

FACILITATEA DE CREDIT NEANGAJANTĂ

DE LA CERINȚELE DIN REGULILE BASEL ȘI CRR LA REGLEMENTĂRILE DIN CODUL CIVIL DIN ROMÂNIA

Data: 22 octombrie 2021

Autor: Gabriela ANTON, Partener al Țuca Zbârcea & Asociații

Notă: Prezentul material este confidențial, iar drepturile de proprietate intelectuală asupra acestuia aparțin Țuca Zbârcea & Asociații. Folosirea sa, în tot sau în parte, de către orice persoană este permisă numai cu acordul scris al Țuca Zbârcea & Asociații. Acest material are scop pur informativ, nu conține consultații juridice cu caracter definitiv, care se vor solicita conform fiecărei probleme legale în parte.

REGLEMENTĂRILE BASEL ȘI CRR - O SCURTĂ INTRODUCERE

- Pe 27 iunie 2013 a fost adoptat la nivelul Uniunii Europene pachetul de reglementări în domeniul bancar ca răspuns la criza financiară, pachet care cuprinde Regulamentul (UE) 575/2013 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit (Capital Requirements Regulation - CRR) și Directiva 2013/36/EU (Capital Requirements Directive - CRD IV) care vizează supravegherea prudențială a instituțiilor de credit.
- Aceste acte constituie „cadrul unic de reglementare al uniunii bancare” și pun în aplicare Acordul Basel III - standardele de adecvare a capitalului convenite la nivel internațional adoptate de Comitetul Basel în decembrie 2009 - în legislația UE.
- Comitetul Basel pentru Supraveghere Bancară (BCBS) are sarcina dezvoltării standardelor minime privind supravegherea bancară. BCBS are 45 de membri care includ state precum Argentina, Australia, Belgia, Brazilia, Canada, China, Elveția, Franța, Germania, India, Indonezia, Italia, Japonia, Marea Britanie, Mexic, Olanda, Rusia, Statele Unite, Turcia. Comisia Europeană, Autoritatea Bancară Europeană și Banca Centrală Europeană au statut de observator.

Regulamentul 575/2013 - CRR I și CRR 2

- Regulamentul 575/2013 - CRR, care are aplicabilitate directă în toate statele membre ale UE, stabilește cerințe prudențiale pentru capital, lichiditate și riscul de credit.
- Cerințele de capital** - CRR impune băncilor să dispună de rezerve de capital suficiente pentru a acoperi pierderile neașteptate și pentru a-și menține solvabilitatea în perioade de criză. Cuantumul de capital necesar - „**cerința de fonduri proprii**” depinde de riscul asociat activelor deținute de o anumită bancă.
- Cerințele de lichiditate** - instituțiile de credit trebuie să dețină suficiente active lichide pentru a acoperi ieșirile nete de lichidități în condiții de criză gravă pe o perioadă de 30 de zile. Acest indicator a fost introdus treptat, începând de la 60% în 2015 și ajungând la 100% în 2018.
- Efectul de levier** este relația dintre fondurile proprii ale unei bănci și totalul activelor acesteia. Activele unei bănci exercită un efect de levier atunci când depășesc fondurile proprii ale acesteia.

Noile reglementări - CRR II/CRD V în prezent Basel IV și CRR III/CRD VI în viitor

- Pe data de 27 iunie 2019 au intrat în vigoare actele de modificare a cadrului unic bancar european, prin Regulamentul (UE) 2019/876 (CRR II) și Directiva (UE) 2019/878 (CRD V) care au introdus anumite cerințe suplimentare, în special cu privire la cerințele de fonduri proprii, indicatorul efectului de levier, riscul de credit al contrapărții. Noile reglementări au devenit aplicabile începând cu 28 iunie 2021 - în ce privește CRD V aceasta a fost doar parțial implementată de România. Se așteaptă ca noul pachet bancar să aibă un impact și mai puternic decât precedentul pachet CRR - CRD IV.
- Comitetul Basel a revizuit standardele Basel III în decembrie 2017 (denumite și Basel IV) - această reformă vizează în principal să reducă variabilitatea excesivă cu privire la tratamentul activelor ponderate la risc (RWA). Ca urmare a provocărilor aduse de criza Covid 19, implementarea Basel IV a fost amânată pentru ianuarie 2023, când se așteaptă adoptarea unui nou pachet legislativ bancar la nivel european (CRR III/CRD VI) - întârzierea actuală în publicarea spre consultare a noului set de reguli poate conduce la o data de implementare chiar mai avansată, precum ianuarie 2024.

