi Prusia (1765) şi apoi, treptat, şi în celelalte state.

1.1. Evoluţia cambiei

În toate tratatele privind studiul *titlurilor co-*

[1] Material prezentat în cadrul Colocviilor Juridice ale Băncii Naţionale a României, Ediţia întâi, Bucureşti, Sala „Mitiţă Constantinescu", Banca Naţională a României, 6 octombrie, 2010

merciale de valoare, dar în special în cele privind cambia, au fost consacrate numeroase pagini evoluţiei istorice a acestora, a fazelor succesive prin care au trecut, începând din antichitate, evul-mediu cu rudimentara formă a cambiei *sine literis*, până la titlul perfect pe care necesităţile schimbului comercial l-au creat şi pe care legislaţiile moderne l-au reglementat printr-o severă şi desăvârşită tehnică juridică. Cambia a apărut şi ca o necesitate impusă de nevoile existenţei unui instrument juridic prin care să se realizeze schimbul respectiv.

Încă din antichitatea greco-romană, operaţia care reprezintă conţinutul cambiei de mai târziu era cunoscută ca fiind remiterea unei sume de bani, de pe o piaţă pe alta, prin intermediul unui document care atesta vărsământul. Scrisoarea folosită în *"permutaţie"*, în timpul romanilor, nu avea eficacitatea tratei (*"cambium"*) din evul mediu, când exigenţele economice erau mai accentuate[2].

Cele mai vechi instrumente de plată atestate documentar au fost cambiile despre care există informaţii că circulau în anii 500-600 în China.

Autori francezi susţin că cei care au inventat cambia sunt comercianţii evrei, în perioada anilor 1290.

În schimb, alţi autori susţin că există o probabilitate mai mare ca apariţia cambiei să fi avut loc în Italia, în jurul anului 1200. Templierii care se ocupau cu diverse tranzacţii internaţionale au început să emită cambii pe numele negustorilor, monarhilor sau trezorierilor statelor feudale.

Ca instrument de plată, întâlnim cambia în secolul al XIII-lea, când bancherii care doreau să remită o sumă de bani nu mai încheiau un contract (înscris numit *cambium per litteras*) cu clientul lor, ci aceştia dădeau ordin unui corespondent, printr-o scrisoare prin care îi indicau acestuia să plătească la prezentarea scrisorii suma de bani menţionată, fie persoanei arătate, fie reprezentantului acestei persoane (*tracta remisa*).

De asemenea, există informaţii că în anul 1307, cambia era deja cunoscută şi utilizată în Anglia, din moment ce, în acel an, regele Eduard I a ordonat colectarea unei anumite sume de bani pentru Papă şi suma a fost remisă către acesta nu prin intermediul monezilor, ci prin efectuarea unui schimb.

La începutul secolului al XVII-lea, la Amsterdam se practicau recipisele de depozit bancar cu funcţie similară cecului, iar în a doua parte a aceluiaşi secol, la Hamburg apare biletul de bancă exprimat într-o monedă de cont convenţională (*mark banco*), după unele opinii strămoşul cel mai îndepărtat al monedei euro de astăzi.

Primul act legislativ, care reglementează în mod complet şi general cambia (*"lettre de change"*) este reprezentat de *"Ordonnance du commerce"* din 1673 (*a lui Colbert*). Dispoziţiile acestei legi au fost preluate ulterior în Codul comercial francez din 1807 (*"Code Savary"*) şi au fost aplicate cu anumite modificări până în 1922[3].

1.2. Unificarea dreptului cambial. Legea uniformă de la Geneva

Odată cu intensificarea activităţilor comerciale internaţionale s-a simţit nevoia unei reglementări uniforme a cambiei şi a cecului. Calendaristic, a doua jumătate a secolului al XIX-lea şi începutul secolului al XX-lea, se remarcă printr-o serie de proiecte de unificare pregătite sub auspiciile unor organisme private, concretizate în apariţia unor lucrări. Între acestea: lucrările Institutului de Drept Internaţional Privat; ale *"International Law Asociation"* (care a adoptat şi *"Regulile de la Bremen"* şi care au fost modificate apoi la Anvers în 1877), ale Conferinţelor privind unificarea dreptului cambial de la Haga. Aceste dezbateri au fost adeseori tensionate, precum în cazul discuţiilor purtate între participanţi şi delegaţia Angliei, care a refuzat să adopte Legea uniformă ca lege naţională şi au fost finalizate cu adoptarea unui text al unei convenţii internaţionale pentru unificarea dreptului cu privire la cambie şi biletul la ordin şi a unui regulament uniform.

Declanşarea războiului în 1914 a întrerupt orice demers privind unificarea normelor de drept cambial, acesta fiind reluat la iniţiativa Societăţii Naţiunilor, iar mai târziu în 1925, la propunerea Camerei de Comerţ Internaţional care a şi elaborat două proiecte de legi, unul pentru cambie şi celălalt pentru cec.

Deşi s-a dorit elaborarea unui act cu aplicabilitate universală, (chiar şi fosta Uniune Sovietică aderând la Convenţia de la Geneva în anul 1936), datorită conservatorismului anglo – american, această lege nu a fost adoptată de aceste state care au rămas în

[2] E. Cristoforeanu, *"Tratat de drept cambial, Legea asupra cambiei şi biletului la ordin"*, vol.I, Curierul Judiciar S.A., Bucureşti, 1936, p.38.

[3] E. Cristoforeanu, op. cit., vol.I, Curierul Judiciar S.A., Bucureşti, 1936, p.40.

continuare guvernate de legile lor naţionale (*Bills of Exchange Act, şi Negociable Instrument Law*).

Adeziunea Statelor Unite ale Americii în 1963 la Institutul de drept uniform (**UNIDROIT**), a fost urmată de contribuţia lor activă la Conferinţa de drept internaţional privat de la Haga[4].

În cadrul eforturilor de unificare internaţională a dreptului cambial, Adunarea Generală a Naţiunilor Unite a creat un organism (**Comisia Naţiunilor Unite pentru Drept Comercial Internaţional - CNUDCI,** în 1968), care să concilieze sistemul de drept cambial, aşa-zis continental, creat prin Convenţiile de la Geneva, 1930, 1931 şi cel al „common law-lui"creat de *Bills of Exchange Act, 1882 şi Uniform Comercial Code*. După 20 de ani, **CNUDCI**, cu participarea activă anglo-americană, a elaborat noile reguli uniforme inspirate de soluţiile adoptate în dreptul cambial de Uniform Comercial Code din Statele Unite. Adoptarea Convenţiei Naţiunilor Unite privind cambia şi biletul la ordin în 1988, nu are ca scop înlocuirea reglementărilor naţionale în materie de cambie şi bilet la ordin, ci reprezintă pentru operaţiile internaţionale, un ansamblu de reguli a căror utilizare este facultativă, fundamentate pe principii care tind să uniformizeze materia dreptului cambial[5].

1.3. Locul cambiei şi biletului la ordin în legislaţia română

În România, plăţile fără numerar apar la începutul secolului al XVIII-lea şi primele atestări documentare vorbesc despre casele de negoţ de la Bucureşti la 1700, Braşov şi Sibiu la 1750, unde circulau prin gir (*zălog*) înscrisuri sub denumirea de poliţă. Aceste poliţe se decontau (*"răfuiau"* între ele) pentru stingerea obligaţiilor dintre părţi. Despre celelalte instrumente de plată (cec, virament), documentele fac menţiuni de abia la începutul secolului al XIX-lea.

Prima lege care şi-a propus să introducă câteva dispoziţii referitoare la cambie, a fost, în Muntenia, *Codul Caragea*. Analizând conţinutul acestuia, vom vedea că prevederile din partea a III-a, cap.IX: *Pentru poliţe*, paragraf 1 şi paragraf 6, cap II: *Cărţile*, paragrafele 6-32, ofereau reglementări sumare dar suficiente pentru acea vreme, în materia *„poliţelor"*. Ulterior, dispoziţiile *Codului Caragea* cu privire la poliţe, au fost înlocuite prin *Regulamentul Organic*, care introduce la art. 306, reforme importante, în sensul că desemnează un judecător comercial cu competenţele să judece: *"toate îndatoririle ce se nasc din poliţă"*. La art.308 se prevedea că orice bilet la ordin andosat de un comerciant ia caracterul unui act comercial, chiar dacă suma cuprinsă în interiorul lui ar rezulta dintr-o afacere civilă şi, prin urmare, competenţa de judecată aparţinea instanţelor comerciale.

În Moldova, unde se aplica *Codul Calimach*, regăsim puţine referinţe cu privire la cambie sau *"vecsele"*, doar atunci când este tratată materia falimentului. Însă, găsim o serie de indicaţii cu privire la cambii în *"instrucţiunile"* alăturate acestui cod. De exemplu, întâlnim aici pentru prima dată o definiţie a cambiei, precum şi o clasificare a acesteia: *"Cambia e un înscris prin care dătătorul ei, se îndatorează a plăti o sumă de bani, ori însuşi sau a mijloci ca după ordinul său să o plătească altul"* şi *"Dacă cambia glăsuieşte pe numele dătătorului ei se numeşte seacă; iar de va fi scrisă pe o a treia persoană care se află pe locul unde s-a tras cambia, atunci se numeşte neformală, cambie străină, care în limbaj negustoresc se numeşte trată de piaţă"*.

Prin înfiinţarea Băncii Naţionale a României în anul 1880, a fost reglementată circulaţia monetară şi s-a impus semnul monetar al ţării.

În 1919 era înfiinţată "Casa de Compensaţiuni din Bucureşti" ca o asociaţie de bănci şi bancheri, care a stat la baza organizării decontării între bănci pe sold.

Înainte de adoptarea reglementărilor privind cambia şi biletul la ordin, în perioada premergătoare datei de 1 Decembrie 1918, au existat mai multe încercări de elaborare a unui regim juridic comun şi a unei legislaţii uniforme cu privire la titlurile de



[4] A se vedea , Manuela Niţă, op. cit, p.59.
[5] Silvia Lucia Cristea, *Cambia în dreptul comparat*, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, p.23.
[6] Silvia Lucia Cristea, Cambia în dreptul comparat, Editura Lumina Lex, Bucureşti, 2001, p.17.

valoare ce se aflau în circulaţie în diferite regiuni ale României, precum proiectele Ministerului de Justiţie şi cele ale Consiliului Legislativ, care însă nu au fost votate de Parlament[6].

Iniţial, Consiliul Legislativ însărcinat cu elaborarea proiectului de lege pentru unificarea naţională a normelor de drept cambial, a tradus textul Legii Uniforme de la Geneva din 1930, considerând că este firesc să procedeze astfel.

Guvernul de la acea vreme a respins acest proiect de lege, având în vedere specificul activităţii comerciale româneşti (Codul comercial românesc din 1887, inspirat după cel italian) şi faptul că ţara noastră nu ratificase nici una dintre cele trei Convenţii de la Geneva din 1930. De aceea, textele prea fidele ale acestora nu erau oportune, iar proiectul a fost întors la Consiliul Legislativ pentru completări. După completare, proiectul a devenit Legea nr. 58 privind cambia şi biletul la ordin, (adoptată de Parlament şi publicată în Monitorul Oficial nr.100 la 1 mai 1934) care împlineşte acest deziderat, fără ca aceasta să contribuie la opera de unificare internaţională.

Legiuitorul român a dezbătut problemele care se pot naşte în legătură cu cecul într-o lege separată, adoptând Legea nr. 59/1934 privind cecul.

Legile asupra cambiei şi cecului sunt inspirate în cea mai mare parte din Legea italiană din 14 decembrie 1933, chiar cu traducerea eronată a unora dintre dispoziţiile acesteia, dar având ca şi aceasta multe dispoziţii identice cu cele ale Convenţiei de la Geneva.

Cu toate criticile aduse legilor privind instrumentele de plată, superioare din punct de vedere al conţinutului dispoziţiilor cuprinse la art.270 - 349 din Codul Comercial din 1887, (modificat ulterior în 1900), s-a considerat în mod justificat, având în vedere specificul titlurilor de plată, că acestea necesită o reglementare aparte. Pe cale de consecinţă, adoptarea ulterioară a Codului comercial de inspiraţie germană (1938), sub denumirea de *„Codul Comercial Carol al II – lea”*, nu a mai cuprins cambia în enumerarea faptelor de comerţ.

Legea cambială a operat fără modificări pe toată perioada economiei planificate, fiind folosită în special în relaţiile comerciale externe. În perioada economiei planificate, decontările se făceau în cea mai mare parte pe baza instrumentelor de credit (dispoziţia de plată). Instrumentele de debit (cecul) erau folosite numai în anumite domenii, în altele s-a renunţat la utilizarea lor. Băncile, proprietate de stat, au dobândit drepturi importante de control al plăţilor (controlul prin leu), având drept de refuz chiar dacă beneficiarul nu solicita acest lucru.

În 1990, sistemul bancar se reorganizează pe două nivele, banca centrală şi băncile comerciale, şi un nou sistem de decontare şi compensare se pune în aplicare în 1995. Totodată, se creează sistemul naţional de plăţi interbancare în care Banca Naţională a României are un rol semnificativ.

Prima modificare procedurală a legislaţiei cambiale s-a realizat prin Ordonanţa Guvernului nr.11/1993, aprobată, cu modificări, prin Legea nr.83/1994.

Prin Ordonanţa Guvernului nr.13/1995, sunt stabilite căile de înlăturare a blocajelor financiare prin emiterea de cambii în favoarea creditorilor pentru datoriile contractate de către aceştia în activitatea lor comercială.

Circulara nr. 24/1995 a Băncii Naţionale a României a înlocuit cecul cu numerar prevăzut în Norma Băncii Naţionale a României nr. 31/1993 cu cecul simplu reglementat în Legea nr. 59/1934.

Din nou, legea nu ne oferă o definiţie a cecului, dar elementele, trăsăturile şi caracterele acestui titlu de credit, existente în lege, au ajutat doctrinarii[7] să alcătuiască următoarea definiţie: cecul este un înscris prin care o persoană, numită trăgător, dă ordin unei bănci la care are un disponibil bănesc, numită tras, să plătească, la prezentarea titlului, o sumă de bani altei persoane numită beneficiar.

Prin Regulamentul nr. 3 din 2005 privind debitarea directă executată prin casa de compensare automată, Banca Naţională a României a reglementat mijlocul de plată cunoscut sub denumirea de „direct debit”, instrument utilizat în vederea simplificării plăţilor recurente, cum ar fi facturile pentru utilităţi, primele de asigurare, etc.[8] Această preocupare a băncii centrale nu este nouă, deoarece încă din 1994 fusese elaborat Regulamentul nr. 4 ce privea fundamentarea şi urmărirea îndeplinirii de către instituţia de credit autorizată (banca plătitorului) a mandatului expres şi limitat primit de la clientul plătitor pentru a executa ordine de plată în favoarea unui terţ beneficiar[9].

În anul 2008, Legea nr. 58/1934 a suferit

[7] S.D. Cărpenaru, T.R Popescu, O. Căpăţână, B. Ştefănescu.
[8] Debitele directe sunt la scară largă în Germania şi Olanda - în acest sens Mariana Diaconescu, Bănci- Sisteme de plăţi – Riscuri, Ed. Economică, 1999, p.19.
[9] În acest sens, Ilie Mihai, *Operaţiuni de încasări şi plăţi, instrumente, modalităţi şi tehnici*, Ed. Fundaţiei România de Mâine, Bucureşti, 2004, p.49.

modificări şi completări prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 39/2008, modificări care privesc, în principal, modalităţile de procesare prin mijloace electronice a cambiei şi biletului la ordin. De asemenea, Legea nr. 59/1934 a fost modificată şi completată de Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 38/2008 având acelaşi obiectiv, dar cu privire la cec.

În temeiul art. 22 din Legea 312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României, şi în temeiul art. II din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 39/2008, respectiv Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 38/2008, banca centrală a emis:

- Normele - cadru nr. 7/2008 pentru modificarea şi completarea Normelor - cadru nr. 6/1994 privind comerţul făcut de societăţile bancare şi celelalte societăţi de credit, cu cambii şi bilete la ordin, pe baza Legii nr. 58/1934 asupra cambiei şi biletului la ordin, cu modificările ulterioare.

- Norma nr. 6/2008 pentru modificarea şi completarea Normelor - cadru nr.7/1994, privind comerţul făcut de societăţile bancare şi celelalte societăţi de credit, cu cecuri pe baza Legii nr. 59/1934 asupra cecului, cu modificările ulterioare.

Progresul rapid în domeniile informaticii şi a comunicaţiilor din ultimele decenii ale secolului trecut a condus la apariţia monedei electronice şi a plăţilor electronice care au "comprimat" distanţele şi au redus timpul de decontare până la suprapunerea momentului tranzacţiei cu cel al plăţii, iar prin extinderea noţiunii de „instrumente de plată" asupra instrumentelor tradiţionale şi a celor electonice, dematerializate, care nu îndeplinesc în totalitate condiţiile unui instrument de plată, dar prin intermediul cărora se efectuează plata, s-a materializat în legislaţia noastră prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.113 din 12 octombrie 2009 privind serviciile de plată care transpune Directiva 2007/64/CE a Parlamentului European şi a Consiliului privind serviciile de plată în cadrul pieţei interne.

2. Proiectul SEPA şi rolul Băncii Naţionale a României în actuala configuraţie a acestuia – realităţi şi perspective

Obiectivul statuat expres pentru băncile centrale ale statelor - membre ale Uniunii Europene se referă la promovarea şi monitorizarea bunei funcţionări a sistemelor de plăţi, în vederea asigurării stabilităţii financiare. De-a lungul timpului, riscurile în ceea ce priveşte instrumentele de plată ca: e-money, cardurile, debitul direct, transfer credit, nu au fost considerate de interes sistemic. Cu toate acestea, siguranţa şi eficacitatea instrumentelor de credit sunt importante atât pentru menţinerea încrederii în monedă, cât şi pentru promovarea unei economii competitive. Buna funcţionare a instrumentelor de plată înlesneşte activităţile comerciale, şi, pe cale de consecinţă, nivelul de trai.

Analizele de risc efectuate în cadrul *Eurosistem*-ului (referitoare la schemele de carduri, debitul direct şi transfer credit), au evidenţiat că natura riscurilor poate fi juridică, operaţională şi financiară. Ca atare, instrumentele de plată ar trebui protejate împotriva tuturor acelor riscuri care ar putea avea un impact semnificativ asupra încrederii utilizatorilor în acestea.

În actuala arhitectură europeană, SEPA reprezintă într-o primă accepţiune, un spaţiu geografic în care consumatorii, agenţii economici, administraţiile publice şi alţi participanţi la activitatea economică vor putea efectua şi primi plăţi transfrontaliere în monedă euro, în aceleaşi condiţii şi cu aceleaşi drepturi şi obligaţii, indiferent de locul în care se află. Cu alte cuvinte, SEPA va transforma actualele pieţe naţionale, fragmentate, într-o piaţă unică a plăţilor, în care participanţii vor putea efectua plăţi utilizând un set de instrumente standardizate. Aceasta va acoperi statele - membre ale Uniunii Europene, la care se adaugă cele 4 state - membre ale Asociaţiei Europene a Liberului Schimb (Islanda, Norvegia, Lichtenstein şi Elveţia). Dintr-o altă perspectivă, SEPA nu reprezintă doar o iniţiativă de reorganizare majoră a sectorului serviciilor de plată din cadrul Uniunii Europene, ci şi un proiect politic, legat de introducerea euro ca monedă unică pentru aproximativ 500 de milioane de europeni. Fundamentele atât juridice, cât şi economice ale acestui proiect se regăsesc în obiectivul stabilit prin Agenda Lisabona în martie 2000, şi anume că Uniunea Europeană să devină *« cea mai competitivă şi dinamică economie bazată pe cunoaştere din lume, capabilă a susţine creşterea economică »*.

De altfel, în Declaraţia comună a Băncii Centrale Europene şi a Comisiei Europene din mai 2006, SEPA este văzută de Eurosistem ca o piaţă integrată pentru servicii de plată, în care nu se fac diferenţe între plăţile transfrontaliere şi cele naţionale, sub condiţia înlăturării tuturor barierelor tehnice, legale şi comerciale existente între actualele pieţe naţionale de plăţi. Ca urmare, la nivel european s-a constituit Consiliul European al Plăţilor, cu atribuţii de decizie şi coordonare în domeniul plăţilor. Compus din 65 bănci şi 3 asociaţii europene din sectorul creditării, la care se adaugă Asociaţia Bancară a Zonei Euro şi

reprezentanţi ai statelor - membre din afara zonei euro, Consiliul European al Plăţilor poate avea iniţiativă de reglementare în materie. Din punct de vedere juridic, strategia de eliminare a barierelor din piaţa internă s-a concretizat prin emiterea a două acte de importanţă majoră, unul cu aplicabilitate directă - este vorba despre *Regulamentul CE nr. 2560/2001 privind plăţile transfrontaliere în euro*, iar celălalt, cu obligaţie de transpunere în dreptul naţional - şi anume *Directiva 2007/64/CE privind serviciile de plată în cadrul pieţei interne*.

Este de notat rolul decisiv jucat de băncile centrale naţionale în implementarea cu succes a proiectului SEPA, în calitatea lor de autorităţi de reglementare şi monitorizare a sistemelor de plăţi şi colaborarea cu autorităţile statului, pentru susţinerea şi promovarea iniţiativelor adecvate implementării proiectului la nivel naţional.

Astfel, Banca Naţională a României, ca membră a Sistemului European al Băncilor Centrale, a adoptat, în acest sens, o poziţie similară celei prezentată în cadrul Eurosistemului, România fiind reprezentată la Consiliul European al Plăţilor în toate grupurile de lucru SEPA, prin membri ai comunităţii bancare şi a contribuit, totodată, la demararea procesului de elaborare, de către comunitatea bancară, a *Planului Naţional de Implementare şi Migrare SEPA*, asigurându-se că în elaborarea acestuia s-a ţinut seama de recomandările formulate de Banca Centrală Europeană şi având un rol activ în diseminarea de materiale informative la nivel naţional. În implementarea proiectului la nivel naţional, banca centrală este reprezentată la nivelul Comitetului Naţional SEPA, în calitate de observator, oferind consultanţă şi monitorizând evoluţia proiectului.

Întrebarea, însă, rămâne: se poate vorbi despre un cadru juridic european privind mijloacele de plată?

Diversele faze de consultare iniţiate de Comisia Europeană până în prezent au demonstrat existenţa consensului în privinţa necesităţii unei armonizări, precum şi referitor la simplificarea normelor existente vizând mijloacele de plată, dar şi faptul că alegerea modalităţilor concrete de a pune în practică acest deziderat naşte dezbateri controversate, atât în rândurile juriştilor, cât şi al economiştilor. Totuşi, eforturi importante au fost întreprinse şi de instituţiile de credit, chiar dacă impactul acestora pe piaţa plăţilor în zona euro s-a dovedit a fi, cel puţin până în momentul de faţă, limitat. Programul definit de Consiliul European al Plăţilor, în vederea realizării unui spaţiu unic de plăţi în euro a presupus importante modificări de natura organizării serviciilor de plăţi în Uniunea Europeană, creând, de pildă, noul serviciu european pentru viramentul bancar în euro. Dispoziţiile noului cadru juridic ar trebui să se aplice ansamblului de instrumente de plată cu vocaţie europeană, şi anume: viramentul bancar, debitul direct, cardul sau plăţile efectuate prin alte dispozitive electronice. Cecurile, denumite şi instrumente non-SEPA, nu vor mai intra în sfera de aplicare a noului cadru juridic, nemaiputând fi utilizate la nivel transfrontalier în cadrul zonei euro.

Prin elaborarea acestui nou cadru juridic european s-a urmărit eficienţa şi siguranţa serviciilor de plată, reglementarea condiţiilor de acces la piaţa plăţilor şi protecţia utilizatorilor. În ceea ce priveşte eficienţa şi siguranţa serviciilor de plată, acestea vizează aspecte precum irevocabilitatea ordinelor de plată sau termenele executării acestora.

Din punct de vedere juridic, armonizarea normelor aplicabile mijloacelor de plată s-a realizat efectiv prin apariţia *Directivei nr. 2007/64/CE privind serviciile de plată în cadrul pieţei interne*, aceasta constituind o etapă importantă în concretizarea proiectului SEPA. Astfel, informaţiile furnizate utilizatorilor, modalităţile de contestare a plăţilor, precum şi responsabilităţile asociate acestora vor fi similare de la o ţară la alta, ceea ce ar trebui să contribuie la evitarea conflictelor de legi, de natură să prejudicieze siguranţa juridică a plăţilor. Importanţa transpunerii rapide a textului Directivei în dreptul naţional, în scopul respectării planificării proiectului SEPA a fost subliniat în repetate rânduri. Chiar dacă s-a urmărit ca diferenţele între diversele legislaţii naţionale să fie semnificativ reduse, acestea nu au fost suprimate în totalitate. Directiva, estimată a opera o armonizare „maximă", acordă o anumită flexibilitate statelor în transpunerea sa. Natura acestei flexibilităţi vizează inclusiv cadrul contractual (cu titlu de exemplu, modalitatea în care se obţine consimţământul la o plată sau posibilităţile pe care le au clienţii de a revoca acest consimţământ).

De reţinut este şi faptul că spaţiul geografic de aplicare a Directivei şi cel al proiectului SEPA nu coincid. În timp ce Directiva se aplică pe teritoriul Uniunii Europene, SEPA acoperă şi spaţiul geografic al statelor membre ale Asociaţiei Europene a Liberului Schimb. Totodată, SEPA vizează doar tranzacţiile în euro, în timp ce Directiva se aplică, în principiu, tuturor monedelor Uniunii Europene (şi, prin extindere, Spaţiului Economic European). Totuşi, cele două proiecte au fost îndeaproape coordonate, astfel încât Directiva să răspundă în mod prioritar nevoilor

proiectului SEPA.

Realizarea unui drept uniform în materia instrumentelor de plată la nivel global este o construcţie de dorit în contextul globalizării tot mai accentuate a economiei pentru facilitarea accesului diverşilor agenţi economici pe pieţe străine.

3. O trecere în revistă a unor speţe soluţionate în cadrul Direcţiei Juridice privind instrumentele de plată

1. Am fost sesizaţi cu privire la o serie de cereri formulate de reprezentanţi ai unor persoane juridice în vederea comunicării informaţiilor înscrise pe numele acestora în bazele de date ale Centralei Incidentelor de Plăţi, ca centru de intermediere care gestionează informaţia specifică incidentelor de plăţi, atât din punct de vedere bancar (tragerea în descoperit de cont), cât şi din punct de vedere social (pierdere/furt/distrugere).

În acest context, reamintim că transmiterea informaţiei la Centrala Incidentelor de Plăţi se face pe cale electronică, prin utilizarea Reţelei de Comunicaţii Interbancare ce leagă centrala Băncii Naţionale a României cu centralele tuturor băncilor.

Interesul din punct de vedere practic constă în faptul că, înaintea încheierii unei afaceri cu un partener, o firmă poate consulta, prin intermediul unei bănci, baza de date a Centralei Incidentelor de Plăţi, pentru a vedea dacă pe numele potenţialului partener sunt înregistrate incidente de plăţi cu cecuri, cambii sau bilete la ordin. În funcţie de răspunsul primit de la Centrala Incidentelor de Plăţi, respectiva firmă este în măsură să aprecieze dacă mai dă curs sau nu colaborării cu acel partener.

Consultarea bazei de date se poate face de către un comerciant, prin intermediul unei bănci, înainte de a primi un cec de la clientul său în schimbul mărfurilor vândute. În acest caz, comerciantul poate afla dacă seria şi numărul cecului pe care ar urma să-l primească face parte dintr-un set de instrumente de plată avizate de Banca Naţională a României sau dacă nu cumva respectivul cec a fost declarat anterior la Centrala Incidentelor de Plăţi ca pierdut/furat/distrus sau retras din circulaţie.

La emiterea unei cambii, beneficiarul poate consulta baza de date a Centralei Incidentelor de Plăţi, pentru a solicita informaţii privind obligatul cambial principal, respectiv trasul. Beneficiarul poate accepta să acorde un credit comercial trăgătorului, dacă, până la data emiterii cambiei, trasul (persoana desemnată în titlu a plăti pentru trăgător) nu a generat incidente la plată cu alte titluri de credit. Aceeaşi atitudine prevăzătoare o poate avea beneficiarul unui bilet la ordin faţă de subscriitor sau beneficiarul unui cec faţă de trăgător.

Informaţiile înscrise în Fişierul Naţional al Persoanelor cu Risc pe numele unei persoane fizice sau juridice, alături de analizele specifice efectuate de bănci, pot contribui la fundamentarea deciziei de acordare a unui credit sau de deschidere de cont curent pentru un nou client. Acest fişier care colectează informaţiile privind incidentele de plăţi majore (instrumente de plată trase în descoperit de cont, cecuri emise fără autorizarea trasului, cecuri emise cu dată falsă sau cărora le lipseşte o menţiune obligatorie, cecuri circulare sau de călătorie emise "la purtător", cecuri emise de către un trăgător aflat în interdicţie bancară, cambii scontate fără a exista creanţa cedată în momentul cesiunii acesteia). Incidentele înregistrate pe numele unei persoane fizice/juridice nu pot fi şterse din această bază de date, decât în cazul în care se anulează, de către aceeaşi persoană declarantă care le-a transmis anterior la Centrala Incidentelor de Plăţi, din proprie iniţiativă sau ca urmare a hotărârii unei instanţe judecătoreşti.

Astfel, în speţa anterior menţionată, banca centrală a apreciat că poate da curs solicitărilor formulate, numai după dovedirea de către respectivele persoane a calităţii de reprezentant al unei societăţi comerciale, probată printr-un document eliberat de Oficiul Registrului Comerţului, iar în caz de împuternicire, prin procură notarială sau avocaţială.

2. Un petent ne-a solicitat emiterea unui punct de vedere oficial cu privire la interpretarea următoarelor aspecte cuprinse în Norma - cadru nr.6/1994 privind comerţul făcut de instituţiile de credit cu cambii şi bilete la ordin, cu modificările şi completările ulterioare:

- natura operaţiunilor cărora li se aplică dispoziţiile normei, respectiv dacă sintagma *« comerţul făcut de societăţile bancare.....cu cambii şi bilete la ordin »* trebuie interpretată *stricto sensu* (acceptarea la plată a unui bilet la ordin prin debitarea contului trasului în favoarea posesorului) sau *lato sensu* (emiterea unui bilet la ordin, dobândirea sa prin gir, solicitarea acestuia drept garanţie).

Răspunsul la această întrebare îşi are temeiul în dispoziţiile punctului 3 din Normă, potrivit cărora *« instituţiile de credit abilitate să desfăşoare activitate bancară pe teritoriul României, vor putea face comerţ cu cambii şi bilete la ordin şi vor putea presta servicii bancare specifice acestei activităţi pentru clienţii lor»*. În opinia Direcţiei Juridice, textul nu distinge între anumite operaţiuni, ci conferă instituţiilor de credit posibilitatea de a efectua acte de comerţ cu aceste instrumente.

- o altă problemă ridicată se referea la subiecţii de drept cărora li se aplică prevederile acestei norme, mai exact dacă aceasta vizează exclusiv instituţiile de credit sau dispoziţiile sale sunt aplicabile tuturor subiecţilor de drept care intră în raporturi cambiale, şi în situaţia în care instrumentul de plată nu urmează a fi prezentat unei instituţii de credit.

Potrivit dispoziţiilor punctului 1 din Norma amintită, *« prezenta normă se aplică instituţiilor de credit abilitate conform legii să desfăşoare activitate bancară în România »*.

- o a treia întrebare se referă la interzicerea exercitării succesive a acţiunii cambiale şi a acţiunii cauzale prevăzute la punctul nr. 334 al Normei, în sensul de a se preciza dacă, în accepţiunea băncii centrale, prin « acţiunea cambială » trebuie înţeles cadrul procesual născut prin depunerea unei cereri de judecată, în vederea obţinerii unei hotărâri judecătoreşti contra debitorilor cambiali sau « acţiune cambială » trebuie interpretată în sens larg, ca desemnând orice mijloc procedural utilizat în scopul satisfacerii unei creanţe cambiale, inclusiv executarea silită.

Direcţia Juridică, a opinat în sensul că, astfel cum distinge literatura de specialitate (Stanciu D.Cărpenaru - Drept comercial român), noţiunea de acţiune cambială reprezintă o cerere de chemare în judecată obişnuită, care se exercită în temeiul titlului. În ceea ce priveşte interzicerea exercitării succesive a acţiunii cambiale şi a acţiunii cauzale (adică acţiunea pe care titularul creanţei exprimată în formă cambială o poate exercita în legătură cu raportul fundamental, conform regimului care-l guvernează), s-a evidenţiat faptul că punctul nr.334 al normei interzice exercitarea succesivă doar în ipoteza în care, prima acţiune introdusă, oricare ar fi aceasta, a fost finalizată cu succes.

3. O instanţă s-a adresat Băncii Naţionale a României, solicitând punctul de vedere în soluţionarea unui dosar în care reclamantul solicită anularea unui incident de plată, invocând excepţia de neconstituţionalitate a dispoziţiilor art.47 din Legea 59/1934 asupra cecului, cu modificările şi completările ulterioare. În speţă, societatea reclamantă, fără a avea calitatea de debitoare, a emis un cec fără dată şi fără sumă înscrisă, pentru garantarea unei plăţi ce urma a se face printr-un ordin de plată. Argumentarea reclamantei este în sensul că art. 47 este neconstituţional, întrucât dispune că *« toţi care s-au obligat prin cec sunt ţinuţi solidar către posesor »*, în condiţiile în care trăgătorul nu are o datorie către beneficiar, îngrădindu-se astfel accesul liber al persoanei la o activitate economică, la liberă iniţiativă şi la exercitarea acestora în condiţiile legii, drepturi garantate de art.45 din Constituţie. Opinia juridică a băncii centrale s-a bazat atât pe considerente de text, cât şi pe aprecieri principiale legate de momentul adoptării Legii nr.59/1934, cu modificările şi completările ulterioare. Astfel :

- conform art.1 punctul 2 din Legea nr.59/1934, prin emiterea unui astfel de instrument de plată se dispune instituţiei de credit la care emitentul deţine disponibilităţi băneşti, executarea unui *«ordin necondiţionat de a plăti o anumită sumă de bani»*. Textul în cauză trebuie coroborat cu art.3 punctul 2 din acelaşi act normativ, conform căruia *« cecul nu poate fi emis decât dacă trăgătorul are disponibil la tras, disponibil asupra căruia are dreptul de a dispune prin cec, pe baza unei convenţiuni exprese sau tacite»*. Ca atare, emiterea unui cec în scopul garantării unei plăţi care urmează să se efectueze în baza unui ordin de plată, astfel cum a procedat societatea comercială în cauză denotă necunoaşterea legii. Potrivit adagiului latin *nemo censetur ignorare legem*, se prezumă că toată lumea cunoaşte legea şi nimeni nu poate fi apărat de răspundere invocând necunoaşterea prevederilor ei, iar eroarea de drept nu exonerează de răspundere.

Cu privire la motivarea aferentă invocării excepţiei de neconstituţionalitate, s-a menţionat că elaborarea Legii nr. 59/1934 a vizat transpunerea principiilor stabilite prin Convenţia de la Geneva privind Legea uniformă asupra cecului, şi, în opinia direcţiilor de specialitate din banca centrală, acestea nu sunt în contradicţie cu prevederile constituţionale.

4. Într-o altă speţă, o entitate ne solicită răspunsuri la o serie de întrebări punctuale. Astfel, în legătură cu termenul de depunere al unei file cec primită de către beneficiar, legea în materie, coroborată cu dispoziţiile normelor - cadru de aplicare, prevăd obligaţia prezentării la plată a cecului în termen de 8 zile de la data emiterii, în cazul în care emitentul se află în aceeaşi localitate cu beneficiarul şi în termen de 15 zile, atunci când cecul este plătibil în altă localitate decât cea în care a fost emis, precizându-se că, în caz de nerespectare a acestor termene, posesorul pierde dreptul de regres împotriva giranţilor, trăgătorului şi a celorlalţi obligaţi.

Ni s-a cerut, totodată, să menţionăm situaţiile reglementate de lege, în care emitentul poate refuza la plată o filă de cec. Refuzul la plată poate fi făcut atât de trăgătorul însuşi, cât şi de tras, iar motivele de refuz sunt enumerate în anexa 3A a Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 privind organizarea şi

funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi, cu modificările şi completările ulterioare, după cum urmează:
- cec emis fără autorizarea trasului;
- interzicerea plăţii de către trăgător, în cazul prezentării la plată, după expirarea termenului de prezentare;
- cec refuzat din lipsă totală de disponibil, în cazul prezentării la plată înainte de expirarea termenului de prezentare;
- cec refuzat din lipsă totală sau parţială de disponibil, în cazul prezentării la plată după expirarea termenului de prezentare;
- cec refuzat din lipsă parţială de disponibil, în cazul prezentării la plată înainte de expirarea termenului de prezentare;
- cecul prezintă diferite condiţionări privind efectuarea plăţii;
- cec emis cu o dată falsă sau căruia îi lipseşte o menţiune obligatorie;
- litigiu cu privire la dreptul de proprietate;
- cecul aparţine unui tiraj de instrumente neavizat de Banca Naţională a României;
- cec circular/cec de călătorie emis la purtător;
- cecul aparţine unui set de instrumente care a fost retras din circulaţie;
- cec emis de un trăgător aflat în interdicţie bancară;
- cec declarat pierdut, furat, distrus;
- falimentul trăgătorului;
- modificarea sau ştergerea unor menţiuni obligatorii;
- lipsa de mandat a semnatarului;
- vicii de completare a menţiunilor de pe cec.

5. Am fost solicitaţi de către o instituţie de credit cu privire la rezolvarea următoarei situaţii de fapt: imposibilitatea de a raporta la Centrala Incidentelor de Plăţi refuzul la plată al unui bilet la ordin al cărui emitent este o persoană fizică nerezidentă. Deşi valoarea instrumentului respectiv este exprimată în euro, pe borderoul de încasare este specificată şi contravaloarea în lei. În plus, întrucât în aplicaţia Centralei Incidentelor de Plăţi există doar câmp obligatoriu C.N.P. şi C.U.I., dat fiind statutul de nerezident al plătitorului, nu a fost posibilă înscrierea la Centrala Incidentelor de Plăţi a acestui incident. Soluţionarea primei părţi a speţei se realizează prin interpretarea dispoziţiilor punctului 260 alineat 2 lit.b) coroborat cu punctul 510 din Norma - cadru nr.6/1994 privind comerţul făcut de societăţile bancare şi celelalte societăţi de credit cu cambii şi bilete la ordin, a Legii nr.58/1934 asupra cambiei şi biletului la ordin, cu modificările şi completările ulterioare. În cazul în care subscriitorul unui bilet la ordin exprimă suma de plată în euro, pentru ca plata să fie realizată în lei este necesar ca subscriitorul să stipuleze expres în cuprinsul biletului la ordin că plata efectivă se va face în lei la cursul zilei. În ceea ce priveşte a doua problemă semnalată, respectiv lipsa unei rubrici speciale pentru codul de identificare al nerezidenţilor din Anexa nr.3C (recto) din Regulamentul nr.1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi, cu modificările şi completările ulterioare, menţionăm că, de *lege ferenda*, este necesară completarea corespunzătoare a acestui act normativ, în acest sens, situaţiile apărute în practică dovedindu-se extrem de utile autorităţii de reglementare. Este de menţionat că, în prezent, există la nivelul băncii centrale, în curs de analiză, un nou proiect de regulament privind organizarea şi funcţionarea Centralei Incidentelor de Plăţi asupra căruia Direcţia Juridică a formulat o serie de observaţii şi propuneri, şi care se va fundamenta inclusiv pe soluţii tehnice noi, derivate din modificarea specificaţiilor funcţionale existente.

6. O instituţie de credit ne-a solicitat opinia cu privire la încadrarea unor bilete la ordin emise de către autorităţile publice locale, pentru a individualiza o datorie publică locală către un furnizor, girate ulterior de către furnizor instituţiei de credit pentru garantarea unui împrumut, cu respectarea art.134 şi art. 510 din Norma - cadru nr.6/1994 privind cambia şi biletul la ordin, cu modificările şi completările ulterioare. Întrebarea instituţiei de credit este dacă pot fi asimilate categoriei *«garanţii exprese, irevocabile şi necondiţionate ale administraţiilor locale din România»* respectivele bilete la ordin.

