

# AVERTIZARE PUBLICĂ

## Notă de fundamentare

### I. Prezentare generală cesiune

În cadrul activității de cercetare a petițiilor consumatorilor s-a constatat cesionarea în anii 2008, 2009 și 2010 a unor contracte de credit performante, fără întârzieri la plata ratelor, clasificate în categoria “credite standard”, conform regulamentelor Băncii Naționale a României în vigoare la data cesionării.

S-a constatat încheierea următorului contract de cesiune credite în care calitatea de împrumutați este deținută de *consumatori* așa cum sunt definiți prin art. 2. punctul 2 din O.G. nr. 21/1992 (rep.):

Contract Cadru de Vânzare Cumpărare Creanțe încheiat la data 11.07.2008 între Bancpost S.A., în calitate de *cedent*, și EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.), în calitate de *cesionar* ([anexa nr. 1](#)).

În anul 2012 EFG New Europe Funding II B.V. a devenit ERB New Europe Funding II B.V..

EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) reprezintă o societate privată cu răspundere limitată, cu sediul social în Naritaweg 165,1043BW Amsterdam, Olanda, înregistrată la Registrul Comerțului din Olanda sub nr. 34300657 și având codul fiscal L.V.N. 8193.45.969, având un capital social autorizat la data cesionării de 90000 EUR, cod CAEN 6420 “Activități ale holdingurilor”.

În cadrul activității de cercetare a petițiilor consumatorilor s-a constatat existența a următoarelor certificate de vânzare ([anexa nr. 2](#)):

1. certificat de vânzare nr. MLU/CHF/004/21.07.2008, valoare vânzare CHF neidentificată, editată prin ștergere în copia transmisă de către bancă;

2. certificat de vânzare nr. MLU/CHF/007/15.09.2008, valoare vânzare 51.993.816,80 CHF, din care valoare credite 51.238.077,92 CHF și 755.738,88 CHF valoare comision origine;

3. certificat de vânzare nr. MLU/CHF/010/20.10.2008, valoare vânzare 223.010.884,55 CHF, din care valoare credite 219.761.324,86 CHF și 3.249.559,69 CHF valoare comision origine;

4. certificat de vânzare nr. MLU/CHF/010/20.10.2008, valoare vânzare 42.452.490,82 EUR, din care valoare credite 41.626.546,53 CHF și 825.944,29 EUR valoare comision origine;

Valoare totală a creditelor cesionate în urma celor 4 certificate de vânzare este mai mică decât 664.861.834 EUR, valoare solduri credite, conform Raportului Anual al EFG New Europe Funding II B.V. pe anul 2008 ([anexa nr. 3](#)), ceea ce înseamnă că mai

există și alte certificate de vânzare în care au cesionate contracte de credite încheiate cu consumatorii.

Din cercetarea Rapoartelor Anuale ale EFG New Europe Funding II B.V. pe perioada 2008-2010 (*anexa nr. 3*) s-au constatat următoarele solduri, la data de 31 decembrie, corespunzătoare creditelor acordate consumatorilor:

- 2008: 664.861.834 EUR total credite, din care 303.306.541 EUR *credite de consum* și 361.555.293 EUR *credite ipotecare*; pag. 15 în raport;

- 2009: 675.632.019 EUR total credite, din care 335.541.280 EUR *credite de consum* și 340.090.739 EUR *credite ipotecare*; pag. 14 în raport;

- 2010: 636.654.745 EUR total credite, din care 289.734.101 EUR *credite de consum* și 346.920.644 *credite ipotecare*; pag. 16 în raport;

Creșterea soldului creditelor ipotecare în anul 2010 arată faptul că și în acest an au existat contracte de credit care au făcut obiectul cesiunii.

Valoarea soldurilor creditelor nu include și creditele acordate persoanelor juridice, caz în care soldurile creditelor pentru perioada 2008-2010 sunt următoarele: 2008: 720.150.702 EUR, 2009: 830.561.524 EUR, 2010: 767.887.456 EUR.

Conform prevederilor art. I.1 din Contractul menționat, Activele Eligibile care puteau face obiectul unei Vânzări erau reprezentate de contracte de credit care nu erau active restante sau deficiente, respectiv credite pentru care nu se înregistrau restante la plata ratelor, ceea ce corespunde categoriei de "credit standard" prevăzută de art. 3, alin. (1), lit. a) din Regulamentul B.N.R. nr. 5/2002, privind clasificarea creditelor și plasamentelor, precum și constituirea, regularizarea și utilizarea provizioanelor specifice de risc de credit, cu modificările și completării ulterioare, în vigoare la data cesionării contractelor.

La aceeași dată 11.07.2008, s-a constatat și încheierea între Bancpost S.A. și EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) a unui Contract de Administrare Active Financiare (*anexa nr. 4*) prin care Bancpost S.A. a administrat și gestionat Activele Financiare achiziționate de către EFG New Europe Funding II B.V..

În urma Contractului Cadru de Vânzare Cumpărare Creanțe au fost vândute, cesionate, contracte de credit, în care calitatea de împrumutați era deținută de consumatori persoane fizice, în perioada 2008-2010.