BENEFICIUL ADUS DE FACILITĂȚILE NEANGAJANTE ÎN CONFORMAREA CU REGLEMENTĂRILE BASEL ȘI CRR

- ✓ Implementarea noilor cerințe de capital și lichiditate a însemnat în mod efectiv pentru bănci să puna deoparte mai mult capital și active lichide pentru a putea acorda împrumuturi; astfel de rezerve nu pot fi folosite în alt scop până la rambursarea integrală a împrumutului sau la expirarea termenului pentru acordarea împrumutului. Facilitățile de credit „angajante” limitează astfel capitalul disponibil pentru bancă pentru a acoperi cerințele de capital și lichiditate și implică majorarea costurilor de finanțare pentru o bancă.
- ✓ Datorită acestui cost majorat, băncile au luat în considerare tot mai mult să ofere linii de credit neangajante. CRR permite băncilor să aplice unei facilități de credit neangajante și care nu a fost utilizată o valoare a expunerii egală cu 0% dacă respectiva facilitate îndeplinește cerințele din CRR.
- ✓ Aceste credite neangajante au un dublu beneficiu pentru client și pentru bancă - implică reducerea costurilor de finanțare asociate cu creditele angajante în beneficiul clienților, simultan cu reducerea impactului acestui tip de credite asupra cerințelor de capital și lichiditate.

FACILITATEA DE CREDIT NEANGAJANTĂ ÎN SENSUL REGLEMENTĂRILOR BASEL ȘI CRR (1)

- /// Conform art. 166 (8) din CRR, valoarea expunerii se calculează înmulțind suma angajată ferm dar neutilizată, cu un factor de conversie de 0% dacă instrumentul de creditare pus la dispoziția clientului îndeplinește cel puțin una dintre următoarele cerințe:
 - /// poate fi anulat/revocat de către creditor necondiționat, în orice moment și fără notificare prealabilă; sau
 - /// deteriorarea bonității debitorului atrage anularea/revocarea automată
- /// În mod similar, în categoria elementelor extrabilanțiere cu risc redus, pentru care se aplică o valoare a expunerii egală cu 0% sunt incluse facilitățile de credit neutilizate care cuprind acorduri de creditare, de achiziție de titluri sau de furnizare de facilități de garantare sau acceptare care:
 - /// pot fi anulate necondiționat în orice moment fără notificare sau
 - /// atrag anularea automată ca urmare a deteriorării bonității debitorului.
- /// Liniile de credit de tip retail pot fi considerate ca fiind anulabile necondiționat dacă termenii contractuali permit instituției anularea acestora în limitele permise de legislația privind protecția consumatorului și de legislația conexasă.

FACILITATEA DE CREDIT NEANGAJANTĂ ÎN SENSUL REGLEMENTĂRILOR BASEL ȘI CRR (2)

- ✓ În mod tradițional, facilitățile de credit neangajante inspirate din dreptul englez presupun că finanțatorul nu are obligația de a ține și de a pune la dispoziția clientului creditul
- ✓ Conform clarificărilor emise de ABE, o facilitate neangajantă nu este în mod automat asociată cu un element extrabilanțier - de exemplu, un aranjament cadru nu dă naștere unor elemente extrabilanțiere atunci când banca nu trebuie doar să aprobe fiecare cerere de tragere a clientului, dar are și puterea discreționară de a acorda sau nu această aprobare, indiferent de îndeplinirea de către client a condițiilor de tragere stabilite în contract
- ✓ Pe de altă parte, atunci când banca solicită comisioane pentru a încheia sau menține aceste aranjamente sau când nu analizează bonitatea clientului anterior fiecărei trageri sunt exemple când aceste aranjamente constituie expuneri extrabilanțiere. În acest sens, orice aranjament care permite clientului să tragă un credit fără o aprobare individuală constituie o expunere extrabilanțieră, iar atunci când banca poate anula acest instrument în orice moment fără notificare prealabilă este un instrument cu grad redus de risc