Răspunsul Direcţiei Juridice a fost formulat în raport de dispoziţiile Regulamentului nr. 5/2002 privind clasificarea creditelor şi plasamentelor, precum şi constituirea, regularizarea şi utilizarea provizioanelor specifice de risc de credit, cu modificările şi completările ulterioare şi ale Normelor metodologice nr. 12/2002 de aplicare a regulamentului anterior menţionat. Astfel, garanţia se încadrează în categoria «garanţii reale», iar încadrarea garanţiilor reale, prin asimilare, în categoria garanţiilor personale (cărora le sunt proprii caracteristicile exprese, irevocabile şi necondiţionate) nu se justifică.

Instituţia de credit în cauză ne-a adresat aceeaşi întrebare în ceea ce priveşte încadrarea unor bilete la ordin emise de către societăţi comerciale deţinute de autorităţi publice locale şi avalizate de acestea din urmă, pentru a individualiza o datorie pe care societatea comercială o are către un furnizor, bilete de ordin girate

ulterior de furnizor instituţiei de credit, pentru garantarea unui împrumut bancar. În opinia direcţiei noastre, biletele la ordin în cauză pot fi luate în considerare, în vederea diminuării expunerii faţă de entitatea de risc, într-o dublă calitate:
- ca garanţii reale, în acest caz bunurile puse în garanţie fiind reprezentate de drepturile de creanţă asupra societăţilor comerciale;
- ca garanţii personele exprese, irevocabile şi necondiţionate, emise de către autorităţi publice locale, prin avalizarea biletelor la ordin.

7. În vederea soluţionării unui dosar de cercetare penală, Banca Naţională a României a fost sesizată cu următoarele întrebări:
- dacă unul din documentele de plată aferent dosarului este un document valid, care deţine toate elementele de formă şi de fond ale băncii emitente;
- dacă documentul în cauză a fost emis de instituţia de credit indicată în cuprinsul acestuia;
- dacă documentul este real sau fals;
- dacă există relaţii de corespondenţă între instituţiile de credit din România şi instituţia de credit presupusă a fi emis documentul în discuţie.
Cu privire la cele arătate, banca centrală şi-a declinat competenţa în ceea ce priveşte emiterea de opinii privind validitatea instrumentelor de plată, precum şi cu privire la celelalte aspecte indicate în speţă. Este de menţionat faptul că Banca Naţională a României poate da curs unei cereri de transmitere de informaţii de natura celor pe care aceasta le obţine în cadrul exercitării atribuţiilor sale statutare, exclusiv şi limitativ în condiţiile art. 52 din Legea nr.312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României, potrivit căruia furnizarea de informaţii de natura celor prevăzute va putea fi făcută sub semnătura guvernatorului Băncii Naţionale a României sau a persoanelor împuternicite, în acest sens, astfel:
a) în cadrul unor proceduri judiciare, la cererea scrisă a organelor judiciare abilitate sau, după caz, a organelor de cercetare penală, cu autorizarea procurorului;
b) în cadrul negocierii sau al derulării unor acorduri internaţionale la care România sau Banca Naţională a României este parte;
c) în cadrul acordurilor de cooperare cu alte autorităţi sau din iniţiativa Băncii Naţionale a României, în scopul asigurării îndeplinirii atribuţiilor specifice de supraveghere şi control asupra respectării prevederilor legale;
d) în cursul procedurilor civile sau comerciale legate de declanşarea falimentului unei instituţii de credit sau a lichidării acesteia, ca urmare a retragerii autorizaţiei de funcţionare, cu excepţia informaţiilor care se referă la terţii implicaţi în acţiuni de redresare a instituţiei de credit respective.

4. Probleme de natură contencioasă apărute în practica Direcţiei Juridice din Banca Naţională a României în legătură cu aplicarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr.1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi

Cele mai frecvente probleme ivite în practică în legătură cu modul de aplicare de către instanţele de judecată a prevederilor legale în cadrul litigiilor având ca obiect cererile formulate pentru anularea/radierea incidentelor de plată se referă la:
- unele soluţii greşite cu privire la respingerea excepţiei lipsei calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României;
- soluţionarea greşită în unele speţe a cererii de radiere a înscrierilor privind incidente de plată cu cecuri;
- soluţii controversate privind radierea unui incident de plată pe calea Ordonanţei Preşedinţiale care, în opinia noastră, este ***INADMISIBILĂ***.

• Lipsa calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României în litigiile având ca obiect incidente de plată

Majoritatea instanţelor sesizate s-au pronunţat în sensul admiterii excepţiei lipsei calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României în astfel de litigii.

În justificarea chemării noastre în judecată, reclamanţii au susţinut în unele litigii că avem calitate procesuală pasivă, deoarece Centrala Incidentelor de Plăţi funcţionează la Banca Naţională a României, iar în alte speţe, deşi au recunoscut că nu avem calitate procesuală pasivă în proces, au susţinut că trebuie să fim menţinuţi în litigiu, pentru ca hotărârea să ne fie opozabilă.

➢ Susţinerile Băncii Naţionale a României în astfel de litigii

Incidentul de plată, odată înscris, nu poate fi anulat decât la cererea băncii declarante sau în baza unei hotărâri judecătoreşti, în conformitate cu prevederile **art. 36(2) din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001** privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a

Centralei Incidentelor de Plăţi care dispune:

"CIP nu poate anula sau modifica din proprie iniţiativă informaţiile privind incidentele de plăţi, o dată primite de la persoanele declarante - bănci.

(2) Anularea informaţiilor privind incidentele de plăţi înregistrate în Fişierul Naţional al Incidentelor de Plată şi în Fişierul Naţional al Persoanelor cu Risc se poate face numai de persoanele declarante, din proprie iniţiativă sau la solicitarea instanţelor judecătoreşti, în baza unei cereri de anulare, conform formularului prezentat în anexa nr. 8A, 8B sau 8C, după caz, transmisă la CIP în aceeaşi zi bancară".

Totodată, în conformitate cu prevederile **art. 4 al Regulamentului, Banca Naţională a României** nu răspunde pentru **veridicitatea şi integritatea informaţiei** primite, răspunderea revenind persoanei declarante.

"CIP este abilitată să primească declaraţii de incidente de plăţi numai de la persoane declarante care răspund pentru veridicitatea şi integritatea informaţiei transmise la CIP."

Art. 13 alin. 1 din acelaşi act normativ prevede că *„În cazul în care o persoană declarantă - bancă, în calitate de bancă trasă, a trasului sau a subscriitorului, a decis refuzul la plată al cecului, cambiei sau biletului la ordin, aceasta are obligaţia ca cel târziu în ziua refuzului să transmită la CIP o cerere de înscriere a refuzului bancar, conform formularului prezentat în anexa nr. 3A, 3B sau 3C, după caz."*

Ca atare, înscrierea unui incident de plată în Centrala Incidentelor de Plată se face de către banca aflată în raporturi juridice cu clienţii, care răspunde pentru veridicitatea şi integritatea informaţiei transmise la CIP.

Banca Naţională a României nu face parte din categoria *persoanelor declarante*, astfel cum sunt definite la litera h) din art. 2, ci din categoria *utilizatorilor* definiţi la litera j) din acelaşi articol.

Nu se poate susţine ideea că legiuitorul a avut în intenţie să includă şi Banca Naţională a României în categoria *persoanelor juridice române* de la litera h), întrucât ori de câte ori legiuitorul s-a referit la Banca Naţională a României a făcut-o în mod expres, aşa cum rezultă la litera j) a art. 2, de exemplu.

Mai mult, Banca Naţională a României nu se află în raporturi juridice cu persoana reclamantă, astfel că aceasta nu ar putea pretinde Băncii Naţionale a României recunoaşterea sau realizarea vreunui drept.

În acest sens s-a pronunţat Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie - Secţia Comercială prin Decizia nr. 974/2008 dată în dosar nr. 22886/3/2005: *„Reclamantului îi revine obligaţia de a face dovada că este îndreptăţit să introducă cererea de chemare în judecată împotriva Băncii Naţionale a României, iar pe de altă parte, să justifice calitatea procesuală a acestui pârât, indicând dreptul şi obligaţia care constituie fundamentul sesizării instanţei".*

Rezultă, astfel, că Banca Naţională a României nu poate fi obligată la radierea unui incident de plată din Centrala Incidentelor de Plată, aceasta neavând raporturi juridice cu reclamanta.

În consecinţă, în raport de obiectul cererii, care este anularea unui incident de plată, calitate procesuală pasivă, în astfel de litigii, are numai banca declarantă.

Arătăm, de asemenea, că nici argumentul adeseori invocat, potrivit căruia chemarea băncii centrale în judecată în calitate de pârât s-ar face doar *"pentru opozabilitatea hotărârii"* nu poate fi reţinut ca pertinent, atâta timp cât actul normativ aplicabil în speţă, Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001, prevede expres în cuprinsul art. 36 atât persoanele abilitate să anuleze înscrierea incidentului de plată cât şi procedura de urmat.

Acest act normativ rezolvă problema opozabilităţii hotărârii privind anularea unui incident de plată, faţă de Banca Naţională a României, stipulând că banca declarantă este obligată să formuleze o cerere de anulare, transmisă la CIP în aceeaşi zi bancară.

Sintagma din cuprinsul art.36 a Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 *"Anularea informaţiilor privind incidentele de plăţi înregistrate în Fişierul Naţional al Incidentelor de Plată şi în Fişierul Naţional al Persoanelor cu Risc se poate face numai de persoanele declarante"* exclude posibilitatea chemării în judecată a Băncii Naţionale a României în calitate de pârâtă, în litigiile având ca obiect anularea incidentelor de plată.

Precizăm faptul că, cu mici excepţii, **practica judiciară este constantă** în a recunoaşte lipsa calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României în litigiile având ca obiect radierea incidentelor de plăţi.

➢ **Au existat cazuri în care s-a solicitat anularea/ radierea unui incident de plată pe calea unei acţiuni în constatare.**

Astfel, reclamantul a solicitat, prin formularea unei acţiuni în constatare[10], ca instanţa de judecată să constate că lipsa sumei din cont, în condiţiile de fapt descrise de aceasta, nu reprezintă un incident de

[10] *"Partea care are interes poate sa facă cerere pentru constatarea existenţei sau inexistenţei unui drept. Cererea nu poate fi primită dacă partea poate cere realizarea dreptului."*

plată.

Întrucât reclamanta are la îndemână o acţiune în realizare (anularea incidentului de plată, în condiţiile menţionate mai sus), acţiunea în constatare formulată de reclamantă este inadmisibilă, sens în care s-au pronunţat instanţele judecătoreşti[11].

➢ **Au existat cazuri în care instanţa de judecată a unit excepţia lipsei calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României cu fondul cauzei.**

Instanţa de judecată nu putea dispune unirea excepţiei cu fondul, întrucât, potrivit art.137 din Codul de procedură civilă, excepţiile nu vor putea fi reunite cu fondul, decât dacă pentru judecarea lor este nevoie să se administreze dovezi în legătură cu dezlegarea în fond a pricinii.

Excepţiile procesuale se rezolvă înainte de cercetarea fondului pretenţiei deduse judecăţii. Numai în cazul în care probele necesare rezolvării excepţiei sunt comune cu probele necesare rezolvării fondului, instanţa poate dispune unirea excepţiei cu fondul cauzei. Chiar şi în ipoteza unor probe comune, unirea excepţiei cu fondul nu este obligatorie pentru instanţă.

• Un alt aspect interesant în litigiile privind cererile de radiere a incidentelor de plăţi îl constituie situaţia incidentelor de plată cu cecuri.

În cazul **incidentelor de plată cu file cec**, în cele mai multe situaţii, soluţiile instanţelor judecătoreşti au fost de respingere a acţiunii pentru următoarele argumente:

De regulă, reclamanţii invocă fie plata sumei prevăzută în fila cec prin alt mijloc de plată, susţinând că cecul a fost emis drept garanţie, fie neîndeplinirea de către beneficiarul cecului a obligaţiilor contractuale asumate. Aceste argumente nu pot fi reţinute ca pertinente deoarece:

Cecul este un instrument de plată la vedere, care trebuie achitat imediat, la prezentare, banca neavând niciun fel de obligaţii să verifice sau să cunoască înţelegerile contractuale ale clienţilor săi.

În conformitate cu prevederile **art. 29 din Legea nr. 59/1934 asupra cecului**, astfel cum a fost modificată prin Legea nr.83/1994, « Cecul este plătibil la vedere », adică la prezentare.

De regulă, reclamantul, în aceste litigii, **recunoaşte** că la prezentarea cecului **nu avea disponibil** în cont pentru achitarea sumei prevăzută în fila cec, astfel încât **incidentul de plată s-a produs**, iar sancţiunea aferentă este interdicţia de a emite cecuri.

Mai mult chiar, reclamantul arată că a folosit cecul drept garanţie, deşi acesta este un instrument de plată şi nu o formă de garanţie.

Concluzia este că incidentul de plată s-a produs, **vina reclamantului** este aceea de a fi încălcat legea cecului, emiţând un cec fără acoperire, iar sancţiunea aferentă este interzicerea dreptului de a emite cecuri.

• Radierea incidentelor de plată pe cale de Ordonanţă Preşedinţială

Poziţia constantă a Băncii Naţionale a României a fost aceea că, radierea incidentelor de plată pe cale de ordonanţă preşedenţială este inadmisibilă.

Argumente: condiţiile de admisibilitate ale Ordonanţei preşedinţiale sunt ***urgenţa***, ***vremelnicia*** şi ***neprejudecarea fondului***.

Ori, radierea (anularea) incidentului de plată este prin chiar natura sa o măsură definitivă, nevremelnică. Radierea nu poate fi temporară, ea antamând chiar fondul cauzei.

Odată ce incidentul de plată a fost radiat, există riscul ca reclamantul să emită alte instrumente de plată fără acoperire, lipsind astfel de efecte măsura dispusă, potrivit actului normativ care reglementează obligaţiile şi sancţiunile aplicabile emitenţilor de instrumente de plată.

Concluzionăm că, o cerere de radiere a unui incident de plată este o problemă de fond, astfel încât cererea de ordonanţă preşedinţială trebuie respinsă în toate cazurile ca fiind inadmisibilă.

*
* *

[11] *„Acţiunea în constatare este aceea prin care reclamantul urmăreşte să obţină, printr-o hotărâre judecătorească, constatarea existentei unui drept, fără a tinde ca pârâtul sa fie obligat la executarea vreunei prestaţii, ci numai la constatarea de către instanţă a unor situaţii sau raporturi juridice, astfel că, o astfel de hotărâre nu poate deveni titlu executoriu, neputând fi pusă în executare.*(Judecătoria Iaşi, Dosar nr. 25249/245/2008, Sentinţa civilă nr. 11670/24.11.2009.); *"Dacă există posibilitatea realizării dreptului acţiunea în constatare formulată de reclamantă în baza art.111 Cod procedură civilă este inadmisibilă Astfel, pentru constatarea existenţei sau inexistenţei unui drept în condiţiile acestei norme, acţiunea este admisibilă numai în situaţia în care partea nu are la dispoziţie o acţiune în realizarea dreptului".* (Secţia de Contencios administrativ a Curţii de apel Decizia nr. 503/2009).

În încheiere, vă informăm că, în prezent, banca centrală a luat iniţiativa constituirii unui grup de lucru pentru elaborarea unui singur act normativ privind instrumentele de plată şi adaptarea acestora la nevoile mediului de afaceri din România, urmărindu-se, totodată, şi armonizarea legislaţiei româneşti cu cea europeană în materie. Din acest grup de lucru sunt invitaţi să facă parte specialişti din diferite domenii de activitate, respectiv reprezentanţi ai Băncii Naţionale a României, Ministerului Finanţelor Publice, Ministerului Administraţiei şi Internelor, Ministerului Justiţiei, Camerei de Comerţ şi Industrie a României, Consiliului Investitorilor străini, Asociaţiei Marilor Reţele Comerciale din România, Parchetului General de pe lângă Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Asociaţiei Române a Băncilor şi ai Curţii de Arbitraj Comercial Internaţional de pe lângă Camera de Comerţ şi Industrie a României, care au legătură directă cu instrumentarea, monitorizarea şi administrarea instrumentelor de plată, precum şi cu sancţionarea, după caz, a utilizatorilor acestora.

Deţinerea temporară de acţiuni de către o instituţie de credit – instituţie juridică necesară în contextul actual[1]



Dr. Ianfred Silberstein
Director
Direcţia Juridică
Banca Naţională a României

Rezumat: *Autorul analizează instituţia juridică a deţinerii temporare de acţiuni de către o instituţie de credit sub diverse aspecte: necesitatea unei asemenea instituţii într- un context economic dat, definirea instituţiei juridice şi delimitarea acesteia în raport de alte instituţii asemănătoare, cui îi este aplicabilă o reglementare specifică, stabilirea caracterului temporar şi întinderea acestuia, specificul societăţilor comerciale ale căror acţiuni pot fi deţinute temporar de către o instituţie de credit, condiţiile în care o instituţie de credit poate dobândi asemenea acţiuni, regimul juridic al acestei operaţiuni, consecinţele pe care le implică o asemenea deţinere de acţiuni. Considerentele dezvoltate în studiu duc la concluzia necesităţii reglementării Băncii Naţionale a României în actualul context economic şi financiar.*

Cuvinte-cheie: *deţinere temporară, acţiuni, instituţie de credit*

Ne aflăm în prezenţa unei instituţii juridice de sine stătătoare şi se impune analiza acesteia sub diverse aspecte: necesitatea unei asemenea instituţii într-un context economic dat, definirea instituţiei juridice şi delimitarea acesteia în raport de alte instituţii asemănătoare, cui îi este aplicabilă o reglementare specifică, stabilirea caracterului temporar şi întinderea acestuia, specificul societăţilor comerciale ale căror acţiuni pot fi deţinute temporar de către o instituţie de credit, condiţiile în care o instituţie de credit poate dobândi asemenea acţiuni, regimul juridic al acestei operaţiuni, consecinţele pe care le implică o asemenea deţinere de acţiuni etc.



Contextul social-economic se demonstrează a fi factorul decisiv care poate determina opţiunea unei instituţii de credit de a apela la această instituţie juridică care, necesarmente, trebuie să se vădească a fi utilă pentru a corespunde intereselor sale prezente şi de perspectivă.

În prezent, existenţa unei recesiuni economice la nivel naţional pe fondul crizei financiar - bancare europene şi internaţionale creează probleme deloc neglijabile şi instituţiilor de credit din sistemul bancar din România, România fiind integrată într-un sistem care se demonstrează a fi tot mai globalizat, aşa cum beneficiile acestuia s-au reliefat în economia românească până la sfârşitul anului 2008, tot astfel şi aspectele negative apărute în economiile şi sistemele financiar - bancare cu care se află în relaţie directă se reflectă, în egală măsură, şi în economia românească, cu consecinţe ce nu pot fi ignorate de sistemul bancar din România.

Realitatea din ultima vreme a arătat că sistemul bancar, de altfel sistemul circulator în orice economie de piaţă, resimte problemele acute pe care economia şi societatea românească le trăieşte cotidian şi nu le poate ignora, tocmai fiindcă realitatea concretă nu poate fi ignorată.

Corelaţiile de sistem din cadrul economiei naţionale atrag consecinţe asupra instituţiilor de credit aflate în strânsă legătură cu societăţile comerciale pe care le deservesc şi cu care se află în raporturi juridice constante şi active. Dacă agenţii economici au o existenţă lipsită de evoluţii furtunoase şi îşi desfăşoară activitatea în condiţii fireşti şi raporturile juridice pe care le au instituţiile de credit cu aceştia se înscriu pe acelaşi făgaş. Cum, însă, au apărut fenomene care au perturbat activitatea acestora, situaţia creată s-a repercutat indiscutabil şi asupra instituţiilor de credit cu care respectivii agenţi economici erau în asemenea raporturi. Dacă se analizează, spre exemplu, evoluţia pieţei imobiliare din ţară şi, mai ales, activitatea agenţilor economici angajaţi pe această piaţă, care

[1] Material susţinut în cadrul Colocviilor Juridice ale Băncii Naţionale a României, Ediţia a doua, Bucureşti, Sala „Mitiţă Constantinescu", Banca Naţională a României, februarie, 2011

cunoscuse anual creşteri apreciabile, este firesc ca o cădere a respectivei pieţe să antreneze consecinţe cu efecte nedorite şi în relaţiile acestor agenţi economici cu instituţiile de credit care le finanţaseră. Scăderea valorii imobilelor, imposibilitatea agenţilor economici angrenaţi în construcţii de a-şi găsi clienţii necesari şi de a vinde obiectivele deja construite îngreunează sau chiar face imposibilă returnarea la termen a mijloacelor băneşti împrumutate de la instituţiile de credit. Această situaţie determină, la rândul ei, atât neîncrederea acestei instituţii de a da noi credite în respectivul sector economic, cât şi imposibilitatea de a dispune de fondurile necesare pentru a continua activitatea de creditare. Cercul vicios se extinde şi asupra altor sectoare din economie, dar şi asupra creditării persoanelor fizice, eventuali cumpărători, a căror situaţie economică a fost considerabil afectată în noile condiţii concrete existente în societatea românească.

Totuşi, activitatea de creditare ca şi ansamblul activităţii bancare nu trebuie să stagneze, căci efectele pot fi lesne înţelese. În acest context, instituţiile de credit trebuie să găsească modalităţi care să le ofere posibilitatea să-şi continue activitatea pentru care au fost autorizate. Situaţia din sistemul bancar nu poate fi indiferentă pentru autoritatea de supraveghere prudenţială. Aceasta trebuie, pe de o parte, să urmărească, cu şi mai multă responsabilitate, evoluţia fiecărei instituţii de credit din sistem, pentru a se atinge scopul acestei activităţi, înscris, în mod clar, în art.164 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006, modificată şi completată, potrivit căruia: "În scopul protejării intereselor deponenţilor şi al asigurării stabilităţii şi viabilităţii întregului sistem bancar, Banca Naţională a României asigură supravegherea prudenţială a instituţiilor de credit, persoane juridice române, (.....), prin stabilirea unor norme şi indicatori de prudenţă bancară şi urmărirea respectării acestora şi a altor cerinţe prevăzute de lege şi de reglementările aplicabile, atât la nivel individual, cât şi la nivel consolidat sau subconsolidat, după caz, în vederea prevenirii şi limitării riscurilor specifice activităţii bancare."

Pe de altă parte, în acelaşi spirit, Banca Naţională a României trebuie să se preocupe să emită noi reglementări care să sprijine instituţiile de credit în rezolvarea problemelor cu care sunt confruntate. Pe acest considerent, autoritatea naţională de reglementare bancară, receptivă la problemele cu care se confruntă instituţiile de credit, în prezent, are în vedere un act normativ privitor la reglementarea deţinerilor temporare de acţiuni în cursul unei operaţiuni de asistenţă sau restructurare financiară a unei entităţi din afara sectorului financiar.

Instituţia juridică care face obiectul acestei analize îşi află temeiul juridic în dispoziţiile art.145 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.99/2006 privind instituţiile de credit şi adecvarea capitalului, aprobată, cu modificări şi completări, prin Legea nr.227/2007, cu modificările şi completările ulterioare, în secţiunea rezervată participaţiilor calificate. Acest articol califică această instituţie juridică drept o excepţie în raport de participaţiile calificate ale instituţiilor de credit. Participaţia calificată este definită de art.7 alin.(1) pct.17 din acelaşi act normativ ca fiind "o participaţie directă sau indirectă într-o entitate, care reprezintă 10% sau mai mult din capitalul ori din drepturile de vot ale entităţii sau care face posibilă exercitarea unei influenţe semnificative asupra administrării entităţii respective". În secţiunea amintită din ordonanţa de urgenţă se arată condiţiile în care se permite unei instituţii de credit de a deţine participaţii la entităţi extranee sistemului financiar - bancar. Tocmai prin art.145 se creează posibilitatea legală pentru "deţinerile temporare de acţiuni în cursul unei operaţiuni de asistenţă sau restructurare financiară ori în cursul normal al unei operaţiuni de subscriere sau deţinere temporară de acţiuni în numele instituţiei de credit, persoană juridică română, dar pe contul altor persoane" pe care legiuitorul înţelege a nu le considera participaţii calificate, în sensul definit în art.7 anterior citat, adăugând că în virtutea acestui considerent, acestea „nu sunt luate în calculul limitelor prevăzute la art.143 alin.(1) şi (2)". Această excepţie o considerăm justificată tocmai de considerentul temporar al deţinerii de acţiuni, care deosebeşte regimul juridic aplicabil faţă de participaţiile calificate pe care o instituţie de credit le poate deţine pe o perioadă nedeterminată la o asemenea entitate, situaţie în care valoarea participaţiei calificate este limitată în raport de fondurile proprii ale acesteia.

Cum la momentul apariţiei actului normativ la care ne-am referit nu prezenta interes o abordare practică a deţinerilor temporare de acţiuni în condiţiile



date, legiuitorul nu a avut în vedere o reglementare a acestora. Realitatea actuală impune o nouă abordare a acestora şi având în vedere prevederile art. 420 alin. (1) din ordonanţa de urgenţă potrivit cărora "Banca Naţională a României emite reglementări în aplicarea prezentei ordonanţe de urgenţă", autoritatea naţională în domeniu apreciază necesitatea reglementării acestei instituţii juridice prin intermediul unui Regulament al Băncii Naţionale a României, aplicabil instituţiilor de credit, persoane juridice române.

Formularea din textul proiectului de regulament orientează întreaga construcţie a noţiunii pe care vrea să o definească şi, implicit, să o reglementeze. Astfel, se are în vedere deţinerile temporare de acţiuni în cursul unei operaţiuni de asistenţă sau restructurare financiară a unei entităţi din afara sectorului financiar.

Denumirea circumstanţiază cu exactitate scopul urmărit de reglementator, deoarece se referă concret la ceea ce autoritatea naţională de reglementare urmăreşte a fi un instrument util într-o conjunctură economică cu care se confruntă realitatea nemijlocită. Da. Este nevoie de un mijloc prin care instituţiile de credit, aflate în situaţia creată de recesiunea economică, trebuie să-l utilizeze într-o asemenea perioadă, pentru a evita o scădere a recuperărilor din creditele acordate anterior. În consecinţă, ele sunt abilitate să poată deţine acţiuni ale unei entităţi din afara sectorului financiar. Această deţinere poate avea numai un caracter temporar, caracter pe care reglementarea îl stabileşte concret la o perioadă ce nu poate depăşi 24 de luni începând de la data achiziţionării acestora. Acest termen este privit ca o perioadă înlăuntrul căreia entitatea la care instituţia de credit a dobândit deţinerea de acţiuni să se poată redresa suficient, astfel încât să devină capabilă să-şi dezvolte activitatea şi să poată achita obligaţiile sale băneşti către instituţia de credit, care se va putea dispensa de respectivele acţiuni pe care le deţine. Proiectul de regulament dă posibilitatea Direcţiei Supraveghere, care desfăşoară, în toată această perioadă, urmărirea modului în care acţionează instituţia de credit în folosul redresării entităţii în cauză, să prelungească, cu caracter de excepţie, perioada de 24 de luni, dar numai o singură dată, pentru a se evita abuzul din partea ambelor părţi – instituţia de credit care ar putea reînnoi solicitarea de prelungire pentru care deţinerea de acţiuni nu s-a dovedit a fi eficientă şi supraveghetorul, care ar trata cu superficialitate analizarea efectelor acţiunii de deţinere de acţiuni de către instituţia de credit.

O asemenea prelungire, singulară, nu poate depăşi 36 de luni de la data iniţială, de dobândire a acţiunilor respective, considerându-se că, dacă în acest termen, autoritatea în cauză nu s-a redresat, nu există şanse să se mai redreseze într-un termen prelungit. Tocmai pentru a se preîntâmpina ca instituţia de credit să prelungească implicit oricare dintre termenele stabilite prin reglementare, sub motivarea că aceasta face demersuri pentru a găsi o modalitate de înstrăinare a acţiunilor astfel deţinute, textul proiectului stabileşte expres obligaţia instituţiei de credit de a întreprinde demersurile necesare pentru înstrăinarea respectivelor acţiuni sau pentru retragerea sa din entitatea în cauză, astfel încât să se încadreze în termenul de 24 de luni, respectiv de 36 de luni, dacă a beneficiat de o prelungire a termenului. Rezultă cu claritate că instituţia de credit nu poate invoca prelungirea demersurilor, în acest sens, în justificarea neîncadrării în termenul de care a beneficiat. Fiind o dispoziţie imperativă a actului normativ, nu poate exista nici o modalitate din partea instituţiei de credit de a se eschiva de la încadrarea în termen şi nici din partea autorităţii de supraveghere prudenţială de a accepta vreo justificare de neîncadrare în termen.

Aceste termene evidenţiază caracterul temporar al deţinerilor de acţiuni pe care legiuitorul a înţeles să-l ofere, în condiţiile reglementate, instituţiilor de credit, pentru a-şi putea realiza creanţele pe care le au faţă de o entitate din afara sectorului financiar.

În aceeaşi ordine de idei, referitoare la formularea acestei instituţii juridice, în mod expres, este definită, pentru scopurile urmărite de reglementare, noţiunea de entitate din afara sectorului financiar, arătându-se că prin aceasta se înţelege o entitate, alta decât o instituţie de credit, o instituţie financiară, o societate de asigurare, o societate de reasigurare sau o societate ce desfăşoară activităţi care reprezintă o prelungire directă a activităţii bancare, cum ar fi leasing, factoring, administrare de fonduri de investiţii, sau care prestează servicii auxiliare activităţii bancare, cum ar fi, servicii de procesare de date, sau alte activităţi similare. O asemenea circumstanţiere detaliată înlătură orice perspectivă de eroare în caracterizarea entităţii în cauză, ca fiind din afara sectorului financiar.

Un alt aspect privind circumstanţierea cu exactitate referitoare la deţinerea temporară de acţiuni îl constituie cerinţa ca o astfel de deţinere să se realizeze în cursul unei operaţiuni de asistenţă sau restructurare financiară a unei entităţi din afara sectorului financiar. Constatăm că o asemenea formulare se află înscrisă în art.145 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006, reglementare concepută în ajunul aderării României la Uniunea Europeană, în concordanţă cu reglementarea europeană în materie, ceea ce demonstrează că legiuitorul, încă de la acest moment, a

avut în vedere o asemenea posibilitate care ar fi impusă de o operaţiune de asistenţă sau restructurare financiară a unui agent economic care, având calitatea de debitor al uneia sau mai multor instituţii de credit, determină din partea acestora o reacţie care poate fi în acelaşi timp benefică atât pentru debitor, cât şi pentru creditorii săi. De ce? Pentru că instituţia de credit are tot interesul să afle soluţii economico - financiare care să scoată entitatea în cauză din situaţia precară şi, implicit, să o poată determina să-şi onoreze obligaţiile băneşti faţă de creditorii săi, printre care se află ea însăşi.

O instituţie de credit are capacitatea necesară de a putea să contribuie la redresarea financiară a entităţii din afara sectorului financiar, situaţie de care vor profita, în egală măsură, atât aceasta, cât şi creditoarea sa, care acţionează asemenea unui acţionar responsabil pe perioada deţinerii temporare de acţiuni, în cursul operaţiei de asistenţă sau de restructurare financiară a respectivei entităţi.

Reglementatorul lămureşte cu claritate că se consideră acţiuni deţinute temporar de către o instituţie de credit, în cursul unei operaţiuni de asistenţă sau restructurare financiară a unei entităţi din afara sectorului financiar acele acţiuni dobândite de instituţia de credit în schimbul stingerii creanţelor pe care aceasta le înregistrează în mod direct la momentul respectiv faţă de entitatea în cauză. Momentul la care se referă textul reglementării este tocmai cel în care creanţele pe care le deţine instituţia de credit se sting tocmai prin transformarea acestora în acţiuni la entitatea în cauză, acţiuni care o vor îndreptăţi să gestioneze, ca un acţionar responsabil entitatea respectivă, astfel încât aceasta să devină viabilă şi să ducă la redresarea financiară a acesteia. Acordul de a acţiona al instituţiei de credit capătă un regim juridic special prin instituirea unei prevederi prin care se stabileşte expres că, în cazul în care deţinerile temporare de acţiuni îndeplinesc cerinţele acestui regulament, instituţiei de credit nu îi sunt aplicabile prevederile art.144 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006. Ţinând seama de faptul că, în conformitate cu prevederile art.144, "instituţiile de credit, persoane juridice române, nu pot dobândi participaţii calificate într-o asemenea entitate, dacă, în acest fel, instituţia de credit poate exercita controlul asupra entităţii respective", prin excluderea în mod expres a acestei prevederi prin dispoziţiile proiectului de regulament, se are în vedere tocmai acordarea posibilităţii ca instituţia de credit deţinătoare în mod temporar de acţiuni la entitatea în cauză să poată să exercite controlul asupra entităţii respective, care, implicit, se consideră benefică pentru ambele părţi, iar din perspectiva supraveghetorului îi oferă acestuia cel puţin convingerea că astfel, instituţia de credit va putea să-şi recupereze creanţele sale, ceea ce va contribui la menţinerea stabilităţii şi viabilităţii acelei instituţii de credit.

Toate aceste considerente duc la concluzia că o asemenea reglementare este necesară în actualul context economic şi financiar când se impune educarea agenţilor economici aflaţi într-o situaţie precară ca urmare a recesiunii economice. Astfel se evidenţiază rolul benefic al Băncii Naţionale a României, în calitate de reglementator al sistemului bancar din România. Putem concluziona că această instituţie juridică a deţinerii temporare de acţiuni de către o instituţie de credit, în cursul unei operaţiuni de asistenţă sau restructurare financiară a unei entităţi din afara sectorului financiar, se demonstrează a fi o necesitate practică în contextul economic actual, iar Banca Naţională a României se comportă ca un reglementator şi supraveghetor responsabil, tocmai în concordanţă cu scopul urmărit de legiuitor, prin dispoziţiile art.164 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.99/2006, citat anterior.

Din această perspectivă se va putea constata în practica socială modul în care vor înţelege să acţioneze instituţiile de credit, persoane juridice române, oferind în acelaşi timp ocazia Băncii Naţionale a României de a se manifesta, în spiritul legii, în calitatea sa de autoritate de supraveghere prudenţială bancară.



Adrian Dumitrescu
Consilier juridic principal
Direcţia Juridică
Banca Naţională a României

Aspecte juridice privind deţinerile temporare de acţiuni în entităţi nefinanciare[1]

Rezumat: *Valoarea unei participaţii calificate a unei instituţii de credit, persoană juridică română, într-o entitate din afara sectorului financiar nu poate să depăşească anumite limite. Prin excepţie, deţinerile temporare de acţiuni în cursul unei operaţiuni de asistenţă sau restructurare financiară a unei entităţi din afara sectorului financiar nu se consideră participaţii calificate pentru scopul aplicării acestor limite. Potrivit unui proiect de regulament al Băncii Naţionale a României, se consideră acţiuni deţinute temporar, acţiunile dobândite de instituţia de credit în schimbul stingerii creanţelor pe care aceasta le înregistrează faţă de entitatea în cauză. Articolul de mai jos analizează natura juridică a operaţiunii de conversie a datoriilor în acţiuni, efectele conversiei, măsurile aplicabile de Banca Naţională a României, precum şi unele aspecte privind legislaţia concurenţei.*

Cuvinte-cheie: *deţinere temporară, acţiuni, entităţi nefinanciare*

I. Incapacitatea parţială de dobândire

După cum se ştie, **capacitatea de folosinţă** a persoanei juridice este acea parte a capacităţii sale civile care constă în aptitudinea acesteia de a avea drepturi şi de a-şi asuma obligaţii. Conţinutul capacităţii de folosinţă ca aptitudine de a avea drepturi şi obligaţii este ţărmurit de anumite **limite**, dincolo de care nu mai este recunoscută această aptitudine. Limitele capacităţii de folosinţă, care sunt date de „îngrădirile" acesteia, prevăzute de lege, se înfăţişează ca **„incapacităţi de folosinţă"**.



O **incapacitate specială de folosinţă** a persoanei juridice este reglementată prin dispoziţiile articolelor 143 şi 144 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006 privind instituţiile de credit şi adecvarea capitalului.

Astfel, în conformitate cu dispoziţiile art.143 alin.1 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.99/2006, *valoarea unei participaţii calificate a unei instituţii de credit, persoană juridică română, într-o entitate din afara sectorului financiar nu poate să depăşească* ***15% din fondurile sale proprii***. Conform art.143 alin.2 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.99/2006, *valoarea totală a participaţiilor calificate ale instituţiei de credit, persoană juridică română, în entităţile din afara sectorului financiar nu poate depăşi* ***50% din fondurile sale proprii***. În sfârşit, potrivit dispoziţiilor art. 144 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.99/2006, *instituţiile de credit, persoane juridice române, nu pot dobândi participaţii calificate într-o entitate din afara sectorului financiar, dacă în acest fel instituţia de credit poate* ***exercita controlul*** *asupra entităţii respective*.

Observăm, aşadar, că această incapacitate este **relativă**, deoarece operează numai între subiectul de drept luat în considerare, respectiv instituţia de credit, persoană juridică română, şi anumite subiecte de drept determinate, respectiv entităţile din afara sectorului financiar. Incapacitatea este şi **parţială**, întrucât se referă la participaţii calificate a căror valoare depăşeşte anumite limite stabilite de Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.99/2006.

I.1 Reglementări anterioare

Incapacităţi parţiale de dobândire a unor participaţii calificate în entităţi din afara sectorului financiar au existat şi în legile bancare anterioare. Astfel, art.28 din Legea nr. 33/1991 privind activitatea bancară, preciza că participarea unei societăţi bancare la o firmă sau întreprindere al cărei obiect de activitate

[1] Material susţinut în cadrul Colocviilor Juridice ale Băncii Naţionale a României, Ediţia a doua, Bucureşti, Sala „Mitiţă Constantinescu", Banca Naţională a României, februarie, 2011.

nu are legătură cu activitatea bancară nu putea depăşi 20% din capitalul firmei sau al întreprinderii respective. Constatăm însă că incapacitatea era raportată numai la capitalul entităţii nefinanciare, iar nu şi la fondurile proprii ale societăţii bancare.

Raportarea la fondurile proprii ale instituţiei de credit a fost introdusă prin **Legea nr. 58/1998 privind activitatea bancară**. Astfel, art. 68 alin.1 din această lege prevedea că *orice participaţie de natura imobilizărilor financiare, deţinută - direct şi/sau indirect - de o bancă, în părţi sociale, acţiuni sau alte titluri de natură participativă la entităţi, altele decât instituţii de credit, instituţii financiare, de asigurări şi societăţi prestatoare de servicii auxiliare sau conexe, nu putea să depăşească: a) 15% din fondurile sale proprii; b) 20% din capitalul social al entităţii respective sau, după caz, din valoarea totală a titlurilor de natură participativă emise de o asemenea entitate. Valoarea totală a imobilizărilor financiare prevăzute la alin. 1 nu putea depăşi 60% din fondurile proprii ale băncii*.

II. Deţinerea temporară de acţiuni

Prin excepţie de la regula incapacităţii parţiale de dobândire, ***„deţinerile temporare de acţiuni*** *în cursul unei operaţiuni de asistenţă sau restructurare financiară a unei entităţi din afara sectorului financiar, care îndeplinesc cerinţele regulamentului nu se consideră participaţii calificate pentru scopul aplicării limitelor prevăzute la art. 143 alin.(1) şi (2) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006."*

II.1. Natura juridică a operaţiunii de conversie a datoriilor în acţiuni

Potrivit proiectului de regulament *„se consideră **acţiuni deţinute temporar** în cursul unei operaţiuni de asistenţă sau restructurare financiară a unei entităţi din afara sectorului financiar, acţiunile dobândite de instituţia de credit **în schimbul stingerii creanţelor** pe care aceasta le înregistrează în mod direct la momentul respectiv faţă de entitatea în cauză."*

Dobândirea acţiunilor de către instituţiile de credit în schimbul drepturilor de creanţă se realizează în urma majorării de capital **prin compensarea unor creanţe certe, lichide şi exigibile** asupra societăţii cu acţiuni ale acesteia, operaţiune juridică cunoscută sub denumirea de **conversie în acţiuni a datoriilor societăţii**.