## **II. Prezentare cedent și legislație specifică instituțiilor de credit**

Prin cesiunea de creanțe contractele de credit încheiate de consumatori au trecut din patrimoniul Bancpost S.A. în patrimoniul EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V..

În cadrul Raportului Anual pe 2008 (pag. 21) Bancpost S.A. folosește în mod incorect, dacă nu înșelător, expresia "credite externalizate" pentru menționarea valorii creditelor care au fost cesionate, termenul de "externalizare" putând fi folosit, așa cum va fi arătat în continuare, doar în sensul prevăzut de Normele B.N.R. nr. 17/2003, în vigoare la data cesionării.

Bancpost S.A. este o *instituție de credit* conform definiției de la art. 7, alin. (1), punctul 10 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului și se încadrează în categoria de instituție de credit de "*bancă*" conform art. 3, lit. a) din același act normativ.

*Banca Națională a României este autoritatea competentă* cu privire la reglementarea, autorizarea și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit conform art. 4, alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006

Conform prevederilor O.U.G. nr. 99/2006 :

Art. 101: (1) În activitatea lor, instituțiile de credit se supun reglementărilor și măsurilor adoptate de Banca Națională a României în exercitarea atribuțiilor sale prevăzute de Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naționale a României.

(2) Instituțiile de credit trebuie să-și organizeze întreaga activitate în conformitate cu regulile unei practici bancare prudente și sănătoase, cu cerințele legii și ale reglementărilor emise în aplicarea acesteia.

Art. 102: (1) "Instituțiile de credit se constituie și funcționează în condițiile prevăzute de legislația aplicabilă societăților comerciale și cu respectarea prezentei ordonanțe de urgență."

Activitatea de acordare a creditelor obligă o instituție de credit la respectarea normelor specifice activității de creditare, norme emise de Banca Națională a României, precum este cazul Normelor nr. 17/2003 privind organizarea și controlul intern al activității instituțiilor de credit și administrarea riscurilor semnificative, precum și organizarea și desfășurarea activității de audit intern a instituțiilor de credit, norme în vigoare la data cesionării creditelor

Astfel, conform prevederilor **Normelor B.N.R. nr. 17/2003**:

- art. 23, alin. (1): "Instituțiile de credit trebuie să asigure existența datelor financiare, operaționale și de conformitate, adecvate și complete, pentru desfășurarea activității lor."

- art. 34: "Instituțiile de credit trebuie să ia măsuri pe linia administrării următoarelor riscuri semnificative: riscul de credit, riscul de piață, riscul de lichiditate, riscul operațional și riscul reputațional."

- art. 39: "Instituțiile de credit trebuie să adopte politici pentru administrarea riscurilor semnificative, în vederea implementării profilului de risc ales. Politicile

*respective trebuie să corespundă strategiilor generale, să fie corelate cu nivelul fondurilor proprii ale instituțiilor de credit și cu experiența acestora în administrarea riscurilor, precum și cu disponibilitatea de expunere la risc stabilită de consiliul de administrație.”*

- art. 40, alin. (1): *Politicile privind administrarea riscurilor semnificative, corespunzătoare naturii, dimensiunii și complexității activităților instituțiilor de credit, trebuie să fie transpuse în mod clar și transparent în norme interne, proceduri, inclusiv în manuale și coduri de conduită, făcându-se distincție între standardele generale aplicabile întregului personal și regulile specifice aplicabile anumitor categorii de personal.”*

- art. 43, alin. (1): *”Instituțiile de credit trebuie să efectueze sistematic o evaluare a riscurilor semnificative.”*

- art. 44: *”Instituțiile de credit trebuie să dispună de un sistem de informare adecvat pentru identificarea, evaluarea, monitorizarea și documentarea sistematică a riscurilor semnificative atât la nivelul instituțiilor de credit, cât și la nivelul compartimentelor și sediilor secundare ale acestora.”*

- art. 45: *”Instituțiile de credit trebuie să asigure că există o separare corespunzătoare a atribuțiilor în cadrul procesului de administrare a riscurilor, pentru evitarea potențialelor conflicte de interese.”*

- art. 46: *”Instituțiile de credit trebuie să asigure o monitorizare sistematică a conformității cu procedurile stabilite pentru riscurile semnificative și să soluționeze deficiențele constatate.”*

Având în vedere faptul că riscul de credit reprezintă în anul 2008, anul cesionării creditelor, *”cel mai important risc la care era expus sistemul bancar românesc”*, conform *”Raportului Anual 2007”* emis de Banca Națională a României (pag. 69) și ținând seama de faptul că riscul de credite reprezintă unul din principalii indicatori de prudență bancară (conform pag. 13 din *”Buletinul Lunar Iulie 2008”* emis de Banca Națională a României pentru aceeași lună cu luna în care a fost încheiat contractul de cesiune creanțe între Bancpost și EFG New Europe Funding II B.V.), alături de riscul de capital, riscul de lichiditate și profitabilitate, vom prezenta în continuare prevederile Normelor nr. 17/2003 emise de Banca Națională a României, ce reglementează administrarea riscului de credit pe perioada derulării creditului, administrare ce este obligatorie în cadrul activității de creditare:

- art. 50: (1) *Politicile și procedurile instituțiilor de credit privind riscul de credit trebuie să se refere la toate activitățile acestora și trebuie să aibă în vedere atât creditele la nivel individual, cât și întregul portofoliu. (2) Politicile și procedurile vor trebui stabilite și implementate de către instituțiile de credit astfel încât să se asigure următoarele: a) menținerea unor standarde sănătoase de creditare; b) monitorizarea și controlul riscului de credit; c) evaluarea corespunzătoare a noilor oportunități de afaceri; d) identificarea și administrarea creditelor neperformante.*

- art. 51: *Instituțiile de credit trebuie să evalueze riscul de credit aferent tuturor activităților ce sunt afectate de acest risc, indiferent dacă rezultatele respectivelor activități sunt reflectate în bilanț sau în afara bilanțului.*

- art. 52, alin. (1): *”La evaluarea riscului de credit instituțiile de credit trebuie să ia în considerare cel puțin: a) performanța financiară curentă și previzionată a contrapartidelor; b) concentrarea expunerilor față de contrapartide, piețele în care acestea operează, sectoarele economice și țările unde sunt stabilite; c) capacitatea de punere în aplicare, din punct de vedere legal, a angajamentelor contractuale; d) capacitatea și posibilitatea de a executa garanțiile, în condițiile pieței; e) angajamentele contractuale cu persoanele aflate în relații speciale cu instituțiile de credit, personalul propriu, precum și familia acestuia.”*

- art. 52, alin. (2): *”În ceea ce privește cadrul contractual, instituțiile de credit trebuie să aibă în vedere cel puțin următoarele: a) natura specifică a creditului; b) clauzele contractuale aferente creditului; c) profilul expunerii până la scadență prin prisma evoluțiilor potențiale ale pieței; d) existența garanțiilor reale sau personale; e) probabilitatea nerespectării obligațiilor contractuale, stabilită pe baza unui sistem intern de rating.”*

- art. 54: *”Instituțiile de credit trebuie să dispună de proceduri de identificare și înregistrare a expunerilor mari și a modificărilor care pot interveni asupra lor, precum și de mecanisme de monitorizare a acestor expuneri în funcție de politica în materie de expuneri.”*

- art. 56, alin. (1): *”Instituțiile de credit trebuie să dispună de proceduri pentru aprobarea noilor credite, precum și pentru restructurarea celor existente (de exemplu: reeșalonare, refinanțare).”*

- art. 57, alin. (1): *”Instituțiile de credit trebuie să dispună de proceduri pentru evaluarea continuă a garanțiilor reale.”*

- art. 58: *”Instituțiile de credit trebuie să aibă proceduri de stabilire, într-o manieră consecventă, de la o perioadă la alta, a provizioanelor specifice și a provizioanelor generale pentru riscul de credit (provizioane constituite pentru pierderi potențiale, neidentificate în mod specific, dar pe care experiența le precizează ca fiind prezente în portofoliul de credite) și trebuie să dispună de suficiente fonduri proprii pentru a înregistra un nivel de solvabilitate corespunzător.”*

- art. 59: *”(1) Instituțiile de credit trebuie să stabilească limite privind expunerile la riscul de credit și să monitorizeze respectarea acestora. (2) Limitele de expunere trebuie stabilite în legătură cu orice activitate a instituției de credit care implică risc de credit.”*

- art. 61, alin. (1): *”Instituțiile de credit trebuie să dispună de sisteme de informare în baza cărora aspectele legate de riscul de credit să fie raportate la timp, cu*

*accent pe înregistrarea de credite neperformante și/sau identificarea neconformării cu limitele de expunere stabilite.”*

- art. 62: *”Sistemul de monitorizare a riscului de credit va cuprinde cel puțin următoarele: a) înțelegerea situației financiare curente a contrapartidei; b) urmărirea conformității cu clauzele contractuale; c) evaluarea gradului de acoperire cu garanții a expunerii în raport cu situația curentă a contrapartidei; d) actualizarea dosarului de credit, obținerea de informații financiare curente.”*

Prevederile legale specifice menționate au în vedere doar politicile și procedurile instituțiilor de credit privind riscul de credit, dar riscul de credit este doar unul dintre riscurile care trebuie avut în vedere de către instituțiile de credit, activitatea specifică unei instituții de credit fiind o activitate complexă care presupune respectarea numeroaselor norme și reglementări specifice.