FACILITATEA DE CREDIT NEANGAJANTĂ ÎN SENSUL REGLEMENTĂRILOR BASEL ȘI CRR (3)

- /// CRR nu are astfel în vedere în mod necesar încadrarea unui credit în categoria „creditelor neangajante” în sensul în care banca nu își asumă nicio obligație de a acorda creditul. Creditele „neangajante” pentru care banca își asumă obligația de a pune la dispoziție creditul și care nu a fost utilizat poate fi încadrat ca un activ (bilanțier sau după caz extrabilanțier) cu o valoare a expunerii de 0% atunci când banca are dreptul de a anula/revoca necondiționat acest angajament, în orice moment și fără notificare prealabilă
- /// În mod similar, Basel III prevede că un factor de conversie de 0% se aplică facilităților neangajante, care sunt anulabile necondiționat sau care prevăd în mod efectiv dreptul de anulare necondiționată, de exemplu ca urmare a deteriorării bonității împrumutatului

REGLEMENTAREA FACILITĂȚII DE CREDIT DIN CODUL CIVIL (1)

- /// Codul civil român reglementează facilitatea de credit prin dispozițiile art. 2193 - 2195, definiția dată acestui contract fiind următoarea: „contractul prin care o instituție de credit, o instituție financiară nebanară sau orice altă entitate autorizată prin lege specială, denumită finanțator, se obligă să țină la dispoziția clientului o sumă de bani pentru o perioadă de timp determinată sau nedeterminată”
- /// Dispozițiile menționate anterior reglementează facilitatea de credit angajantă, iar pornind de la aceste prevederi doctrina din România a disputat în ce măsură cadrul legal din România permite sau nu încheierea unei facilități de credit neangajante

REGLEMENTAREA FACILITĂȚII DE CREDIT DIN CODUL CIVIL (2)

- ✓ Codul Civil permite și în cazul creditelor „angajante” ca părțile să stabilească contractual în favoarea creditorului un drept de denunțare unilaterală fără preaviz. Acest drept decurge din interpretarea *per a contrario* a prevederilor art. 2195 privind denunțarea unilaterală care stabilesc că:
 - ✓ „în lipsa unei clauze contrare, finanțatorul nu poate să denunțe contractul înainte de împlinirea termenului decât pentru motive temeinice, dacă acestea privesc pe beneficiarul facilității de credit” - prin urmare părțile pot să stabilească și un drept de denunțare unilateral, fără motive; respectiv
 - ✓ „dacă facilitatea de credit s-a încheiat pe durată nedeterminată, fiecare dintre părți poate să denunțe contractul, cu respectarea unui termen de preaviz de 15 zile, dacă din contract sau din uzanțe nu rezultă altfel - prin urmare părțile pot să renunțe la acest termen preaviz
- ✓ Chiar și în cazul în care s-ar considera facilitatea de credit neangajantă ca fiind, de fapt, un **contract nenumit**, devin aplicabile dispozițiile art. 1168 din Codul civil: „Contractelor nereglementate de lege li se aplică prevederile prezentului capitol, iar dacă acestea nu sunt îndestulătoare, regulile speciale privitoare la contractul cu care se aseamănă cel mai mult”, astfel încât aceste drepturi, inclusiv dreptul de denunțare unilaterală care în baza prevederilor art. 1276 privind denunțarea unilaterală, ar putea fi exercitabile conform prevederilor contractului de credit

REGLEMENTAREA DIN CODUL CIVIL ESTE O REGLEMENTARE SUFICIENTĂ?