În conformitate cu prevederile art. 210 din Legea nr. 31/1990 privind societăţile comerciale, *„capitalul social se poate mări prin emisiunea de acţiuni noi sau prin majorarea valorii nominale a acţiunilor existente (...)."* Potrivit art. 201 alin. 2 din aceeaşi lege, *"acţiunile noi sunt liberate prin încorporarea rezervelor, cu excepţia rezervelor legale, precum şi a beneficiilor sau a primelor de emisiune, ori **prin compensarea unor creanţe lichide şi exigibile** asupra societăţii cu acţiuni ale acesteia."*

Deşi textul de lege utilizează noţiunea de compensare, doctrina de drept comercial[2] arată faptul că operaţiunea juridică **nu constituie, propriu-zis, o compensaţie** (care presupune existenţa deopotrivă a două creanţe certe, lichide şi exigibile şi care le stinge pe amândouă, până la concurenţa lor), ci reprezintă o **transformare** a creanţelor pe care terţii le au faţă de societatea pe acţiuni, pe baza convenţiei dintre creditor şi debitor care înţeleg, pe calea **novaţiei obiective**, în condiţiile art.1128 pct.1 din Codul civil, să transforme obligaţia de plată în obligaţia societăţii de a emite acţiuni de o valoare egală cu creanţa, pe care să le distribuie creditorului. Operaţiunea juridică constă în contractarea unei noi obligaţii ce se substituie celei vechi, care este stinsă, ceea este de esenţa şi natura novaţiei obiective.

II.2. Efecte

Efectul principal al novaţiei este acela al stingerii vechii obligaţii şi înlocuirea ei cu o obligaţie nouă. Odată cu vechea obligaţie se sting şi toate accesoriile şi garanţiile care o însoţeau (art.1134 Cod civil). Ca urmare a stingerii garanţiilor eventual constituite în favoarea instituţiei de credit, aceasta, în calitatea sa de acţionar, în cazul falimentului, va avea un rang de prioritate inferior altor creditori ai societăţii.

II.3. Măsuri şi sancţiuni aplicabile de Banca Naţională a României

În eventualitatea unor situaţii de nerespectare a cerinţelor regulamentului privind deţinerile temporare de acţiuni, devin incidente prevederile Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr.99/2006.

Astfel, în cazul depăşirii termenului prevăzut de regulament pentru înstrăinarea acţiunilor, în temeiul art.143 alin.3 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.99/2006, Banca Naţională a României ar putea considera o astfel de situaţie ca fiind o situaţie

[2] Ioan Schiau, Titus Prescure, Legea societăţilor comerciale nr.31/1990:analize şi comentarii pe articole, Bucureşti, Editura Hamangiu, 2007, p.623.

excepţională ***şi să dispună instituţiei de credit să-şi majoreze fondurile proprii*** în vederea încadrării în limitele prevăzute la art.143 alin. (1) şi (2).

De asemenea, în temeiul art. 226 alin.1 lit. h) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.99/2006, Banca Naţională a României poate să dispună **măsura limitării participaţiilor calificate în entităţi (…) nefinanciare, situaţie în care instituţia de credit este obligată la înstrăinarea acestora.**

În temeiul art. 228 alin.1 literele a) şi b) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.99/2006, Banca Naţională a României poate aplica **sancţiuni**, în cazurile în care constată că o instituţie de credit, persoană juridică română a încălcat prevederile **reglementărilor emise în aplicarea acesteia** sau că nu a respectat **măsurile** dispuse de Banca Naţională a României.

II.4. Aspecte privind legislaţia concurenţei

Potrivit art. 11 din Legea nr. 21/1996, legea concurenţei, **nu constituie operaţiuni de concentrare economică** situaţiile în care: (…) b) instituţiile de credit (…) ***deţin temporar valori mobiliare*** ale unei întreprinderi pe care le-au dobândit în vederea revânzării, cu ***condiţia ca acestea să nu îşi exercite drepturile de vot conferite de valorile mobiliare în cauză pentru a determina comportamentul concurenţial al întreprinderii în cauză (…) şi ca cesiunea să aibă loc în termen de un an de la data achiziţiei***;

La pct.117 din Ordinul Consiliului Concurenţei nr. 386/2010 pentru punerea în aplicare a Instrucţiunilor privind conceptele de concentrare economică, întreprindere implicată, funcţionare deplină şi cifră de afaceri, se pune întrebarea dacă o operaţiune de salvgardare a unei întreprinderi, constituie o concentrare economică, în sensul legii. În acest sens se arată că, *„o operaţiune tipică de salvgardare presupune conversia datoriei existente (în acţiuni –n.n.) prin care un consorţiu bancar poate prelua controlul în comun al întreprinderii în cauză. În cazul în care o operaţiune îndeplineşte criteriile pentru controlul în comun prevăzute anterior, respectiva operaţiune* ***trebuie considerată o concentrare economică. Chiar dacă intenţia de bază a băncilor este de a restructura din punct de vedere financiar întreprinderea în cauză în vederea revânzării sale ulterioare, excepţia prevăzută la art. 11 lit. b) din lege, nu se aplică acestui tip de operaţiune. (…) Programul de restructurare obligă băncile, care asigură controlul, să determine strategia comercială a întreprinderii salvate (…)”.***

Potrivit prevederilor art. 15. alin.1 din Legea concurenţei, concentrările economice care depăşesc pragurile valorice prevăzute la art. 14 din aceeaşi lege trebuie **notificate Consiliului Concurenţei**.

II.5. Propunere de lege ferenda

Constatăm că interdicţia prevăzută la art.143 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului 99/2006 se referă la **„participaţii calificate”**, în timp ce art.145 are în vedere numai deţinerea temporară de **„acţiuni”**. Acest articol are caracter de excepţie şi trebuie considerat ca fiind de strictă interpretare şi aplicare. Având în vedere faptul că analogia nu este permisă în cazul textelor legale care au un caracter de excepţie, dispoziţiile art.145 nu pot fi aplicate şi pentru deţinerea temporară de **„părţi sociale”** în cazul **societăţilor cu răspundere limitată, fiind necesară, aşadar, modificarea corespunzătoare a acestuia.**



Alexandru Nicolae Păunescu
Director adjunct
Direcţia Juridică
Banca Naţională
a României

Restructurarea creditelor versus reorganizarea activităţii debitorilor[1]

Rezumat: *Restructurarea creditelor sau reorganizarea activităţii debitorilor sunt evenimente întâlnite în orice perioadă, care survin ca urmare a dificultăţilor financiare ale debitorilor. Însă în perioade de criză acestea devin larg răspândite şi utilizate pe scară largă, în activitatea economică şi financiară, făcând necesară reanalizarea şi actualizarea cadrului juridic în materie.*

Cuvinte-cheie: *restructurarea creditelor, reorganizarea activităţii debitorilor*

I. Restructurarea extrajudiciară a creditelor

Restructurarea creditelor este procesul care permite împrumutaţilor, atât persoane fizice, cât şi juridice, care întâmpină probleme legate de fluxul de numerar, să modifice de comun acord cu băncile creditoare caracteristicile creditului/ creditelor: dobânzi, durată, scadenţe, perioade de graţie.

1.Metode de restructurare

Schemele de restructurare cel mai frecvent utilizate, publicate de Asociaţia Română a Băncilor în anul 2009, sunt: (i) rescadenţarea, reprezentând modificarea scadenţei şi/sau a sumei de plată a uneia/ mai multor rate de credit în sold fără a se depăşi durata iniţială de acordare a creditului; (ii) reeşalonarea, respectiv modificarea scadenţei şi/sau a sumei de plată a uneia/mai multor rate de credit în sold cu depăşirea duratei iniţiale de acordare a creditului şi/ sau încadrarea creditului în altă categorie, după caz (termen mediu, termen lung), dar fără a depăşi durata maximă de creditare pentru produsul în cauză; (iii) refinanţarea prin acordarea unui nou credit pentru rambursarea creditului/creditelor în derulare şi care înregistrează sume neachitate la scadenţă (indiferent dacă s-a solicitat sau nu executarea silită); (iv) acordarea unei facilităţi de credit pe termen scurt firmelor, dar şi primăriilor, şcolilor,consiliilor locale, etc., care datorită neîncasării creanţelor de la bugetul de stat înregistrează sume neachitate la scadenţă din credite acordate de bănci (principal, dobânzi), precum şi datorii la bugetele de stat sau datorii către furnizori; (v) alte soluţii permise de Codul Civil, precum cesiunea de creanţă, subrogaţia, novaţia.

2. Reorganizarea activităţii debitorului (extrajudiciară)

Dificultăţile financiare ale societăţilor comerciale pot determina măsuri în vederea recuperării pierderilor înregistrate şi a eficientizării întregii activităţi. Prin hotărârea organelor competente ale societăţilor comerciale, se dispune reorganizarea activităţii societăţii, prin diverse modalităţi, precum: restructurarea posturilor personalului, înlocuirea administratorilor, restructurarea creditelor.

Ghidul pentru restructurarea extrajudiciară a obligaţiilor societăţilor comerciale elaborat de Banca Naţională a României, Ministerul Finanţelor Publice şi Ministerul Justiţiei, menţionează că rezultatul urmărit prin negocierile voluntare include elaborarea unui plan de reorganizare a activităţii debitorului.

Caracterele planului sunt în sensul că acesta trebuie să fie fundamentat pe prognoze rezonabile şi realizabile care să demonstreze capacitatea reală a debitorului de a genera fluxul de numerar necesar;
- să demonstreze că afacerea poate funcţiona în mod profitabil; să indice profitul/pierderea pentru fiecare



[1] Material susţinut în cadrul Colocviilor Juridice ale Băncii Naţionale a României, Ediţia a treia, Bucureşti, Sala „Mitiţă Constantinescu", Banca Naţională a României, iunie, 2011.

an; prognoza fluxului de lichidităţi; sursele pentru capitalul circulant suplimentar necesar; modificările substanţiale ale societăţii comerciale inclusiv modificările de acţionariat sau în conducerea debitorului.

II. Restructurarea creditelor în procedura insolvenţei

1.Perioada de observaţie

În perioada de observaţie, pot fi menţionate aspecte precum modificarea clauzelor contractului de credit, realizată de administratorul judiciar, cu acordul băncii, astfel încât acestea să asigure echivalenţa viitoarelor prestaţii; prelungirea unei linii de credit pentru activitatea curentă, în scopul asigurării finanţării capitalului de lucru în limite curente; acordarea de noi credite - pe lângă îndeplinirea condiţiilor de creditare ale instituţiei de credit, trebuie să existe şi autorizarea administratorului judiciar şi aprobarea Comitetului Creditorilor. Aprobarea de noi credite prezintă riscul ca, în cazul în care nu se va confirma niciun plan de reorganizare, nici o dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numite generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanţelor născute ulterior datei deschiderii atât a procedurii simplificate, cât şi a celei generale.

2. Planul de reorganizare - aspecte practice

În urma aprobării şi confirmării planului de reorganizare, activitatea debitorului este reorganizată conform prevederilor acestuia. Creanţele şi drepturile creditorilor sunt modificate astfel cum este prevăzut în plan, plata creanţelor urmând a se realiza în conformitate cu noile scadenţe prevăzute în programul de plată a creanţelor.

Termenele de plată stabilite prin contractele de credit pot fi menţinute prin plan, chiar dacă depăşesc perioada de 3 ani. Termenele de plată pot fi prelungite, cu acordul expres al creditorilor, dacă iniţial erau mai scurte de 3 ani. După realizarea tuturor obligaţiilor din plan şi închiderea procedurii de reorganizare, plăţile vor continua conform contractelor de credit.

Conform legislaţiei insolvenţei, nu se consideră modificare a creanţei sau a condiţiilor de realizare a acesteia, situaţia în care planul propus prevede revenirea la condiţiile de realizare a creanţei anterioare survenirii evenimentelor care au condus la modificarea condiţiilor respective, cum ar fi neplata uneia sau a mai multor rate scadente ale unui împrumut, la termenele şi în condiţiile stipulate în contract, care conduce la accelerarea plăţii întregului rest al împrumutului.

În cazul în care se acordă noi credite după deschiderea procedurii generale a insolvenţei, instituţia de credit nu va putea calcula dobânzi şi comisioane pentru aceste credite în cazul în care niciun plan de reorganizare nu este confirmat. Această regulă nu este însă valabilă în cazul în care debitorul intră în procedura falimentului după ce, în prealabil, a fost confirmat un plan de reorganizare, plan care din diverse motive nu a fost respectat de debitor.

Dintre problemele frecvente cu care se confruntă instituţiile de credit în procedura insolvenţei, menţionăm faptul că nu este respectat termenul legal de minim 20 zile dintre data publicării în Buletinul Procedurilor de Insolvenţă a anunţului privind planul de reorganizare şi data şedinţei adunării creditorilor în care este supus planul spre aprobarea acestora; termenele lungi acordate în procedură; publicarea actelor procedurale în Buletinul Procedurilor de Insolvenţă fără comunicarea acestora către creditori; formularea de către debitor şi/sau unii creditori de contestaţii la tabelul de creanţe în scopul tergiversării continuării procedurii.

De asemenea, la momentul actual, nu există un control asupra situaţiei personale a garanţilor şi nici a garanţiilor constituite de aceştia, nefiind monitorizaţi pe perioada derulării creditului, fapt ce poate determina posibile deteriorări ale calităţii acestora sau dispariţia garanţilor şi a garanţiilor acestora (dizolvarea garantului persoană juridică, înstrăinarea bunurilor proprietatea garanţilor fidejusori/avalişti fără ca instituţia de credit să cunoască aceste aspecte).

O altă problemă se referă la gajul pe stocuri de marfă, în majoritatea cazurilor în care s-a solicitat executarea silită a stocului de mărfuri aduse în garanţie, acestea fiind aproape imposibil de identificat sau chiar au lipsit cu desăvârşire.

În sfârşit, menţionăm problema avalului dat de cetăţeni străini/fidejusorii străini. În cazul garanţilor cetăţeni străini care avalizează/semnează contracte de fidejusiune, în majoritatea cazurilor titlurile executorii nu pot fi executate datorită faptului că aceştia nu au reşedinţa pe teritoriul României, nu deţin bunuri sau alte valori pe teritoriul României, iar executorii bancari/judecătoreşti nu pot efectua acte de executare în afara teritoriului statului român. În acelaşi timp, procedura de punere în executare a titlurilor executorii pe teritoriul statului ai cărui cetăţeni sunt şi pe teritoriul în care aceştia au reşedinţa este destul de anevoioasă şi costisitoare.

III. Deţinerile temporare de acţiuni/părţi sociale

Potrivit proiectului de regulament elaborat de Banca Naţională a României, deţinerile în acţiuni/părţi sociale pot fi încadrate în categoria celor dobândite cu caracter temporar în cursul unei operaţiuni de asistenţă sau restructurare financiară a unei entităţi din afara sectorului financiar.

Condiţiile prevăzute în proiectul de regulament impun ca, la nivelul instituţiilor de credit, să existe o politică generală faţă de acest tip de operaţiuni; un plan concret de asistenţă sau restructurare financiară pentru entitatea în cauză; valoarea maximă estimată pentru noi finanţări, în limita a 25% valoarea expunerii anterioare; analiză cost-beneficiu; calendarul estimat pentru recuperarea fondurilor avansate; proceduri pentru identificarea şi evaluarea riscurilor; o metodologie pentru evaluarea acţiunilor. Perioada maximă de deţinere a acţiunilor este de 3 ani, cu posibilitatea prelungirii cu 1 an.

Mecanismul avut în vedere de proiectul de regulament se compune din două etape:

1. Majorarea capitalului social prin emisiune de acţiuni

Majorarea capitalului social trebuie să respecte regulile obişnuite, de drept comun, prevăzute de Legea nr.31/1990 privind societăţile comerciale, şi, în cazul societăţilor admise la tranzacţionare, de Legea nr.297/2004 privind piaţa de capital. Astfel, societatea îşi va putea majora capitalul social cu respectarea dispoziţiilor prevăzute pentru constituirea societăţii (art.212 din Legea 31/1990). Potrivit art. 113 din Legea nr. 31/1990, adunarea generală extraordinară se întruneşte ori de câte ori este necesar a se lua o hotărâre pentru (…) f) majorarea capitalului social. Capitalul social nu va putea fi majorat şi nu se vor putea emite noi acţiuni până când nu vor fi fost complet plătite cele din emisiunea precedentă. (art. 92 alin.3 din Legea nr. 31/1990).

Potrivit art. 236 alin.2 din Legea nr. 297/2004, actul constitutiv sau adunarea generală extraordinară pot autoriza majorarea capitalului social până la un nivel maxim. În limitele nivelului fixat, administratorii pot decide, în urma delegării de atribuţii, majorarea capitalului social. Această competenţă se acordă administratorilor pe o durată de maximum un an şi poate fi reînnoită de către adunarea generală pentru o perioadă care, pentru fiecare reînnoire, nu poate depăşi un an.

De asemenea, potrivit art. 240 alin.1 din Legea nr. 297/2004, în cazul majorărilor de capital social prin aport în numerar, ridicarea dreptului de preferinţă a acţionarilor de a subscrie noile acţiuni trebuie să fie hotărâtă în adunarea generală extraordinară a acţionarilor, la care participă cel puţin 3/4 din numărul titularilor capitalului social, şi cu votul unui număr de acţionari care să reprezinte cel puţin 75% din drepturile de vot.

2. Conversia creanţelor în acţiuni

Acţiunile trebuie dobândite prin efectul operaţiunii de conversie (novaţie), scopul dobândirii fiind restructurarea entităţii. Referitor la dreptul de preferinţă al acţionarilor existenţi, este posibilă renunţarea acţionarilor la dreptul de preferinţă sau limitarea sau ridicarea dreptului de preferinţa a acţionarilor prin hotărârea adunării generale extraordinare a acţionarilor. Cvorumul necesar prevăzut de lege este de trei pătrimi din capitalul social subscris, fiind necesară majoritatea voturilor acţionarilor prezenţi (art.217 din Legea 31/1990).

Efectele conversiei sunt următoarele: (i) deţinerile temporare de acţiuni nu se consideră participaţii calificate pentru scopul aplicării limitei de 15% din fondurile proprii pentru participaţia calificată într-o entitate din afara sectorului financiar; şi a limitei de 50% din fondurile proprii pentru valoarea totală a participaţiilor calificate în entităţile din afara sectorului financiar; (ii) instituţia de credit poate dobândi controlul asupra entităţii respective; (iii) se sting garanţiile care însoţeau creanţa iniţială (art. 1134 Cod civil); (iv) în cazul falimentului, instituţia de credit, în calitate de acţionar, va avea un rang de prioritate inferior altor creditori ai societăţii.

IV. Garanţii financiare

Arătăm faptul că, în prezent, se află în dezbatere propunerea legislativă privind modificarea Ordonanţei Guvernului nr. 9/2004 privind unele contracte de garanţie financiară. Scopurile principale urmărite prin această propunere legislativă vizează posibilitatea aducerii ca garanţie a acţiunilor emise de furnizorul garanţiei şi extinderea domeniului de aplicare al ordonanţei şi la contractele în care una din părţi este o societate comercială.

Apreciem că prevederile legislative în cauză nu sunt de natură să modifice regimul prudenţial al garanţiilor financiare care este reglementat în conformitate cu cerinţele directivei Uniunii Europene în materie.

Totodată, trebuie avute în vedere prevederile art. 22 alin. (2) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr.99/2006 privind instituţiile de credit şi adecvarea capitalului, aprobată, cu modificări şi completări, prin Legea nr.227/2007, cu modificările şi completările ulterioare, a căror aplicabilitate trebuie menţinută în continuare. Astfel, potrivit acestor dispoziţii, *"instituţiile de credit nu se pot angaja în operaţiuni cum ar fi: a) gajarea propriilor acţiuni pe contul datoriilor băncii; b) acordarea de credite garantate cu acţiuni, alte titluri de capital sau cu obligaţiuni emise de instituţia de credit însăşi sau de o altă entitate aparţinând grupului din care face parte instituţia de credit."*

Considerăm că posibilitatea constituirii de garanţii financiare de către societăţile comerciale poate aduce o serie de avantaje pentru instituţiile de credit beneficiare ale garanţiei. Prin includerea in domeniul de aplicare al Ordonanţei Guvernului nr. 9/2004, contractele de garanţie financiară încheiate de societăţile comerciale ar beneficia de dispoziţii derogatorii de la normele cuprinse în legislaţia insolvenţei, precum: (i) deschiderea procedurii insolvenţei nu suspendă executarea garanţiei financiare (art.6 alin. (5) din Ordonanţa Guvernului nr. 9/2004); (ii) contractul de garanţie financiară produce efecte în conformitate cu clauzele cuprinse în acesta, indiferent de începerea sau de continuarea unor măsuri de reorganizare sau de lichidare cu privire la furnizorul sau beneficiarul garanţiei financiare (art.10 din Ordonanţa Guvernului nr. 9/2004); (iii) nu pot fi declarate nule, anulabile sau lipsite de efecte contractele de garanţie financiară numai pe motiv că acestea au fost încheiate în ziua deschiderii procedurii insolvenţei împotriva furnizorului garanţiei sau în cursul unei perioade de timp determinate, anterioară datei începerii procedurii de insolvenţă, perioada stabilită conform dispoziţiilor legale care reglementează aceste proceduri (art.11 din Ordonanţa Guvernului nr. 9/2004).



Av. Vasile Deleanu
Practician în insolvenţă

Finanţarea debitorului aflat în reorganizare judiciară, facilitate sau constrângere?[1]

Rezumat: *Prin introducerea noului punct 11) la art.121 alin.1 din Legea insolvenţei, creanţele creditorilor garantaţi născute în timpul procedurii insolvenţei, după confirmarea planului de reorganizare, au dobândit prioritate în ordinea de distribuire a fondurilor obţinute în urma vânzării bunurilor din averea debitorului.*

Această reglementare contribuie la scoaterea multor firme viabile din sfera defavorizată a neîncrederii, posibilii investitori fiind încurajaţi să se angajeze în finanţarea finalizării unor proiecte ale acelor firme.

Noua dispoziţie constituie şi o facilitate acordată vechilor investitori care, prin acordarea unui nou împrumut, îşi asigură mărirea şanselor de a li se restitui întregul capital investit. Modificarea legislativă poate fi privită, însă şi ca mijloc de constrângere a creditorilor pentru a investi în continuare, spre a evita coborârea pe o poziţie inferioară a creanţelor lor anterioare.

De altfel, creanţele creditorilor care au împrumutat pe arhitecţi, antreprenori şi constructori erau privilegiate în raport cu art. 1742, cu referire la art. 1737 alin. 4 şi 5 din Codul civil.

În acest fel, noua dispoziţie legală este şi de natură a corela prevederile Legii nr. 85/2006 cu reglementările art. 1737 alin. 4 şi 5 şi art. 1742 din Codul civil.

Cuvinte-cheie: *finanţare, debitor, reorganizare judiciară, facilitate, constrângere*

Lecţiile dure oferite de marea criză economică declanşată prin crahul de la bursa financiară din New York, produs în vinerea neagră din 24 octombrie 1929, care a zguduit aproape întreaga economie mondială pentru o perioadă de peste 4 ani, au trezit la acea vreme, din euforia în care vieţuiau, personalităţi ce fuseseră implicate în elaborarea ori executarea de orientări şi decizii politice sau economice cu mare impact asupra evoluţiei de până atunci a întregii societăţi.

Incredibilele consecinţe dezastruoase şi de durată, imprevizibile pentru cei care se pretindeau cunoscători ai tendinţelor de dezvoltare macroeconomice, deşi existau destule semnale ce trebuiau recepţionate şi supuse analizelor prin prisma legilor economice de bază elaborate cu mult timp înainte (David Ricardo, Adam Smith şi mulţi alţii), au produs mari dezafectări financiare în lanţ, răsturnând sub tăvălugul nenorocirilor mult din ceea ce se reuşise să se zidească prin efort, perseverenţă şi chiar cu consecventă competenţă.

Cu greu şi doar cu reuşite parţiale s-a ajuns să se construiască o nouă aparenţă de stabilitate, cu o evoluţie pozitivă până la marele conflict concretizat în cel de-al doilea război mondial, care, pe lângă urgiile dezlănţuite, pagubele imense produse, distrugeri de civilizaţii, zeci de milioane de morţi şi mutilaţi, a impus omenirii adoptarea conceptelor de analiză şi organizare, mai ales seriozitate în acţiunile de refacere economică.

Necesitatea reconstrucţiei la scară planetară a impus elaborarea unor planuri de mare perspectivă şi cu aplicabilitate quasi-generală, înţelegând să amintesc doar de Programul Beveridge (Anglia) şi de Planul Marshall (S.U.A.), fără a lăsa la o parte planurile cincinale sovietice care, cu tot caracterul lor nesăbuit şi uneori diletant, erau totuşi rezultatul unor analize meticuloase şi cu previzibilităţi realiste.

Toate acestea, cu dificultăţi de convingere în Occident sau cu piedici şi nereuşite în Est datorită insuficientelor resurse şi posibilităţi, au făcut ca omenirea, pe două căi diferite, să surmonteze mari obstacole, chiar dacă a înregistrat şi destule eşecuri, realizând progrese care i-au permis să iasă din scara



[1] Material susţinut în cadrul Colocviilor Juridice ale Băncii Naţionale a României, Ediţia a treia, Bucureşti, Sala „Mitiţă Constantinescu", Banca Naţională a României, iunie, 2011.

planetară şi să se îndrepte spre alte lumi.

Dar, în urma dispariţiei războiului rece, reunirea într-un nou conglomerat, cu diferenţe ce nu se vor putea înlătura niciodată, a sporit cupiditatea celor cu apetenţă spre îmbogăţire, iar în condiţiile înlăturării fricii majore din timpul coexistenţei celor două sisteme, a permis unor forme oculte de organizare a capitalurilor pe criterii de cartel, în lipsa unor responsabilităţi impuse de conexiunea firească a economiilor, să forţeze evoluţia în scop exclusiv de îmbogăţire fără limite.

Aşa se explică ascendenţa în doar 2-3 decenii a unor Bill Gates de la nimic la averi de zeci de miliarde de dolari, care în mod genial a fost realizată şi la nivel statal de China, care se pare că a ajuns a doua putere economică a lumii.

Era posibil, în astfel de condiţii de evoluţie, cu imense acumulări de capital şi de riscuri, să se mai gândească, în mod coordonat şi cu luarea în considerare a tuturor conexiunilor posibile, la viitorul planetei pe care ne aflăm? Evident că nu, pentru că autosuficienţa, cupiditatea, setea de a stapâni, defecte care au îngropat la vremea lor imperiul roman şi alte imperii, devin de nestăpânit în condiţiile în care nu mai sunt obstaculate de teamă. Ori, căderea cortinei de fier a adus şi înlăturarea fricii, chiar dacă doar pentru moment!

Lăcomia băncilor, lipsa unei gândiri serioase de perspectivă la nivel statal sau multi-statal, au făcut să ne împrumutăm şi iar să ne împrumutăm, pentru a achiziţiona cele mai inutile sau năstrusnice produse, de care ne puteam lipsi. Nu am dat înapoi, organizaţiile statale şi suprastatale au privit cu ignoranţă sau neputincioase la evoluţia care ne-a adus în anul 2008, când semnalele de defectuozitate s-au transformat în mare alarmă: o nouă criză economică.

Ce am făcut pentru a o preîntâmpina? Nimic sau aproape nimic, totul mergând de-a rostogolul în uraganul dezlănţuit de dorinţele de a profita cât mai mult de posibilităţile de a avea un trai iresponsabil de bun.

Aşa s-a întâmplat că nici la noi nu s-a gândit suficient, chiar cu ocazia adoptării unor legi cu implicaţii majore în asigurarea funcţionarii mecanismelor economice şi de corectare a ineficienţelor şi derapajelor, cum a fost Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării şi a falimentului, căreia i-a urmat Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei.

Evenimentele petrecute în ţara noastră în anii marii crize economice, ca şi soluţiile legislative încercate în acea perioadă, constituiau învăţăminte de care legiuitorul nu trebuia să se lipsească cu ocazia adoptării celor două legi şi a modificărilor ce li s-au adus succesiv.

Aceste două legi, conţinând reglementări valoroase, care au asigurat de-a lungul perioadei parcurse efectuarea corecturilor necesare funcţionării pârghiilor economice la standarde acceptabile, ar fi putut să conţină, dacă există o mai mare previzibilitate, şi alte pârghii cu efecte de stabilitate, care să se constituie în ancore pentru salvarea numeroaselor firme având resurse şi care erau viabile, intrate în dificultate datorită unor situaţii conjuncturale cu totul întâmplătoare.

*
* *

Trebuie subliniată, totuşi, analiza de ultim moment care a determinat acceptarea şi adoptarea inspiratelor modificări ce s-au adus actualei Legi a insolvenţei prin Legea nr 169/2010, publicată în Monitorul Oficial din 21 iulie 2010.

Dintre acestea, consider că introducerea în art. 121 alin.1 din Legea nr. 85/2006, a dispoziţiei înscrise în cadrul punctului 1^1), potrivit căreia *"creanţele creditorilor garantaţi născute în timpul procedurii de insolvenţă după confirmarea planului de reorganizare, ca parte componentă a acestui plan"*, dobândesc prioritate, în ordinea de distribuire a fondurilor obţinute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, constituie un important pas realist pe calea necesară scoaterii firmelor intrate în dificultate din sfera defavorizată a suspiciunii şi neîncrederii, deoarece posibilii investitori se vor simţi încurajaţi să ofere şi în viitor finanţare unor asemenea firme.

Înţelegerea riguroasă a impactului pe care îl are recenta completare a Legii insolvenţei prin reglementarea de la noul punct 1^1), introdus în cuprinsul alineatului 1 al art. 121, a unei garanţii având drept scop încurajarea potenţialilor investitori să finanţeze planul de reorganizare, impune o incursiune în principiile ce guvernează drepturile reale de garanţie imobiliare.

Reamintim de aceea că drepturile reale de garanţie imobiliare, adică ipotecile cuprind, sub această denumire, şi privilegiile imobiliare, care sunt, în realitate, ipoteci legale cu rang de favoare rezultând din calitatea creanţei garantate.

Ca drept real de garanţie constituit asupra unui bun determinat ce rămâne în posesia debitorului, ipoteca îi conferă creditorului dreptul de a se îndestula

cu preferinţă din vânzarea acelui bun şi de a-l urmări în mâinile oricui s-ar afla.

Cum este cunoscut, siguranţa creditorului public, interesul terţilor şi chiar însuşi interesul debitorului impun ca ambele efecte ale garanţiei, adică atât dreptul de preferinţă, cât şi dreptul de urmărire să se producă prin supunerea ipotecilor unui sistem de publicitate de specialitate, în baza căruia să se poată cunoaşte în fiecare moment, de către oricine, în ce măsură o anumită proprietate imobiliară privată este liberă de orice sarcini. Pentru atingerea acestui scop nu este suficient ca sarcinile ipotecare să fie susceptibile de a fi cunoscute de cei interesaţi prin menţionarea lor într-un registru cu o astfel de destinaţie, ci, mai trebuie ca publicitatea respectivă să corespundă specializării sarcinii prin determinarea exactă, atât a imobilului grevat, cât şi a valorii obligaţiunii garantate.

Această dublă cerinţă este satisfăcută pe deplin în cadrul sistemului adoptat de legiuitorul român.

Deşi accesorie, în dreptul nostru ipoteca se constituie ca drept real imobiliar, cu caracter propriu, independent de natura obligaţiei garantate.

Este definitoriu pentru această instituţie că se pot ipoteca numai imobilele susceptibile de a fi înstrăinate.

Corelativ ipotecilor, acţionează şi instituţia privilegiilor.

Fiind o însuşire a creanţei garantate, privilegiul imobiliar se naşte, în principiu, o dată cu naşterea creanţei, ceea ce înseamnă că dreptul de preferinţă, inclusiv rangul, se determină, în raporturile cu alţi creditori privilegiaţi sau ipotecari, nu după data inscripţiunii sau transcripţiunii (în cazul privilegiului vânzătorului), ci după data naşterii creanţei (vânzare, împărţeală, construcţie).

În această privinţă, acţionează rangul de favoare pe care îl conferă privilegiul, care constă, potrivit art. 1722 din Codul civil, în dreptul *"ce dă unui creditor calitatea creanţei sale de a fi preferată celorlalţi creditori, fie chiar ipotecari"*.

Este semnificativ că rangul de favoare al constructorului, limitat la sporul de valoare rezultând din lucrări, are precădere chiar faţă de privilegiile născute şi de ipotecile înscrise anterior lucrărilor de construcţie sau de reparaţie, considerându-se că prin lucrările făcute ulterior s-au conservat garanţiile anterioare şi chiar le-au sporit până la limita plusvalorii dobândite, care instituie rangul de favoare al constructorului. Pentru ca această precădere să subziste, privilegiul trebuie înscris în conformitate cu prevederile art. 1742 din Codul civil, fără să fie necesar însă un termen de luare a inscripţiunii, pentru că nici textul de lege şi nici raţiunea unui atare privilegiu nu impun ca inscripţiile să fie luate în termenul în care trebuie efectuate cele două expertize judiciare pretinse de lege constructorului.

Trebuie subliniat că privilegiile speciale asupra anumitor bunuri imobile sunt ipoteci privilegiate ce trec înaintea ipotecilor propriu-zise. Temeiul lor juridic stă în ideea de îmbogăţire a patrimoniului debitorului cu bunul asupra căruia poartă privilegiul.

De aceea, aceste privilegii, întrunind caracterele drepturilor reale, conferă titularului lor atât dreptul de urmărire, cât şi dreptul de preferinţă, ceea ce face necesar ca titularul să conserve privilegiul său prin efectuarea formalităţilor de publicitate.

Prin art. 1737 din Codul civil sunt stabilite cinci privilegii imobiliare, în următoarea ordine:

- privilegiul vânzătorului pentru preţul neîncasat al imobilului;
- privilegiul celui care a împrumutat bani cumpărătorului pentru achiziţia imobilului;
- privilegiul copărtaşilor pentru garanţia împărţelii făcute între ei;
- privilegiul arhitectului, antreprenorului şi lucrătorilor asupra imobilului construit sau reparat, pentru plata lucrării executate;
- privilegiul celui care a împrumutat pentru plata lucrătorilor construcţiei efectuate.

În sfârşit, mai trebuie adăugat şi privilegiul ce decurge din separaţia de patrimonii, care este consacrat în mod indirect în art. 1743 din Codul civil.

Regimul şi privilegiul de care se bucură cel care împrumută pe beneficiarul lucrării cu bani pentru plata arhitecţilor, antreprenorilor şi lucrătorilor construcţiei, astfel cum acestea sunt reglementate în art. 1742 din Codul civil, constituie temei cu valoare de principiu care justifică introducerea în legea insolvenţei, prin Legea nr.169/2010, a actualului punct 11), prin care este acordată prioritate, în ordinea de distribuire a fondurilor obţinute din vânzarea bunurilor afectate de garanţii, în favoarea creditorilor care oferă finanţare debitorului.

Ca urmare, potrivit actualelor prevederi de la pct. 1¹) din cadrul alineatului 1 al art. 121 din Legea nr. 85/2006, corelate cu dispoziţiile din preambulul acelui alineat, la care se face referire, „creanţele creditorilor garantaţi născute în timpul procedurii de insolvenţă după confirmarea planului de reorganizare, ca parte componentă a acestui plan", care *„cuprind capitalul, dobânzile, majorările şi penalităţile de orice fel"*, au prioritate de recuperare, din *„fondurile obţinute din*

vânzarea bunurilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de ipoteci, gajuri sau alte garanţii reale mobiliare ori drepturi de retenţie de orice fel”, în ordine imediată după „taxe, timbre şi orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea şi administrarea acestor bunuri, precum şi plata remuneraţiilor persoanelor angajate în condiţiile art.10, art.19 alin.2, art. 23 şi 24”, indicate la punctul 1 din acelaşi prim alineat.

Ori, în conformitate cu reglementarea existentă până la data introducerii noului punct 1[1]) în alineatul 1 al art. 121 din Legea nr. 85/2006, în cursul sau după efectuarea lichidării, în măsura în care se încasau sume de bani din lichidare, acestea erau supuse distribuţiilor parţiale, care trebuiau efectuate la fiecare trei luni, calculate de la data deschiderii procedurii, iar prin planul de distribuţie parţial, în care lichidatorul prevedea şi plata remuneraţiei sale, precum şi a celorlalte cheltuieli de procedură, se propunea distribuirea fondurilor obţinute din lichidare de către creditori, în următoarea ordine:

- în cazul bunurilor asupra cărora erau înfiinţate garanţii, trebuiau plătite mai întâi cheltuielile de procedură, apoi achitată creanţa al cărei titular era beneficiarul garanţiei, iar surplusul rămas după aceste plăţi urma să se distribuie celorlalţi creditori, în ordinea de preferinţă stabilită în art.123 din Legea nr. 85/2006;

- în cazul bunurilor nepurtătoare de garanţii, trebuiau plătite mai întâi cheltuielile de procedură, iar în continuare erau achitate creanţele înscrise în tabelul definitiv consolidat, în ordinea indicată în art. 123 din lege;

- dacă titularii garanţiilor şi titularii creanţelor în rang preferenţial erau de acord, distribuţia se putea face mai întâi către unii creditori ce nu erau titulari de garanţii sau având garanţii cu un rang inferior creanţelor, deoarece ordinea de preferinţă era numai de natura, iar nu şi de esenţa distribuirii;

- creditorul care cumulează şi calitatea de debitor al debitorului putea fi plătit, cu acordul creditorilor, prin compensarea creanţei sale contra debitorului, cu datoria ce o avea faţă de acesta, compensaţia legală operând automat, fără a se aduce atingere ordinii de preferinţă, iar judecătorul - sindic putând dispune şi compensaţia judiciară prin atribuirea unui bun supus lichidării în contul creanţei.

În conformitate cu art. 121 din Legea nr. 85/2006, creditorii beneficiari de garanţii erau justificat plătiţi cu prioritate şi integral, după acoperirea cheltuielilor cerute de procedură, din fondurile obţinute în urma vânzării bunurilor asupra cărora erau înfiinţate garanţii.

Reglementarea anterioară a determinat pe mulţi creditori ca, din prudenţă, să fie reţinuţi în acordarea de credite debitorilor aflaţi în perioada de observaţie sau de reorganizare, considerând că s-ar expune riscului de a nu-şi mai putea recupera sumele împrumutate. O astfel de atitudine precaută nici nu părea nejustificată din moment ce legea nu asigura un privilegiu absolut în cazul unui eşec al planului de reorganizare.

O asemenea situaţie, fiind observată în cazul S.C. C. S.R.L., intrată în insolvenţă în octombrie 2009, căreia îi era necesar un credit de încă 3,5 milioane de euro pentru finalizarea unei construcţii din vânzarea căreia se preconiza obţinerea a aproximativ 900 milioane euro, a făcut obiectul unui demers adresat în 10 februarie 2010, direct preşedintelui unei bănci din Grecia, de către societatea noastră de avocaţi, solicitându-i-se acordul pentru finanţarea cu acea sumă de către filiala sa din România. Prin acest demers s-a demonstrat, pe bază de date verificate, caracterul deosebit de avantajos al împrumutului solicitat, precum şi lipsa oricărui risc pentru creditorul ce l-ar fi acordat. Din păcate, demersul nostru a rămas fără rezultat.

Din această perspectivă, s-a impus luarea de măsuri pentru încurajarea, pe cale legislativă, a potenţialilor investitori de a finanţa planurile de reorganizare a societăţilor comerciale intrate în procedura insolvenţei.

De aceea, modificarea adusă art.121 alin.1 din Legea nr. 85/2006 prin Legea nr. 169/2010, care a introdus în cuprinsul acestui alineat un nou punct, 1[1]), a corespuns unei necesităţi economice de prim ordin, menită să asigure funcţionarea în continuare şi salvarea de la dispariţie a numeroase societăţi comerciale intrate în dificultate de plată.

Dacă simţul firesc de prudenţă a făcut de înţeles ezitarea investitorilor de a mai alimenta cu capital firmele cu perspective de a intra în incapacitate de plată şi mai ales pe cele aflate deja în procedura insolvenţei, în prezent, când este reglementată prioritatea absolută, la distribuirea sumelor obţinute din valorificarea bunurilor debitorului, pentru creditele acordate după confirmarea planului de reorganizare, este firesc să redevină tentante infuziile de capital şi în cazul unor asemenea firme, datorită scăderii riscului investiţional.