Instituțiile de credit trebuiau să respecte și prevederile **Regulamentului B.N.R. nr. 23/2006**, în vigoare la data cesionării, privind criteriile tehnice referitoare la organizarea și tratamentul riscurilor, precum și criteriile tehnice utilizate de autoritățile competente pentru verificarea și evaluarea acestora, criterii tehnice organizarea și tratamentul riscurilor, prevederile care se aplicau în mod crespunzător și societăților de servicii de investiții financiare, precum și societăților de administrare a investițiilor:

- art. 3: *”Instituțiile de credit trebuie să ia măsuri pe linia administrării cel puțin a următoarelor riscuri semnificative: riscul de credit și riscul de credit al contrapartidei, riscul rezidual, riscul de concentrare, riscul din securitizare, riscul de piață, riscul de rată a dobânzii ce apare din activitățile care sunt în afara portofoliului de tranzacționare, riscul operațional și riscul de lichiditate”;*

- art. 4: *”În domeniul administrării riscurilor semnificative structura de conducere a instituțiilor de credit prevăzută la art. 13 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. [99/2006](#) privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului trebuie să aprobe și să revizuiască periodic strategiile și politicile pentru asumarea, administrarea, monitorizarea și diminuarea riscurilor la care instituția de credit este sau ar putea fi expusă, inclusiv acelea care provin din mediul macroeconomic în care instituția de credit își desfășoară activitatea și care sunt legate de stadiul ciclului economic”;*

- art. 6, alin. (2) și (3): *”(2) Instituțiile de credit trebuie să dispună de procese clar stabilite pentru aprobarea noilor credite, modificarea clauzelor, reînnoirea și refinanțarea celor existente. (3) Administrarea și monitorizarea continuă a diferitelor portofolii și expuneri afectate de riscul de credit ale instituțiilor de credit, inclusiv pentru identificarea și administrarea creditelor neperformante și pentru realizarea unor ajustări de valoare și constituirea unor provizioane adecvate, trebuie să fie realizată prin intermediul unor sisteme care să funcționeze efectiv.”*

Conform prevederilor Normelor B.N.R. nr. 17/2003 și Regulamentului B.N.R. nr. 23/2006, se constată că instituțiile de credit aveau obligația respectării normelor privind organizarea și controlul intern al activităților instituțiilor de credit și administrarea riscurilor

semnificative, precum și organizarea și desfășurarea activității de audit intern a instituțiilor de credit, precum și criteriile tehnice referitoare la organizarea și tratamentul riscurilor pe întreaga perioadă de derulare a creditelor.

Privind autorizarea instituțiilor de credit, conform prevederilor art. 1, alin. (1) din **Regulamentul B.N.R. nr. 11/2007**, privind autorizarea instituțiilor de credit, *"instituțiile de credit, persoane juridice române, și sucursalele instituțiilor de credit din state terțe se pot constitui și pot funcționa pe teritoriul României numai pe baza autorizației emise de Banca Națională a României"*, iar conform art. 8, alin. (1) *"în obiectul de activitate autorizat al unei bănci vor fi incluse doar activitățile pentru care este fundamentată în mod corespunzător în planul de activitate capacitatea băncii de a le desfășura."*

Conform prevederilor art. 67, alin. (2), lit. b) din Regulamentul B.N.R. nr. 11/2007, în vederea obținerii aprobării de înființare a sucursalei, instituția de credit dintr-un stat terț solicitantă trebuie să prezinte Băncii Naționale a României o cerere de autorizare, însoțită, printre altele, de hotărârea organului statutar al instituției de credit din statul terț privind înființarea unei sucursale pe teritoriul României, din care să rezulte și operațiunile pe care sucursala urmează să le desfășoare pe teritoriul României, *fără a exceda obiectului de activitate al instituției de credit respective.*

Conform prevederilor art. 3, alin. (1), lit. a) din **Regulamentul B.N.R. nr. 6/2008**, privind modificările în situația instituțiilor de credit completarea obiectului de activitate, este supusă aprobării prealabile a Băncii Naționale a României, conform art. 5, alin. (2), *"completarea obiectului de activitate se va aproba doar în privința activităților pentru care este fundamentată în mod corespunzător capacitatea instituției de credit de a le desfășura"* iar conform art. 6, alin. (2) planul de activitate care trebuie să însoțească cererea de aprobare trebuie să cuprindă, printre altele și următoarele: *"a) descrierea clienței și a segmentului de piață carora le sunt adresate noile activități; e) politica de personal, care se va referi cel puțin la recrutarea și instruirea personalului, după caz; g) prezentarea proceselor de identificare, administrare, monitorizare și raportare a riscurilor aferente noilor activități, precum și a calculului efectuat în cadrul procesului intern de evaluare a adecvării capitalului la profilul de risc, cu luarea în considerare a riscurilor aferente noilor activități."*

Din prevederile regulamentelor B.N.R. menționate, în vigoare la data cesionării contractelor de credit de către Bancpost S.A., se constată că autorizarea instituțiilor de credit era reglementată, și este și în prezent, astfel încât acestea să desfășoare doar activitățile pentru care este fundamentată în mod corespunzător în planul de activitate capacitatea instituțiilor de credit de a le desfășura fără a excede obiectul de activitate iar completarea obiectului de activitate este strict condiționată.

Din multitudinea de norme și regulamente specifice emise de B.N.R., care trebuiau respectate de către instituțiile de credit, la data cesionării creditelor, enumerăm și următoarele prevederi în vigoare la data cesionării creditelor:

- art. 2 din **Regulamentul B.N.R. nr. 3/2007**, privind limitarea riscului de credit la creditele destinate persoanelor fizice: *"Acordarea, garantarea și derularea creditelor*

destinate persoanelor fizice se realizeaza pe baza contractuala, în conformitate cu reglementarile interne ale împrumutatorilor, aprobate de organele competente conform prevederilor actelor constitutive, în cazul împrumutatorilor persoane juridice române, si, respectiv, de organele statutare, în cazul sucursalelor împrumutatorilor persoane juridice straine.