- // Regulamentul solicită ca prin contractul de facilitate să se stabilească un mecanism contractual care să permită finanțatorului:
 - posibilitatea să desființeze contractul fără a fi condiționat în vreun fel de un caz de neîndeplinire a obligațiilor de către client sau de vreun alt motiv și fără a fi necesară vreo notificare prealabilă, sau
 - desființarea automată (de plin drept) a contractului cauzată de înrăutățirea situației financiare a clientului.
- // Astfel de construcții juridice ar putea fi imaginate
 - prin asumarea obligației de către finanțator (i) sub condiție suspensivă, ori (ii) sub condiție rezolutorie, sau
 - prin stipularea unui drept de denunțare unilaterală în favoarea finanțatorului, în temeiul art. 1276 din Codul civil
- // În legătură cu fiecare dintre aceste posibile opțiuni se impun anumite precizări

DENUNȚAREA UNILATERALĂ A FACILITĂȚII DE CREDIT

- ✓ În materie contractuală, manifestarea unilaterală de voință prin care, în mod excepțional, o parte pune capăt contractului în mod discreționar este denunțarea unilaterală. Așa cum am menționat anterior, art. 1276 din Codul civil permite părților să stipuleze o astfel de clauză de decizie în favoarea finanțatorului, clauză în baza căreia acesta poate denunța oricând și necondiționat contractul, întocmai cum impune CRR. La o primă vedere, pare că această construcție satisface integral exigențele Regulamentului.
- ✓ Cu toate acestea, denunțarea unilaterală este, ca natură juridică, un act juridic unilateral supus comunicării, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 1326 din Codul civil: „Actul unilateral este supus comunicării atunci când constituie, modifică sau stinge un drept al destinatarului și ori de câte ori informarea destinatarului este necesară potrivit naturii actului”. Întrucât actele unilaterale supuse comunicării nu produc efecte în lipsa acestei comunicări, se deduce că, deși denunțarea unilaterală se naște valabil chiar în momentul manifestării de voință, efectul său este suspendat până la un anumit moment - cel al comunicării sale.
- ✓ În consecință, chiar dacă mecanismul clauzei de decizie îndeplinește condiția validității din perspectiva legislației naționale, această construcție juridică se dovedește a fi una imperfectă prin raportare la cerințele impuse de CRR, cel având în vedere că Regulamentul prevede ca anularea să se facă „fără notificare” (în cazul angajamentelor extrabilanțiere) sau „în mod „automat” iar conform legislației interne producerea efectului denunțării unilaterale este condiționat de comunicare.

FACILITATEA DE CREDIT SUPUSĂ UNUI CONDIȚII SUSPENSIVE (1)

- /// O clauză contractuală care ar permite instituției de credit să-și rezerve dreptul discreționar de a decide dacă pune la dispoziția clientului sau nu creditul, drept exercitabil de către bancă în mod necondiționat, oricând și fără notificare ar putea duce la calificarea unei asemenea obligații contractuale ca fiind una afectată de o condiție suspensivă pur potestativă din partea debitorului (finanțatorul fiind debitorul obligației de a pune la dispoziția clientului o sumă de bani)
- /// Consecința introducerii unui astfel de drept discreționar este, așa cum prevede art. 1403 din Codul civil, că o astfel de obligație nu produce efecte, echivalând cu lipsa intenției debitorului de a se obliga prin contract
- /// Observăm astfel că mecanismul introducerii unei astfel de condiții pur potestative este cel mai apropiat de sensul clasic al facilității neangajante, respectiv finanțatorul nu-și asumă în niciun moment o obligație de creditare
- /// Pe de altă parte însă, introducerea unei astfel de clauze nu este în toate cazurile mecanismul cel mai adecvat, ținând cont și de potențiala extindere a acestui caz de nulitate nu doar la obligația de a pune la dispoziție creditul, ci la întregul contract

FACILITATEA DE CREDIT SUPUSĂ UNUI CONDIȚII SUSPENSIVE (2)