Securizarea creditelor acordate în cadrul unui plan de reorganizare a răspuns astfel unei necesităţi stringente, ţinându-se seama de atitudinea reticentă

a instituţiilor financiare în acordarea de împrumuturi societăţilor comerciale aflate în insolvenţă.

Schimbarea ordinii de preferinţă existente anterior, prin asigurarea unei priorităţi absolute creanţelor garantate ce s-au născut în cursul procedurii de reorganizare asigură plata lor înaintea altor creanţe, în ordine imediată după cele reprezentând taxe, timbre şi alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor din averea debitorului grevate de garanţii şi a celorlalte cheltuieli necesare pentru conservarea şi administrarea acestor bunuri.

Această reglementare, cu caracter de excepţie, din actualul punct 1[1]) din alineatul 1 al art. 121 din Legea nr. 85/2006, aplicabilă în segmentul de activitate la care se referă, a schimbat astfel ordinea de preferinţă prevăzută în Codul civil şi în Codul de procedură civilă, dând creanţelor garantate ce s-au născut în cadrul procedurii de reorganizare prioritate la obţinerea sumelor rezultate din vânzarea bunurilor asupra cărora s-a înfiinţat garanţia.

În acest fel, în procedura insolvenţei, nu mai are prioritate o ipotecă asupra bunurilor debitorului înscrisă ulterior deschiderii procedurii, ci ipoteca de rang inferior înscrisă ulterior, dar numai în cadrul planului de reorganizare, ceea ce atrage îndestularea noului creditor privilegiat înaintea celorlalţi creditori.

Interdicţia notării unei noi ipoteci a fost practic înlăturată prin dispoziţiile Legii nr. 85/2006, din moment ce confirmarea planului de reorganizare de către judecătorul-sindic deschide calea notării acestei noi ipoteci.

Această nouă abordare a ordinii în prioritatea de distribuire a fondurilor realizate din vânzarea bunurilor afectate de garanţii în favoarea creditorilor asigură o posibilitate reală debitorului să iasă din starea de insolvabilitate şi să achite nu numai creanţa privilegiată a investitorului care-i oferă finanţare după confirmarea planului de reorganizare, pentru a aduce activul său cât mai aproape de valoarea preconizată, cum ar fi prin finalizarea unei construcţii, ci să satisfacă şi pe ceilalţi creditori.

Drept urmare, această nouă reglementare, care iese din tiparele cunoscute, fără să contravină însă principiilor de drept cu care intră în coliziune, este benefică nu numai pentru firmele debitoare, ce se pot redresa printr-un împrumut de ultim moment, ci şi pentru societăţile creditoare, care îşi pot recupera capitalurile investite, în final având de câştigat întreaga economie naţională datorită măririi stabilităţii şi consolidării tendinţelor către normalitate în relaţiile dintre partenerii de afaceri.

Remediul găsit de legiuitor, prin introducerea reglementării de la pct. 1[1]) la alin. 1 al art. 121 din actuala lege a insolvenţei, este cu atât mai benefic pentru partenerii implicaţi în împrumuturi de orice fel şi pentru economia naţională, cu cât noile dispoziţii nu sunt de natură a prejudicia pe nimeni, ci doar preconizează să dea o şansă viabilă şi eficientă debitorului cu proiecte atrăgătoare comercial, care se află în fază certă de finalizare.

Pe de altă parte, acest text de lege nou introdus în procedura insolvenţei ar putea fi privit, din perspectiva creditorilor, nu ca o facilitate, ci ca o **constrângere**.

S-ar putea ajunge la situaţia în care creditorii ipotecari, de teama de a nu îşi pierde drepturile conferite de contractul iniţial, să fie obligaţi să finanţeze ei înşişi în continuare debitorul aflat în procedura insolvenţei.

Este adevărat că, în perspectivă, modificarea legislativă privind vocaţia creanţelor născute în timpul procedurii de insolvenţă de a fi înscrise prioritar la masa credală, imediat după poziţia taxelor şi cheltuielilor de procedură, are ca efect o anume coborâre a rangului de preferinţă al creditorilor ipotecari. Dar, o astfel de perspectivă se justifică dacă se are în vedere comandamentul major al necesităţii revigorării economiei naţionale, pe ansamblu, prin crearea unui stimulent pentru posibilii noi investitori care, prin împrumutul de ultim moment, ce îl acordă, pot salva valori enorme de la depreciere şi chiar de la dispariţie totală.

Un asemenea comandament, instituit pentru salvarea unui interes public major, cum s-a procedat şi atunci când s-au elaborat cele cinci legi privind conversiunea şi asanarea datoriilor din perioada 1931-1934, nu frizează, aşa cum se va demonstra în continuare, în detaliu, principiul neretroactivităţii legii, pentru că priveşte ordinea publică, iar aceasta, aşa cum sublinia prof. Matei Cantacuzino, primează faţă de raporturile juridice de drept privat.

Mai mult, rezolvarea legislativă dată prin introducerea punctului 1[1]) al art. 121 din Legea insolvenţei este justificată în acest moment şi de considerente de oportunitate economică, deoarece înşişi creditorii ipotecari anteriori se vor putea îndestula mai sigur, chiar dacă privilegiul lor coboară cu un grad, datorită asigurării creşterii valorii bunului ce va intra în masa credală. În această privinţă, prin comparare, trebuie avut în vedere că este deplin consacrat şi admis ca antreprenorul, constructorul, să-şi recupereze creanţa, înaintea celorlalţi creditori ipotecari, pentru că el a adăugat plus valoare imobilului.

*
* *

De altfel, un asemenea act legislativ, nedureros pentru nimeni, dar eficient, nici nu se poate compara, prin efectele sale, cu cele cinci legi de suspendare a executării datoriilor agricole, de conversiune şi de asanare a datoriilor adoptate de legiuitorul român în perioada 1931-1934. Relevăm, în acest sens, că Legea nr. 87 din 14 aprilie 1933, pentru reglementarea datoriilor agricole şi urbane, precum şi Legea pentru lichidarea datoriilor agricole şi urbane din 7 aprilie 1934, care a devenit operantă, au redus în final datoriile agricole şi urbane la un cuantum de 50% şi la eşalonarea plăţii lor în decurs de 17 ani, in conditiile unei dobânzi de numai 1% pe an.

Măsura conversiunii datoriilor a salvat marea masă a agricultorilor şi pe alţi debitori de la faliment, dar, deşi statul a acoperit, prin Banca Naţională a României, o mare parte din pagubele cauzate instituţiilor de credit, multe dintre aceste instituţii nu s-au mai putut reface, dispărând treptat de pe piaţa financiară. Astfel, dacă la 31 decembrie 1930 erau înregistrate 1122 bănci comerciale, cu un capital social de 16.980 milioane de lei, la 31 decembrie 1941 mai erau doar 272 bănci comerciale cu un capital social diminuat la 7.500 milioane de lei. Aplicarea ultimei legi de conversiune, pe lângă că a lovit puternic în sistemul bancar din România, a exclus aproape în totalitate populaţia de la credite.

După cum este cunoscut, declanşarea celui de-al doilea război mondial, în care a fost implicată şi România din iunie 1941, ne-a adus dominaţia sovietică la sfârşitul lui, impunandu-ni-se un alt regim social-economic. După aproape o jumătate de secol, am trecut din nou la economia de piaţă, dar condiţiile specifice în care s-a revenit la această economie au dus la înstrăinarea cu preţuri derizorii a celor mai multe întreprinderi şi la falimentarea celor care au mai rămas, ceea ce a avut drept consecinţă formarea unei pături de îmbogăţiţi, care au devenit elementele ce domină în prezent viaţa economică şi politică din ţara noastră.

Regresului economic neîntrerupt i-a urmat o scurtă perioadă de redresare, curmată de apariţia recentei crize economice, cu efecte vizibile, a căror evoluţie şi dezvoltare încă nu sunt combătute cu mijloace eficiente şi suficient organizate.

*
* *

De aceea, cu atât mai mult se impune să apreciem ca benefică măsura legislativă concretizată în adoptarea Legii nr. 169/2010, ale cărei prevederi, fără să fie cu urmări păgubitoare pentru partenerii implicaţi în relaţiile de afaceri asupra cărora au impact, sunt menite să asigure supravieţuirea şi eficientizarea anumitor societăţi debitoare, cu efect ameliorator în ansamblul economiei naţionale.

Evident, apariţia acestei legi, datorită ariei şi sensului ei de aplicare, nu poate să nu aibă implicaţii asupra principiilor de drept consacrate.

În această ordine de idei s-a pus problema dacă reglementarea dată prin pct. 1[1]) al art. 121 alin.1 din Legea nr. 85/2006 intră în coliziune cu **principiul neretroactivităţii legii prevăzut în art. 1 din Codul civil.**

În adevăr, potrivit acestui text de lege fundamental din Codul civil, *"legea dispune numai pentru viitor; ea n-are putere retroactivă".*

În acest sens, pe drept cuvânt se pretinde că, atunci când o lege nouă modifică starea legală anterioară cu privire la anumite raporturi, efectele pe care raportul anterior legal era susceptibil a le produce, ce s-au realizat toate înainte de momentul când legea nouă a intrat în vigoare, nu pot fi modificate prin efectul legii noi pentru că noua lege nu putea să producă efecte înainte de a avea fiinţă, iar suveranitatea noii legi trebuie să respecte suveranitatea legii anterioare.

La rezolvarea acestei chestiuni, a aplicării legii în timp, trebuie să se ţină seama, pe de o parte, de principiul că legea nouă trebuie să aibă preferinţă faţă de legea veche, pentru că în mod teoretic ea realizează sau este menită să realizeze un progres social, o stare mai bună, iar în vederea atingerii acestui scop prevederile ei trebuie să aibă o putere obligatorie generală, uniformă pentru toţi. Dar, pe de altă parte, mai trebuie să se ţină seama că siguranţa raporturilor sociale şi sentimentul de care trebuie să se bucure legea în simţul de dreptate al tuturor, cere ca legea nouă să nu desfiinţeze sau să nu modifice, fără existenţa unui motiv grav de ordine publică, acele stări de drepturi care, în momentul intrării în vigoare a legii noi, erau deja exprimate în acte de voinţă şi în raporturi definitiv încheiate valabil potrivit legii ce era în fiinţă în momentul încheierii.

De aceea, pentru puterea legiuitoare se pune chestiunea în ce măsură un interes de ordine publică impune întinderea efectelor şi la raporturi anterioare definitiv încheiate, puterile autorităţii legislative nefiind îngrădite în această privinţă. Ori, în orice stat de drept există legi care, deşi privesc raporturi de drept privat, sunt totuşi de interes public, putând fi declarate

de legiuitor ca retroactive, adică putând desfiinţa sau modifica raporturi anterioare definitiv încheiate.

Din această perspectivă, faţă de aprecierile făcute anterior cu privire la necesitatea social-economică, de interes public, a reglementării ce s-a dat în cadrul actualului punct 1[1]) al art.121 alin.1 din Legea nr. 85/2006, apare evident că o atare modificare legislativă a fost determinată, în primul rând, de considerente de ordine publică.

Ca urmare, modificarea ordinii de preferinţă în distribuirea sumelor de bani obţinute din vânzarea bunurilor afectate de garanţii în favoarea creditorilor care oferă finanţare debitorului, având un impact ce priveşte un interes social-economic major, inclusiv ordinea publică din România, nu poate fi considerată că ar fi fost realizată cu încălcarea principiului neretroactivităţii legii în raporturile juridice de drept privat.

În consecinţă, interesul major al protejării societăţilor debitoare cu active importante în fază de finalizare, de a continua activitatea în condiţiile în care ele şi-ar putea relua plăţile dacă investitorii interesaţi le-ar finanţa terminarea proiectelor, face ca atribuirea de prioritate la satisfacerea creanţelor unor asemenea investitori să constituie un important interes de ordine publică, cu atât mai mult cu cât adoptarea celor cinci legi privind conversiunea şi asanarea datoriilor din perioada 1931-1934, constituie un precedent deosebit de sugestiv.

***

Lucrări consultate:

1. Matei Cantacuzino. Elementele Dreptului Civil, Cartea Românească, 1921, pag. 24-29; 566 – 597;
2. Const. Stănescu, Corneliu Bârsan. Drept civil.Teoria generală a obligaţiilor, All Beck, 2000, pag.416- 433;
3. Gheorghe Piperea. Insolvenţa: legile, regulile, realitatea, Edit. Wolters Kluwer, pag.693 – 696;
4. Av. Simona Marta Miloş. Principiile modificării aduse Legii nr. 85/2006 prin Legea nr. 169/2010. Rubrica practicianului, Revista Phoenix, octombrie-decembrie 2010, pag.4, 7 şi 8;
5. Dumitru Şandru. Criza din 1929-1933 şi criza actuală, Articol.

Legi:

-Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei;
-Legea nr. 169/2010 de modificare a Legii nr.85/2006;
-Legea suspendării executării datoriilor agricole (decembrie 1931);
-Legea nr. 88/1932 pentru asanarea datoriilor agricole (aprilie 1932);
-Legea nr. 20/1932 pentru modificarea legii asanării datoriilor agricole (octombrie 1932);
-Legea nr. 87/1933 pentru reglementarea datoriilor agricole şi urbane (aprilie 1933);
-Legea conversiunii datoriilor agricole (aprilie 1934).



Lector Univ. Dr.
Crenguţa Leaua[1]

Reorganizarea debitorului – pârghie de renegociere a creditelor ?[2]

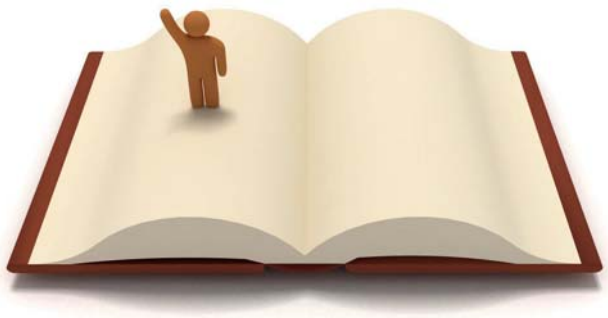
Rezumat: *Situaţiile de reorganizare a debitorului, fie în forma reorganizării voluntare, fie a celei judiciare în cadrul procedurii insolvenţei, sunt de natură a schimba raportul de forţe în cadrul negocierilor dintre debitor şi băncile cu care aceştia au credite în derulare, datorită dispoziţiilor legale care prevăd o gamă de proceduri specifice. Articolul îşi propune o scurtă prezentare a acestor dispoziţii legale, cum sunt normele legale privind reorganizarea voluntară, problemele specifice iminenţei sau chiar declanşării insolvenţei, procedura concordatului preventiv, a mandatului ad - hoc şi medierii.*

Cuvinte-cheie: *reorganizare, negociere, insolvenţă, concordat preventiv, mandat ad - hoc, mediere*

1. Introducere

Sunt nenumărate situaţiile în care societăţile comerciale în calitate de clienţi ai instituţiilor bancare ar avea nevoie de o renegociere a condiţiilor de creditare cuprinse în contractele pe care acestea le-au încheiat. De cele mai multe ori solicitările de renegociere din partea clienţilor sunt formulate de aceştia pentru prelungirea unor termene contractuale, reeşalonarea, scăderea ratei dobânzii, modificarea modului de calcul al dobânzii, scutirea de anumite comisioane sau penalităţi etc.

Uneori interesul clientului se întâlneşte cu cel al instituţiei bancare, în ceea ce priveşte modificarea solicitată, spre exemplu, în cazul modificărilor de politică de creditare sau a unor norme legale privind creditarea, cazuri în care acordul dintre client şi instituţia bancară se poate întruni cu destul de mare flexibilitate. În situaţiile în care, însă, interesul imediat al instituţiei bancare în acceptarea unei modificări ale condiţiilor unui contract de credit în curs de derulare este mai puţin evident, negocierile începute de un client au destul de puţine şanse de succes. Aceasta deoarece principiul forţei obligatorii a contractelor constituie un argument legal simplu şi puternic pentru care instituţiile bancare creditoare pot refuza, fără a putea fi considerate de rea - credinţă, renegocierea solicitată.



În astfel de situaţii, în care legea nu obligă la o renegociere, ceea ce determină poziţionarea instituţiei bancare faţă de o solicitare de renegociere a unui contract de credit în curs de derulare formulată de un client este, de cele mai multe ori, un complex de factori particulari fiecărui client care sunt analizaţi de instituţia bancară, pentru fiecare caz în parte. Evident, cel mai important factor rămâne, în toate situaţiile, forţa economică a debitorului: cu cât forţa economică a unui debitor este mai importantă, acesta va avea o poziţie mai solidă în negociere. Pentru un client cu un rulaj deosebit de important în conturi, pentru un client care are depozite bancare la instituţia bancară respectivă, evident că va exista o anumită disponibilitate pentru identificarea unor soluţii posibile pe care, în situaţia unui debitor cu o forţă economică mai redusă, instituţia bancară ar avea-o cu mult mai multă dificultate.

De aici s-ar putea deduce - simplist - că, în situaţia în care un client se confruntă cu o situaţie economică deosebit de dificilă, cum este, spre exemplu, insolvenţa, forţa sa în negocieri ar trebui să ajungă aproape inexistentă. Interesant este însă că o astfel de deducţie nu funcţionează în realitate şi, în momentul în care un client ajunge în situaţia de insolvenţă ori chiar numai iminenţă de insolvenţă, puterea sa de negociere în relaţionarea cu creditorii, în genere, iar în această categorie se includ şi instituţiile bancare,

[1] Crenguţa Leaua este lector univ. dr. la Academia de Studii Economice şi Vicepreşedinte la Curtea de Arbitraj Comercial Internaţional de pe lângă Camera de Comerţ şi Industrie a României.

[2] Material susţinut în cadrul Colocviilor Juridice ale Băncii Naţionale a României, Ediţia a treia, Bucureşti, Sala „Mitiţă Constantinescu", Banca Naţională a României, iunie, 2011.

creşte. Acest lucru este posibil pentru că legislaţia în vigoare cuprinde dispoziţii care pot constitui adevărate pârghii pentru determinarea unor renegocieri şi ne referim aici la normele legale privind reorganizarea societăţilor comerciale - fie reorganizarea voluntară, fie cea determinată de insolvenţa iminentă ori declarată. Ceea ce îşi propune acest articol este o scurtă trecere în revistă a unora din aceste prevederi legale.

Reorganizarea voluntară

Modalităţile de reorganizare voluntară a societăţilor comerciale, fuziunea şi divizarea, sunt reglementate de Legea nr. 31/1990[3]. Ambele forme de reorganizare presupun modificări de patrimoniu .

Potrivit legii, efectul lor este dizolvarea, fără lichidare, a societăţii care îşi încetează existenţa şi transmiterea universală a patrimoniului său către societatea sau societăţile beneficiare, în starea în care se găseşte la data fuziunii sau a divizării, în schimbul atribuirii de acţiuni sau de părţi sociale ale acestora către asociaţii societăţii care încetează şi, eventual, a unei sume în bani, care însă nu poate depăşi 10% din valoarea nominală a acţiunilor sau a părţilor sociale atribuite.

Fuziunea se realizează prin absorbirea unei societăţi de către o altă societate sau prin contopirea a două sau mai multe societăţi pentru a alcătui o societate nouă. În cazul fuziunii prin absorbţie, societatea absorbantă dobândeşte drepturile şi este ţinută de obligaţiile societăţii pe care o absoarbe. Preluarea patrimoniului societăţii absorbite, ceea ce poate conduce la mărirea activului, dar poate însemna şi mărirea pasivului societăţii absorbante. La fuziunea prin contopire, fenomenul este similar, doar că toate societăţile participante la fuziune îşi încetează existenţa, patrimoniul lor constituind patrimoniul societăţii rezultate. Practic, în cazul fuziunii prin contopire, drepturile şi obligaţiile societăţilor care îşi încetează existenţa trec asupra noii societăţi astfel înfiinţate.

Divizarea presupune împărţirea întregului patrimoniu al unei societăţi care îşi încetează existenţa între două sau mai multe societăţi existente sau care iau astfel fiinţă. În cazul divizării prin desprindere, societatea-mamă nu îşi încetează existenţa, dar o parte din patrimoniul ei se desprinde şi se transmite către una sau mai multe societăţi existente sau care iau astfel fiinţă.

Toate operaţiunile care modifică structura patrimoniului, fie prin micşorarea activului, fie prin majorarea pasivului unei societăţi are un impact direct asupra unui contract de credit în curs de derulare, pentru că modificările de patrimoniu pot consta şi în diminuarea activului patrimonial al societăţii comerciale împrumutate. Activul patrimonial reprezintă gajul general al creditorilor chirografari şi, de asemenea, constituie unul din elementele fondului de comerţ, care contribuie la realizarea activităţii comerciantului din care se presupune că acesta generează veniturile prin care achită creditul. De cele mai multe ori, existenţa acestor active este analizată la aprobarea acordării creditului.

Pentru înţelegerea mecanismului, este util de observat modalitatea prin care se realizează reorganizare voluntară. Aceasta presupune parcurgerea unor etape, între care se regăseşte şi posibilitatea creditorilor de a interveni, însă numai în anumite condiţii. Aceste etape sunt:

(i) Hotărârea adunării generale a acţionarilor a fiecăreia dintre societăţile care participă la fuziune sau la divizare.

(ii) Întocmirea de către administratorii societăţilor participante a proiectului de fuziune sau de divizare; acest proiect cuprinde şi descrierea implicaţiilor patrimoniale ale acestor operaţiuni, cum sunt stabilirea şi evaluarea activului şi pasivului care se transmite societăţilor beneficiare în urma acestor operaţiuni de reorganizare, raporturile de schimb ale acţiunilor sau părţilor sociale şi cuantumul primei de fuziune sau de divizare.

(iii) Depunerea proiectului de fuziune sau de divizare, semnat de reprezentanţii societăţilor participante, la oficiul registrului comerţului unde este înmatriculată fiecare societate, însoţit de o declaraţie a societăţii care încetează a exista în urma fuziunii sau divizării, despre modul cum a hotărât să stingă pasivul său.

(iv) Publicarea proiectului de fuziune sau de divizare, vizat de judecătorul - delegat, în Monitorul Oficial al României.

(v) Rezolvarea eventualelor opoziţii formulate de creditori.

Aceasta este etapa procedurală în care creditorii societăţilor participante, între care şi instituţiile bancare creditoare, pot formula anumite opoziţii legate de fuziunea sau divizarea în desfăşurare. Pe calea acestei opoziţii, care se adresează spre soluţionare instanţelor judecătoreşti, creditorii pot obţine despăgubiri de la societăţile participante, afară numai dacă societatea debitoare face dovada plăţii datoriilor sau oferă garanţii acceptate de creditori ori convine cu aceştia un aranjament pentru plata datoriilor[4]. Termenul

[3] Legea nr. 31/1990 privind societăţile comerciale, republicată, cu modificările ulterioare.

[4] Potrivit art. 238 din Legea nr. 31/1990, *„(1)Oricare creditor al societăţii care fuzionează sau se divide, având o creanţă anterioară publicării proiectului de fuziune sau de divizare, poate face opoziţie în condiţiile art. 62.*

de formulare a opoziţiei este de 30 de zile de la data publicarea proiectului de fuziune sau divizare. Formularea opoziţiei suspendă executarea fuziunii sau a divizării până la rămânerea irevocabilă a hotărârii judecătoreşti.

(v) Hotărârea finală a adunării generale a fiecărei societăţi participante asupra fuziunii sau divizării. Aceasta are loc în cel mult două luni de la expirarea termenului de opoziţie, dacă nu s-a formulat nici o opoziţie sau de la data la care hotărârea judecătorească asupra opoziţiei a devenit irevocabilă.

(vi) Înregistrarea fuziunii sau divizării în registrul comerţului şi publicarea în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a.

În contextul acestei proceduri, se poate observa faptul că, simpla iniţiere a unei proceduri de reorganizare, societăţile comerciale care au anumite debite pot determina fie o diminuare a activelor, fie o mărire a pasivelor, fie un transfer de pasive de la o societate la alta. Legiuitorul a lăsat la latitudinea societăţilor participante la divizare stabilirea proporţiilor în care acestea răspund faţă de creditori, numai în lipsa unui astfel de acord răspunderea fiind proporţională cu valoarea bunurilor dobândite, sau, dacă aceasta nu poate fi stabilită, solidară[5]. Aşa fiind, asociaţii societăţilor participante au alegerea asupra modalităţii în care urmează să fie preluate datoriile societăţilor. În practică, s-au regăsit nenumărate situaţii în care această preluare s-a făcut în forma în care o societate a preluat creanţele şi o parte mică a activelor, iar cealaltă societate a preluat majoritatea activelor, fără a prelua creanţe, acest fapt fiind posibil în lipsa formulării de opoziţii din partea creditorilor.

Opoziţia are menirea de a proteja creditorii împotriva eventualelor intenţii de fraudare din partea debitorilor, dar aceasta are marele dezavantaj de a avea un termen foarte scurt de promovare - 30 de zile de la data publicării proiectului de divizare. Dacă creditorii au omis să afle despre publicarea proiectului de divizare în timp util, opoziţia lor va fi tardivă şi singura cale pe care o vor mai putea urma va fi aceea a negocierii, de această dată de pe poziţii total diferite decât cele anterioare reorganizării.

De asemenea, chiar dacă introduc în termen o opoziţie, aceasta nu poate avea ca obiect interzicerea divizării sau a fuziunii. Creditorii vor putea obţine din partea instanţei judecătoreşti numai obligarea la repararea prejudiciului. Obţinerea unei despăgubiri presupune parcurgerea procedurii unui litigiu în faţa instanţelor judecătoreşti a cărui rezultat nu poate fi cunoscut anticipat cu certitudine, iar elementul de risc este preponderent aferent creditorului, căruia îi revine sarcina probatorie.

Aşa fiind, apare evident că varianta în care creditorii şi societatea sau societăţile debitoare participante la fuziune sau divizare ajung la o înţelegere pe cale amiabilă este preferabilă şi, cu siguranţă, interesul pentru o negociere al unei instituţii bancare a cărui client este într-o astfel de situaţie este diferit faţă de situaţia anterioară procedurii de reorganizare voluntară.

Reorganizarea judiciară

Problema reorganizării judiciare se pune în cazul declanşării procedurii insolvenţei reglementată de Legea nr. 85/2006[6] fiind bazată pe o stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficienţa fondurilor băneşti disponibile pentru plata datoriilor exigibile. Aceasta înseamnă că insolvenţa apare chiar dacă activul patrimonial are o valoare mai mare decât pasivul. Aşa fiind, în situaţia în care există bunuri mobile şi imobile de valoare suficientă pentru

(2)Opoziţia suspendă executarea fuziunii sau a divizării până la data la care hotărârea judecătorească a devenit irevocabilă, în afară de cazul în care societatea debitoare face dovada plăţii datoriilor sau oferă garanţii acceptate de creditori ori convine cu aceştia un aranjament pentru plata datoriilor."

Art. 62 la care se face referire dispune :

„(1)Opoziţia se face în termen de 30 de zile de la data publicării hotărârii asociaţilor sau a actului adiţional modificator în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, dacă prezenta lege nu prevede un alt termen. Ea se depune la oficiul registrului comerţului care, în termen de 3 zile de la data depunerii, o va menţiona în registru şi o va înainta instanţei judecătoreşti competente.

(2)Dispoziţiile art. 132 referitoare la suspendare se aplică în mod corespunzător. Opoziţia se judecă în camera de consiliu, cu citarea părţilor, fiind aplicabile dispoziţiile art. 114 alin. 5 din Codul de procedură civilă.

(3)Hotărârea pronunţată asupra opoziţiei este supusă numai recursului. Efectul opoziţiei este prevăzut de art. 61 alin. 1 din Legea nr. 31/1990 "Creditorii sociali şi orice alte persoane prejudiciate prin hotărârile asociaţilor privitoare la modificarea actului constitutiv pot formula o cerere de opoziţie prin care să solicite instanţei judecătoreşti să oblige, după caz, societatea sau asociaţii la repararea prejudiciului cauzat, prevederile art. 57 fiind aplicabile." Art. 238 din Legea nr. 31/1990 nu face trimitere expresă şi la art. 61, însă considerăm că, dat fiind faptul că art. 61 este singurul care defineşte tipul hotărârii care se poate pronunţa de instanţa judecătorească în privinţa unei opoziţii, urmează a se aplica tuturor opoziţiilor prevăzute de Legea nr. 31/1990.

[5] Astfel, potrivit art. 245 alin. 1 din Legea nr. 31/1990: *"Societăţile care dobândesc bunuri prin efectul divizării răspund faţă de creditori pentru obligaţiile societăţii care şi-a încetat existenţa prin divizare, proporţional cu valoarea bunurilor dobândite, în afară de cazul în care prin actul de divizare s-au stabilit alte proporţii."* (s.n. – C.L.)

[6] Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei.

acoperirea creanţelor scadente, creditorii au în realitate opţiunea între a solicita declanşarea unei executări silite asupra bunurilor debitorului şi a solicita declanşarea procedurii insolvenţei. În alegerea uneia din aceste proceduri, creditorii îşi analizează, de regulă, avantajele şi dezavantajele. Ambele proceduri permit, în diverse faze, vânzarea silită a bunurilor debitorului şi distribuirea unor sume pentru acoperirea creanţelor creditorilor.

Procedura executării silite are dezavantajul unor taxe de timbru şi onorarii ale executorilor judecătoreşti mai mari decât taxele de timbru şi onorariile administratorilor ori lichidatorilor judiciari în cadrul procedurii insolvenţei (deşi sub aspectul onorariilor situaţia poate diferi, de la caz la caz, şi nu întotdeauna diferenţa este în sensul arătat). Un alt dezavantaj de reţinut este faptul că debitorul îşi continuă administrarea averii sale, şi nimic nu îl împiedică să îşi agraveze situaţia patrimonială şi să apară situaţia unor noi creditori, un sechestru asupra unui bun aflat sub urmărire neconstituind o garanţie reală în favoarea creditorului urmăritor. De asemenea, urmărirea silită se face bun cu bun, şi nu poate fi declanşată asupra tuturor bunurilor debitorului, fără ca acestea să fie individualizate. În fine, procedura executării silite are dezavantajul de a nu avea o finalizare certă, în sensul că, dacă intervine procedura insolvenţei, atunci executarea silită se suspendă, iar creditorul care a declanşat-o, trebuie să îşi declare creanţa în cadrul procedurii insolvenţei.

Procedura insolvenţei are dezavantajul de a limita cuantumul dobânzilor pentru creanţele negarantate la nivelul celor scadente la data declanşării procedurii, situaţie care nu se regăseşte în cazul executării silite. De asemenea, are dezavantajul de realizare a unei participări a tuturor creditorilor care formulează declaraţie de creanţă, ceea ce nu e cazul în privinţa executării silite, când nu există un anunţ trimis altor creditori decât a celor cu garanţii reale asupra bunurilor urmărite. Prin urmare, în procedura insolvenţei, un debitor diligent se poate confrunta cu situaţia de a fi la egalitate ca ordine de preferinţă cu alţi creditori, care nu au formulat cerere de insolvenţă, ci au răspuns doar notificării ulterioare deschiderii procedurii. Un alt dezavantaj este durata procedurii, care poate fi mult mai mare decât cea a executării silite. În fine, este de remarcat şi faptul că, în procedura insolvenţei, debitorul poate obţine aprobarea unui plan de reorganizare, care să conducă la o serie de eşalonări sau chiar diminuări ale cuantumului creanţelor declarate de creditori, plan de reorganizare pentru care este suficient votul majorităţii creditorilor, iar nu unanimitatea, situaţie care nu se regăseşte în cazul executării silite.

Fără a fi o prezentare exhaustivă a dezavantajelor fiecărei proceduri, este evident că, în cele mai multe situaţii, pentru creditori este mai dificil de gestionat o procedură a insolvenţei, în care intervin mai mulţi participanţi şi în care sunt posibile mai multe finalităţi inclusiv eşalonări sau scutiri de plata unor sume. Fără ca executarea silită să fie soluţia optimă, în general, în multe situaţii creditorii ar fi dezavantajaţi de declanşarea unei proceduri a insolvenţei. Problema este că opţiunea nu este în mâinile unui singur creditor, deoarece oricare creditor poate solicita declanşarea procedurii, ori însăşi debitorul, care are chiar obligaţia de a o face atunci când cunoaşte această împrejurare, chiar dacă în practică sunt mai puţin frecvente astfel de solicitări ale debitorilor.

Aşa fiind, momentul de iminenţă a insolvenţei este unul în care se relevă o oportunitate deosebită de negociere între creditor şi debitor a unor posibile soluţii. Spectrul consecinţelor unei executări silite eşuate sau a unei proceduri de insolvenţă care nu asigură recuperarea integrală a creanţelor este suficient pentru a determina o mai mare disponibilitate la dialog a creditorilor. Aşa fiind, în aceste situaţii, debitorii se repoziţionează în negocierea cu creditorii prin însăşi existenţa acestei situaţii. Însă nu doar acest element de fapt trebuie luat în seamă în analiza poziţiei debitorilor în relaţia cu creditorii, ci şi apariţia unor metode specifice de negociere, prevăzute de legislaţia în vigoare.

Situaţia întreprinderilor aflate în dificultate financiară, fără a fi în stare de insolvenţă a atras atenţia legiuitorului român care, prin Legea nr. 381/2009[7], a stabilit o serie de măsuri al căror scop expres este salvgardarea întreprinderii aflate în dificultate, în vederea continuării activităţii acesteia, a păstrării locurilor de muncă şi a acoperirii creanţelor asupra debitorului, prin proceduri amiabile de renegociere a creanţelor sau a condiţiilor acestora în cadrul mandatului ad-hoc ori prin încheierea unui concordat preventiv.

Prin întreprindere în dificultate, în sensul legii, se înţelege întreprinderea al cărei potenţial de viabilitate managerială şi economică se află într-o dinamică descrescătoare, dar al cărei titular execută sau este capabil să execute obligaţiile exigibil.

Astfel, au fost reglementate două modalităţi alternative specifice de intervenţie în sprijinul negocierilor pe care societăţile în dificultate au nevoie să le poarte cu creditorii acestora, pentru a putea spori şansele de materializare a negocierilor într-un acord încheiat de toate părţile: mandatul ad-hoc şi concordatul.

[7] Legea nr. 381/1009 privind introducerea concordatului şi a mandatului ad-hoc.

Mandatul ad-hoc este o procedură confidenţială, declanşată la cererea debitorului, prin care un mandatar ad-hoc, desemnat de instanţă, negociază cu creditorii în scopul realizării unei înţelegeri între unul sau mai mulţi dintre aceştia şi debitor în vederea depăşirii stării de dificultate în care se află întreprinderea acestuia din urmă.

Obiectul mandatului ad-hoc este de a realiza, în termen de 90 de zile de la desemnare, o înţelegere între debitor şi unul sau mai mulţi creditori ai săi, în vederea depăşirii stării de dificultate în care se află întreprinderea debitorului, salvgardării întreprinderii, păstrării locurilor de muncă şi acoperirii creanţelor asupra debitorului. În scopul realizării obiectului mandatului, mandatarul ad-hoc poate propune ştergeri, reeşalonări sau reduceri parţiale de datorii, continuarea sau încetarea unor contracte în curs, reduceri de personal, precum şi orice alte măsuri consideră a fi necesare.

Mandatarul ad-hoc este, aşadar, o formă de negociere asistată, în care debitorul beneficiază de serviciile unui mandatar ad-hoc, un profesionist care poate conduce negocierile într-o manieră care să asigure şanse mai mari de reuşită.

Concordatul preventiv este o procedură prin care se realizează un contract (denumit „concordat preventiv") încheiat între debitor, pe de o parte, şi creditorii care deţin cel puţin două treimi din valoarea creanţelor acceptate şi necontestate, pe de altă parte, prin care debitorul propune un plan de redresare a întreprinderii sale şi de acoperire a creanţelor acestor creditori împotriva sa, iar creditorii acceptă să sprijine eforturile debitorului de depăşire a dificultăţii în care se află întreprinderea debitorului.

Această procedură se realizează prin negocierea purtată de un conciliator provizoriu, desemnat de judecătorul - sindic, din rândul practicienilor în insolvenţă. Atribuţiile conciliatorului sunt, potrivit legii, următoarele:

a. întocmeşte tabloul creditorilor, care include şi creditorii contestaţi sau ale căror creanţe sunt în litigiu, şi tabloul creditorilor concordatari;

b. elaborează, împreună cu debitorul, oferta de concordat, cu elementele componente ale acesteia, respectiv, proiectul de concordat şi planul de redresare;

c. face demersuri pentru soluţionarea pe cale amiabilă a oricărei dispute între debitor şi creditori ori între creditori;

d. solicită judecătorului-sindic constatarea şi/sau, după caz, omologarea concordatului preventiv;

e. supraveghează îndeplinirea obligaţiilor asumate de către debitor prin concordatul preventiv;

f. informează, de urgenţă, adunarea creditorilor concordatari asupra neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare de către debitor a obligaţiilor sale;

g. întocmeşte şi transmite adunării creditorilor concordatari rapoarte lunare sau trimestriale asupra activităţii sale şi a debitorului; raportul conciliatorului va conţine şi opinia acestuia privind existenţa sau, după caz, inexistenţa unor motive de rezoluţiune a concordatului preventiv;

h. convoacă adunarea creditorilor concordatari;

i. cere instanţei închiderea procedurii concordatului preventiv;

j. îndeplineşte orice alte atribuţii prevăzute de lege, instituite prin concordatul preventiv ori stabilite de judecătorul-sindic.

Procedura concordatului preventiv presupune aşadar, implicarea conciliatorului în elaborarea ofertei care se transmite creditorilor, a proiectului de concordat preventiv.

Acesta este un document care presupune o analiză economică foarte detaliată a situaţiei debitorului şi formularea de soluţii de redresare, aspecte în privinţa cărora debitorul beneficiază de experienţa profesională a conciliatorului, care este un practician in insolvenţă, familiarizat, aşadar, cu situaţia societăţilor în dificultate.

Proiectul de concordat preventiv trebuie să prezinte, în mod detaliat, o serie de elemente cum sunt situaţia analitică a activului şi a pasivului debitorului, certificată de un expert contabil sau, după caz, auditată de un auditor autorizat potrivit legii; cauzele stării de dificultate financiară şi măsurile luate de debitor pentru depăşirea acesteia până la depunerea ofertei de concordat preventiv; proiecţia evoluţiei financiar-contabile pe următoarele 6 luni; planul de redresare.

În planul de redresare trebuie să se regăsească cel puţin următoarele măsuri:

a. reorganizarea activităţii debitorului, prin măsuri precum: restructurarea conducerii debitorului, modificarea structurii funcţionale, reducerea personalului sau orice alte măsuri considerate a fi necesare;

b. modalităţile prin care debitorul înţelege să depăşească starea de dificultate financiară, precum: majorarea capitalului social, împrumut bancar, obligaţional sau de altă natură, înfiinţarea sau desfiinţarea unor sucursale sau puncte de lucru, vânzarea de active, constituirea de garanţii;

c. procentul preconizat de satisfacere a creanţelor,

care nu poate fi mai mic de 50%, ca urmare a implementării măsurilor de redresare propuse; în acest scop, debitorul poate propune măsuri precum: amânări sau reeşalonări la plata creanţelor contra sa, ştergerea în tot sau în parte a unor creanţe sau numai a dobânzilor ori a penalităţilor de întârziere, compensări, novaţii prin schimbare de debitor; pentru obligaţiile fiscale de plată propunerile de amânări, ştergeri, eşalonări, reeşalonări şi reduceri parţiale se pot face numai cu respectarea prevederilor legale în materia ajutorului de stat;

d. termenul-limită pentru satisfacerea creanţelor stabilite prin concordat, care nu poate depăşi 18 luni de la data încheierii concordatului preventiv.

Legea prevede expres faptul că, în vederea exercitării votului creditorilor asupra proiectului de concordat preventiv, debitorul poate organiza una sau mai multe şedinţe colective ori individuale de negociere cu creditorii, în prezenţa conciliatorului propus de debitor, şi că sunt posibile eventualele amendamente rezultate în urma negocierilor.

Concordatul preventiv se consideră aprobat de creditori dacă sunt întrunite voturile creditorilor care reprezintă majoritatea de două treimi din valoarea creanţelor acceptate şi necontestate.