- art. 4, lit. f) și g) din Regulamentul B.N.R. nr. 3/2007: *"Împrumutatorii stabilesc în cadrul reglementarilor interne, în concordanta cu profilul si strategia lor de risc, cel puțin următoarele: f) nivelurilor stabilite; gradul total de îndatorare se determina ca pondere a angajamentelor totale de plata decurgând din credite sau alte finantari rambursabile în veniturile eligibile, din care s-au dedus cheltuielile prevazute la lit. e); g) metodologia de reconsiderare periodica a coeficientilor de ajustare a veniturilor si nivelurilor maxime admise pentru gradul de îndatorare, în vederea asigurarii acuratetei acestora pe o baza continuă. "*

- art. 2 din **Regulamentul B.N.R. nr. 18/2006**, privind determinarea cerințelor minime de capital pentru instituțiile de credit și firmele de investiții, conform căruia: *"Instituțiile de credit trebuie să dispună de un nivel al fondurilor proprii, care să se situeze în permanență la un nivel cel puțin egal cu suma următoarelor cerințe de capital: a) pentru riscul de credit și riscul de diminuare a valorii creanței aferente întregii activități, cu excepția operațiunilor din portofoliul de tranzacționare, 8% din totalul valorilor ponderate la risc ale expunerilor, calculate, după caz."*

- art. 9 din **Regulamentul B.N.R. nr. 5/2002**, privind clasificarea creditelor și plasamentelor, precum și constituirea, regularizarea și utilizarea provizioanelor specifice de risc de credit, conform căruia se aplica coeficientul de provizionare în funcție de categoria de clasificare; pentru creditele "standard" în valută, cum sunt toate creditele cesionate, coeficientul de provizionare era 0,07; în acest context merită a fi ridicată și întrebarea în baza căror norme a clasificat EFG New Europe Funding II B.V. credite ca fiind neperformante, cesionate ulterior mai departe către o societate de recuperare creanțe, în contextul în care nu s-a supus niciunei supravegheri prudentiale.

La data cesionării, externalizarea activităților auxiliare sau conexe în raport cu activitățile principale era posibilă doar cu respectarea cu prevederile art. 87 din Normelor B.N.R. nr. 17/2003 instituțiile de credit neputând externaliza următoarele activități:

a) *"activitățile principale prevăzute la art. 8 și 15<sup>3</sup> din Legea nr. 58/1998 privind activitatea bancară"*

e) *"orice alte activități care în urma externalizării nu mai pot fi controlate și desfășurate în conformitate cu regulile unei practici bancare prudente și sănătoase."*

Pentru a ne referi doar la riscul de credit, prin adresa nr. 5269/28.11.2017, Bancpost S.A. ne-a comunicat că tratamentul riscului de credit nu este aplicabil și EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.).



Având în vedere și că EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) nu a avut niciun salariat pe întreaga perioadă de desfășurare a creditelor, se constată că nu a fost respectată niciuna din normele specifice menționate.

Aspecte de natură tehnică, prevăzute de Directivele 2006/48/CE, privind inițierea și exercitarea activității instituțiilor de credit, și Directiva 2006/49/CE, privind rata de adecvare a capitalului întreprinderilor de investiții și al instituțiilor de credit, au fost reglementate prin legislația secundară emisă în comun de Banca Națională a României și Comisia Națională a Valorilor Mobiliare, instituția care reglementa și supraveghea piața de capital, piețele de mărfuri și instrumentele financiare derivate înainte de înființarea Autorității de Supraveghere Financiară.

Directiva 2002/87/CE, în vigoare la data cesionării, care reglementa supravegherea suplimentară a entităților reglementate care fac parte din grupuri cu activități financiare inter-sectoriale (conglomerate financiare), în scopul asigurării stabilității financiare și al protecției deponenților, asiguraților și investitorilor a fost transpusă în legislația națională prin prevederile O.U.G. nr. 98/2006, privind supravegherea suplimentară.

Conform prevederilor alin. (5) din Preambulul Directivei 2002/87/CE *"supravegherea suplimentară trebuie să cuprindă toate activitățile financiare prevăzute de legislația financiară sectorială, precum și toate entitățile care desfășoară acest tip de activități ca activitate principală, inclusiv întreprinderile de administrare a investițiilor"*, astfel încât se constată și că activitatea EFG New Europe Funding II B.V., intră sub incidența Directivei, prin apartenența la grupul Eurobank EFG (conform Raportului Anual Bancpost pe anul 2008), grup așa cum este definit în cadrul art. 2, pct. 12 din Directiva 2002/87/CE: *" un grup de întreprinderi format dintr-o întreprindere mamă, filialele acesteia și entități în cadrul cărora întreprinderea mamă sau filialele acesteia dețin o participație, precum și întreprinderile între care există o relație în sensul articolului 12 alineatul (1) din Directiva 83/349/CEE."*

Conform prevederilor art. 2, alin. (1), pct. 9, din din O.U.G. nr. 98/2006, *sectorul financiar* este definit ca un sector format din una sau mai multe dintre următoarele entități: "a) o instituție de credit, o *instituție financiară* sau o societate prestatoare de servicii auxiliare, în sensul *Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 99/2006*. Aceste entități reprezintă sectorul bancar."