- Referitor la consecințele potențialei nulități, sunt relevante dispozițiile art. 1255 din Codul Civil: „Clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care nu sunt considerate nescrise atrag nulitatea contractului în întregul său numai dacă sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă, în lipsa acestora, contractul nu s-ar fi încheiat”.
- Regula în materie contractuală este aceea că nulitatea operează parțial, iar doar în cazuri excepționale invalidarea unei clauze contractuale esențiale duce la invalidarea întregului contract. Prin urmare, se va analiza de la caz la caz dacă sancțiunea care intervine este nulitatea parțială (deci, doar nulitatea clauzei) sau nulitatea totală (deci, a întregului contract) - atunci când respectiva clauză, în forma stipulată de părți, reprezenta chiar cauza pentru care una dintre părți (instituția de credit) s-a obligat prin contract.
- Mai mult, în cazul în care s-ar considera că acea clauză contractuală a fost esențială pentru încheierea contractului, cu consecința că invalidarea respectivei clauze atrage invalidarea întregului contract, s-ar putea declanșa un risc suplimentar în cazul contractelor complexe care cuprind mai multe facilități (unele angajante, altele neangajante), contracte întâlnite des în practică. În acest din urmă caz, desființarea unei singure clauze ar putea afecta întregul cadru contractual, cu consecințe practice semnificative: desființarea tuturor facilităților (angajante sau neangajante), precum și restituirea tuturor prestațiilor ca urmare a desființării acestor convenții. Considerăm însă că o astfel de anulare totală ar contraveni tocmai principiului nulității parțiale, care ar trebui să afecteze doar acele clauze aplicabile facilității neangajante și nu celelalte angajamente de creditare asumate valabil.

FACILITATEA DE CREDIT SUPUSĂ UNUI CONDIȚII SUSPENSIVE (3)

- /// Riscul practic care poate rezulta ca urmare a intervenirii sancțiunii nulității este acela prevăzut de art. 1254, alin.(3) din Codul civil, adică restituirea prestațiilor primite, împreună cu dobânda legală aferentă acestor prestații, pentru a respecta exigențele principiului „*restitutio in integrum*”
- /// Întrucât anularea facilității de către banca poate avea loc înaintea punerii la dispoziție a creditului, utilitatea practică (pentru client) a invocării sancțiunii nulității este limitată, întrucât dacă executarea contractului nu a început, atunci efectul ar fi acela că obligațiile viitoare nu se mai execută; totuși, dacă instituția de credit a perceput anumite comisioane, acestea vor fi supuse restituirii împreună cu dobânda legală

JURISPRUDENȚA RELEVANTĂ

- ✓ O cercetare aprofundată a cauzelor aflate pe rolul instanțelor din România a relevat că au existat mai multe situații în care debitorii au reclamat exercitarea de către bancă a dreptului de a anula facilitatea de credit, de cele mai multe ori însă prin raportare la legislație privind protecția consumatorului care interzic clauzele abuzive, astfel de cereri fiind respinse prin prisma faptului că debitorul nu avea calitatea de consumator
- ✓ Este relevantă însă Decizia nr. 452/2010, Curtea de Apel București care a apreciat că întrucât banca nu avea obligația de a accepta cererea de tragere, nu poate fi ținută responsabilă
- ✓ „[...] În raport de prevederile expuse mai sus, Curtea constată că intimata nu este obligată să accepte solicitarea de efectuare a unei trageri/utilizări, așa încât, în deplin acord cu prima instanță, apreciază că nu poate fi identificată în sarcina intimatei vreo obligație neexecutată în mod culpabil, derivată din lipsa răspunsului la solicitarea apelanților, datată 27.10.2008, în sensul efectuării unei trageri/utilizări.” -
<https://sintact.ro/#/jurisprudence/527562031/1/decizie-nr-452-2010-din-11-nov-2010-curtea-de-apel-bucuresti-reziliere-contract-litigii-cu...?keyword=facilitatea%20de%20credit%20neangajant%C4%83&cm=SREST>

FACILITATEA DE CREDIT SUPUSĂ UNUI CONDIȚII SUSPENSIVE SIMPLE

- Se poate apela la mecanismul condiției suspensive și în scopul respectării celui de-al doilea criteriu impus de CRR, anume anularea automată a contractului ca urmare a deteriorării bonității debitorului
- Având în vedere faptul că deteriorarea bonității debitorului reprezintă un fapt (un element) exterior, constatăm că îndeplinirea condiției nu mai depinde exclusiv de factorul volitiv (cum se întâmplă în cazul condiției suspensive pur potestative), ceea ce permite calificarea unei astfel de clauze contractuale ca fiind una afectată de o condiție potestativă simplă, valabilă prin raportare la dispozițiile Codului civil

FACILITATEA DE CREDIT SUPUSĂ UNUI CONDIȚII REZOLUTORII (1)