Foarte important este că, pe perioada concordatului preventiv omologat nu se poate deschide procedura insolvenţei faţă de debitor.

O menţiune specială, în contextul procedurilor posibile în cadrul negocierilor dintre creditor şi debitor în legătură cu situaţia de iminenţă a reorganizării trebuie făcută despre mediere, care este o metodă alternativă de soluţionare a unei dispute posibil de utilizat şi în relaţia dintre o instituţie bancară şi un client al acesteia.

Medierea este, în esenţă, o formă de negociere asistată de un profesionist, denumit mediator, care are cunoştinţele necesare pentru a facilita dialogul dintre părţi şi identificarea unei soluţii reciproc avantajoase. Procedura medierii şi condiţiile de exercitare a profesiei de mediator sunt reglementate de Legea nr. 192/2006[8]. Pentru declanşarea unei proceduri de mediere, este necesar acordul tuturor părţilor în dispută. Medierea are anumite avantaje specifice, între acestea regăsindu-se confidenţialitatea, care poate fi în mod deosebit utilă în domeniul bancar. De asemenea, în cadrul medierii, părţile au posibilitatea rezolvării litigiului în afara instanţelor judecătoreşti, prin realizarea unui acord care să reflecte voinţa lor ca rezultat al negocierii, ceea ce conduce la costuri mai reduse decât cele ale unui litigiu. Iniţierea unei proceduri de mediere în cazul unui litigiu în curs de desfăşurare pe rolul instanţelor judecătoreşti este posibilă, iar dacă medierea este finalizată cu succes, prin încheierea unui acord, ea conduce la restituirea taxei de timbru achitate în litigiul respectiv.

Medierea nu este în mod necesar specifică domeniului bancar, însă există deja mediatori specializaţi în acest domeniu.

Utilitatea medierii apare evident la orice moment al tensionării relaţiilor dintre debitor şi creditor, dar apare mult mai evidentă în caz de iminenţă a unei situaţii de insolvenţă sau în cazul unei proceduri de insolvenţă în desfăşurare.

În cazul unei iminenţe de insolvenţă, medierea vine ca o altă alternativă posibilă declanşării procedurii insolvenţei, alături de mandat şi concordat.

Dacă este declanşată procedura insolvenţei, ea poate fi utilizată pentru a se realiza acordul creditorilor pentru un plan de reorganizare. În cazul unei reorganizări voluntare, ea este o modalitate pe care creditorii şi societăţile participante la reorganizare o pot utiliza pentru a identifica modalităţile de rezolvare pe cale amiabilă a opoziţiei, pentru realizarea acordului privind garanţiile menţionat de Legea nr. 31/1990 ca opţiune în cursul soluţionării opoziţiei.

În toate aceste situaţii, poziţia părţilor în negociere este echilibrată de prezenţa mediatorului şi asistenţa lui profesionistă pe parcursul negocierilor.

3. Concluzie

Ceea ce reprezintă un element comun tuturor dispoziţiilor legale sus-menţionate este faptul că acestea vin să genereze mecanisme de sprijin pentru negocierile dintre societăţile comerciale debitoare în relaţia lor cu creditorii. În contextul contractelor de credit bancar, aceste mecanisme, corect utilizate, pot determina o întărire a poziţiei societăţilor comerciale clienţi a unor instituţii bancare în cadrul negocierilor cu aceasta, astfel încât negocierea să poată fi purtată de pe poziţii apropiate de echilibru.

[8] Legea Nr. 192/2006 privind medierea şi organizarea profesiei de mediator.



Prof. univ. dr.
Brânduşa Ştefănescu

Consideraţii privind forma juridică de organizare a instituţiilor emitente de monedă electronică

Rezumat: *Studiul îşi propune să demonstreze caracterul neavenit al organizării instituţiei emitente de monedă electronică în oricare dintre formele juridice prevăzute de Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale, aşa cum rezultă din economia Legii nr. 127/2011 privind activitatea de emitere de monedă electronică şi a Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 8/2011 privind instituţiile emitente de monedă electronică şi susţine oportunitatea organizării acesteia numai ca societate pe acţiuni, ale cărei specificităţi sunt, de altfel, reglementate cu prioritate în actele legislative evocate şi care ar permite şi realizarea unei supravegheri prudenţiale mai eficiente.*

Cuvinte-cheie: *instituţie emitentă de monedă electronică; instituţie de plată; administratori, asociaţi comanditaţi, directori, consiliu de supraveghere, directorat; act constitutiv, statut şi/sau contract de societate*

1. Repere introductive

Ca stat membru al Uniunii Europene România este obligată din anul 2007, data aderării la organizaţiile europene de integrare - între altele - să respecte pe plan intern dispoziţiile direct aplicabile din dreptul primar al Uniunii şi din actele legislative ale acesteia - regulamente şi decizii - şi să transpună, în termenul stabilit, directivele adoptate de instituţiile Uniunii Europene, aceasta după ce, în perioada de preaderare, a fost ţinută - ca o condiţie de accedere la calitatea de membru - să preia acquis-ul comunitar, armonizându-şi legislaţia internă cu reglementările de drept comunitar derivat în vigoare.



Dacă preluarea în legislaţia internă a dispoziţiilor din actele legislative direct aplicabile ale Uniunii Europene nu ridică probleme deosebite, procesul implicând, eventual, abrogarea din legislaţia naţională a normelor contrare prevederilor menţionate din actele Uniunii, transpunerea unei directive - act obligatoriu sub aspectul scopului şi obiectivelor acestuia - implică, din partea statelor membre, un efort de armonizare a legislaţiei lor cu actul de drept derivat în cauză şi adoptarea unor norme interne care să reglementeze, în sensul directivei, prin acomodare cu legislaţia naţională, materia prevăzută de aceasta, dispoziţiile directivei stabilind, de regulă, minimul obligatoriu a fi reglementat pe plan naţional, statul în cauză având libertatea să depăşească acest prag.

Cu prilejul transpunerii unei directive[1] nu se impune, însă, reglementarea unor aspecte nevizate de directivă şi fără o legătură imediată cu domeniul acesteia, o astfel de opţiune aparţinând în exclusivitate statului membru în cauză; dar, prin actul legislativ de transpunere în dreptul intern a unei directive nici nu se pot modifica dispoziţii ale respectivei directive.

Din păcate, în dreptul nostru, cu invocarea obligaţiei încadrării în termenul stabilit de transpunere a unei directive şi, de multe ori, sub pretextul ameninţării cu posibila declanşare a procedurii de infrigement, legiuitorul justifică adoptarea unor reglementări de transpunere, uneori superficial motivate şi eronat fundamentate, cuprinzând şi reguli sau instituţii neimpuse de conţinutul directivei în cauză.

Studiul de faţă îşi propune să supună atenţiei o astfel de reglementare, neimpusă de vreo directivă a Uniunii Europene, cu privire la formele juridice de

[1] A se vedea, pentru detalii privind specificitatea directivei ca act legislativ al Uniunii Europene, C. Blumann, L. Duboris, *Droit institutionnel de l'Union europeenne*, Litec, Paris, 2010, p. 560-570; J. Pingel, *Les actes de droit derive*, în *„De Rome a Lisabonne. Commentaire article par article des Traites UE et CE"*, Dalloz, Paris, 2010, p. 1602-1613; D. Simon, *La directive europeenne*, Dalloz, Paris, 1997, p. 127 şi urm; M. Kaeding, *In search of better quality of EU regulation for prompt transposition. The Brussels Perspective*, E.L.J, 2008, vol. 14, p. 583.

organizare a instituţiei emitentă de monedă electronică, reglementare care în mod neadecvat s-a operat prin legislaţia de transpunere din dreptul nostru a directivei emise în materie.

La nivelul Uniunii Europene a fost adoptată Directiva 2009/110/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 16 septembrie 2009[2] privind accesul la activitatea, desfăşurarea şi supravegherea prudenţială a activităţii instituţiilor emitente de monedă electronică, de modificare a Directivelor 2005/60/CE[3] şi 2006/48/CE[4] şi de abrogare a Directivei 2000/46/CE[5], directivă transpusă în dreptul nostru, în principal, prin Legea nr. 127/2011 privind activitatea de emitere de monedă electronică[6], în baza căreia a fost adoptat Regulamentul nr. 8/2011 al Băncii Naţionale a României (BNR) privind instituţiile emitente de monedă electronică[7]. Cât priveşte modificarea Directivei 2006/48/CE operată prin Directiva 2009/110/CE aceasta a fost transpusă prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 26/2010 pentru modificarea şi completarea Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006 privind instituţiile de credit şi adecvarea capitalului şi a altor acte normative[8].

2. Forma juridică a instituţiei emitente de monedă electronică în lumina Legii nr. 127/2011

Legea nr. 127/2011 privind activitatea de emitere de monedă electronică nu cuprinde o prevedere expresă cu privire la forma juridică de organizare a instituţiei emitente de monedă electronică.

Fără ca în Directiva 2009/110/CE să se prevadă obligaţia statelor membre de a preciza în reglementarea naţională de transpunere forma juridică de organizare a instituţiei emitente de monedă electronică şi fără să se stabilească cerinţa optării obligatorii pentru o anumită formă de organizare a acesteia, Legea nr. 127/2011 prevede totuşi, implicit - prin referirile cuprinse în art. 11 alin. 2 lit. a) la persoanele responsabile pentru conducerea şi administrarea instituţiilor emitente de monedă electronică - posibilitatea organizării acestor instituţii, persoane juridice fără excepţie[9], în orice formă juridică prevăzută de Legea nr. 31/1990 privind societăţile comerciale[10].

În acest sens, în art. 11 alin. 2 lit. a) din Lege se menţionează exigenţa Băncii Naţionale a României - ca autoritate de autorizare şi supraveghere - persoanele ce asigură managementul instituţiilor emitente de monedă electronică respectiv, „administratorii, asociaţii comanditaţi, directorii ori, după caz, membrii consiliului de supraveghere şi membrii directoratului, din instituţiile emitente de monedă electronică având ca principală activitate tocmai emiterea de astfel de monedă" să dispună de cunoştinţele şi experienţa adecvate naturii şi complexităţii activităţii şi să aibă o bună reputaţie.

Din prevederea evocată rezultă că instituţia emitentă de monedă electronică, ce are ca activitate principală emiterea de astfel de monedă, se poate constitui ca societate în nume colectiv sau ca societate cu răspundere limitată - aceste categorii de societăţi fiind conduse de administratori, dar şi ca societate în comandită simplă sau în comandită pe acţiuni - numai acestea având asociaţi comanditaţi, singurii care pot fi şi administratori în respectivele societăţi, precum şi ca societăţi pe acţiuni - doar acestea din urmă putând fi conduse şi administrate de administratori şi directori, în sistemul unitar[11] sau prin consiliu de supraveghere şi directorat în sistemul dualist[12] de administrare.

Dacă organizarea instituţiei emitente de monedă electronică în forma juridică a societăţii pe acţiuni nu ridică niciun fel de probleme prin raportare la specificitatea activităţii acesteia şi la cerinţele de supraveghere prudenţială, avem îndoieli serioase cât priveşte opţiunea legiuitorului şi pentru formele juridice de organizare ca societăţi de persoane, respectiv societate în nume colectiv ori societate în comandită simplă, dar şi ca societate în comandită pe acţiuni, ori chiar ca societate cu răspundere limitată, dată fiind specificitatea mecanismului de funcţionare a unor astfel de societăţi. Astfel, societatea în nume colectiv, ai cărei asociaţi răspund solidar şi nelimitat pentru obligaţiile sociale, nu cunoaşte o limită minimă legală a capitalului social, spre deosebire de instituţia emitentă de monedă electronică ce

[2] Publicată în JO, L 267 din 10.10.2009, p. 7-17.
[3] Publicată în JO, L 309 din 25.11.2005, p. 15-36.
[4] Publicată în JO, L 177 din 30.06.2006, p. 1-200.
[5] Publicată în JO, L 275 din 27.10.2000, p. 39-43.
[6] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 437 din 22 iunie 2011.
[7] Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 508 din 18 iulie 2011.
[8] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 208 din 1 aprilie 2010.
[9] A se vedea art. 4 alin. 1 lit. e) din Legea nr. 127/2011.
[10] Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1066 din 17 noiembrie 2004, cu modificările şi completările ulterioare.
[11] A se vedea art. 137-143 din Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale.
[12] A se vedea art. 153-15317 din Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale.
[13] A se vedea art. 18 alin. 1 din Legea nr. 127/2011.
[14] A se vedea, spre exemplu, art. 12, art. 25 alin. 1 lit. e), art. 65 alin. 1.

trebuie să dispună - la data autorizării - de un nivel al capitalului iniţial de cel puţin echivalentul în lei a 350.000 EURO[13]; nu are capitalul social divizat în părţi sociale, asociaţii în societate deţinând părţi de interes, care nu sunt reprezentate prin titluri negociabile şi care pot fi transmise chiar între asociaţi, numai în condiţiile prevăzute în contractul de societate şi cu votul unanim al asociaţilor; dată fiind răspunderea solidară şi nelimitată a asociaţilor pentru pasivul social într-o astfel de societate este puţin probabil ca unul dintre aceştia să dorească să deţină o participaţie calificată de 20%, 30% ori 50% la care se referă Legea nr. 127/2011[14]; mai mult, cesiunea aportului asociaţilor la capitalul social către terţi, de regulă, nu este permisă, dat fiind caracterul *intuitu personae* al acestei societăţi - ca societate de persoane - sau este permisă numai dacă astfel s-a prevăzut în contractul de societate şi cu votul tuturor asociaţilor, astfel că, achiziţionarea sau cesiunea unei participaţii calificate la o asemenea formă juridică de organizare a instituţiei emitente de monedă electronică, pe care Legea nr. 127/2011 o are în vedere, este greu, dacă nu imposibil de realizat[15].

În cazul unei societăţi în comandită simplă asociaţii comanditaţi răspund solidar şi nelimitat pentru obligaţiile sociale şi numai asociaţii comanditari răspund în limita capitalului social subscris[16], iar aportul asociaţilor comanditaţi ca şi, de altfel, al asociaţilor la o societate în nume colectiv, constă în aport în natură, în numerar, dar şi în creanţe, sau chiar - cu un anumit specific -în prestaţii în muncă sau servicii[17]; nici pentru societatea în comandită simplă legea nu stabileşte o limită minimă a capitalului social; asociaţii comanditari, al căror aport la capitalul social constă în aport în numerar sau în natură, ar putea - teoretic vorbind -să deţină 20%, 30% sau 50% din capitalul social, dar aceştia nu pot avea calitate de administratori şi, deci, nu pot participa la conducerea curentă a activităţii societăţii, care revine în exclusivitate asociaţilor comanditaţi, singurii ce pot avea calitatea de administratori, astfel că asociaţii comanditari nu sunt în niciun fel interesaţi în vărsarea unui capital de dimensiunea impusă de Legea nr. 127/2011 pentru o instituţie emitentă de monedă electronică şi nici în deţinerea sau achiziţionarea unei participaţii calificate[18].

Credem că nici forma juridică a societăţii în comandită pe acţiuni nu este adecvată pentru o instituţie emitentă de monedă electronică, dată fiind răspunderea solidară şi nelimitată a asociaţilor comanditaţi şi imposibilitatea acţionarilor comanditari de a dobândi calitatea de administratori[19], care revine - cum am arătat - numai asociaţilor comanditaţi.

Cum Legea nr. 127/2011 face referire la administratori în general, dar şi la asociaţi (spre exemplu, asociaţii care deţin participaţii calificate conform art. 12), s-ar putea avea în vedere forma de organizare a instituţiei emitentă de monedă electronică în societate cu răspundere limitată. Subliniem, însă că, la o astfel de societate, capitalul social minim cerut de lege pentru constituire este numai de 200 de lei şi în niciun caz, deci, în valoarea minimă impusă de Legea nr. 127/2011, valoare care, prin raportare este exorbitantă. Cum cesiunea de părţi sociale către terţi este condiţionată de menţionarea acestei posibilităţi în actul constitutiv al societăţii cu răspundere limitată şi se face numai cu acordul asociaţilor deţinând cel puţin ¾ din capitalul social[20], este foarte dificil să se obţină participaţii calificate de 30% sau 50%, iar posibilitatea „creditorilor sociali şi a oricărei alte persoane prejudiciate prin hotărârea asociaţilor privitoare la transmiterea părţilor sociale" de a formula o cerere de opoziţie, conform art. 202 alin. 2 indice 3 din Legea nr. 31/1990, îngreunează procedura dobândirii, eventuale, de astfel de participaţii calificate.

În fine, dată fiind cerinţa unui capital social minim de un cuantum foarte ridicat, nici societatea cu răspundere limitată cu un singur asociat nu pare a fi forma juridică de organizare potrivită pentru o instituţie emitentă de monedă electronică, asociatul unic neputând fi economic interesat într-o astfel de instituţie. Nici dacă asociatul unic ar fi o persoană juridică, respectiv o societate comercială, având posibilitatea economică de a dispune de un capital în cuantumul impus de Legea nr. 127/2011, interesul acesteia - ca posibil asociat unic - nu s-ar justifica, respectivul posibil asociat unic putând apela la constituirea unei filiale a societăţii comerciale în cauză; se adaugă şi dezavantajul că, în calitate de societate cu răspundere limitată cu un singur asociat, nu are posibilitatea de a emite - la nevoie - obligaţiuni, ca şi acela că o persoană juridică nu poate avea calitatea de

[14] A se vedea, spre exemplu, art. 12, art. 25 alin. 1 lit. e), art. 65 alin. 1.
[15] A se vedea, S. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011, p. 312-352.
[16] A se vedea art. 3 alin. 2 şi 3 din Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale.
[17] A se vedea art. 16 alin. 5 din Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale.
[18] A se vedea pentru funcţionarea societăţii în comandită simplă S. Cărpenaru, *op. cit.*, p. 353-358.
[19] A se vedea art. 88 şi 188 din Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale; pentru funcţionarea societăţii în comandită pe acţiuni a se vedea S. Cărpenaru, *op. cit.*, p. 415-417.
[20] A se vedea art. 202 alin. 2 din Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale.

asociat unic decât într-o singură societate cu răspundere limitată cu unic asociat[21].

Apreciem, aşadar, că singura formă juridică apropiată de organizare a unei instituţii emitente de monedă electronică este aceea de societate pe acţiuni[22], formă juridică de organizare ce permite atât mobilizarea unui capital minim în cuantumul cerut de Legea nr. 127/2011, cât şi dobândirea, cesiunea, sau, după caz, achiziţionarea, fără dificultăţi majore, a unei participaţii calificate - astfel cum este ea definită în reglementările Băncii Naţionale a României, dar şi un management calificat al activităţii de emitere de monedă electronică şi de prestare, după caz, de servicii de plată, selecţionarea administratorilor şi directorilor ca şi a membrilor directoratului putându-se face cu respectarea exigenţelor stabilite de art. 11 alin. 1 din Legea nr. 127/2011, ceea ce este exclus - spre exemplu - în cazul societăţii în comandită simplă, sau în comandită pe acţiuni, unde administratorii trebuie să fie asociaţi comanditaţi şi nu există nicio reglementare care să poată condiţiona calitatea de asociat într-o societate comercială de aptitudinile profesionale speciale sau de o pregătire şi experienţă profesională într-un anumit domeniu.

Observăm - în plus - că dispoziţiile art. 11 alin. 2 lit. a) din Legea nr. 127/2011, evocate nu fac altceva decât să reproducă dispoziţiile art. 15 alin. 2 lit. a) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 113/2009 privind serviciile de plată[23], modificată prin Legea nr. 197/2010[24], care transpune Directiva 2007/64/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 13.11.2007 privind serviciile de plată, aceasta, probabil, datorită faptului că, în lumina Directivei 2009/110/CE privind instituţiile emitente de monedă electronică, dar şi în lumina Directivei 2007/64/CE (art. 1 alin. 1 lit. b)), se permite instituţiilor emitente de monedă electronică să presteze servicii de plată.

Această încercare de compatibilizare a reglementărilor naţionale de transpunere a celor două acte legislative ale Uniunii Europene nu poate însă, în opinia noastră, să perpetueze o greşeală strecurată în reglementarea cuprinsă în Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 113/2009. Probabil că graba transpunerii Directivei 2007/64/CE, sub ameninţarea declanşării procedurii de infrigement, a determinat legiuitorul să nu reflecteze suficient asupra formei de organizare juridică celei mai adecvate a instituţiei de servicii de plată, neurmărind cu suficientă rigoare, din acest punct de vedere, distincţia între instituţia de servicii de plată - propriu-zisă - şi posibilitatea prestării de servicii de plată, ca activitate adiacentă, de către alte persoane juridice organizate ca societăţi comerciale.

Aceeaşi eroare se regăseşte şi în Legea nr. 127/2011, care nu reuşeşte să surprindă corect, din punct de vedere juridic, diferenţa dintre forma juridică de organizare a instituţiei emitente de monedă electronică, persoană juridică ce prestează cu titlu principal această activitate, şi posibilitatea desfăşurării de activitate de emitere de monedă electronică de către alte societăţi comerciale preexistente. Apreciem, din contră, că ar fi fost util ca prin Legea nr. 127/2011 să se fi procedat la corectarea erorii de reglementare din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 113/2009 referitoare la forma juridică de organizare a instituţiei de plată. De altfel, Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006 privind instituţiile de credit şi adecvarea capitalului[25], în formularea în vigoare până la data de 30.04.2011, prevedea expres - şi corect, în opinia noastră — în art. 322, coroborat cu art. 12 alin. 2 şi cu art. 32 alin. 2, că instituţia emitentă de monedă electronică se poate constitui numai ca societate pe acţiuni, constituirea neputându-se face prin subscripţie publică, acţiunile trebuind să fie nominative, iar aportul la capitalul social trebuind să fie aport în numerar, cu vărsare integrală la momentul subscrierii.

Observăm, de altfel, că Legea nr. 127/2011 ea însăşi nu este foarte consecventă în legătură cu opţiunea referitoare la forma juridică de organizare a instituţiei emitentă de monedă electronică, întrucât, cu privire la situaţiile financiare anuale ale unei astfel de instituţii emitente de monedă electronică, are în vedere auditarea acestora conform principiilor stabilite, în materie, pentru societăţile pe acţiuni[26].

Sigur, am putea justifica referirea din Legea nr. 127/2011 la asociaţi, respectiv la părţi sociale, ca având în vedere situaţia organizaţiilor cooperatiste de credit - cooperative de credit şi case centrale - reglementate în Titlul V din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006, care, potrivit modificării operate prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 26/2010[27] pot desfăşura activităţi de emitere de monedă electronică, numai că şi acestora - ca instituţii de credit - potrivit art. 351 din menţionata ordonanţă, li se aplică regimul societăţilor pe acţiuni.

[21] A se vedea pentru funcţionarea societăţii cu răspundere limitată, S. Cărpenaru, *op. cit.*, p. 419-443.
[22] A se vedea pentru funcţionarea societăţii pe acţiuni S. Cărpenaru, *op. cit.*, p. 386 şi urm.
[23] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 685 din 12 octombrie 2009.
[24] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 724 din 29 octombrie 2010.
[25] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1027 din 27 decembrie 2006.
[26] A se vedea art. 160 – art. 1601 din Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale.
[27] A se vedea art. 18 alin. 1 lit. n[1]) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006, în modificarea operată prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 26/2010.

Subliniem, însă, că dispoziţiile art. 18 alin. 1 lit. n[1]) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006 nu vizează instituţia emitentă de monedă electronică, ci instituţii de credit cărora le este recunoscut dreptul de a emite monedă electronică.

3. Forma juridică de organizare a instituţiilor emitente de monedă electronică potrivit Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 8/2011

Deşi adoptat în temeiul dispoziţiilor art. 107 alin. 1 din Legea nr. 127/2011, Regulamentul nr. 8/2011 al Băncii Naţionale a României, în mod firesc, cu privire la forma juridică de organizare a instituţiilor emitente de monedă electronică dă preferinţă formei societăţilor pe acţiuni. Regulamentul menţionat stabileşte, între altele, „regulile privind înfiinţarea instituţiilor emitente de monedă electronică şi derularea activităţii acestora, precum şi privind supravegherea prudenţială a lor" (art. 1 alin. 1) făcând referire, însă, la instituţii specifice funcţionării societăţilor pe acţiuni. În acest sens, reţinem preocuparea de a defini noţiunea de acţionar indirect, sau de acţionar semnificativ (art. 2 alin.2 lit. a) şi b)), fără a face însă vreo referire la acţionarii comanditari, astfel că pare exclusă ideea organizării instituţiei emitente de monedă electronică sub forma juridică a societăţii în comandită pe acţiuni. În aceeaşi ordine de idei, remarcăm referirea, în art. 62 vizând capitalul iniţial al instituţiei emitente de monedă electronică, la noţiunea de acţiuni preferenţiale cumulative, la primele de capital, iar în art. 8 - 10 la acţionariat şi acţionari, şi în art. 28 la acţiunile proprii ale societăţii - concepte cu care operează numai o societate pe acţiuni.

Nu este mai puţin adevărat, însă, că, în art. 15 lit. m), Regulamentul, dând expresie opţiunii formulate de legiuitor în Legea nr. 127/2011, prevede că entitatea care doreşte să fie autorizată ca instituţie emitentă de monedă electronică trebuie să prezinte la Banca Naţională a României, între altele, „actul constitutiv, statutul şi/sau contractul de societate după caz, şi dovada înregistrării acestora la Oficiul Registrului Comerţului".

Observăm, însă, că se constituie doar prin statut societatea cu răspundere limitată cu un singur asociat, şi că se constituie doar prin contract de societate societatea în nume colectiv şi societatea în comandită simplă[28].

Dispoziţia evocată reproduce prevederile art. 15 lit. m) din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 21/2009 privind instituţiile de plată[29], reprezentând argument pentru susţinerea noastră referitoare la încercarea de compatibilizare a reglementărilor adoptate în transpunerea Directivei 2007/68/CE şi a Directivei 2009/110/CE, perpetuându-se, însă, aceeaşi eroare.

Constatăm, de asemenea, că în „Chestionarul pentru acţionarii semnificativi ai unei instituţii emitente de monedă electronică", prevăzut ca anexa nr. 2 a Regulamentului nr. 8/2011, este inserată şi cerinţa adresată acestor acţionari de a preciza „numărul şi tipul acţiunilor/părţilor sociale, valoarea acestora, cota de participare la capitalul social al instituţiei emitente de monedă electronică şi drepturile de vot." Desigur că formularea nu pare a fi foarte corectă întrucât numai acţionarii deţin acţiuni care, unele pot fi nevotante dacă sunt preferenţiale[30] ,fiind necesară, deci, precizarea drepturilor de vot deţinute. Părţile sociale pot fi deţinute numai de asociaţii în societăţi cu răspundere limitată dând dreptul la acelaşi număr de voturi.

S-ar deduce din cele de mai sus că în lumina Regulamentului forma preferată de organizare a instituţiei emitente de monedă electronică ar fi aceea de societate comercială pe acţiuni şi - posibil - de societate cu răspundere limitată. Credem însă că Regulamentul, referindu-se şi la alte entităţi decât instituţiile emitente de monedă electronică care pot avea ca activitate secundară emiterea de astfel de monedă, a avut în vedere nu societăţile cu răspundere limitată ca formă de organizare a instituţiei, ci posibilitatea cooperativelor de credit şi a caselor centrale ale acestora de a realiza şi activitate de emitere de monedă electronică, conform art. 18 alin. 1 lit. n[1]) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006.

Recunoaşterea pentru instituţiile emitente de monedă electronică a dreptului de a obţine împrumuturi pe piaţă, respectiv de a emite obligaţiuni, precum şi de a acorda credite în vederea prestării de servicii de plată - Legea nr. 127/2011 trimiţând, în acest sens, la Legea nr. 93/2009 privind instituţiile financiare nebancare[31], instituţii care, însă, potrivit art. 6 alin. 1 din această lege „au obligaţia de a se constitui ca societăţi comerciale pe acţiuni - conduce la ideea că instituţiile emitente de monedă electronică ar trebui să se constituie şi ele tot ca societăţi pe acţiuni, ca şi instituţiile financiare nebancare, numai astfel de societăţi având posibilitatea să emită obligaţiuni pentru obţinerea de împrumuturi pe piaţă şi numai acestea îndeplinind şi cerinţele Legii nr. 93/2009,

[28] A se vedea art. 5 din Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale.
[29] Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 735 din 29 octombrie 2009.
[30] A se vedea art. 94-95 din Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale.
[31] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 259 din 21 aprilie 2009.

spre a putea acorda credite utilizatorilor serviciilor de plată.

4. Concluzii

Apreciem, aşadar, că instituţiile emitente de monedă electronică nu ar trebui să fie organizate în România în alte forme juridice decât aceea de societate pe acţiuni.

a) Un prim argument în susţinerea acestei soluţii este dat de fosta reglementare cuprinsă în art. 322 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006 a cărei abrogare nu este justificată de vreo exigenţă impusă de vreun act al Uniunii Europene şi nici de modificările operate la Directiva 2006/48/CE, sau de prevederile Directivei 2007/64/CE, ori de cele ale Directivei 2009/110/CE, instituţia emitentă de monedă electronică trebuind să se fi constituit numai ca societate pe acţiuni conform dispoziţiei evocate.

b) Un al doilea argument este oferit de exigenţa unei limite foarte ridicate a capitalului iniţial, prevăzută de Legea nr. 127/2011 pentru instituţiile emitente de monedă electronică, cuantum greu de atins în cazul societăţilor în nume colectiv, în comandită simplă sau a societăţilor cu răspundere limitată. Un astfel de nivel al capitalului iniţial este greu de atins şi pentru societăţile în comandită pe acţiuni, care nu pot apela pentru constituire la subscripţie publică, dată fiind condiţia existenţei celor două categorii de asociaţi, comanditaţi şi comanditari, categorii ce trebuie să poată fi identificate pe durata existenţei societăţii.

c) O a treia raţiune are în vedere regimul juridic al participaţiilor calificate. Dacă acţiunile unei societăţi comerciale pe acţiuni pot fi transmise liber unei persoane din afara societăţii, cu respectarea, de regulă, a unei proceduri simple, uşor de realizat, transmiterea de părţi sociale deţinute de asociaţii unei societăţi cu răspundere limitată are, aşa cum am arătat, un regim diferit, care face aproape imposibil de cesionat respectiv, de achiziţionat, în aceste condiţii, o participaţie calificată de 30% sau 50%. Ne-am referit numai la societatea cu răspundere limitată, întrucât menţionarea în Legea nr. 127/2011 a unor dispoziţii cu privire la deţinerea de acţiuni sau părţi sociale ca participaţie calificată, exclude forma de organizare a instituţiei emitente de monedă electronică ca societate în nume colectiv sau societate în comandită simplă, unde asociaţii sunt titulari de părţi de interese, care nu pot fi reprezentate, ca şi părţile sociale de altfel, prin titluri negociabile.

d) Găsim un argument şi în cerinţele stabilite de Legea nr. 127/2011 pentru structurile de conducere ale instituţiei emitente de monedă electronică. Cum Legea nr. 31/1990 a societăţilor comerciale prevede că administrarea şi conducerea societăţilor în nume colectiv este asigurată de administratori care pot lucra individual sau în comun, aceştia nefiind obligaţi prin legea menţionată la îndeplinirea nici unei exigenţe speciale de pregătire şi experienţă profesională, ei putând fi desemnaţi şi dintre asociaţi; rezultă că ei nu răspund şi nu pot răspunde cerinţelor impuse de Legea nr. 127/2011 (art. 11 alin. 1); administrarea societăţilor în comandită simplă sau în comandită pe acţiuni revine, fără excepţie, asociaţilor comanditaţi, care răspund solidar şi nelimitat pentru obligaţiile sociale şi care nu sunt ţinuţi de dispoziţiile Legii nr. 31/1990 ca la momentul constituirii societăţilor respective să răspundă exigenţelor de bună reputaţie, pregătire şi experienţă cerute de art. 11 alin. 1 din legea menţionată.

e) Reprezintă un argument şi dispoziţiile Legii nr. 93/2009 privind forma de organizare a instituţiilor financiare nebancare ca societăţi pe acţiuni lege la care Legea nr. 127/2011 face trimitere şi care fundamentează posibilitatea instituţiilor emitente de monedă electronică de a acorda credite în anumite situaţii spre a putea presta servicii de plată.

Nu ni se pare lipsit de interes, în plus, să subliniem că, din numărul total de 928.338 de societăţi comerciale active, înscrise în registrul comerţului, doar 5 sunt societăţi în comandită pe acţiuni, 1.377 sunt societăţi în comandită simplă şi 27.690 sunt societăţi în nume colectiv, ultimele două forme juridice de organizare având ca raţiune de constituire doar lipsa unei condiţii minime legale de capital social[32].

Considerăm, în concluzie, că opţiunea Legii nr. 127/2011 pentru orice altă formă juridică de organizare a instituţiei emitente de monedă electronică decât aceea de societate pe acţiuni este neavenită şi lipsită de utilitate, inclusiv din unghiul de vedere al realizării supravegherii prudenţiale a activităţi acesteia.

S-ar impune, în consecinţă, modificarea Legii nr. 127/2011 şi, credem noi, şi a Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 113/2009 aprobată prin Legea nr. 197/2010, în sensul renunţării la referirea la cerinţe vizând orice altă formă de organizare a instituţiei emitente de monedă electronică, respectiv a instituţiei de plată, decât aceea de societate pe acţiuni şi preluarea, cât privesc instituţiile emitente de monedă electronică, a dispoziţiilor fostului art. 322 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006, în redactarea anterioară abrogării acestuia prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 26/2010. S-ar realiza astfel un regim unitar pentru instituţiile de credit, instituţiile de plată, instituţiile emitente de monedă electronică şi instituţiile financiare nebancare, care toate ar urma să fie constituite numai în forma juridică a societăţii pe acţiuni, cu exigenţe de funcţionare şi de supraveghere prudenţială similare.

[32] A se vedea www.onrc.ro.

Medierea disputelor în domeniul bancar



Constantin Rotaru,
Mediator,
Preşedinte al Asociaţiei de Mediatori din Domeniul Financiar - Bancar FINBAN

Rezumat: *O mare parte din disputele care apar între oameni sau între oameni şi instituţii, prin natura lor se pot soluţiona pe o cale amiabilă, nefiind necesar să se ajungă în instanţă unde să se caute dreptatea venită ca urmare a deciziei unui terţ, care este judecătorul. Medierea, ca alternativă de soluţionare a disputelor nou reglementată în România, odată cu apariţia Legii nr. 192/2006 cu modificările ulterioare, aduce cu ea, ca modalitate structurată de soluţionare a disputelor, varianta renunţării la decizia unui terţ, cum este cazul arbitrajului sau al instanţelor de judecată, decizie care este asumată de părţi, fiind prin natura ei, calea prin care se soluţionează definitiv o anumită dispută. Medierea se adresează oricărui tip de conflicte care se pot negocia. Băncile sunt prin natura activităţii lor entităţi economice foarte bine organizate, structurate arborescent şi care funcţionează în baza unor reglementări interne extrem de detaliate. Aceste reglementări interne şi managementul centralizat al băncilor, implică un traseu decizional complicat şi, din acest punct de vedere, medierea disputelor în relaţie cu o instituţie bancară capătă unele particularităţi ce rezidă din chiar specificul organizatoric şi relaţional al instituţiilor bancare.*

Cuvinte-cheie: *mediere, disputa, conflict, alternativă*

Ca orice activitate nouă, medierea suscită în prezent discuţii contradictorii, este privită cu neîncredere sau dimpotrivă, este definită ca fiind soluţia cea mai potrivită pentru rezolvarea disputelor, este larg comentată în cercurile de specialişti şi în acelaşi timp puţin cunoscută şi aplicată în relaţiile dintre oameni.

În acelaşi timp, medierea a fost dintotdeauna un tip de alternativă la soluţionarea diferendelor. Aşa



cum spunea acad. Constantin Bălăceanu Stolnici, medierea face parte din natura umană, a apărut odată cu dezvoltarea omului ca fiinţă socială şi a constituit în permanenţă o referinţă în relaţiile dintre oameni. Ceea ce face din mediere o activitate nouă este de fapt recunoaşterea acestei activităţi ca profesie şi definirea prin lege a regulilor şi principiilor medierii aplicabile tuturor tipurilor de dispute soluţionabile pe calea negocierii. Legea nr. 192/2006 privind medierea şi organizarea profesiei de mediator defineşte la art. 1 medierea ca fiind „o modalitate de soluţionare a conflictelor pe cale amiabilă, cu ajutorul unei terţe persoane specializate în calitate de mediator, în condiţii de neutralitate, imparţialitate, confidenţialitate şi având liberul consimţământ al părţilor". Astfel, medierea se inserează şi în România ca o alternativă extrajudiciară aflată la îndemâna persoanelor fizice şi juridice de rezolvare a disputelor, alături de facilitare sau arbitraj, fiind recomandabilă acolo unde indivizii sau companiile nu reuşesc să-şi rezolve disputa direct, prin negociere bilaterală.

Din acest punct de vedere, şi fără a căuta să ne asociem paradoxalelor dispute care au loc în prezent în jurul medierii, deşi este privită ca o alternativă la justiţie, şi tratată din această perspectivă ca o soluţie reziduală la aceasta, considerăm că medierea este o activitate distinctă, care are individualitate prin chiar principiile şi procedurile specifice, şi care preia, în mod structurat o parte din subiectele de lucru ale justiţiei care, în fapt, şi le-a asumat tocmai în lipsa recunoaşterii până acum a acestei modalităţi de soluţionare a conflictelor. Cu alte cuvinte, o mare parte din disputele care apar între oameni sau între oameni şi instituţii, prin natura lor se pot soluţiona pe o cale amiabilă, nu este necesar să ajungă în instanţă unde să se caute dreptatea venită ca urmare a deciziei unui terţ, care este judecătorul. Mai mult decât atât, medierea aduce cu ea, ca modalitate structurată de soluţionare a disputelor, varianta renunţării la decizia unui terţ, cum este cazul arbitrajului sau al instanţelor de judecată, decizie care este asumată de părţi, fiind prin natura ei, calea prin care se soluţionează definitiv o anumită dispută. Este de comentat faptul că decizia

instanţei aduce o soluţie impusă, pe care părţile trebuie să o accepte şi nu pune, în genere, capăt disputei în esenţa ei de vreme ce orice dispută, indiferent de obiectul său, este, în esenţă, rezultanta unor relaţii dintre oameni. Pe de altă parte, decizia instanţei „dă dreptate" în general uneia din părţi, cealaltă fiind nevoită să accepte această sentinţă. Identificarea şi acceptarea directă de către părţi a soluţiei, în faţa mediatorului care facilitează negocierea, conferă acesteia eficienţă şi durabilitate fiind în ultimă instanţă, o soluţie în care ambele părţi câştigă.

Medierea se adresează oricărui tip de conflicte care se pot negocia. La rândul lor, conflictele reprezintă o componentă a dialecticii relaţiilor dintre oameni. Cu atât mai mult în cazul relaţiilor financiare, conflictele iau naştere în chiar momentul apariţiei acestor relaţii, iar obiectul lor este întotdeauna identificabil în mod vizibil, fiind legat de modalităţile de obţinere a profitului. Dacă în disputele dintre indivizi pot să apară şi interese de altă natură decât cele financiare (relaţii afective, relaţii de proprietate, etc), atunci când în dispută una din părţi este o instituţie sau un agent economic, obiectul acestei dispute are întotdeauna la bază banii. Este evident că atunci când apare o dispută, interesele părţilor, formale sau ascunse sunt diverse şi pot fi enunţate în mai multe feluri. Spre exemplu, atunci când apare o dispută, o bancă ia în calcul nu numai componentele directe ale contului de profit şi pierderi, ci şi alte aspecte cum ar fi imaginea publică (aspect foarte sensibil pentru o bancă) sau păstrarea unei relaţii de durată cu un client. Aceste tipuri de interese sunt în ultimă instanţă legate de obţinerea profitului, astfel că un eventual proces de mediere va viza foarte probabil o negociere a costurilor şi veniturilor pe care părţile le pot obţine.

Băncile sunt prin natura activităţii lor entităţi economice foarte bine organizate, structurate arborescent şi care funcţionează în baza unor reglementări interne extrem de detaliate. Aceste reglementări interne şi managementul centralizat al băncilor, implică un traseu decizional complicat şi, din acest punct de vedere, medierea disputelor în relaţie cu o instituţie bancară capătă unele particularităţi ce rezidă din chiar specificul organizatoric şi relaţional al instituţiilor bancare.