Conform prevederilor art. 49 din O.U.G. nr. 98/2006 *"Dacă o entitate reglementată se folosește de apartenența sa la un conglomerat financiar pentru a se sustrage, total sau parțial, de la aplicarea regulilor sectoriale, autoritățile competente pot aplica entităților reglementate aflate sub supravegherea lor oricare dintre măsurile ori sancțiunile prevăzute de regulile sectoriale corespunzătoare."*

Deasemenea conform art. 51 din O.U.G. nr. 98/2006: *"Fără a se aduce atingere regulilor sectoriale, în cazul prevăzut la art. 12, autoritățile competente din România verifică dacă entitățile reglementate, a căror societate-mamă are sediul central într-un*

*stat terț, sunt supuse supravegherii exercitate de autoritatea competentă a unui stat terț, care este echivalentă cu aceea prevăzută prin prevederile prezentei ordonanțe de urgență.”*

Banca Națională a României nu a răspuns la întrebarea dacă a verificat că EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) este entitate reglementată și dacă aceasta este supusă supravegherii exercitate de autoritatea competentă a unui stat terț, care este echivalentă cu aceea prevăzută prin prevederile O.U.G. nr. 98/2006.

Aspectele de natură tehnică prevăzute de Directiva 2002/87/CE au fost transpuse în legislația națională secundară prin Ordinul nr. 23/2006, privind cerințele suplimentare de adecvare a capitalului, tranzacțiile intragrup și concentrarea riscurilor la nivelul unui conglomerat financiar, și prin Regulamentul nr. 17/2006 privind supravegherea pe bază consolidată a instituțiilor de credit și a firmelor de investiții, prevederi legislative emise în comun de Banca Națională a României și Comisia Națională a Valorilor Mobiliare.

Din legislația secundară menționăm următoarele:

- conform prevederilor art. 11 din **Ordinul nr. 23/2006**, ”În vederea calculului cerințelor suplimentare de adecvare a capitalului, în cazul unei entități nereglementate din sectorul financiar, se calculează o cerință de solvabilitate noțională în sensul prevederilor art. 2, alin. (2) care la lit. c) definește cerința de solvabilitate noțională ca fiind ”*cerința de capital la care o entitate nereglementată din sectorul financiar ar trebui să se conformeze în baza regulilor sectoriale aplicabile, ca și cum ar fi o entitate reglementată a aceluși sector financiar.*”

- prevederile cap. II ”Indicatorul de solvabilitate”, art. 3-7 din **Norma B.N.R. nr. 12/2003**, privind supravegherea solvabilității și expunerilor mari ale instituțiilor de credit, conform cărora se stabilește un nivel minim de 12% al indicatorului de solvabilitate calculat ca un raport procentual între nivelul fondurilor proprii și expunerea netă (totalul activelor și elementelor din afara bilanțului, ponderate în funcție de gradul lor de risc)

- prevederile art. 2, lit. a) din **Regulamentul B.N.R. nr. 18/2006** privind determinarea cerințelor minime de capital pentru instituțiile de credit și firmele de investiții, conform căruia se stabilește un nivel minim de 8% între capitalul propriu și expunerea netă

### **III. Prezentare cesionarului**

#### **III.1 Principiul specialității capacității de folosință**

Persoana juridică este orice formă de organizare care, întrunind *condițiile cerute de lege*, este titulară de drepturi și de obligații civile. Persoana juridică are aptitudinea de a avea drepturi și obligații, adică are capacitate de drept sau juridică

Prin capacitate civilă a persoanei juridice se înțelege aptitudinea acestui subiect de drept de a avea drepturi și obligații civile (capacitatea de folosință) și aptitudinea de a dobândi și exercita drepturi subiective civile și de a-și asuma și îndeplini obligații civile prin încheierea de acte juridice civile, de către organele sale de conducere (capacitate de exercițiu).

Capacitatea de folosință a persoanei juridice reprezintă acea parte a capacității civile a subiectului de drept care constă în aptitudinea sa de a avea drepturi și obligații civile, indiferent de izvorul acestora.

Sub aspect terminologic, al desemnării capacității de folosință a persoanei juridice, este de semnalat diferența ce există între doctrină, pe de o parte, și legislație, de cealaltă parte. Dacă în doctrină se folosește expresia „capacitate de folosință”, în legislație se folosesc expresii precum: „personalitate juridică”, „capacitatea de a avea drepturi și obligații”. De fiecare dată este vorba de aceeași vocație de a avea drepturi și obligații.