- /// Condiția rezolutorie pur potestativă din partea debitorului este, în principiu, valabilă, întrucât art. 1403 din Codul civil face referire doar la condiția suspensivă
- /// Conform art. 1401, până la proba contrară, condiția se prezumă a fi rezolutorie atunci când scadența obligației precedă momentul la care condiția s-ar putea îndeplini
- /// În cazul facilităților neangajante, de regulă condiția (revocarea facilității de credit de către bancă) se exercită anterior acordării creditului, afectând chiar eficacitatea obligației, fiind calificată mai degrabă ca o condiție suspensivă
- /// Se poate însă prevede contractual un mecanism de funcționare a dreptului de revocare ca o condiție rezolutorie prin care finanțatorul se obligă să pună la dispoziția clientului suma de bani, sub condiția rezolutorie ca finanțatorul să nu ia decizia de a revoca facilitatea la momentul solicitării tragerii de către client:
 - /// Dacă finanțatorul permite clientului să efectueze tragerea, se consideră că finanțatorul a renunțat la condiție în sensul art. 1406 din Codul civil, iar obligația afectată de condiție rezolutorie devine obligație simplă
 - /// Dacă la momentul solicitării finanțatorul decide să nu-l finanțeze pe client, condiția se consideră îndeplinită, obligația finanțatorului fiind desființată retroactiv, considerându-se că nu a existat niciodată, adică acesta nu a fost niciodată ținut să pună la dispoziția clientului fondurile

FACILITATEA DE CREDIT SUPUSĂ UNUI CONDIȚII REZOLUTORII (2)

- ✓ Spre deosebire de mecanismul denunțării unilaterale (care presupune comunicarea actului pentru ca efectele acestuia să se producă), în cazul condiției rezolutorii efectul se produce automat, întrucât condiția, ca modalitate a obligației/a actului juridic, operează de plin drept. Așadar, desființarea nu (mai) este condiționată de notificarea clientului, ci operează chiar în temeiul clauzei contractuale la momentul în care se îndeplinește condiția. O construcție juridică similară întâlnim (și) în cazul pactelor comisorii - desființarea contractului operează de plin drept chiar în temeiul clauzei contractuale (pactului comisoriu), iar notificarea se face doar în scop de opozabilitate, efectul pactului operând chiar de la momentul neexecutării obligației expres stipulate de către părți
- ✓ Pare că o astfel de construcție juridică reușește să îndeplinească cerințele impuse de Regulament, fiindcă într-un astfel de caz anularea (desființarea contractului) se produce, într-adevăr, necondiționat, în orice moment și fără notificare, având în vedere că producerea efectelor actului nu mai este condiționată de notificare.
- ✓ Admițând această interpretare, s-ar putea spune că acest mecanism reușește să plaseze un contract de facilitare de credit neangajantă în tiparul impus de legislația europeană, reușind în același timp să respecte și condițiile de validitate prevăzute de legislația internă

CONCLUZII

- /// Raportat la dispozițiile legale în vigoare la acest moment în dreptul intern, instituțiile de credit nu beneficiază de un cadru legislativ clar care să reglementeze contractul de facilitate de credit neangajantă, acest contract rămânând în continuare unul nenumit în legislația din țara noastră. Astfel, putem afirma că dispozițiile Codului civil din România în această materie nu par a fi adaptate la cerințele impuse de Regulamentul (UE) nr. 575/2013, cel puțin nu într-un mod lipsit de interpretare. În consecință, doctrina nu este uniformă, iar practica judiciară este destul de precară.
- /// Având în vedere toate aceste aspecte, putem concluziona că, deși, pentru moment, părțile pot apela la construcții juridice de tipul celor menționate anterior pentru a încerca minimizarea riscurilor și pentru a reuși să se încadreze în cerințele pretinse atât de CRR, cât și de regulile de la Basel, pentru securitate juridică este recomandabilă reglementarea legislativă a facilității de credit neangajante, poate chiar la nivelul OUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului

Vă mulțumim!

Gabriela ANTON, Partener
gabriela.anton@tuca.ro

Șoseaua Nicolae Titulescu, nr. 4-8
America House, Aripa de Vest, etaj 8
Sector 1, 011141, București, România
T: (40-21) 204 88 90
F: (40-21) 204 88 99
E: office@tuca.ro
www.tuca.ro