Astfel, pentru orice tip de dispută (care are, în mod evident, o componentă esenţialmente financiară), intrarea în mediere presupune în primul rând parcurgerea unui proces decizional intern care depinde de nivelul de ierarhizare a deciziei în interiorul băncii, durata acestui proces, limitele de negociere stabilite pentru fiecare ramură decizională şi pe tipuri de decizie, acest proces având o durată potenţială ce poate depăşi, spre exemplu, cele 15 zile pe care legea le impune ca perioadă maximă pentru acceptarea medierii. Spre exemplu, dacă un client al unei sucursale a unei bănci doreşte renegocierea contractului de credit (tipul de dispută cel mai frecvent) şi solicită o mediere, ofiţerul de cont sau directorul sucursalei respective nu are capacitatea decizională de a accepta intrarea în mediere fără a avea aprobarea Centralei băncii, din simplul motiv că nu are limite de renegociere a contractelor. Mai mult, de vreme ce clauzele contractelor de credit sunt standardizate la nivelul conducerii băncii, iar standardul de contract a fost decis la nivelul conducerii de vârf, modificarea acestor clauze fără acordul emitentului ar reprezenta o abatere de la normele interne ale băncii pe care directorul sucursalei respective nu şi-o poate permite.

Pe de altă parte, băncile sunt instituţii extrem de prudente atunci când este vorba de confidenţialitatea documentelor şi a regulilor lor interne. Acceptarea medierii de către o bancă este, în principiu, dificilă chiar şi în condiţiile în care contractul de mediere indică în mod expres clauza confidenţialităţii informaţiilor şi documentelor, băncile preferând, în principiu, să-şi rezolve disputele prin negociere directă, asigurându-şi, în acest sens, negociatori proprii cu un nivel înalt de profesionalism. Pe de altă parte, acceptarea unei renegocieri de către o bancă nu poate conduce, la prima vedere pentru aceasta, decât la acceptarea *sine die* a unei renunţări la venituri, iar contractele cu terţii sunt, de regulă, bine formulate şi dificil de atacat.

Tipurile de dispute în care o bancă poate fi implicată şi pe care le poate soluţiona prin intermediul medierii nu sunt, evident legate exclusiv de contractele de credit. Privite într-o anumită structură, disputele ce pot face obiectul medierii pentru o bancă sunt legate de:

1. Relaţii financiare specifice:

a) Cu alte bănci în disputele legate de plăţi, depozite atrase sau împrumuturi interbancare;

b) Cu clienţii persoane fizice pe contractele de cont curent (inclusiv operaţiuni de plăţi) sau pe contractele de credit ori pe contractele de garanţie;

c) Cu clienţii persoane juridice, de asemenea, pe contractele de cont curent (inclusiv operaţiuni de plăţi) sau pe contractele de credit ori pe contractele de garanţie;

d) Cu instituţii publice pe dispute de natură procedurală.

2. Relaţii financiare generale:

a) Cu autorităţi ale statului sau cu autorităţi locale;

b) Cu terţi furnizori, evaluatori, auditori, etc.

3. Relaţii de personal;

4. Relaţii cu acţionarii.

Este evident faptul că disputele în care o bancă ar accepta cu mai multă dezinvoltură medierea sunt cele cu clienţii, persoanele fizice sau juridice, sau cele legate de relaţiile de personal. În practica de până acum a medierii, cele mai multe dispute în care băncile au fost parte au fost cele legate de personal (acestea fiind dispute care nu sunt, în fapt, legate de specificul activităţii bancare), fiind completate cu disputele privind contractele de credit.

Pentru a accepta medierea, în sensul şi în termenele impuse de lege, precum şi ţinând cont de specificitatea organizatorică, banca ar putea să aibă în vedere:

1. Acceptarea medierii ca alternativă de soluţionare a disputelor, ţinând cont de:

a. Acceptarea medierii ce semnifică implicit disponibilitatea băncii de a negocia cu un anumit client;

b. Adoptarea medierii ca ADR in procedurile interne de lucru nu obligă banca să accepte toate solicitările concrete de mediere.

2. Pregătirea internă a proceselor de mediere, prin proceduri interne, pe baza următoarelor premise:

a. Particularităţile impuse de tipurile de obiectele ale disputelor pentru care banca acceptă procese de mediere. Spre exemplu, banca poate dori sa accepte medierea ca alternativă la soluţionarea conflictelor, exclusiv relaţiile de credit cu persoanele fizice. De asemenea, banca poate accepta principial medierea pentru restructurări de credite pentru agenţii economici, în special atunci când clientul îşi previzionează un eventual stres financiar datorat conjuncturii mediului său de afaceri. În special, în cazul creditelor, banca poate accepta medierea în situaţia în care vede în aceasta un canal prin care îşi poate reduce pierderile provocate de intrarea unul credit în default, inclusiv costurile legate de recuperarea creanţelor (costurile cu instanţa de judecată, dar mai ales valoarea estimată a garanţiilor rezultată în urma executării silite şi costurile de executare).

b. Încadrarea timpului de răspuns la solicitarea de mediere în termenul de 15 zile stabilit la art. 43 (1) din Legea nr. 192/2006. Aceasta presupune un parcurs intern al invitaţiei transmise de mediator către factorii de decizie din bancă desemnaţi şi acceptarea intrării în procesul de mediere. O reducere a timpului de răspuns poate fi publicarea de către bancă a adresei la care se pot transmite invitaţiile la mediere. În acelaşi timp, banca trebuie să-şi poată asigura cu rapiditate documentele ce stau la baza solicitării de intrare în mediere, pentru a putea lua decizia de acceptare (stabilind traseul dosarului de credit, de exemplu, şi timpul de analiză a acestuia).

c. Structura organizatorică şi decizională a băncii. În cazul unei bănci cu reţea teritorială dezvoltată, organizată pe principiile unei ierarhii teritoriale multiple (sucursala - sucursala judeţeană - centrală) procesul decizional poate fi întârziat sau, pe de altă parte, se pot stabili nivele decizionale în funcţie de obiectul disputei. În alte situaţii, când banca este organizată pe principiile sectoarelor de afaceri (corporate, retail, operaţiuni) traseul decizional are alte caracteristici ce pot influenţa, de asemenea, timpul de răspuns şi conţinutul acestuia.

d. Ciclul decizional care ţine de obiectul disputei, tipul de structură organizatorică, desfăşurarea teritorială a reţelei băncii.

e. Costurile financiare şi de timp, elementul cel mai important pe care o bancă îl are în vedere şi care poate influenţa ciclul decizional, limitele stabilite pentru echipa de negociatori şi chiar nivelul acestei echipe din perspectivă profesională.

3. Procedurile interne de lucru trebuie să reglementeze:

1. **Tipul de conflicte pentru care se acceptă medierea şi tipul de clienţi, parte în aceste dispute.** În funcţie de tipul de conflicte şi de tipul de clienţi, banca poate elabora una sau mai multe proceduri interne de intrare în mediere. Astfel, o bancă organizată pe principiul sectoarelor de activitate, procedurile de mediere pot fi distincte pentru persoanele fizice faţă de cele juridice. De asemenea, se pot elabora în funcţie de tipul de structură organizatorică proceduri pentru operaţiuni de creditare şi proceduri pentru operaţiuni de cont curent;

2.**Modalităţile de acceptare a medierii.** Banca poate accepta procedural participarea clientului însoţit de avocat sau de un expert, sau poate accepta principial co-medierea;

3. **Locul de desfăşurare a medierii.** Banca poate organiza medierea centralizat, ceea ce presupune deplasarea clientului şi a mediatorului la sediul desemnat de bancă pentru şedinţele de mediere sau descentralizat, la nivelul unităţii unde clientul are deschise conturile, ceea ce presupune deplasarea echipei de negociatori la sucursala respectivă. În algoritmul decizional privind locul de desfăşurare a medierii, costurile reprezintă un factor de influenţă uneori determinant;

4. **Echipa de negociatori** ar trebui să includă în mod necesar pe lângă persoana specializată în negocieri, un specialist pe tipul de operaţiune care face obiectul negocierii şi, dacă e cazul, un specialist în contracte;

5. **Limitele mandatului.** Limitele efective ale mandatului echipei de negociatori se stabilesc concret în funcţie de conţinutul specific al obiectului procesului de mediere. În cazul unui contract de credit, clientul poate solicita renegocierea duratei creditului (rescadenţarea), a dobânzii sau a comisioanelor. Procedurile interne pot stabili, în acest caz, parcursul decizional privind stabilirea limitelor mandatelor de negociere, inclusiv forma şi conţinutul standard al mandatului acordat echipei de negociatori. Mandatul trebuie să includă în mod obligatoriu dreptul echipei de mediatori de a negocia şi contractul de mediere inclusiv preţul serviciului şi modalitatea în care banca acceptă să plătească - poate suporta integral costul medierii sau în mod egal cu cealaltă parte;

6. **Modalităţile de comunicare internă** se referă atât reglementarea parcursului invitaţiei la mediere, cât şi la diverse aspecte legate de negocierea propriu zisă (în multe cazuri, procesul de negociere poate conduce la soluţii care depăşesc limitele mandatului – dobânda sau durata renegociate sunt în afara limitelor mandatului, ori mandatul este acordat pentru renegocierea dobânzii, iar negocierea s-a finalizat printr-o soluţie de prelungire a contractului de credit) şi cu siguranţă la circuitul acordului de mediere. Trebuie avut în vedere că durata procesului de mediere (ce presupune organizarea uneia sau mai multor şedinţe) trebuie să tindă spre un minimum de timp, respectiv medierea sa se încheie într-o singură şedinţă, element de eficienţă atât în cazul unei locaţii centralizate, cât şi în cazul în care banca acceptă medierea la sucursala teritorială;

7. **Procedurile interne de mediere**, odată emise, pot, de asemenea, să conducă la alegerea de către bancă încă din fazele pre-contractuale a includerii medierii ca alternativă de soluţionare pe cale extrajudiciară a conflictelor, în clauzele contractelor de orice natură semnate cu clienţii.

Profesia de mediator este la începuturi. Prudenţa specifică băncilor le îndeamnă la reţinere atunci când este vorba de a accepta un domeniu nou, în special în condiţiile în care această profesie nu are, în prezent, expertiza care să dea băncilor garanţia unui proces eficient pentru ele. Una din condiţiile unei medieri reuşite este înţelegerea de către mediator a obiectului disputei. Din această perspectivă, cunoaşterea mecanismelor intime ale băncilor şi a fluxurilor operaţionale şi decizionale interne este o condiţie fundamentală pentru finalizarea eficientă a unui proces de mediere. Din acest motiv, fără a fi neapărată nevoie de o specializare recunoscută, experienţa în domeniul bancar a mediatorului poate constitui un avantaj pentru procesul de mediere în sine. Asociaţia de Mediatori din domeniul Financiar-Bancar FINBAN s-a constituit de către mediatori cu experienţă în managementul bancar care cunosc în detaliu procesele bancare şi au, astfel, capacitatea de a înţelege în intimitatea sa obiectul disputelor pe care clienţii unei bănci le pot avea în relaţiile lor de natură financiară cu acest tip de instituţie. Asociaţia face demersuri în prezent pentru promovarea medierii, pentru cunoaşterea de către părţi a mecanismelor acestui nou tip de mecanism de soluţionare a disputelor, adresându-se în special instituţiilor de credit şi clienţilor acestora.



Dr. ec. **Nicolae Dinu**
Consilier juridic la
Direcţia Juridică
Banca Naţională
a României

Unele consideraţii referitoare la suspendarea judecăţii în conformitate cu prevederile noului cod de procedură civilă

Rezumat: *Lucrarea de faţă tratează instituţia suspendării judecăţii, scoţând în evidenţă faptul că pe linie de legiferare adoptarea noului Cod de Procedură Civilă prin Legea nr. 134/2010 s-a dorit a fi un pas înainte pe calea perfecţionării legislaţiei procesuale. Acesta a suferit unele modificări şi corective ce apreciem că merită a fi cel puţin relevate prin analiza comparativă a textelor vechi cu cele noi. Astfel că, noul cod concentrează în textele sale nu numai regulile deja legiferate şi conţinutul unor decizii pronunţate de instanţa supremă în procedura recursului în interesul legii sau decizii ale Curţii Constituţionale, dar şi reguli determinate pe cale de interpretare doctrinară ori jurisprudenţială. De asemenea, noul cod aduce clarificările necesare pentru evitarea unor practici neunitare, este mult mai detaliat şi precis, fără să acopere toată gama de probleme care s-au ivit în practică.*

Cuvinte-cheie: *suspendarea judecăţii, noul cod de procedură civilă*

1. Repere introductive

Adoptarea noului Cod de Procedură Civilă prin Legea nr. 134/2010 s-a dorit a fi un pas înainte pe calea perfecţionării legislaţiei procesuale. Fără să revoluţioneze procedura civilă, se pare că noul cod concentrează în textele sale nu numai regulile deja legiferate şi conţinutul unor decizii pronunţate de instanţa supremă în procedura recursului în interesul legii sau decizii ale Curţii Constituţionale, dar şi reguli determinate pe cale de interpretare doctrinară ori jurisprudenţială. De asemenea, noul cod aduce clarificările necesare pentru evitarea unor practici neunitare, este mult mai detaliat şi precis, fără să acopere toată gama de probleme care s-au ivit în practică.



Pe această linie de legiferare, instituţia suspendării judecăţii a suferit unele modificări şi corective ce apreciem că merită a fi cel puţin relevate prin analiza comparativă a textelor vechi cu cele noi.

O primă menţiune, valabilă pentru întregul cod, constă în aceea că articolele poartă denumiri marginale menite să uşureze efortul de interpretare al practicianului. Ele sunt grupate, ca şi în codul aplicabil azi, într-o singură secţiune (legiuitorul a preferat să o intituleze „suspendarea procesului” în loc de „suspendarea judecăţii”), iar ca număr şi conţinut se suprapun aproape în totalitate, diferenţe de conţinut, constatându-se la o citire relativ mai atentă.

Corespondenţele cu articolele codului actual sunt: 242 – 405, 243 – 406, 244 – 407, 245 – 408, 246 – 409, păstrându-se succesiunea logică.

I. Noul articol 405 reglementează suspendarea voluntară. Dincolo de folosirea cuvântului „judecător” în loc de cuvântul „instanţă”, textul legal aduce trei noutăţi. Prima noutate constă în introducerea expresă a obligativităţii ca toate părţile să fie nu numai lipsă, dar şi legal citate. Despre legala citare, textul anterior nu făcea vorbire, dar cum în lipsa a cel puţin unei părţi necitate sau citate nelegal nu se poate dispune nici o altă măsură decât amânarea judecăţii, practica judiciară nu a creat probleme. Credem că intervenţia este binevenită pentru rigurozitate.

A doua noutate constă în extinderea sferei părţilor care pot cere judecata în lipsă de la reclamant şi pârât la oricare dintre părţi, respectiv la oricare dintre terţii participanţi la procesul civil ca intervenienţi voluntari sau forţaţi. Şi această intervenţie este binevenită pentru rigurozitate, îndeosebi în contextul în care practica judiciară pare a se orienta mai mult în sensul interpretării formale a legii, decât în sensul interpretării prin prisma intenţiei legiuitorului şi a scopului reglementării (interpretarea teleologică).

Cea de-a treia noutate constă în reglementarea întinderii efectelor cererii de judecare în lipsă. Aşa cum s-a precizat deja[2], soluţia este o consacrare a jurisprudenţei

constante în materie: „cererea de judecată în lipsă produce efecte numai la instanţa în faţa căreia a fost formulată". Textul nu trebuie să fie aplicat în mod absolut. Văzând şi principiul disponibilităţii acţiunii civile, care permite părţii să dispună de drepturile sale în orice mod permis de lege (art. 9 alin. 3 ultima frază din noul Cod), ultimul alineat al noului articol 405 nu poate fi interpretat în sensul că ar interzice părţii să precizeze în scris că doreşte ca judecata să se poarte în lipsa sa în oricare dintre etapele procesului, în faţa oricărei instanţe, chiar după declinare sau în căile de atac.

II. Noul articol 406 reglementează suspendarea de drept. Această instituţie a suferit unele modificări.

Strict formal, pentru înlăturarea oricărui echivoc, s-a precizat durata suspendării de drept în cvasitotalitatea cazurilor suspendării de drept. Soluţia legiuitorului este logică şi riguroasă, fiind consecinţa unei practici judiciare şi a unor poziţii doctrinare indiscutabile. Este surprinzător, însă, că legiuitorul nu a uzat de aceeaşi rigoare atunci când a introdus ca şi cauză de suspendare de drept formularea unei cereri de pronunţare a unei hotărâri preliminare de către Curtea de Justiţie a Uniunii Europene. Pentru consecvenţă logică, durata suspendării ar trebui să curgă până la pronunţarea hotărârii preliminare.

O altă modificare constă în introducerea ca motiv de suspendare acela al morţii reprezentantului uneia dintre părţi. Legiuitorul nu a făcut distincţie între reprezentanţii legali ai persoanei fizice şi cei ai persoanei juridice, încât textul este egal aplicabil ambelor categorii de persoane. Desigur, dacă o persoană are mai mulţi reprezentanţi (de exemplu doi sau mai mulţi administratori în cazul persoanei juridice sau are doi părinţi în cazul copilului minor), moartea unuia dintre ei nu produce efectul suspendării judecăţii, persoana putând continua procesul cu un alt reprezentant, aflat deja în exerciţiul atribuţiilor sale.

O a treia modificare constă în introducerea dizolvării persoanei juridice ca motiv de suspendare a judecăţii. Textul vechi acoperea numai procedura insolvenţei[3], astfel încât menţionarea dizolvării nu face decât să completeze un gol legislativ pe care jurisprudenţa nu l-a umplut. Textul nu face diferenţe între dizolvarea persoanelor juridice comerciant şi a celor necomerciant. El se va aplica atunci când actul dizolvării nu este concomitent cu actul numirii lichidatorului. Chestiunea de principiu nu este aceea a intrării în procesul de desfiinţare a persoanei juridice; problema rezolvată de legiuitor vizează posibilitatea de a sta în justiţie prin reprezentant legal. În perioada dintre actul dizolvării şi actul desemnării lichidatorului, persoana juridică există, dar nu poate sta în niciun raport juridic concret deoarece nu are reprezentant legal.

În fine, prin punctul 7 al primului alineat s-a produs o mult aşteptată rezolvare legislativă a dezbătutei probleme a consecinţelor adresării unei întrebări preliminare Curţii de Justiţie a Uniunii Europene. Posibilitatea adresării unei asemenea întrebări este prevăzută de art. 267 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene. In lipsa unui text de procedură în legea internă, jurisprudenţa s-a orientat spre suspendarea judecăţii în toate cazurile în care întrebarea era adresată pentru că altfel ar fi negat utilitatea solicitării adresate Curţii de Justiţie a Uniunii Europene. Strict formal, însă, nimic nu împiedică judecătorul să pronunţe hotărârea în cauză, urmând ca după hotărârea Curţii de Justiţie a Uniunii Europene să se valorifice alte eventuale căi procedurale. Noul text elimină, aparent, orice opţiune a judecătorului. În realitate, acest text ridică gradul de responsabilitate al magistratului pentru că îl obligă să cenzureze cu atenţie deosebită condiţiile de admisibilitate a cererii de adresare a unei întrebări preliminare. Constatarea admisibilităţii produce automat şi suspendarea judecăţii.

Este interesant de constatat că în cazul adresării unei întrebări preliminare judecata se suspendă de drept, iar pentru sesizarea Curţii Constituţionale cu o excepţie de neconstituţionalitate nu este nici o dispoziţie care să permită ori să impună suspendarea judecăţii. Raţiunea ridicării excepţiei este similară cu cea a întrebării preliminare: dacă şi cum se aplică un text de lege relevant în speţă.

Credem că s-ar fi putut introduce şi un alt motiv de suspendare de drept, respectiv sesizarea Curţii Constituţionale cu o excepţie de neconstituţionalitate ridicată din oficiu sau dacă opinia judecătorului[4] este în sensul neconstituţionalităţii legii respective.

Remarcăm şi conţinutul punctului 8 din primul alineat al art. 406: "în alte cazuri prevăzute de lege". Apreciem că acest punct este inutil; trimiterea generică nu foloseşte nimănui deoarece cu sau fără el efectele altei legi care ar institui un caz de suspendare de drept s-ar produce.

---

[2] I. Leş, Noul cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Vol. I, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011, pag. 522

[3] Chiar anterior Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 138/2000, textul viza doar falimentul, nu dizolvarea oricărei persoane juridice.

[4] Desigur, este vorba despre opinia exprimată în condiţiile art. 29 alin. 4 din Legea nr. 47/1992.

III. Articolul 407 din noul Cod nu aduce nimic nou pe tărâmul cazurilor de suspendare facultativă, dar instituie cauze de revenire asupra suspendării.

Se pare că redactorul art. 406 şi 407 a fost acelaşi pentru că şi în acest caz textul este încărcat inutil. Astfel, atât menţiunea „dacă legea nu prevede altfel" de la finalul pct. 2 din primul alineat, cât şi punctul 3 al aceluiaşi alineat („în alte cazuri prevăzute de lege") nu au nici o consecinţă practică; Codul de procedură civilă este oricum lege generală, iar o lege specială poate să deroge de la dispoziţiile lui.

Noutatea constă în posibilitatea acordată instanţei de a reveni asupra suspendării, motivat, într-una din următoarele situaţii:

- dacă se constată că partea care a cerut suspendarea nu are un comportament diligent în cadrul procesului care a determinat suspendarea, tergiversând soluţionarea acestuia - trimitere făcută la cazul de suspendare din primul punct al primului alineat;

- dacă urmărirea penală care a determinat suspendarea durează mai mult de un an de la data la care a intervenit suspendarea, fără a se dispune o soluţie în acea cauză - trimitere făcută la pct. 2 al primului alineat.

Primul caz în care instanţa poate reveni asupra suspendării facultative este reglementat la nivel atât de general încât pentru aplicarea concretă a textului va fi nevoie de intervenţia Consiliului Superior al Magistraturii. Pentru a construi reguli uniform aplicabile în legătură cu intervalul la care instanţa ce a suspendat va face verificările necesare, este necesar de o dispoziţie în Regulamentul de organizare şi funcţionare a instanţelor judecătoreşti. Altfel, prin aplicare neunitară se pot crea suspiciuni de părtinire. Aşadar, ar trebui ca prin menţionatul regulament să se prevadă un interval de timp (recomandabil un an, pentru a fi în consonanţă cu ipoteza referitoare la cauza penală) de la suspendare după care grefa să fie obligată să prezinte dosarul judecătorului care va dispune solicitarea cuvenitelor relaţii despre cauza ce a determinat suspendarea. În funcţie de conţinutul acestor relaţii, judecătorul va avea opţiunea între a discuta eventuala redeschidere a judecăţii şi a lăsa dosarul în arhivă pentru un nou interval de timp, egal cu precedentul.

Desigur, nimic nu împiedică partea ce nu a cerut suspendarea şi este interesată de redeschiderea judecăţii să facă o cerere de redeschidere, corespunzător timbrată, în care să arate motivele pentru care consideră că adversarul său procesual tergiversează judecata cauzei ce a determinat suspendarea.

În ceea ce priveşte cel de-al doilea motiv de redeschidere a judecăţii, totul pare mai simplu, pentru că în procesul penal principiul oficialităţii face aproape imposibilă (într-o aplicare corectă a legii) tergiversarea urmăririi penale. Totuşi, noţiunea de soluţie în cauza penală este insuficientă pentru a preveni o practică neunitară. Prin darea unei soluţii la terminarea urmăririi penale nu se finalizează urmărirea. Este necesar să fie îndeplinite una dintre următoarele condiţii pentru ca judecătorul de la instanţa de drept privat să poată purcede la redeschiderea judecăţii:

- soluţia să constea în trimiterea în judecată a cel puţin unei persoane pentru fapta în legătură cu cauza suspendată;

- soluţia să constea în netrimiterea în judecată a vreunei persoane pentru fapta în legătură cu cauza suspendată şi să nu mai poată fi atacată în condiţiile art. 278[1] C.pr. pen[5].

Pentru a doua condiţie este de remarcat că procurorul ierarhic superior sau instanţa pot să dispună inclusiv redeschiderea de către procuror a urmăririi penale, ceea ce înseamnă că judecătorul cauzei suspendate nu are la dispoziţie o constatare finală a autorităţii de urmărire penală. Aşadar, dacă a trecut un an de la data suspendării, judecata va fi redeschisă chiar dacă s-a dat o soluţie de către procuror, dar aceasta a fost atacată şi încă nu s-a soluţionat calea de atac (plângerea).

Este interesant de remarcat că legiuitorul nu foloseşte expresia „redeschiderea judecăţii", preferând „revenirea asupra suspendării". Pe de o parte, nu vedem diferenţa de conţinut în ceea ce priveşte consecinţele procesuale. Pe de altă parte, constatăm că prin cuvintele folosite se induce ideea apariţiei unei noi instituţii procedurale: „revenirea" asupra suspendării, în sensul de „revocare"[6] a suspendării. Consecinţele procesuale fiind identice cu cele ale oricărui caz de redeschidere a judecăţii, optăm pentru ideea de a califica „revenirea asupra suspendării" ca o redeschidere a judecăţii.

O aparentă modificare o constituie referirea din alineatul al doilea la hotărârea definitivă în loc de hotărârea irevocabilă, ca hotărâri după a căror pronunţare încetează suspendarea. Dar în concepţia noului Cod de procedură civilă hotărârile definitive sunt actualele hotărâri irevocabile, încât înlocuirea cuvântului „irevocabile" din actualul art. 244 alin. 2 C. pr. civ. cu cuvântul „definitive" din noul art. 407 alin. 2 C. pr. civ. nu are consecinţe

[5] Acest text instituie posibilitatea ca soluţia de netrimitere în judecată să fie atacat inclusiv la instanţă de către persoana interesată în termen de 20 de zile de la data la care procurorul ierarhic superior a dat sau ar fi trebuit să dea un răspuns plângerii ce i-a fost adresat de aceeaşi persoană şi cu acelaşi obiectiv.

[6] I. Leş, *op. cit.*, pag. 526.

juridice.

IV. Conţinutul art. 408 vădeşte o schimbare de concepţie asupra hotărârii de suspendare, în special cu privire la posibilitatea de a ataca hotărârea.

Astfel, textul stabileşte că încheierea de suspendare a judecăţii poate fi atacată cu recurs, chiar dacă a fost pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie. Cum instanţa supremă nu este instanţă de fond decât în unele cauze penale, apare cu evidenţă că legiuitorul a reglementat în realitate calea de atac a încheierii pronunţate de instanţa supremă ca instanţă de recurs.

Pe de altă parte, faţă de textul primului alineat al art. 2441 din actualul Cod de procedură civilă, a dispărut excepţia referitoare la încheierile de suspendare pronunţate în recurs, încât - şi din această perspectivă - se relevă intenţia ca şi încheierile pronunţate în recurs să poată fi atacate separat.

Credem că nu se poate susţine nici că ar fi un recurs în interiorul recursului şi nici că se încalcă principiul conform căruia măsurile de administrare sunt apanajul exclusiv al instanţei care judecă şi nu pot fi supuse controlului judiciar. Este de observat că instanţa care judecă recursul împotriva încheierii nu verifică legalitatea soluţiei de fond, ci doar legalitatea şi temeinicia unei măsuri de administrare a justiţiei cu efecte semnificative asupra celerităţii procesului civil - expresie a dreptului fundamental la un proces echitabil.

Cât priveşte competenţa de soluţionare a recursului împotriva încheierii de suspendare, aceasta a fost atribuită instanţei ierarhic superioare celei ce a pronunţat încheierea. Datorită împrejurării că Legea nr. 134/2010 a fost adoptată anterior ultimelor modificări aduse legii de organizare judecătorească, primul alineat face vorbire de completul de 9 judecători. Desigur, textul va fi interpretat în sensul că se referă la completul de 5 judecători instituit de actualul art. 19 alin. 2 din Legea nr. 304/2004[7].

În fine, credem că se impune şi o observaţie asupra terminologiei: se pare că redactorii art. 408 şi art. 409 au fost diferiţi pentru că în art. 408 alin. 2 se face vorbire despre „repunerea pe rol a procesului", expresie care semnifică cu exactitate „redeschiderea judecăţii" la care se referă conţinutul art. 409 sau „reluarea judecării procesului" menţionată în titlul marginal al art. 409[8].

V. Art. 409 încearcă să sintetizeze cazurile de reluare a judecăţii după suspendarea acesteia. Nu înţelegem de ce, în temeiul acestei idei generoase, nu a inclus şi alineatele al doilea şi al treilea ale art. 407.

Pe de altă parte, este vizibilă adăugarea în grabă a punctului 3; punctele 1, 2 şi 4 indică modalităţile în care se reia judecata, în timp ce punctul al treilea indică momentul după care se poate relua şi - totodată - condiţia care trebuie îndeplinită pentru reluare.

Aceasta nu este doar o deficienţă de consecvenţă a exprimării, ci o deficienţă de fond care poate genera practică neunitară. Astfel, se va pune problema dacă judecata se reia din oficiu sau la cererea părţii care a solicitat adresarea întrebării preliminare. Este foarte posibil ca partea ce a formulat întrebarea să intre în posesia hotărârii Curţii de Justiţie a Uniunii Europene anterior transmiterii acesteia pe căile oficiale către instanţă. În ceea ce ne priveşte, apreciem că soluţia este pe aceleaşi coordonate ca în cazul suspendării pentru soluţionarea unei alte cauze (penale sau civile), respectiv judecata se poate relua fie la cererea uneia dintre părţi, fie din oficiu.

Încercând să sintetizăm cele de mai sus, putem spune că instituţia suspendării judecăţii este mai bine reglementată în noul Cod de procedură civilă, dar unele texte sunt încă susceptibile de sensibile îmbunătăţiri.

---

[7] ART. III pct. 1 din Legea nr. 202/2010 a modificat Legea nr. 304/2004 în ce priveşte completele ce se formează la I.C.C.J. Astfel, articolul 19, alineatul (2) are în prezent următorul cuprins:

"(2) Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie este organizată în 4 secţii - Secţia civilă şi de proprietate intelectuală, Secţia penală, Secţia comercială, Secţia de contencios administrativ şi fiscal, 4 complete de 5 judecători şi Secţiile Unite, cu competenţă proprie."

[8] În ceea ce ne priveşte, deşi observăm o preferinţă a redactorilor noului Cod pentru „redeschiderea procesului", credem că expresia cea mai potrivită pentru a descrie corect şi complet situaţia juridică este „reluarea judecării procesului". Suspendarea constă într-o inactivitate în judecarea procesului, într-o oprire temporară a judecăţii, iar reluarea constă în continuarea judecăţii de la acel act la care s-a oprit. Redeschiderea sugerează, însă,că procesul a fost „închis", finalizat temporar, ceea ce este contrar realităţii. Pe de altă parte, scoaterea de pe rol şi repunerea pe rol a unei cauze sau a unui proces semnifică o operaţiune administrativă, conexă activităţii de judecată, consecinţă a suspendării sau a reluării judecăţii, încât centrul de greutate nu trebuie sugerat a fi situat pe rolul instanţei ci pe judecata cauzei.



Isabelle Chelariu
Consilier juridic la Direcţia Juridică Banca Naţională a României

Concordatul preventiv - o cale de înţelegere între creditori şi debitori.

Studiu de drept comparat asupra instituţiei juridice a concordatului preventiv şi asupra beneficiilor şi riscurilor creditorilor în lumina Legii nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv şi mandatului ad-hoc şi a Legii asupra concordatului preventiv din 1929, cu ultimele modificări aduse în 1932

Rezumat: *În studiul de drept comparat cu privire la concordatul preventiv, ca şi cale de înţelegere între creditori şi debitori, autoarea analizează instituţia juridică a concordatului preventiv în lumina dispoziţiilor Legii nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv şi mandatului ad- hoc, făcând o introspecţie în timp asupra problematicii, reglementată iniţial prin Legea concordatului preventiv din 1929, cu ultimele modificări aduse în 1932.*

Cuvinte-cheie: *concordat preventiv, creditor, debitor, conciliere, vot, procedură*

„Prin natura sa, comerţul implică numeroase şi mari riscuri: *negotia mercatorum sunt magis periculosa*. Dar mai ales în economia contemporană, atât de complexă, cu diferenţe de preţuri şi variaţiuni de schimb aproape de la o zi la alta, riscurile în exercitarea comerţului au devenit atât de multiple încât a aplica falimentul la toate insolvenţele produse din cauza acestor riscuri însemnează a atribui falimentului chiar o funcţiune anti-economică. Falimentul constituie, desigur, o excepţiune majoră la dreptul comun.

Din această complexitate a riscurilor crescânde ale comerţului s-a născut necesitatea de a se crea unele mijloace preventive de faliment, pe de o parte pentru a salva întreprinderile - organisme vii în economia unei ţări - de sub rigorile destructive ale falimentului, mai ales în perioade de criză, iar pe de altă parte pentru salvarea însăşi a intereselor creditorilor faţă de dividendele falimentare constatate în aproape unanimitatea cazurilor ruinătoare.”



Acest comentariu la scopul Legii privind concordatul preventiv, amendată în 1932 a fost realizat de către doctorul în drept Stelian Ionescu, fost judecător al Tribunalului Ilfov, avocat la Banca Naţională a României. După cum se poate observa, comentariul este de mare actualitate şi astăzi.

Pentru a înţelege mai bine rădăcinile acestei instituţii juridice, se cuvine a ne raporta la momentul istoric la care a fost implementată. Totodată, o scurtă analiză asupra instituţiilor juridice surori, care au coexistat sau şi-au petrecut existenţa înaintea apariţiei concordatului preventiv este binevenită.

Astfel, arătăm că în 1932, societatea românească traversase marea criză economică (1929-1932), caracterizată prin inflaţie, şomaj şi pauperizare, urmată în 1934-1938 de o perioadă a relansării economice a României datorită politicii protecţioniste şi a intervenţiei statului în economie. Printre măsurile întreprinse sunt şi crearea a patru instituţii juridice cu caracter de prevenire a falimentului, în scopul protejării industriei şi comerţului, şi anume: moratoriul ante - falimentar, cesiunea judiciară de bunuri sau abandonul de activ, lichidarea judiciară şi concordatul preventiv.

Ne vom opri puţin asupra fiecărei instituţii enumerate, unele dintre acestea având o existenţă mai scurtă sau mai îndelungată decât celelalte.

Din aceste instituţii juridice legislaţia română a experimentat moratoriul ante - falimentar, care s-a dovedit însă mai cu seamă „în ultima epocă de criză prelungită a nu fi decât o anticameră a falimentului”, aşa cum o defineşte doctorul în drept Stelian Ionescu. Din această cauză, în 1929 moratoriul ante - falimentar a fost abrogat şi înlocuit prin instituţia concordatului preventiv, instituţie care, îndeosebi după război, a fost

generalizată în cele mai multe ţări. Ca atare, putem spune că la originea concordatului preventiv s-a aflat moratoriul ante-falimentar.

„Această instituţie juridică având la bază votul majorităţii creditorilor ca element esenţial, iar pe de altă parte, putându-se adapta oricărei situaţii patrimoniale a unui comerciant trecând prin dificultăţi economice (…) ar fi dat, desigur, rezultate mai satisfăcătoare în România dacă ar fi fost adoptată la un scurt interval de timp după dezlănţuirea crizei, iar tehnica ei procedurală nu s-ar fi pretat la abuzuri".

Cesiunea judiciară de bunuri sau abandonul de activ, ca mijloc de prevenire a falimentului, cu drept cuvânt nu a fost reglementată de legiuitorul român de la acea epocă, întrucât această instituţie, pe lângă faptul că ar fi dat naştere la nişte abuzuri de neînlăturat, nu corespunde nici scopului economic avut în vedere de legiuitor de a salva întreprinderea, în interesul general al comerţului, păstrând-o întreprinzătorului lovit *fortunae injuria*.

Socotind că Legea concordatului preventiv din 1929, modificată în 1930, nu a fost suficientă pentru a rezolva toate situaţiile comercianţilor împovăraţi de dificultăţile inexorabile ale crizei economice de la acea vreme, legiuitorul din 25 aprilie 1932 a voit să introducă în legislaţia română, paralel cu concordatul preventiv şi instituţia lichidării judiciare. Departe însă de a se inspira de la adevăratele principii caracteristice acestei instituţii, luând de model legea franceză din 4 martie 1889, legiuitorul român a deformat această instituţie astfel încât prin Legea de la 25 aprilie 1932 s-a pus în pericol însăşi noţiunea de credit comercial. De aceea, prin Legea din 20 octombrie 1932 s-a abrogat legea aşa-zisă a lichidării judiciare a datoriilor comerciale, aducându-se, totodată, unele modificări legii concordatului preventiv în interesul comercianţilor striviţi de formidabila criză ce a dominat întreaga economie naţională.

Prin noua reformă, legiuitorul din 20 octombrie 1932 a păstrat aceleaşi linii generale ale instituţiei concordatului preventiv, stabilite prin legea de la 1929, modificată în 1930. Punctele principale care au făcut obiectul ultimei modificări sunt privitoare, în special, la coborârea cotei concordatare la minimum 4%, prelungirea termenului maxim de executare a concordatului până la 5 ani, precum şi reducerea majorităţii necesare pentru toate cazurile la 2/3 din totalul pasivului chirografar, majoritate care poate fi redusă chiar şi până la 5% din acest total, în condiţiile prevăzute de noua formă a art.33[2].

Deosebit de aceste modificări substanţiale, prin legea de la 20 octombrie 1932 s-a mai adus procedurii de concordat şi unele modificări de ordin tehnic, privind toate cele trei faze ale unui concordat (de admitere, în principiu, de omologare şi de executare).

Relevăm aici, că prin art. 63[3] nou, legiuitorul de la 20 octombrie 1932 creează o situaţie tranzitorie specială pentru comercianţi care la data promulgării acestei legi modificatoare se găseau în aşa-zisa stare de lichidare judiciară. Redactarea acestui articol este însă dintre cele mai nefericite, astfel încât invederează chiar o lipsă de cunoaştere tehnică a tuturor consecinţelor decurgând din aplicarea celor două instituţii puse în situaţie tranzitorie, ceea ce, cu siguranţă a dat mult de lucru instanţelor judecătoreşti din acea vreme. Tot atât de puţin fericită este şi redactarea art. 65[4], în noua formă, din legea de la 20 octombrie 1932 prin care se instituie, o procedură de lichidare falimentară fără falit.

Revenind în zilele noastre, ca o alternativă la faliment, legiuitorul român a considerat oportună legiferarea concordatului preventiv, prin Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv

---

[2] Art. 33 din Legea privind concordatul preventiv din 1929, cu modificările aduse în 1932: „La ziua fixată pentru judecarea opoziţiilor şi omologarea concordatului, tribunalul, după ascultarea oponenţilor, comerciantului, comisiunii de creditori şi judecătorului delegat, se pronunţă în camera de consiliu printr-o singură hotărâre asupra opoziţiilor şi omoloagă concordatul dacă constată că cererea întruneşte condiţiunile cerute de lege, garanţiile oferite sunt serioase şi îndestulătoare ca să asigure îndeplinirea completă a concordatului şi dacă merită beneficiul concordatului. **(Adaos 1932)** În cazul când comerciantul nu a obţinut votul a 2/3 din creanţele creditorilor chirografari, ci peste 50% din totalul acestor creanţe tribunalul totuşi va putea aprecia şi dispune omologarea concordatului. **(Mod.1932)** Termenele arătate prin art. 2 vor curge din ziua din care sentinţa de omologare a rămas definitivă. Timpul depăşit peste trei luni de la data introducerii cererii de concordat, se va socoti în termenul concordatului."