Capacitatea de folosință a persoanei juridice se caracterizează prin: legalitate; inalienabilitate; intangibilitate; generalitate; și specialitate.

a) *Legalitatea* capacității de folosință a persoanei juridice înseamnă însușirea acesteia de a fi instituită numai de către lege, de a i se stabili începutul, conținutul și încetarea doar prin norme legale. În a lți termeni, capacitatea de folosință a persoanei juridice – ca și cea a persoanei fizice – este exclusiv de domeniul legii.

b) *Inalienabilitatea* este trăsătura capacității de folosință a persoanei juridice de a nu putea fi înstrăinată ori cedată și de a nu se putea renunța la ea, nici de tot și nici în parte. De menționat că inalienabilitatea capacității de folosință a persoanei juridice nu se opune acordării de împuterniciri de reprezentare, pentru că acest aspect ține de valorificarea capacității de exercițiu a persoanei juridice.

c) *Intangibilitatea* este caracterul capacității de folosință a persoanei juridice care constă în însușirea acesteia de a nu i se putea aduce îngrădiri decât în cazurile stabilite de lege. Acest caracter este o consecință a acelui caracter care este legalitatea ei.

d) *Generalitatea* capacității de folosință desemnează însușirea acesteia de a exprima vocația persoanei juridice a avea drepturi și obligații în general, fără o enumerare limitativă a acestora.

Cele patru caractere se regăsesc și în cazul capacității de folosință a persoanei fizice. Dar caracterul juridic distinctiv al capacității de folosință a persoanei juridice îl constituie specialitatea ei și constă în însușirea acesteia de a cuprinde doar posibilitatea acestui subiect de drept civil de a avea acele drepturi și obligații civile care sunt în acord cu scopul pentru care persoana juridică a fost înființată.

Capacitatea persoanei juridice de a încheia acte juridice civile este condiționată de respectarea principiului specialității de folosință a persoanei juridice; aceasta înseamnă că nu este suficient ca persoana juridică să aibă capacitate de exercițiu,

adică organele sale de conducere desemnate să poată încheia acte juridice, ci este necesar și ca actele juridice încheiate să se încadreze în specificul activității pe care o desfășoară, în vederea atingerii scopului pentru care a fost creată.

Persoana juridică nu poate avea decât acele drepturi care corespund scopului ei, *stabilit prin lege*, actul de înființare sau statut, orice act juridic care nu este făcut în vederea realizării acestui scop este nul, rezultând astfel regula de drept civil potrivit căreia, prin acte juridice, persoana juridică nu poate avea decât acele drepturi și obligații civile care sunt în concordanță cu scopul ei.

Principiul specialității capacității de folosință a persoanei juridice stabilește limitele activității sale juridice și demonstrează *intenția statului de a supraveghea actele încheiate de aceasta, pe toată perioada existenței sale, în ideea garantării intereselor generale*. De la înființarea persoanei juridice statul își afirmă competența verificării legalității acestui subiect de drept, prin reglementarea procesului de înființare, așa încât urmărește permanent să mențină echilibrul stabilit între interesele fondatorilor persoanei juridice și interesele generale. În acest sens, un mijloc eficient este specialitatea capacității persoanei juridice.

Principiul specialității nu acoperă întregul conținut al capacității de folosință a persoanei juridice, el limitându-se la aptitudinea de a avea drepturi și obligații civile care au ca izvor actele juridice civile. În consecință, acestui principiu îi scapă aria drepturilor și obligațiilor civile care au ca izvor legea (care, prin ipoteză, nu pot fi contrare scopului persoanei juridice) și faptul juridic stricto sensu (delictul civil, faptul juridic civil licit, evenimetul juridic).

Circumscrierea aplicării acestui principiu numai la actele juridice se justifică prin aceea că verificarea conformității drepturilor și obligațiilor cu scopul pentru care persoana a fost înființată este necesară numai atunci când se au în vedere motivele pentru care aceste drepturi și obligații sunt exercitate. Or, după cum se știe, numai în situația actelor juridice există acea condiție de validitate care este cauza, adică scopul urmărit de subiectul de drept prin manifestarea sa de voință.

Conținutul acelei părți a capacității de folosință a persoanei juridice ce constă în aptitudinea acesteia de a încheia acte juridice este determinat de scopul (obiectul de activitate) pentru care persoana a fost înființată. Va cuprinde aptitudinea generală a persoanei juridice de a avea toate drepturile și obligațiile care servesc la realizarea acestui scop. În aplicarea principiului specialității capacității de folosință a persoanei juridice se va ține seama atât de scopul generic al persoanei juridice, *stabilit de lege pe categorii de persoane juridice*, dat și scopul concret al fiecărei persoane juridice, stabilit liber de persoanele care au inițiativa înființării persoanei juridice prin actul de constituire ori statut.

### **III.2 Descrierea obiectului de activitate principal al cesionarului**

Activitatea principală a EFG New Europe Funding II B.V. constă în "Activități ale holdingurilor" sau "Participare la capitalul social al altor entități", Cod CAEN 6420, ca parte a domeniului de activitate cu aceeași denumire, cod CAEN 642, conform Extraselor din Registrul Comerțului emise de Camera de Comerț a Olande, [anexa nr. 5](#) (doar pag. 1 a extraselor).