[3] Art.63 alin.1 din Legea privind concordatul preventiv din 1929, cu modificările aduse în 1932: „Comercianţii cari la data promulgării acestei legi se găsesc în stare de lichidare judiciară intră de drept în beneficiile legii de faţă, fiind consideraţi ca admişi în principiu, şi în acest scop vor face o cerere către tribunalul competinte, în termen de trei luni dela data promulgării legii." Alin.2 al art. 63: „Operaţiunile de verificare vor continua a se face mai departe. Omologarea concordatului acestora se va face de tribunal dacă nu s-au săvârşit acte frauduloase, în sensul art. 36 din legea de faţă. Tribunalul va fixa după aprecierea situaţiei de fapt termenul, cota de plată şi va numi comisiunea de creditori, luând pentru acestea şi avizul creditorilor printr-un judecător delegat cu acesta. Cota şi termenul nu pot fi decât cele prevăzute în legea de faţă." Alin. 3 a art. 63: „Funcţiunile judecătorului delegat şi ale comisiunii de supraveghere provizorie de creditori, subzistă pâna la data omologării." Alin. 4 al art. 63: „În contra sentinţei de omologare se poate face apel în condiţiunile art. 37, 38 şi 39 din lege." Alin. 5 al art. 63: „Se vor achita cu precădere asupra celorlalte datorii obligaţiunile ce s-au luat conform art. 8 din legea de lichidare din 1932".

şi mandatului ad- hoc, care se aplică, conform art. 1, persoanelor juridice care organizează o întreprindere aflată în dificultate financiară, fără a fi în stare de insolvenţă. Scopul legii este salvgardarea întreprinderii aflate în dificultate, în vederea continuării activităţii acesteia, a păstrării locurilor de muncă şi a acoperirii creanţelor asupra debitorului, prin proceduri amiabile de renegociere a creanţelor sau a condiţiilor acestora ori prin încheierea unui concordat preventiv.

Ca atare, concordatul preventiv[5] poate fi considerat un instrument menit să protejeze atât debitorii aflaţi în dificultate financiară, cât şi interesele creditorilor săi, salvarea afacerii debitorilor fiind, desigur, preferabilă lichidării. Flexibilitatea şi eficienţa acestui instrument juridic este evidentă, în comparaţie cu procedura reorganizării judiciare. În susţinerea acestei afirmaţii arătăm că în cazul concordatului preventiv termenele sunt mai scurte, procedurile sunt simplificate (spre exemplu, procedura de vot[6]). De asemenea, în cazul procedurii omologării concordatului, efectele principale sunt suspendarea procedurilor de executare şi imposibilitatea deschiderii procedurii insolvenţei, acordarea posibilităţii creditorilor relevanţi de a impune un plan viabil de reorganizare a activităţii.

Această instituţie juridică reprezintă o procedură iniţiată exclusiv de către debitor şi controlată, în principal, de către acesta. Acest aspect reprezintă unul din riscurile creditorilor, în sensul că, pentru a fi un instrument util de restructurare, concordatul preventiv ar trebui să lase creditorilor posibilitatea declanşării procedurii. Spre deosebire de procedura reorganizării judiciare, care prevede că li se pot calcula dobânzi creanţelor garantate, în cazul concordatului preventiv calculul de dobânzi este suspendat pentru creditorii aderenţi şi poate fi suspendată de către instanţă şi pentru ceilalţi creditori.

Totodată, omologarea concordatului implică două riscuri reciproce, şi anume un potenţial risc de fraudă al debitorilor contra creditorilor, prin crearea unei stări artificiale de dificultate financiară, prin apariţia unor creditori fictivi şi obligarea creditorilor de bună-credinţă la acceptarea compromisului concordatului), termenul scurt prevăzut de procedură poate să nu fie suficient pentru a permite o analiză corespunzătoare.

Spre deosebire de alte sisteme de drept, tranzacţiile efectuate pe durata concordatului şi stabilite prin plan nu sunt exceptate de la aplicarea prevederilor legii insolvenţei referitoare la anularea unor acte ale debitorului. Deşi procedura concordatului se aplică în teorie şi creditorilor autorităţi publice, având în vedere cadrul legal aplicabil ajutorului de stat, în practică vor fi numeroase situaţii în care aceşti creditori vor avea un avantaj faţă de ceilalţi creditori prin faptul că vor fi exceptaţi de la aplicarea corespunzătoare a dispoziţiilor privind concordatul[7].

Tot cu referire la riscurile creditorilor, arătăm unele neclarităţi/inconsecvenţe ale textului de lege. Dintre acestea, menţionăm aspecte de ordin procedural, şi anume:

a) schimbarea conciliatorului: legea conţine o singură referire (art 18 alin. 1 lit. b[8]) la schimbarea conciliatorului, fără a indica procedura de urmat; de asemenea, potrivit acestei dispoziţii, schimbarea se poate realiza numai cu acordul debitorului, ceea ce poate conduce la prejudicii deosebit de grave creditorilor;

b) atunci când adunarea creditorilor solicită instanţei rezoluţiunea concordatului, prevederile acestuia sunt suspendate de drept până la pronunţarea unei decizii în acest sens; pe cale de consecinţă, creditorii/debitorul poate cere deschiderea procedurii insolvenţei; este dificil de presupus ce se va întâmpla într-o atare situaţie în condiţiile în care decizia instanţei va fi de respingere a cererii de încetare şi confirmarea

[4] Art. 65 din Legea privind concordatul preventiv din 1929, cu modificările aduse în 1932: "Legea lichidării judiciare, falimentul civil şi orice dispoziţiuni din legi şi regulamente contrarii legii de faţă se abrogă".

[5] Art. 3 lit. d) din Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv şi mandatului ad-hoc, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 870 din 14.12.2009: „concordatul preventiv este un contract încheiat între debitor, pe de o parte, şi creditorii care deţin cel puţin două treimi din valoarea creanţelor acceptate şi necontestate, pe de altă parte, prin care debitorul propune un plan de redresare a întreprinderii sale şi de acoperire a creanţelor acestor creditori împotriva sa, iar creditorii acceptă să sprijine eforturile debitorului de depăşire a dificultăţii în care se află întreprinderea debitorului".

[6] Dispoziţiile cu privire la procedura de vot (sediul materiei) din Legea nr. 381/2009 sunt art. 23-31 din Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv şi mandatului ad-hoc, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 870 din 14.12.2009;

[7] Opiniile menţionate în lucrare au fost exprimate şi de Alexandru Berea, director executiv la Direcţia juridică a Băncii Comerciale Române, în lucrarea „Soluţii de înţelegere între creditori şi debitori. Noul cadru legal având ca obiectiv prevenirea apariţiei insolvenţie. Beneficiile şi riscurile creditorilor", la 1 iunie 2010, în cadrul Conferinţei internaţionale de la Piatra Neamţ, organizată de Asociaţia Consilierilor Juridici din Sistemul Financiar-Bancar.

[8] Art. 18 alin. 1 lit. b) din Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv şi a mandatului ad-hoc, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 870 din 14.12.2009: „Adunarea creditorilor concordatari are următoarele atribuţii: desemnează, cu acordul debitorului, un nou conciliator, dacă este cazul;"

concordatului;

c) modul de calcul al termenului de 30 de zile pentru exprimarea votului creditorilor asupra ofertei de concordat (care se precizează că începe să curgă de la data primirii ofertei de concordat preventiv, fără a se preciza dacă este vorba despre oferta revizuită în urma negocierilor şi în condiţiile în care perioada de negociere poate dura, la rândul său, 30 de zile).

O altă serie de inconsecvenţe ale textului se referă la faptul că nu sunt clare efectele omologării concordatului faţă de creditorii nesemnatari, legat de eventuale prevederi ale ofertei de concordat care îi vizează, referitoare la ştergeri, reduceri parţiale ale creanţelor sau eşalonări. De aici se naşte întrebarea dacă prevederile de omologare îi vor fi opozabile. Totodată, nu este foarte clar cum vor fi aplicate prevederile concordatului autorităţilor publice, având în vedere prevederile legale privind ajutorul de stat. Spre exemplu, în lipsa furnizării acordului de către Agenţia Naţională de Administrare Fiscală în 30 de zile, acesta se prezumă. Ce se va întâmpla, însă, în cazul în care, totuşi, această măsură reprezintă ajutor de stat? De asemenea legea face referire doar la autorităţile fiscale, deşi creditorii subiect al concordatului preventiv pot fi şi alte tipuri de autorităţi publice).

Asemenea prevederi legale rămân neclare şi fac dificilă punerea în practică a legii şi atingerea finalităţii urmărite de legiuitor. În consecinţă, există riscul ca astfel de prevederi ambigue sau contrare intereselor rezonabile ale finanţatorilor străini şi autohtoni să menţină incertitudinea asupra perspectivelor de a dezvolta afaceri pe baze durabile pe plan local.

În încheiere, apreciem că publicarea unei atare legi speciale privind concordatul preventiv şi a mandatului ad-hoc, denotă o serioasă preocupare a legiuitorului de a reglementa cât mai judicios o instituţie juridică atât de importantă menită să ajute comerţul şi industria naţională de a traversa situaţiile critice apărute în economie.

Trecând peste inconsecvenţele arătate, această reglementare oferă beneficiarilor procedurii concordatului preventiv cadrul legal pentru ca orice debitor să poată recurge la această procedură, cu excepţiile prevăzute de lege[9]. Rămâne ca situaţiile izvorâte din practică să răspundă la întrebările formulate şi la problemele apărute din aplicarea legii şi să creeze premisa reglementării situaţiilor nou – apărute, care vor veni cu dispoziţii noi, în completarea prevederilor Legii nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv şi mandatului ad- hoc.

[9] Art. 13 din Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv şi mandatului ad- hoc, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 870 din 14.12.2009: „Poate recurge la procedura de concordat preventiv orice debitor, astfel cum este definit la art. 1, cu următoarele excepţii:a) dacă împotriva debitorului s-a pronunţat o hotărâre irevocabilă de condamnare pentru infracţiuni economice; b) dacă împotriva debitorului a fost deschisă procedura insolvenţei cu 5 ani anteriori ofertei de concordat preventiv; c) dacă cu 3 ani anteriori ofertei de concordat preventiv debitorul a mai beneficiat de un concordat preventiv; d) dacă debitorul şi/sau acţionarii/asociaţii/asociaţii comanditari sau administratorii acestuia au fost condamnaţi definitiv pentru bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, abuz de încredere, înşelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, infracţiuni de fals ori infracţiuni prevăzute în Legea concurenţei nr. 21/1996, republicată, cu modificările ulterioare, în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii prevăzute de prezenta lege; e) dacă membrilor organelor de conducere şi/sau supraveghere ale debitorului li s-a atras răspunderea în condiţiile Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei, cu modificările şi completările ulterioare, pentru aducerea acestuia în stare de insolvenţă; prevederile lit. b) rămân aplicabile; f)dacă debitorul are înscrise fapte în cazierul fiscal, potrivit Ordonanţei Guvernului nr. 75/2001 privind organizarea şi funcţionarea cazierului fiscal, republicată, cu modificările şi completările ulterioare."

Jurisprudenţă - rezumate şi comentarii



Nicoleta Iacob
Consilier juridic
Direcţia Juridică
Banca Naţională
a României

Lipsa calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României – Centrala Incidentelor de Plăţi în litigiile privind anularea incidentelor de plăţi întemeiate pe dispoziţiile Regulamentului nr. 1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi şi respingerea acţiunii faţă de această pârâtă ca fiind îndreptată împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă (decizia din data de 31.03.2011, pronunţată de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţia comercială, dosar nr. 40891/3/2009, irevocabilă).

Cuvinte-cheie: *Centrala incidentelor de Plăți, anulare, lipsa calității procesuale pasive, Banca Națională a României*

Prin decizia Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie pronunţată la data de 31.03.2011, în dosarul nr. 40891/3/2009, s-a admis recursul declarat de pârâta Banca Naţională a României şi s-a modificat în parte decizia Curţii de Apel, în sensul respingerii apelului formulat de reclamanta T.S. S.R.L. Recursul formulat de reclamantă a fost respins ca nefondat. Decizia a fost dată cu o opinie separată, prin care s-au admis recursurile declarate de reclamantă şi de către pârâtă, a fost modificată decizia Curţii de Apel în sensul admiterii apelului reclamantei, schimbării în parte a sentinţei apelate, iar pe fond a fost admisă acţiunea, s-a dispus anularea incidentului de plată şi obligarea pârâtelor Banca Z S.A. şi Banca Z S.A. Constanţa la efectuarea procedurilor de anulare. A fost menţinută sentinţa sub aspectul lipsei calităţii procesuale pasive a pârâtei Banca Naţională a României.



Potrivit cererii înregistrată pe rolul Tribunalului Bucureşti - Secţia a VI - a Comercială la data de 15.10.2009, sub nr. 40891/3/2009, reclamanta S.C. T.S. S.R.L. a chemat în judecată pârâtele Centrala Incidentelor de Plăţi, reprezentată de Banca Naţională a României, Banca Z S.A., Banca Z S.A Constanţa şi S.C. J.O. S.R.L. solicitând ca, prin hotărârea ce se va pronunţa, să se dispună: anularea incidentului de plată major notat pe numele S.C. T.S. S.R.L. în calitate de titular al contului nr. XXXX, deschis la Banca Z şi anularea perioadei aferente de interdicţie bancară, precum şi obligarea pârâtelor Banca Z S.A. şi B.R.D. Groupe Société Générale S.A Constanţa să solicite Centralei Incidentelor de Plăţi anularea acestui incident de plată în conformitate cu dispoziţiile art. 36 din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/23.02.2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi, cu cheltuieli de judecată.

În motivarea cererii, reclamanta a arătat că, în conformitate cu dispoziţiile art. 5 şi art. 6, coroborate cu dispoziţiile art. 19 din contractul de vânzare - cumpărare încheiat de reclamanta S.C. T.S. S.R.L. cu S.C. J.O SRL, biletul la ordin emis de reclamanta S.C. T.S. S.R.L. este lăsat ca garanţie partenerului contractual în caz de neachitare a contravalorii mărfii ce face obiectul contractului mai sus menţionat.

Dispoziţiile art. 19 din contract stipulează: *„utilizarea prezentului contract, fără acordul expres al celeilalte părţi, ca mijloc de plată al altor obligaţii faţă de terţe persoane sau ca mijloc de garantare al altor obligaţii de plată decât cele ce decurg din contract, este interzisă sub sancţiunea rezoluţiunii/rezilierii contractului şi a plăţii de daune de către partea în culpă, echivalente cu contravaloarea prejudiciului creat.”*

În procesul verbal de predare - primire din data de 05.01.2009 prin care reclamanta a pus la dispoziţia S.C. J.O. S.R.L. biletul la ordin, s-a menţionat expres că acesta se oferă *„pentru garantarea executării obligaţiilor contractuale conform contractului nr. 1554/11.12.2008”* şi că va putea fi folosit doar *„în cazul neplăţii contravalorii produselor achiziţionate la termenul stabilit”*. Totodată, pe respectivul bilet la ordin s-a făcut menţiunea clară

„garanţie facturare motorină”.

Reclamanta a mai precizat în cererea de chemare în judecată, referitor la situaţia de fapt că, deşi nu a înregistrat datorii faţă de S.C. J.O. S.R.L., respectându-şi obligaţiile asumate prin contractul încheiat cu aceasta, printr-o adresă primită prin fax la data de 21.07.2009 de la S.C. J.O. S.R.L., i s-a comunicat că S.C. S.T. S.R.L. cedează S.C. J.O. S.R.L. creanţa pe care S.C. T.S. S.R.L. o are către S.C. S.T. SRL. Astfel, datoria în valoare de 2516, 67 lei pe care reclamanta o are faţă de J.T. S.R.L. urmează să fie recuperată de la S.C. T.S. S.R.L., fie printr-un ordin de plată dat către S.C. J.O. S.R.L, în termen de 48 de ore, fie prin introducerea biletului la ordin lăsat garanţie pentru contractul nr. 1554/11.12.2008.

În data de 28.07.2009, S.C. J.O. S.R.L. a introdus la plată biletul la ordin pe care era înscrisă menţiunea garanţie facturare motorină, pentru suma de 6900 lei, acesta fiind destinat exclusiv achitării contravalorii de motorină conform art. 5 art. 6 şi art. 19 din contract, deşi nu exista nicio datorie a S.C. T.S. S.R.L. către S.C. J.O. S.R.L. la acea dată.

Împotriva acestei cereri de chemare în judecată, pârâta Banca Naţională a României a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea cererii pentru lipsa calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României, iar pe fond respingerea cererii ca neîntemeiată.

În susţinerea excepţiei lipsei calităţii procesuale pasive, Banca Naţională a României a arătat că, potrivit atribuţiilor şi competenţelor stabilite prin art. 2 alin. 2 lit. b) din Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României, banca centrală *“asigură promovarea şi monitorizarea bunei funcţionări a sistemelor de plăţi pentru asigurarea stabilităţii financiare”*.

În conformitate cu dispoziţiile art. 22 şi art. 24 din Legea nr. 312/2004, atribuţiile Băncii Naţionale a României privind monitorizarea sistemelor de plăţi, inclusiv a instrumentelor de plată, cât şi acelea privind prevenirea şi limitarea riscurilor de plată se materializează în emiterea reglementărilor necesare organizării şi funcţionării Centralei Incidentelor de Plăţi, care gestionează informaţiile aferente acestei activităţi. Banca Naţională a României reglementează, autorizează şi supraveghează administratorii sistemelor de plăţi şi poate emite reglementări privind instrumentele de plată utilizate în cadrul acestor sisteme.

Conform dispoziţiilor art. 48 alin. 2 din Legea nr. 312/2004 *“Reglementările Băncii Naţionale a României pot fi sub formă de regulamente, ordine, norme şi circulare, având caracter obligatoriu pentru persoanele juridice publice şi private, precum şi pentru persoanele fizice”*.

Regulamentul nr. 1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 120 din 9.03.2001, cu modificările şi completările ulterioare, defineşte în art. 2 litera b) incidentul de plată ca fiind: *“neîndeplinirea întocmai şi la timp a obligaţiilor participanţilor, înaintea sau în timpul procesului de decontare a instrumentului, obligaţii rezultate prin efectul legii şi/sau al contractului care le reglementează, a căror neîndeplinire este adusă la cunoştinţa Centralei Incidentelor de Plăţi de către persoanele declarante, pentru apărarea interesului public”*, iar la litera c) defineşte incidentul de plată major ca fiind incidentul de plată determinat de înregistrarea *unui bilet la ordin/cambia cu scadenţă la un anume timp de la vedere, la un anume timp de la data emiterii sau la o dată fixă a fost refuzat(ă) din lipsă totală de disponibil, în cazul prezentării la plată la termen*;

În conformitate cu dispoziţiile art. 3 din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001, *“Persoanele declarante au obligaţia să furnizeze Centralei Incidentelor de Plăţi informaţiile aferente incidentelor de plaţi, în forma şi la termenele prevăzute în prezentul regulament, precum şi orice informaţie solicitată de aceasta, în scopul desfăşurării propriei activităţi.”*

Totodată, în conformitate cu dispoziţiile art. 4 din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001, Centrala Incidentelor de Plăţi, nu răspunde pentru veridicitatea şi integritatea informaţiei primite, răspunderea revenind persoanei declarante.

În ceea ce priveşte modalitatea de anulare din Centrala Incidentelor de Plăţi a informaţiilor privind un bilet la ordin ce nu a fost onorat la plată, art. 36 din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 prevede următoarele: *“(1) Centrala Incidentelor de Plăţi nu poate anula sau modifica din proprie iniţiativă informaţiile privind incidentele de plăţi, o dată primite de la persoanele declarante – bănci.*

(2) Anularea informaţiilor privind incidentele de plăţi înregistrate în FNIP(n.n. Fişierul naţional de incidente de plăţi) şi în FNPR (n.n. Fişierul naţional al persoanelor cu risc) se poate face numai de persoanele declarante, din proprie iniţiativă sau la solicitarea instanţelor judecătoreşti, în baza unei cereri de anulare, conform formularului prezentat în anexa nr. 8A, 8B sau 8C, după caz, transmisă la Centrala Incidentelor de Plăţi în aceeaşi zi bancară.”

Se constată astfel că Banca Naţională a României nu are obligaţii legale în ceea ce priveşte anularea informaţiilor privind incidentele de plăţi înregistrate,

între această pârâtă şi reclamanta S.C. T.S. S.R.L. nefiind stabilite raporturi juridice directe, astfel încât să poată exista şi un raport juridic de drept procesual, astfel cum pretinde reclamanta în primul capăt al cererii. De altfel, potrivit dispoziţiilor legale invocate anterior, Banca Naţională a României nu are abilitarea legală de a interveni în relaţiile dintre băncile comerciale şi clienţii acestora. Se poate observa că, atât art. 2 lit. b), art. 4, cât şi art. 36 şi art. 38 din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 reglementează procedura declarării şi anulării unui incident de plată şi stabilesc obligaţii, în acest sens, în sarcina persoanei declarante. Aceste reglementări stabilesc că Centrala Incidentelor de Plăţi nu poate anula sau modifica din proprie iniţiativă informaţiile odată primite de la persoanele declarante - instituţii de credit, acestea din urmă fiind cele care sunt obligate, potrivit alin. 2 al art. 36, să declanşeze procedura de anulare a incidentelor de plăţi, printr-o cerere de anulare transmisă Centralei Incidentelor de Plăţi.

Prin urmare, instanţa de fond a analizat în mod temeinic şi legal, în raport de dispoziţiile Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 legitimarea procesuală pasivă a Băncii Naţionale a României şi a constatat, în mod corect, faptul că aceasta, în calitate de entitate cu personalitate juridică în cadrul căreia este organizată Centrala Incidentelor de Plăţi, nu are calitate procesuală pasivă, nefiind parte în raportul juridic obligaţional ce a generat incidentul de plată cu biletul la ordin ce a făcut obiectul prezentului dosar.

În susţinerea excepţiei lipsei calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României, a fost depusă Decizia nr.974/2008 a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, pronunţată în dosarul nr.22886/3/2005, în cuprinsul căreia se constată că Banca Naţională a României nu are calitate procesuală pasivă într-un litigiu în care s-a analizat pe fond cererea reclamantei privind radierea, respectiv anularea, unui incident de plată produs cu un bilet la ordin înscris pe numele acesteia. Întrucât în sarcina Băncii Naţionale a României nu sunt stabilite obligaţii prin Regulamentul Băncii Naţionale a României nr.1/2001 în ceea ce priveşte anularea incidentelor de plată înscrise în Centrala Incidentelor de Plăţi, aceasta a susţinut în apărare că nu este întemeiată nici menţinerea Băncii Naţionale a României în cauză pentru opozabilitate.

Examinând actele dosarului, Tribunalul Bucureşti a respins cererea reclamantei ca neîntemeiată.

În fapt, Tribunalul a reţinut situaţia de fapt expusă anterior şi a constatat că pârâta Banca Z S.A. a decis raportarea la Centrala Incidentelor de Plăţi a incidentului de plată, având în vedere dispoziţiile Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 120 din 09.03.2001, reţinând că în speţă au fost întrunite condiţiile prevăzute de art. 13 din Regulamentul nr. 1/2001, potrivit căruia *„În cazul în care o persoană declarantă - bancă, în calitate de bancă trasă, a trasului sau a subscriitorului, a decis refuzul la plată al cecului, cambiei sau biletului la ordin, aceasta are obligaţia ca, cel târziu în ziua bancară următoare zilei refuzului, să transmită la Centrala Incidentului de Plăţi o cerere de înscriere a refuzului bancar, conform formularului prevăzut în anexa nr. 3A, 3B sau 3C, după caz”*. Banca Z S.A. a reacţionat legal şi corect, reţine instanţa în considerentele sentinţei, întrucât aceasta nu a constatat existenţa unor motive pentru anularea măsurii dispuse de bancă, măsura fiind luată în conformitate cu art. 13 din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001. Deşi reclamanta a invocat art. 46 din Regulamentul pentru anularea incidentului de plată, acest articol reglementând modalitatea în care se face anularea, din examinarea motivelor acţiunii instanţa de fond identifică argumentul de fond al reclamantei prin care aceasta susţine că, deşi nu datora nimic cocontractantului S.C. J.O. S.R.L., totuşi biletul la ordin a fost introdus la plată fără drept. Ori, tribunalul a apreciat că prin jocul combinat al cesiunii de creanţă dintre S.C. J.O. S.R.L., şi S.C. S. T. S.R.L., prin lăsarea biletului la ordin cu titlu de garanţie, dar şi prin introducerea acestui bilet la ordin pentru plată, reclamanta a rămas la discreţia Băncii Z S.A., care a constatat lipsa disponibilului la plată şi a raportat, corespunzător, refuzul la plată către Centrala Incidentelor de Plăţi.

Cu privire la pârâta Banca Naţională a României, tribunalul a constatat prin sentinţa pronunţată că această pârâtă nu are calitate procesuală pasivă, nefiind *„persoană declarantă”*, în sensul art. 2 lit. h) din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001, acţiunea fiind respinsă în ceea ce o priveşte pentru lipsa calităţii procesuale pasive.

Constatând că pârâta Banca Z S.A. a respectat întocmai dispoziţiile Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 1/2001, tribunalul nu a decelat motive de nulitate a incidentului de plată notat şi a respins cererea reclamantei ca neîntemeiată.

Deliberând asupra cererii de apel formulată de către apelanta S.C. T.S. S.R.L. împotriva sentinţei co-merciale nr. 4277/31.03.2010, pronunţată de către Tribunalul Bucureşti, Secţia a VI-a comercială, în dosarul nr. 40891/3/2009, în contradictoriu cu intimatele Centrala Incidentelor de Plăţi prin Banca Naţională a României, Banca Z S.A., Banca Z S.A. Constanţa şi

S.C. J.O S.R.L., Curtea de Apel Bucureşti, Secţia a VI-a comercială a respins excepţia calităţii procesuale pasive a Centralei Incidentelor de Plăţi prin Banca Naţională a României ca nefondată, a admis apelul formulat de apelanta S.C. T.S. S.R.L. împotriva sentinţei comerciale nr. 4277/31.03.2010, pronunţată de Tribunalul Bucureşti - Secţia VI-a Comercială, în dosarul nr. 40892/4/2009, a schimbat în parte sentinţa apelată, în sensul că a respins excepţia lipsei calităţii procesuale pasive a Centralei Incidentelor de Plăţi, prin Banca Naţională a României, ca nefondată şi a menţinut restul dispoziţiilor sentinţei atacate. Intimatele au fost obligate la plata sumei de 32 lei taxă judiciară de timbru şi 0,6 lei timbru judiciar, cheltuieli de judecată din fond şi din apel.

Curtea de Apel Bucureşti, Secţia a VI-a comercială constată, în cuprinsul deciziei comerciale nr. 440/09.11.2010 că, prin sentinţa comercială nr. 4277/31.03.2010, pronunţată de Tribunalul Bucureşti - Secţia a VI-a Comercială în dosarul nr. 40891/3/2009 a fost respinsă cererea formulată de reclamanta S.C. T.S. S.R.L. Bucureşti în contradictoriu cu pârâtele Centrala Incidentelor de Plăţi, reprezentată de Banca Naţională a României, Banca Z S.A. şi Banca Z S.A. CONSTANŢA, ca neîntemeiată.

Curtea de Apel arată că instanţa de fond a reţinut în motivarea soluţiei faptul că probele au relevat incidenţa în speţă a prevederilor Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi. S-a reţinut totodată că, potrivit sentinţei pronunţate de către instanţa de fond, Banca Naţională a României nu are calitate procesuală pasivă nefiind „persoană declarantă", în sensul art. 2 lit. h) din Regulamentul nr.1/2001.

Apelanta a solicitat modificarea în totalitate a sentinţei pronunţate de instanţa de fond, admiterea acţiunii şi anularea incidentului de plată, cu cheltuieli de judecată, criticile sale referindu-se la faptul că instanţa de fond nu a analizat faptul că aceasta nu datora nimic cocontractantului S.C. J.O. S.R.L. şi, cu toate acestea, biletul la ordin a fost introdus la plată fără drept, că aceasta s-a limitat la a analiza legalitatea modului în care a acţionat banca şi a scăpat din vedere elementul esenţial şi anume conduita culpabilă a pârâtei S.C. J.O. S.R.L. ce a generat incidentul de plată, determinând banca să raporteze acest lucru Centralei Incidentelor de Plăţi, precum şi faptul că instanţa de fond nu a analizat că pârâtul S.C. J.O. S.R.L. nu era îndreptăţit să introducă la plată biletul la ordin, manifestând o conduită de o totală rea-credinţă ce a generat incidentul de plată şi obligaţia băncii de a raporta acest incident.

Curtea de Apel mai reţine că apelanta, fără a contesta raportul juridic cu intimata pârâtă, susţine că biletul la ordin introdus în circuitul bancar nu putea fi folosit ca mijloc de plată al altor obligaţii faţă de terţe persoane sau ca mijloc de garantare a altor obligaţii de plată decât cele ce decurg din contractul dintre părţi.

Se arată că apelanta susţine că lipsa de disponibil în cont a survenit într-o perioadă în care ştia că nu are nici un fel de datorie, altfel aceasta consideră că Banca Naţională a României, ca reprezentantă a Centralei Incidentelor de Plăţi, are calitate procesuală pasivă, motiv pentru care apreciază că hotărârea ce se va pronunţa este necesar a fi opozabilă şi Băncii Naţionale a României. Totodată, în temeiul prevederilor Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi, apelanta consideră că Centrala Incidentelor de Plăţi reprezentată de Banca Naţională a României are unele atribute care justifică calitatea procesuală pasivă.

Curtea de Apel reţine că în drept, apelanta a invocat dispoziţiile art. 282 - 298 Cod procedură civilă, art. 36 din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001, Legea nr. 59/1934, art. 274 Cod procedură civilă. Cererea a fost timbrată cu 12 lei taxă judiciară de timbru şi cu 0,30 lei timbru judiciar.

Referitor la apărările formulate de către intimata Banca Naţională a României, se arată în decizia pronunţată că aceasta, prin întâmpinare a solicitat respingerea apelului şi menţinerea ca legală şi temeinică a sentinţei comerciale nr. 4277/31.03.2010, pronunţată de către Tribunalul Bucureşti, Secţia a VI-a comercială. Se mai arată că Banca Naţională a României a invocat excepţia lipsei calităţii procesuale pasive, apreciind ca neîntemeiată critica apelantei pe această excepţie, în susţinerea acestei excepţii intimata invocând prevederile art. 2 alin. 2 lit. b), art. 22, art. 24, art. 48 alin. 2 din Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României, precum şi art. 1 alin. 1 art. 2 lit. b), lit. c), art. 3, art. 36 din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 şi a concluzionat în sensul că, faţă de art. 4 din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 Centrala Incidentelor de Plăţi nu răspunde pentru veridicitatea şi integritatea informaţiei primite, răspunderea revenind persoanei declarante. S-a mai reţinut de către Curtea de Apel că intimata Banca Naţională a României a susţinut că nu are un raport juridic direct cu apelanta şi că nu are abilitarea legală de a interveni în relaţiile dintre băncile comerciale şi clienţii acestora şi că aceasta consideră că, în speţă, calitatea procesuală pasivă are numai Banca Z S.A., în calitate de persoană declarantă, conform Regulamentului Băncii Naţionale a României

nr. 1/2001.

Astfel cum a reţinut instanţa de apel în cuprinsul deciziei pronunţate, intimata Banca Naţională a României a susţinut, criticând motivele de apel, că apelanta trebuia să asigure şi să păstreze disponibil în cont, soluţia instanţei de fond fiind legală şi temeinică, în acord cu prevederile Regulamentului nr. 1/2001.

Examinând excepţia lipsei calităţii procesuale pasive invocată de Banca Naţională a României şi motivele de apel, în raport de probele administrate în cauză, Curtea de Apel a reţinut că, în speţă, în raport de prevederile Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi, nu se pune problema calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României ci, a calităţii procesuale pasive a Centralei Incidentelor de Plăţi reprezentată de Banca Naţională a României. Din această perspectivă, arată Curtea de Apel, Centrala Incidentelor de Plăţi reprezentată de Banca Naţională a României are calitate procesuală pasivă în speţă, inclusiv pentru opozabilitate, această calitate fiind justificată şi prin prisma prevederilor art. 36, art. 38 din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 care relevă unele operaţiuni ce cad în sarcina Centralei Incidentelor de Plăţi reprezentată de Banca Naţională a României, implicând-o în procedura anulării informaţiilor. În speţă, se mai precizează în decizia pronunţată de către Curtea de Apel, raportul juridic are izvor în Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 şi nu în raportul de drept comercial existent între părţi. Cu aceste considerente, Curtea de Apel, în baza art. 137 Cod procedură civilă, a respins excepţia lipsei calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României, ca reprezentantă a Centralei Incidentelor de Plăţi. Cu privire la Apelul formulat, Curtea de Apel reţine în considerentele deciziei pronunţate că acesta apare ca fiind fondat în parte şi anume critica privind calitatea procesuală pasivă a Băncii Naţionale a României, ca reprezentant al Centralei Incidentelor de Plăţi, pentru argumentele expuse în analizarea excepţia lipsei calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României, menţionate anterior.

În ceea ce priveşte criticile care vizează fondul cauzei, Curtea de Apel reţine că probele administrate în cauză nu relevă încălcarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 1/2001.

De vreme ce apelanta a garantat intimatei S.C. J.O. S.R.L. plata prin emiterea unui bilet la ordin a unei cantităţi de motorină pentru valoarea de 2.516, 67 lei, aceasta avea obligaţia asigurării acestui disponibil în cont, pe toată durata raportului juridic născut între cele două părţi, însă aceasta recunoaşte că nu a asigurat acest disponibil în momentul în care a apreciat că nu ar avea datorii. Cât priveşte cesiunea de creanţă dintre S.C. J.O. S.R.L. şi S.C. S. T. S.R.L. însoţită de lăsarea în garanţie a biletului la ordin emis de apelantă către S.C. J. O. S.R.L., aceasta a fost apreciată de către Curtea de Apel ca fiind o operaţiune legală, astfel cum a reţinut şi instanţa de fond. Ori, din această perspectivă, potrivit prevederilor Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 banca declarantă, constatând lipsa disponibilului în cont, corect a raportat refuzul de plată către Centrala Incidentelor de Plăţi. Instanţa de apel reţine că apelanta a emis către S.C. J.O. S.R.L. biletul la ordin seria XXX, pentru suma de 2516, 67 lei şi probele au relevat că suma refuzată la plată a fost de 2.234, 06 lei, pe motiv de lipsă parţială de disponibil.

Curtea de Apel a mai arătat că, atât timp cât operaţiunea cesiunii de creanţă, cu lăsarea în garanţie a biletului la ordin a fost legală, introducerea la plată a acestui bilet la ordin s-a făcut legal, independent de faptul că apelanta nu datora nimic intimatei S.C. J.O. S.R.L, toate susţinerile apelantei privind atitudinea S.C. J.O. S.R.L. fiind apreciate ca nefondate.

Concluzionând, Curtea a reţinut că esenţial era ca apelanta să asigure disponibilul în cont până la concurenţa sumei inserate în biletul la ordin, pe tot parcursul derulării relaţiei sale cu intimata S.C. J.O. S.R.L., indiferent de faptul că datora sau nu acesteia din urmă vreo sumă.

Împotriva deciziei comerciale nr. 440/09.11.2010 pronunţată de Curtea de Apel Bucureşti, Secţia a VI-a Comercială, în Dosarul nr. 40891/3/2009 a formulat recurs atât pârâta Banca Naţională a României, cât şi reclamanta S.C. T.S. S.R.L.

Criticând Decizia Comercială nr. 319/ 07.09.2010 pronunţată de Curtea de Apel, Secţia a VI-a Comercială pentru nelegalitate şi netemeinicie pentru motivele invocate la art.304 pct.9 C.pr.civ, recurenta Banca Naţională a României a arătat că instanţa de apel a pronunţat o hotărâre cu încălcarea şi aplicarea greşită a Legii nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României şi a Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 120 din 9.03.2001, cu modificările şi completările ulterioare, apreciind în mod greşit atribuţiile şi competenţele băncii centrale reglementate prin art. 2, art. 22 şi art. 24 ale acestui act normativ.

Cu privire la considerentele instanţei de apel referitoare la respingerea *"excepţiei lipsei calităţii procesuale pasive a Centralei Incidentelor de Plăţi a*

Băncii Naţionale a României ca nefondată”, motivat de faptul că *“în speţă, în raport de prevederile Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 1/2001, nu se pune problema calităţii procesuale pasive a Băncii Naţionale a României ci, a calităţii procesuale pasive a Centralei Incidentelor de Plăţi reprezentată de Banca Naţională a României. Ori, din această perspectivă Centrala Incidentelor de Plăţi reprezentată de Banca Naţională a României are calitate procesuală pasivă în speţă inclusiv pentru opozabilitate.”*, recurenta Banca Naţională a României a arătat că acestea sunt criticabile întrucât instanţa de apel nu a ţinut seama, în cuprinsul deciziei recurate, de faptul că Banca Naţională a României a fost citată în această cauză în calitate de persoană juridică în cadrul căreia este organizată şi funcţionează Centrala Incidentelor de Plăţi (C.I.P.), aceasta din urmă nefiind o entitate juridică distinctă, ci o structură organizată în cadrul Băncii Naţionale a României, ca un *“centru de intermediere care gestionează informaţia specifică incidentelor de plăţi, pentru interesul public, inclusiv pentru scopurile utilizatorilor”*, astfel cum prevede art.1 din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr.1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi. Recurenta a mai susţinut că instanţa de apel a pronunţat o hotărâre nelegală şi netemeinică şi în raport de dispoziţiile art.2 alin.2 lit. b), dispoziţiile art.22, art.24 şi art. 48 alin. 2 din Legea nr.312/2004 privind Statutul Băncii Naţionale a României.

Recurenta a criticat hotărârea pronunţată de instanţa de apel şi pentru faptul că aceasta a fost dată cu încălcarea şi aplicarea greşită a Regulamentului Băncii Naţionale a României nr.1/2001 privind organizarea şi funcţionarea la Banca Naţională a României a Centralei Incidentelor de Plăţi, arătând că instanţa de apel nu a avut în vedere faptul că, în conformitate cu dispoziţiile art.3 ale Regulamentului, *“Persoanele declarante au obligaţia să furnizeze C.I.P. informaţiile aferente incidentelor de plăţi, în forma şi la termenele prevăzute în prezentul regulament, precum şi orice informaţie solicitată de aceasta, în scopul desfăşurării propriei activităţi.”* şi astfel, în mod corect banca declarantă a procedat la înscrierea incidentului de plată în Centrala Incidentelor de Plăţi.

Recurenta Banca Naţională a României a criticat, totodată, decizia instanţei de apel şi cu privire la obligarea sa, alături de intimata Banca Z S.A, la plata cheltuielilor de judecată efectuate în fond şi în apel, apreciind că instanţa de apel nu poate reţine în sarcina Băncii Naţionale a României, prin Centrala Incidentelor de Plăţi, o culpă procesuală care să justifice obligarea acesteia la plata cheltuielilor de judecată, conform art.274 C.pr.civ., întrucât prin Regulamentul Băncii Naţionale a României nr.1/2001 nu sunt stabilite în sarcina Băncii Naţionale a României, prin Centrala Incidentelor de Plăţi, obligaţii directe în ceea ce priveşte anularea incidentelor de plată, astfel încât să poată fi atrasă răspunderea acestei persoane juridice şi, în consecinţă, aceasta să fie obligată la plata cheltuielilor de judecată.

Reglementări ale Băncii Naţionale a României, prezentare şi comentarii



Daniela Boda
Consilier juridic la
Direcţia Juridică
Banca Naţională
a României

Regulamente emise de Banca Naţională a României în perioada 1 ianuarie 2011 – 30 iunie 2011

Rezumat: *Materialul cuprinde prezentarea, pe scurt a reglementărilor emise de Banca Naţională a României, în perioada 1 ianuarie 2011- 30 iunie 2011.*

Cuvinte-cheie: *regulamente, Banca Naţională a României*

În data de 3 mai 2011, a fost publicată în Monitorul Oficial al României Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 42/2011 pentru modificarea şi completarea Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 113/2009 privind serviciile de plată şi a Legii nr. 93/2009 privind instituţiile financiare nebancare, act normativ ce constituie baza legală pentru emiterea de către Banca Naţională a României a următoarelor regulamente:

- Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 2/2011 pentru modificarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 3/2007 privind limitarea riscului de credit la creditele destinate persoanelor fizice;
- Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 3/2011 pentru modificarea şi completarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 3/2009 privind clasificarea creditelor şi plasamentelor, precum şi constituirea, regularizarea şi utilizarea provizioanelor specifice de risc de credit;
- Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 4/2011 pentru completarea şi modificarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 21/2009 privind instituţiile de plată.



Regulamentele Băncii Naţionale a României emise în baza Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 42/2011 mai sus-menţionată, cuprind modificarea actelor normative emise de Banca Naţională a României în relaţie cu activitatea de creditare şi instituţiile de plată, pentru a le adapta la noul statut al acestora de creditor profesionist, recunoscut de legislaţia primară în urma modificării propuse prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 42/2011.

REGULAMENTUL Băncii Naţionale a României nr. 2/2011 pentru modificarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 3/2007 privind limitarea riscului de credit la creditele destinate persoanelor fizice, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 316 din 09/05/2011

Modificarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 3/2007 privind limitarea riscului de credit la creditele destinate persoanelor fizice, a fost necesară pentru includerea în sfera sa de aplicare a instituţiilor de plată care înregistrează un nivel semnificativ al activităţii de creditare potrivit Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 21/2009 privind instituţiile de plată, cu modificările şi completările ulterioare.

REGULAMENTUL Băncii Naţionale a României nr. 3/2011 pentru modificarea şi completarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 3/2009 privind clasificarea creditelor şi plasamentelor, precum şi constituirea, regularizarea şi utilizarea provizioanelor specifice de risc de credit, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 316 din 09/05/2011

Modificarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 3/2009 privind clasificarea creditelor şi plasamentelor, precum şi constituirea, regularizarea şi utilizarea provizioanelor specifice de risc de credit, a apărut ca necesară pentru includerea în sfera sa de aplicare a instituţiilor de plată ce desfăşoară activitate

de creditare.

REGULAMENTUL Băncii Naţionale a României nr. 4/2011 pentru modificarea şi completarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 21/2009 privind instituţiile de plată, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 316 din 09/05/2011

Modificarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 21/2009 privind instituţiile de plată a fost necesară pentru introducerea criteriilor ce determină nivelul de semnificaţie a activităţii de creditare (preluarea criteriilor cantitative utilizate pentru înscrierea instituţiilor financiare nebancare în Registrul special şi trecerea de la monitorizarea entităţii la supravegherea acesteia), stabilirea metodologiei de calcul şi a cerinţelor de raportare. În plus, au fost operate şi unele modificări a căror necesitate a rezultat fie din aplicarea practică a regulamentului în procedura de autorizare, fie pentru asigurarea acurateţei reglementării (ex.: indicarea expresă a necesităţii prezentării celei mai recente situaţii financiare în cazul entităţilor existente ce solicită autorizarea ca instituţii de plată; stabilirea instituţiilor de credit la care instituţiile de plată pot deschide conturile pentru protejarea fondurilor, ca fiind doar acele instituţii de credit autorizate să desfăşoare activitate într-un stat membru; uniformizarea termenelor de raportare, prin alinierea la termenele stabilite pentru celelalte categorii de instituţii care raportează la Banca Naţională a României).

REGULAMENTUL Băncii Naţionale a României nr. 6/2011 pentru modificarea şi completarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 25/2009 privind utilizarea abordării avansate de evaluare şi aprobarea utilizării acestei abordări de către instituţiile de credit, pentru riscul operaţional, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 438 din 22/06/2011.

Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 6/2011 pentru modificarea şi completarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 25/2009 privind utilizarea abordării avansate de evaluare şi aprobarea utilizării acestei abordări de către instituţiile de credit, pentru riscul operaţional, stabileşte, pentru instituţiile de credit care utilizează abordarea avansată de evaluare, cerinţe în ceea ce priveşte tehnicile de transfer al riscului operaţional, în completarea prevederilor relevante din cadrul Regulamentului Băncii Naţionale a României şi a Comisiei Naţionale a Valorilor Mobiliare nr. 24/29/2006 privind determinarea cerinţelor minime de capital ale instituţiilor de credit şi ale firmelor de investiţii pentru riscul operaţional, cu modificările şi completările ulterioare, şi al Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 25/2009 privind utilizarea abordării avansate de evaluare şi aprobarea utilizării acestei abordări de către instituţiile de credit, pentru riscul operaţional.

Necesitatea emiterii Regulamentului Băncii Naţionale a României nr.6/2011 a apărut în urma adoptării de către Banca Naţională a României a politicii de transpunere în reglementări a recomandărilor formulate de Comitetul Supraveghetorilor Bancari Europeni (CEBS) referitoare exclusiv la stabilirea de obligaţii în sarcina instituţiilor de credit. Astfel, Regulamentul asigură transpunerea recomandărilor relevante prevăzute de documentul intitulat „Ghid privind tehnicile de diminuare a riscului operaţional", emis de CEBS, pe tematica recunoaşterii tehnicilor de transfer al riscului operaţional în cadrul abordării avansate de evaluare pentru determinarea cerinţelor minime de capital.

În conformitate cu recomandările CEBS, Regulamentul stabileşte:

1. Cerinţe generale, aplicabile tuturor tehnicilor de transfer al riscului operaţional. În acest sens, exemplificăm următoarele:

- recalcularea cerinţei de capital aferentă abordării avansate de evaluare în cazul unei modificări în contractele de asigurare sau în contractele aferente altor mecanisme de transfer al riscului operaţional sau în cel al înregistrării unei pierderi semnificative care afectează protecţia prin asigurare;
- necesitatea identificării şi administrării de către instituţiile de credit a eventualelor riscuri suplimentare care decurg din mecanismele de transfer al riscului operaţional pe care le utilizează.

2. Cerinţe specifice contractelor de asigurare, care vizează îndeosebi:

- eligibilitatea furnizorului de protecţie (ratingul disponibil pentru acesta trebuie să se bazeze pe capacitatea sa de plată a despăgubirilor pe termen lung);
- modul în care instituţiile de credit reflectă în calculul cerinţei de capital efectul factorilor care pot crea incertitudine în ceea ce priveşte eficacitatea protecţiei (de exemplu, posibilitatea obţinerii în cazul poliţelor reînnoibile a unei derogări de la obligativitatea aplicării de ajustări pentru riscul apropierii de momentul

încetării răspunderii asigurătorului), precum şi

3. Cerinţe specifice altor mecanisme de transfer al riscului operaţional, dintre care menţionăm posibilitatea recunoaşterii protecţiei prin aceste mecanisme în sensul diminuării cerinţei de capital doar în măsura în care respectivele mecanisme sunt utilizate pentru administrarea riscului operaţional, fără a fi deţinute sau utilizate de instituţia de credit pentru scopuri de tranzacţionare; de asemenea, sunt aplicabile, în mod similar, dispoziţiile referitoare la reflectarea în calculul cerinţei de capital a efectului protecţiei.

Totodată, prin includerea în proiect a trimiterilor către Ordinul Băncii Naţionale a României nr. 22/2010 privind raportarea cerinţelor minime de capital pentru instituţiile de credit, se realizează actualizarea referinţelor din Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 25/2009 către formularele aferente riscului operaţional din noul cadru de raportare COREP.

REGULAMENTUL Băncii Naţionale a României nr. 7/2011 pentru modificarea completarea şi abrogarea unor acte normative, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 510 din 19/07/2011.

Necesitatea emiterii Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 7/2011 pentru modificarea şi abrogarea unor acte normative rezidă în reconsiderarea statutul instituţiilor emitente de monedă electronică, urmare a transpunerii în legislaţia naţională a Directivei nr. 2009/110/CE privind accesul la activitate, desfăşurarea şi supravegherea prudenţială a activităţii instituţiilor emitente de monedă electronică, de modificare a directivelor 2005/60/CE şi 2006/48/CE şi de abrogare a Directivei 2000/46/CE.

Instituţiile emitente de monedă electronică şi-au pierdut statutul de instituţie de credit, beneficiind prin adoptarea Legii nr. 127/2001 privind activitatea de emitere de monedă electronică, de un cadru de reglementare dedicat, cu condiţii de acces la activitate şi de desfăşurare a activităţii mai puţin stricte comparativ cu cele aplicabile instituţiilor de credit.

Reconsiderarea statutului acestei categorii de entităţi – instituţii emitente de monedă electronică, aflate în supravegherea prudenţială a Băncii Naţionale a României, care include şi permisiunea oferită acestora de a desfăşura şi activitate de creditare (legată de serviciile de plată sau de sine stătătoare), a condus la necesitatea adaptării legislaţiei secundare emise de Banca Naţională a României, respectiv:

- modificarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 3/2007 privind limitarea riscului de credit la creditele destinate persoanelor fizice pentru includerea în sfera de aplicare a instituţiilor emitente de monedă electronică, acolo unde se înregistrează un nivel semnificativ al activităţii de creditare potrivit proiectului de Regulament privind instituţiile emitente de monedă electronică;
- modificarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 3/2009 privind clasificarea creditelor şi plasamentelor, precum şi constituirea, regularizarea şi utilizarea provizioanelor specifice de risc de credit pentru includerea în sfera de aplicare a instituţiilor emitente de monedă electronică ce desfăşoară activitate de creditare;
- modificarea Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 9/2008 privind cunoaşterea clientelei în scopul prevenirii spălării banilor şi finanţării terorismului şi Regulamentului Băncii Naţionale a României nr. 29/2009 privind supravegherea modului de punere în aplicare a sancţiunilor internaţionale de blocare a fondurilor, în sensul includerii instituţiilor emitente de monedă electronică în sfera de aplicare a acestor reglementări.

S-a impus, de asemenea, abrogarea în mod explicit a prevederilor/referirilor la instituţiile emitente de monedă electronică din cuprinsul reglementărilor emise de Banca Naţională a României în aplicarea Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006, în condiţiile în care, începând cu data de 30 aprilie 2011, prevederile referitoare la instituţiile emitente de monedă electronică, ca instituţii de credit, au fost eliminate din cuprinsul Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006 (Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 11/2007 privind autorizarea instituţiilor de credit, persoane juridice române, şi a sucursalelor din România ale instituţiilor de credit din state terţe; Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 6/2008 privind începerea activităţii şi modificările în situaţia instituţiilor de credit, persoane juridice române, şi a sucursalelor din România ale instituţiilor de credit din state terţe; Norma Băncii Naţionale a României nr. 14/2003 privind investiţiile premise instituţiilor emitente de monedă electronică).

REGULAMENTUL Băncii Naţionale a României nr. 8/2011 privind instituţiile emitente de monedă electronică, publicat in Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 508 din 18/07/2011.

La data de 22.06.2011 a fost publicată în Monitorul Oficial al României Legea nr. 127/2011 privind activitatea de emitere de monedă electronică, act normativ ce a transpus în legislaţia naţională unele

prevederi ale Directivei 2009/110/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 16 septembrie 2009 privind accesul la activitate, desfăşurarea şi supravegherea prudenţială a activităţii instituţiilor emitente de monedă electronică, de modificare a Directivelor 2005/60/CE şi 2006/48/CE şi de abrogare a Directivei 2000/46/CE, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria L nr. 267 din 10 octombrie 2009.

În aplicarea Capitolului II al Legii nr. 127/2011, Banca Naţională a României a emis Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 8/2011 privind instituţiile emitente de monedă electronică, având în vedere atribuţiile Băncii Naţionale a României pe linia autorizării şi supravegherii prudenţiale a instituţiilor emitente de monedă electronică.

Regulamentul are în vedere reconsiderarea statutului instituţiilor emitente de monedă electronică, care au fost excluse din sfera instituţiilor de credit. Regulamentul operează adaptările legislaţiei secundare emise de Banca Naţională a României şi abrogă în mod explicit prevederile/referirile la instituţiile emitente de monedă electronică din cuprinsul reglementărilor emise de Banca Naţională a României în aplicarea Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006 privind instituţiile de credit şi adecvarea capitalului, cu modificările şi completările ulterioare, în condiţiile în care, începând cu data de 30 aprilie 2011, prevederile referitoare la instituţiile emitente de monedă electronică au fost eliminate din cuprinsul Ordonanţei de urgenţă a Guvernului nr. 99/2006, ca instituţii de credit.

Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 8/2011 privind instituţiile emitente de monedă electronică, transpune prevederile din Directiva nr. 2009/110/CE cu privire la cerinţele şi documentaţia ce trebuie prezentată Băncii Naţionale a României în vederea autorizării funcţionării instituţiei emitente de monedă electronică, metodologia de calcul a necesarului şi componenţa fondurilor proprii aferente activităţii cu monedă electronică, măsurile de protejare a fondurilor primite în schimbul monedei electronice, celelalte dispoziţii prevăzute de Legea nr. 127/2011 reprezentând detalii tehnice necesare Băncii Naţionale a României pentru realizarea în bune condiţii a activităţii de autorizare şi supraveghere prudenţială a instituţiilor emitente de monedă electronică.

Principalele aspecte reglementate de Regulamentul Băncii Naţionale a României nr. 8/2011 privind instituţiile emitente de monedă electronică, sunt:

- cerinţele şi documentaţia ce trebuie pusă la dispoziţia Băncii Naţionale a României în vederea autorizării funcţionării instituţiilor emitente de monedă electronică şi procedura de autorizare;
- metodologia de calcul, nivelul minim necesar şi componenţa fondurilor proprii;
- măsurile de protejare a fondurilor primite în schimbul monedei electronice;
- procedura de informare a Băncii Naţionale a României asupra modificărilor intervenite în situaţia instituţiilor emitente de monedă electronică autorizate;
- cerinţele de raportare către Banca Naţională a României.

O menţiune specială trebuie făcută cu privire la faptul că interdicţia externalizării auditului intern, cu excepţia situaţiei în care se externalizează către societatea-mamă, instituţie de credit sau instituţie financiară, a fost impusă şi acestei categorii de entităţi supravegheate prudenţial de Banca Naţională a României, în acord cu abordarea adoptată în cazul instituţiilor financiare nebancare şi al instituţiilor de plată şi are în vedere acele dispoziţii ale directivei potrivit cărora nu poate fi acordată autorizaţie de funcţionare decât unei entităţi care, în opinia autorităţii competente, dispune de mecanisme de control intern şi de guvernanţă adecvate.

Reglementări europene comentate



Daniela Boda
Consilier juridic la
Direcţia Juridică
Banca Naţională
a României

Recomandarea Comisiei din 18 iulie 2011 privind accesul la un cont de plăţi de bază (2011/442/EU)

Rezumat: *Materialul cuprinde prezentarea, pe scurt a Recomandării Comisiei Europene din 18 iulie 2011 privind accesul la un cont de plăţi de bază(2011/442/UE), precum şi reglementarea la care ne referim în integralitatea sa.*

Cuvinte-cheie: *recomandare, cont bancar de bază, cont de plăţi de bază, operaţiuni de plată de bază, servicii de plată*

În prezent, accesul la un cont bancar permite efectuarea pe cale electronică a unui ansamblu de operaţiuni de plată de bază şi a devenit esenţial pentru participarea deplină la piaţa internă şi pentru a facilita exercitarea dreptului de liberă circulaţie a persoanelor. Utilizarea de numerar este în scădere, salariile, prestaţiile sociale şi facturile la utilităţi se plătesc din ce în ce mai mult prin intermediul conturilor bancare. Deţinerea unui cont bancar este indispensabilă pentru a putea avea acces la alte servicii financiare de bază, de la plăţi electronice la credite de consum, credite ipotecare şi asigurări de viaţă.

Cu toate acestea, conform unor studii recente, 7% dintre consumatorii din Uniunii Europene, respectiv 30 de milioane de europeni cu vârsta peste 18 ani nu au cont bancar. Dintre aceştia, unui număr de aproximativ 6,4 milioane nu li se oferă efectiv posibilitatea de a-şi deschide un cont bancar sau le este teamă să solicite acest lucru.

Cauzele lipsei de acces la un cont bancar de bază ţin atât de cerere cât şi de ofertă. Motivele pentru care o persoană este descurajată să solicite şi să utilizeze servicii bancare pot fi de ordin psihologic, cultural sau educaţional.



De cele mai multe ori însă, acestea pot fi explicate prin necunoaşterea elementară a mecanismelor financiare sau prin lipsa de informare cu privire la avantajele utilizării serviciilor bancare.

Există o serie de consecinţe cu care persoanele care nu au acces la un cont bancar se pot confrunta. Putem enumera în acest sens: a) consecinţe pentru consumatori - o gamă limitată de opţiuni în materie de mărfuri şi servicii, costuri mai ridicate, excluderea financiară, excluderea socială şi sărăcia; b) consecinţe pentru administraţiile publice – statele membre care nu plătesc prestaţiile sociale sau pensiile prin mijloace electronice, şi anume prin virament, suportă costuri de transfer mai ridicate; c) consecinţe pentru industria de profil – imposibilitatea anumitor consumatori de a avea acces la un mijloc de plată electronic împiedică atât furnizorii, cât şi consumatorii să beneficieze pe deplin de oportunităţile create de piaţa internă.

Iniţiativa Comisiei Europene privind accesul la un cont de plăţi de bază a avut ca punct de plecare considerentele mai sus expuse, obiectivele generale ale acestei iniţiative fiind, în primul rând, promovarea participării depline a tuturor cetăţenilor Uniunii Europene la piaţa internă şi, în al doilea rând, promovarea incluziunii financiare şi a incluziunii sociale. Obiectivul specific este îmbunătăţirea accesului la conturi de plăţi şi la mijloace de plată electronice în întreaga Uniune Europeană. În ceea ce priveşte obiectivele operaţionale, putem menţiona: oferirea unui produs adecvat consumatorilor percepuţi a fi neprofitabili din punct de vedere comercial (neatractivi din punct de vedere comercial) şi asigurarea unor condiţii incluzive la deschiderea de conturi bancare pentru consumatorii care întâmpină probleme în a îndeplini condiţiile de acces impuse de bănci (de exemplu, în ceea ce priveşte veniturile, situaţia economică, istoricul de credit sau reşedinţa).

În prezent, majoritatea statelor membre nu au soluţionat, la nivel naţional, problema accesului la un cont de plăţi de bază, în timp ce statele care au luat măsuri în acest sens nu prevăd accesul transfrontalier pentru consumatorii din alte state membre. Absenţa măsurilor

la nivel naţional în majoritatea statelor membre duce la o funcţionare a pieţei interne sub nivelul optim şi creează obstacole inutile pentru mobilitatea transfrontalieră. În plus, măsurile separate luate de statele membre au fost insuficiente din perspectiva Uniunii Europene: situaţia rămâne neuniformă la nivelul Uniunii Europene. Situaţia actuală este puţin probabil să se schimbe în viitorul apropiat, în special având în vedere efectele crizei financiare mondiale şi reacţiile de repliere de pe pieţele naţionale.

Accesul garantat la nivelul Uniunii Europene la conturi de plăţi ar constitui un prim pas pentru consumatori în ceea ce priveşte accesul la serviciile financiare pentru a beneficia de avantajele oferite de pieţele financiare din Uniunea Europeană. Accesul la un cont de plăţi ar permite consumatorilor să beneficieze, de asemenea, de spaţiul unic european de plăţi, precum şi de drepturile şi de protecţia introduse de Directiva privind serviciile de plată. Plata prestaţiilor sociale de către administraţiile publice ar fi mai uşor de efectuat şi mai puţin costisitoare. Mai mult, consumatorii care nu deţin un cont bancar nu pot beneficia la maximum de avantajele pieţei unice, în special de dimensiunea ei „electronică".

Garantarea disponibilităţii conturilor de plăţi de bază pentru consumatori va crea pe termen lung avantaje pentru ambele părţi, atât din perspectivă naţională, cât şi transfrontalieră. Factorii care împiedică accesul la conturi de plăţi şi, prin urmare, participarea deplină a consumatorilor din Uniunea Europeană la piaţa internă pot fi abordaţi prin iniţiative politice corespunzătoare la nivelul Uniunii Europene.

Recomandarea Comisiei din 18 iulie 2011 privind accesul la un cont de plăţi de bază prevede dreptul oricărui consumator cu reşedinţa legală în Uniunea Europeană şi care nu deţine un cont de plăţi în respectivul stat membru de a deschide şi utiliza un cont de plăţi de bază la un prestator de servicii de plată. Statele membre trebuie să asigure accesul la un astfel de cont indiferent de situaţia financiară a consumatorului.

Prin deschiderea unui cont de plăţi de bază, consumatorul trebuie să aibă acces la o serie de servicii de plată esenţiale, cum ar fi: depunerea şi retragerea numerarului din cont, operaţiuni de plată esenţiale (primirea veniturilor, plata facturilor, achiziţionarea de mărfuri şi servicii, etc.). Totuşi un astfel de cont nu ar trebui să permită executarea ordinelor de plată dacă ar avea drept rezultat un sold negativ în cont. Prestatorul de servicii de plată nu trebuie să ofere facilităţi de descoperit de cont pentru contul de plăţi de bază.

Statele membre trebuie să se asigure că un cont de plăţi de bază este oferit cu titlu gratuit sau în schimbul unui comision rezonabil. Caracterul rezonabil al comisionului se apreciază în funcţie de nivelul venitului din ţara respectivă, comisioanele medii asociate conturilor de plăţi, costurile aferente furnizării unui cont de plăţi de bază, precum şi nivelul preţurilor de consum din ţara respectivă şi trebuie să fie de aşa natură încât să nu îl împiedice pe consumator să deschidă un astfel de cont şi să utilizeze serviciile asociate acestuia.

Statele membre sunt invitate să ia toate măsurile necesare pentru aplicarea acestei recomandări în termen de cel mult 6 luni de la publicare. În funcţie de rapoartele furnizate de statele membre Comisiei (rapoarte ce conţin informaţii cu privire la numărul de conturi de plăţi deschise, cereri respinse şi motivele respingerii, conturi de acest tip închise şi comisioanele asociate acestor conturi) până la 1 iulie 2012, Comisia va propune ulterior toate măsurile necesare, inclusiv măsuri legislative pentru asigurarea îndeplinirii obiectivelor prezentei recomandări.

Recomandarea Comisiei
din 18 iulie 2011
privind accesul la un cont de plăţi de bază

(Text cu relevanţă pentru SEE)
(2011/442/UE)
Jurnalul Oficial L 190 , 21/07/2011 p. 0087 - 0091

Comisia Europeană,
având în vedere Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene, în special articolul 292,

întrucât:

(1) Asigurarea accesului consumatorilor la servicii de plată în Uniunea Europeană (denumită în continuare "Uniunea") este esenţială pentru a permite acestora să beneficieze pe deplin de piaţa unică şi pentru buna funcţionare a pieţei unice. În prezent, disponibilitatea serviciilor de plată esenţiale nici nu este asigurată de către prestatorii de servicii de plată şi nici nu este garantată de toate statele membre în Uniune.

(2) Criteriile de eligibilitate restrictive impuse de către prestatorii de servicii de plată pentru deschiderea unui cont de plăţi, care depăşesc obligaţiile legale, pot restrânge libertatea de circulaţie a persoanelor în interiorul Uniunii. Mai mult, imposibilitatea de a deţine un cont de plăţi împiedică accesul consumatorilor la piaţa serviciilor financiare principale, ceea ce diminuează gradul de incluziune socială şi financiară, adesea în detrimentul celor mai vulnerabile categorii ale populaţiei. De asemenea, este îngreunat accesul consumatorilor la

mărfuri şi servicii de bază. Prin urmare, este necesar să se instituie principii referitoare la accesul la un cont de plăţi de bază, fapt care constituie un element-cheie în promovarea incluziunii şi a coeziunii sociale, pentru a permite consumatorilor să beneficieze cel puţin de un ansamblu comun de servicii de plată esenţiale.

(3) Este important să se asigure aplicarea uniformă în întreaga Uniune a principiilor de acces la un cont de plăţi de bază. Totuşi, pentru a fi eficiente, principiile respective trebuie să fie implementate ţinându-se cont de diversitatea practicilor bancare de pe teritoriul Uniunii.

(4) Prezenta recomandare stabileşte principiile generale aplicabile furnizării unui cont de plăţi de bază în Uniune.

(5) Prezenta recomandare trebuie să se aplice în coroborare cu Directiva 2007/64/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 13 noiembrie 2007 privind serviciile de plată în cadrul pieţei interne [1]. În consecinţă, normele aplicabile serviciilor de plată referitoare la transparenţa condiţiilor şi la informare trebuie să se aplice şi în cazul conturilor de plăţi de bază.

(6) Dispoziţiile din prezenta recomandare nu ar trebui să împiedice statele membre sau prestatorii de servicii de plată să adopte măsuri justificate pe motive legitime de securitate şi ordine publică în conformitate cu legislaţia Uniunii.

(7) În orice stat membru, consumatorii care au reşedinţa legală în Uniune şi care nu deţin un cont de plăţi în acel stat membru trebuie să aibă posibilitatea de a deschide şi de a utiliza un cont de plăţi de bază în respectivul stat membru. În vederea garantării accesului la un cont de plăţi de bază pe o scară cât mai largă cu putinţă, statele membre trebuie să asigure consumatorilor accesul la un astfel de cont indiferent de situaţia lor financiară, precum şomaj sau insolvabilitate. Totuşi, dreptul de a avea acces la un cont de plăţi de bază în orice stat membru trebuie să fie acordat în conformitate cu cerinţele prevăzute de Directiva 2005/60/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 26 octombrie 2005 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor şi finanţării terorismului [2], în special în ceea ce priveşte procedurile de precauţie privind clientela.

(8) În plus, prezenta recomandare nu trebuie să aducă atingere obligaţiei prestatorului de servicii de plată de a denunţa contractul de deschidere a unui cont de plăţi de bază în circumstanţe excepţionale în temeiul altor acte legislative aplicabile la nivelul Uniunii sau la nivel naţional, precum legislaţia privind spălarea banilor şi finanţarea terorismului sau cea referitoare la prevenirea şi investigarea infracţiunilor.

(9) Pentru asigurarea disponibilităţii conturilor de plăţi de bază ţinându-se cont de situaţiile naţionale specifice, statele membre trebuie să aibă posibilitatea de a desemna, în baza principiilor transparenţei, nediscriminării şi proporţionalităţii, unul, mai mulţi sau toţi prestatorii de servicii de plată. Măsurile care urmează a fi adoptate de către statele membre în acest sens nu trebuie să creeze denaturări ale concurenţei între prestatorii de servicii de plată şi trebuie să se bazeze pe principiile transparenţei, nediscriminării şi proporţionalităţii. În acest context, statele membre trebuie să facă publice drepturile de care dispun prestatorii şi obligaţiile care le revin acestora atunci când oferă acces la un cont de plăţi de bază.

(10) Pentru a asigura transparenţa şi tratamentul echitabil şi pentru a permite consumatorului să conteste decizia prestatorului de servicii de plată, prestatorul de servicii de plată trebuie să informeze consumatorul cu privire la motivele şi justificarea refuzului de a deschide un cont de plăţi de bază.

(11) Accesul la o gamă de servicii de plată esenţiale trebuie garantat în orice stat membru. Serviciile inerent legate de conturile de plăţi de bază trebuie să includă posibilitatea de a depune şi de a retrage numerar din cont. Acestea trebuie să permită consumatorului să efectueze operaţiuni de plată esenţiale, precum primirea veniturilor sau a prestaţiilor sociale, plata facturilor sau a impozitelor şi achiziţionarea de mărfuri şi servicii, inclusiv prin debitare directă, virament sau utilizarea unui card de plată. Pentru a asigura o incluziune financiară cât mai amplă posibil, astfel de servicii trebuie să permită achiziţionarea de mărfuri şi servicii online dacă acest lucru este posibil din punct de vedere tehnic. De asemenea, acestea trebuie să dea posibilitatea consumatorilor să iniţieze ordine de plată prin intermediul serviciilor bancare online ale prestatorului de servicii de plată atunci când este posibil din punct de vedere tehnic. Totuşi, un cont de plăţi de bază nu trebuie să permită executarea ordinelor de plată dacă respectivele ordine de plată ar avea drept rezultat un sold negativ în cont. Accesul la credit nu trebuie considerat o componentă automată a unui cont de plăţi de bază sau un drept asociat acestui tip de cont.

(12) În cazul în care prestatorul de servicii de plată percepe consumatorului un comision pentru deschiderea, gestionarea şi închiderea contului şi pentru utilizarea serviciilor inerent asociate acestuia, astfel cum sunt definite în prezenta recomandare, suma totală percepută trebuie să fie rezonabilă pentru consumator şi de aşa natură încât să nu împiedice consumatorul să îşi deschidă un cont de plăţi de bază şi să utilizeze serviciile asociate acestuia, având în vedere circumstanţele naţionale specifice. Orice costuri suplimentare pentru consumator

în eventualitatea nerespectării termenilor prevăzuţi în contract trebuie să fie, de asemenea, rezonabile.

(13) În vederea asigurării consecvenţei şi eficienţei implementării principiului comisioanelor rezonabile, statele membre trebuie să stabilească ce anume constituie un comision rezonabil pe baza criteriilor indicative prevăzute de prezenta recomandare, care pot fi luate împreună.

(14) De asemenea, sunt necesare măsuri de sensibilizare a consumatorilor în ceea ce priveşte disponibilitatea conturilor de plăţi de bază în scopul promovării incluziunii financiare. Prin urmare, statele membre şi prestatorii de servicii de plată trebuie să pună la dispoziţia consumatorilor informaţii generale, clare şi uşor de înţeles cu privire la principalele caracteristici şi condiţii de utilizare ale acestor conturi, precum şi referitoare la paşii concreţi pe care trebuie să îi urmeze consumatorii pentru a-şi exercita dreptul de a deschide un cont de plăţi de bază. Consumatorul ar trebui, de asemenea, să fie informat cu privire la faptul că achiziţionarea de servicii suplimentare nu este obligatorie pentru a avea acces la un cont de plăţi de bază.

(15) Respectarea dispoziţiilor prevăzute de prezenta recomandare implică prelucrarea datelor cu caracter personal ale consumatorilor. Prelucrarea datelor menţionate este reglementată de Directiva 95/46/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 24 octombrie 1995 privind protecţia persoanelor fizice în ceea ce priveşte prelucrarea datelor cu caracter personal şi libera circulaţie a acestor date [3], în special de articolele 6, 7, 10, 11, 12 şi 17, pentru asigurarea unei prelucrări corecte şi legale şi respectarea dreptului fundamental de protecţie a datelor cu caracter personal, în special în ceea ce priveşte cerinţele generale de necesitate şi proporţionalitate, dreptul persoanei vizate de a avea acces la propriile date, rectificarea şi ştergerea sau blocarea datelor inexacte, şi de articolul 28 privind supravegherea respectării dispoziţiilor Directivei 95/46/CE de către autorităţi publice independente de protecţie a datelor.

(16) Consumatorii trebuie să aibă acces la proceduri extrajudiciare eficace de reclamaţie şi despăgubire în vederea soluţionării litigiilor care derivă în urma aplicării principiilor prevăzute de prezenta recomandare. Se pot utiliza organismele şi sistemele existente, de exemplu cele de soluţionare a litigiilor care ţin de drepturile şi obligaţiile instituite de Directiva 2007/64/CE.

(17) Implementarea principiilor stabilite în prezenta recomandare trebuie să fie sprijinită printr-un proces de supraveghere prudenţială la nivel naţional. Autorităţile competente trebuie abilitate să îşi îndeplinească sarcinile de supraveghere în mod eficace.

(18) Statele membre trebuie să dispună de statistici anuale fiabile cel puţin privind numărul de conturi de plăţi de bază deschise, numărul de cereri respinse şi numărul conturilor de plăţi de bază închise, precum şi privind comisioanele asociate conturilor de plăţi de bază. În acest scop, statele membre sunt invitate să utilizeze toate sursele de informare relevante. Aceste informaţii trebuie comunicate anual Comisiei şi pentru prima dată cel târziu la 1 iulie 2012.

(19) Statele membre trebuie invitate să ia toate măsurile necesare pentru a asigura aplicarea prezentei recomandări cel târziu în termen de 6 luni de la publicare. Pe baza rapoartelor furnizate de statele membre, Comisia va monitoriza şi va evalua măsurile luate până la 1 iulie 2012. În urma monitorizării, Comisia va propune toate măsurile necesare, inclusiv măsuri legislative dacă este necesar, pentru a asigura îndeplinirea integrală a obiectivelor prezentei recomandări,

Adoptă prezenta recomandare:

Secţiunea I
Definiţii

1. În sensul prezentei recomandări, se aplică următoarele definiţii:

(a) "consumator" înseamnă orice persoană fizică care acţionează în scopuri în afara activităţilor sale comerciale sau profesionale;

(b) "prestator de servicii de plată" înseamnă un prestator de servicii de plată în sensul definiţiei de la articolul 4 punctul 9 din Directiva 2007/64/CE, care este responsabil cu furnizarea de conturi de plăţi de bază în temeiul punctului 3;

(c) "cont de plăţi" înseamnă un cont deţinut în numele unui consumator care este folosit pentru executarea operaţiunilor de plată;

(d) "operaţiune de plată" înseamnă o operaţiune de plată, astfel cum este definită la articolul 4 punctul 5 din Directiva 2007/64/CE;

(e) "fonduri" înseamnă fondurile definite la articolul 4 punctul 15 din Directiva 2007/64/CE;

(f) "contract" înseamnă un contract-cadru, astfel cum este definit la articolul 4 punctul 12 din Directiva 2007/64/CE.

Secţiunea II
Dreptul de acces

2. Statele membre trebuie să se asigure că orice

consumator cu reşedinţa legală în Uniune are dreptul de a deschide şi utiliza un cont de plăţi de bază la un prestator de servicii de plată care funcţionează pe teritoriul lor, cu condiţia ca respectivul consumator să nu deţină deja un cont de plăţi care să îi permită să utilizeze serviciile de plată enumerate la punctul 6 pe teritoriul lor. Acest drept trebuie să se aplice indiferent de situaţia financiară a consumatorului.

3. Statele membre se asigură că în jurisdicţia lor există cel puţin un prestator de servicii de plată care oferă acces la conturi de plăţi de bază. În acest scop, ele trebuie să ţină seama de localizarea geografică sau de cota de piaţă deţinută de prestatorii de servicii de plată din jurisdicţiile lor. Statele membre trebuie să se asigure că prin aceasta nu se creează denaturări ale concurenţei dintre prestatorii de servicii de plată.

4. Statele membre trebuie să ia măsuri pentru a garanta că prestatorii de servicii de plată utilizează sisteme transparente, corect şi fiabile pentru a verifica dacă consumatorul deţine deja un cont de plăţi sau nu.

5. Statele membre trebuie să se asigure că, atunci când o cerere de deschidere a unui cont de plăţi de bază este respinsă, prestatorul de servicii de plată informează consumatorul imediat, în scris şi gratuit, cu privire la motivele şi justificarea refuzului. Acest drept la informare poate fi limitat prin măsuri legislative, atunci când limitările impuse constituie măsuri necesare şi proporţionale care urmăresc protejarea obiectivelor de securitate naţională sau de ordine publică.

Secţiunea III
Caracteristicile unui cont de plăţi de bază

6. Un cont de plăţi de bază trebuie să includă următoarele servicii de plată:

(a) servicii care să permită efectuarea tuturor operaţiunilor necesare pentru deschiderea, gestionarea şi închiderea unui cont de plăţi;

(b) servicii care permit depunerea de numerar într-un cont de plăţi;

(c) servicii care permit retrageri de numerar dintr-un cont de plăţi;

(d) executarea de operaţiuni de plată, inclusiv transferul de fonduri în şi dintr-un cont de plăţi la prestatorul de servicii de plată al consumatorului sau la un alt prestator de servicii în urma:

(i) executării unei operaţiuni de debitare directă;

(ii) executării operaţiunilor de plată prin intermediul unui card de plată care nu permite executarea operaţiunilor de plată ce depăşesc soldul curent al contului de plăţi;

(iii) executării viramentelor.

7. Accesul la un cont de plăţi de bază nu trebuie condiţionat de achiziţionarea unor servicii suplimentare.

8. Prestatorul de servicii de plată nu trebuie să ofere, explicit sau tacit, niciun fel de facilităţi de descoperire de cont asociate unui cont de plăţi de bază. Un ordin de plată către prestatorul de servicii de plată al consumatorului nu trebuie executat în cazul în care executarea lui ar conduce la un sold negativ în contul de plăţi de bază al consumatorului.

Secţiunea IV
Comisioanele aferente

9. Statele membre trebuie să se asigure că un cont de plăţi de bază este oferit cu titlu gratuit sau în schimbul unui comision rezonabil.

10. În cazul în care un prestator de servicii de plată percepe consumatorului un comision de deschidere, gestionare sau închidere a unui cont de plăţi de bază ori un comision de utilizare a unuia, mai multor sau tuturor serviciilor enumerate la punctul 6, suma totală percepută consumatorului trebuie să fie rezonabilă.

11. Orice alte comisioane suplimentare pe care le poate percepe prestatorul de servicii de plată în relaţie cu un contract de deschidere a unui cont de plăţi de bază, inclusiv cele care rezultă în urma nerespectării de către consumator a angajamentelor asumate în baza contractului, trebuie să fie rezonabile.

12. Statele membre trebuie să stabilească ce anume reprezintă un comision rezonabil pe baza unuia sau mai multora dintre următoarele criterii:

(a) nivelurile veniturilor naţionale;

(b) comisioanele medii asociate conturilor de plăţi în respectivul stat membru;

(c) costurile totale legate de furnizarea unui cont de plăţi de bază;

(d) preţurile de consum naţionale.

Secţiunea V
Informaţii generale

13. Statele membre trebuie să lanseze campanii de informare a publicului cu privire la disponibilitatea conturilor de plăţi de bază, la condiţiile tarifare, la procedurile care trebuie urmate pentru a-şi putea exercita dreptul de acces la un cont de plăţi de bază şi la metodele de acces la un mecanism extrajudiciar de reclamaţie şi despăgubire.

14. Statele membre trebuie să se asigure că prestatorii de servicii de plată pun la dispoziţia con-

sumatorilor informaţiile referitoare la caracteristicile specifice conturilor de plăţi de bază oferite, la comisioanele aferente şi la condiţiile de utilizare. Consumatorul trebuie, de asemenea, să fie informat cu privire la faptul că achiziţionarea de servicii suplimentare nu este obligatorie pentru a avea acces la un cont de plăţi de bază.

Secţiunea VI
Supravegherea şi soluţionarea extrajudiciară a litigiilor

15. Statele membre trebuie să desemneze autorităţi competente însărcinate cu asigurarea şi monitorizarea respectării efective a principiilor prevăzute de prezenta recomandare. Autorităţile competente desemnate trebuie să fie independente faţă de prestatorii de servicii de plată.

16. Statele membre trebuie să asigure stabilirea unor proceduri adecvate şi eficiente de reclamaţie şi de despăgubire pentru soluţionarea extrajudiciară a litigiilor dintre prestatorii serviciilor de plată şi consumatori în legătură cu drepturile şi obligaţiile care decurg din principiile prevăzute de prezenta recomandare, recurgând la organismele existente, dacă este cazul. Mai mult, statele membre trebuie să se asigure că toţi prestatorii de servicii de plată care au responsabilitatea de a furniza conturi de plăţi de bază aderă la unul sau mai multe organisme care implementează asemenea proceduri de reclamaţie şi de despăgubire.

17. Statele membre trebuie să se asigure că organismele menţionate la punctul 16 cooperează activ în soluţionarea litigiilor transfrontaliere.

Secţiunea VII
Date statistice

18. Statele membre trebuie să se asigure că prestatorii de servicii de plată furnizează anual autorităţilor naţionale informaţii fiabile cel puţin privind numărul de conturi de plăţi de bază deschise, numărul de cereri de deschidere a unui cont de plăţi de bază respinse şi motivele acestor respingeri, numărul conturilor de acest tip închise, precum şi privind comisioanele asociate conturilor de plăţi de bază. Aceste informaţii trebuie furnizate sub formă agregată.

19. Statele membre sunt invitate să furnizeze Comisiei anual, şi pentru prima dată cel târziu la 1 iulie 2012, informaţii privind numărul de conturi de plăţi de bază deschise, numărul de cereri de deschidere a unui cont de plăţi de bază respinse şi motivele acestor respingeri, numărul conturilor de acest tip închise, precum şi privind comisioanele asociate conturilor de plăţi de bază.

Secţiunea VIII
Dispoziţii finale

20. Statele membre sunt invitate să ia toate măsurile necesare pentru a asigura aplicarea prezentei recomandări în termen de cel mult 6 luni de la publicare şi să notifice Comisiei toate măsurile luate în temeiul prezentei recomandări.

21. Recomandarea se adresează statelor membre.

Adoptată la Bruxelles, 18 iulie 2011.
Pentru Comisie
Michel Barnier
Membru al Comisiei

[1] JO L 319, 5.12.2007, p. 1.
[2] JO L 309, 25.11.2005, p. 15.
[3] JO L 281, 23.11.1995, p. 31.