Clasificarea domeniului de activitate și a activității principale se realizează în conformitate cu NACE Rev. 2 - Clasificarea statistică a activităților economice în Uniunea Europeană, transpus în legislația națională prin Ordinul nr. 337/2007, privind actualizarea Clasificării activităților din economia națională - CAEN, emis de Institutul Național de Statistică.

Conform Glosarului Organizațiilor Economice emis de Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (O.E.C.D) care poate fi accesat pe pagina de internet <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>, (pag. 47) o persoană juridică cu activitatea principală de "Participare la capitalul social al altor entități" ("Holding company", în limba engleză) este definită astfel:

*"Această clasă include activități ale companiilor de tip holding, de exemplu unități ce dețin active (deținând diverse niveluri de control al acțiunilor) ale unui grup de filiale și a căror principală activitate este administrarea acțiunilor (proprietăților) grupului. Companiile de tip holding din această clasă nu furnizează nici un alt serviciu filialelor în care deține acțiuni, de exemplu ele nu administrează și nu conduc acele unități.*

*Această clasă exclude: administrarea activă a companiilor și întreprinderilor, planificarea strategică și luarea de decizii în cadrul companiilor, vezi [cod CAEN 7010](#)."*

Se constată astfel că în descrierea activităților incluse se menționează deținerea de active, prin participarea la capitalul social al altor entități, respectiv prin achiziția de acțiuni, excluzându-se administrarea activă a companiilor, planificarea strategică și luarea de decizii în cadrul companiilor în care se dețin active.

### **III.3 Regimul juridic al holdingului în România**

Pentru o identificare și mai exactă a activităților care sunt permise unei persoane juridice, cod CAEN 6420, "Participare la capitalul social al altor entități" vom realiza în continuare prezentarea regimul juridic al holdingului în România.

România nu are în prezent o lege care să reglementeze regimul juridic și fiscal al holdingului, cadrul general al relațiilor economice, financiare și juridice dintre holding și filiale, precum și între filiale.

Două sunt proiectele de legi prin care s-a încercat reglementarea holdingului în România: Proiectul de lege intitulat „Legea privind holdingurile” (Bp. 585/2009, Pix. 305/2010) și Propunerea legislativă intitulată „Legea holdingului”, (Bp. 572/2009, Pix. 271/2010).

Un singur cuvânt este esențial pentru înțelegerea holdingului: “control” iar art. 2, lit. a), din proiectul Legii privind holdingurile, definește controlul ca fiind: “deținerea, nemijlocită sau prin intermediul unei alte societăți comerciale, a unei participații la capitalul social al unei societăți comerciale (numită filială), reprezentând cel puțin procentul din numărul acțiunilor cu drept de vot care este necesar, potrivit actului constitutiv al respectivei societăți, pentru adoptarea hotărârilor în adunarea generală a acționarilor.”

Sfera de activitate a holdingului este definită în cadrul art. 8 din proiectul Legii privind holdingurile, astfel:

- a) constituirea și dezvoltarea de societăți comerciale în România și/sau în străinătate, în condițiile legii;
- b) exercitarea de activități de administrare, supraveghere și control al activității filialelor;
- c) achiziționarea, administrarea și valorificarea, în România sau în străinătate, a titlurilor de capital emise de filiale și de alte societăți comerciale, precum și a altor instrumente financiare;
- d) achiziționarea, administrarea și valorificarea de drepturi de proprietate intelectuală și, respectiv, industrială, pentru folosința proprie sau a filialelor;
- e) desfășurarea de activități comerciale în nume și pe cont propriu.

Conform art. 10 din proiectul de Lege menționat *holdingul poate asigura finanțarea filialelor* urmând următoarele căi și modalități, fără a se limita la acestea:

- a) un holding poate acorda împrumuturi, cu sau fără dobândă, din fonduri proprii sau atrase, filialelor, pentru sprijinirea operațiunilor sau a dezvoltării acestora;
- b) filialele pot acorda holdingului împrumuturi cu dobândă, în vederea finanțării nevoilor altor filiale membre ale grupului societar, cu condiția ca fondurile atrase de holding, mai puțin costurile operațiunilor aferente, să fie efectiv împrumutate filialelor vizate, pentru sprijinirea operațiunilor sau a dezvoltării acestora;
- c) un holding poate acorda filialelor avansuri sau împrumuturi, în vederea dobândirii de către acestea de valori mobiliare emise de holdingul însuși;
- d) un holding poate emite diverse instrumente financiare, în condițiile legii;
- e) instrumentele financiare emise de sau cu privire la societatea de tip holding sau oricare dintre societățile controlate pot fi admise la tranzacționare pe o piață reglementată, cu respectarea reglementărilor privind piața de capital;
- f) societățile membre ale unui grup societar pot face operațiuni de creditare intra-grup, inclusiv prin angajarea de garanții reale sau personale aferente unor operațiuni comune sau de interes comun.

Punctul Guvernului asupra Legii privind holdingurile conține următoarea prezentare a holdingului:

În dreptul comparat, societatea holding este entitatea din cadrul unui grup de societăți care deține participații în celelalte societăți ale grupului, participații ce îi conferă controlul asupra acestora.

Din perspectivă contabilă, în cadrul grupurilor de societăți informația specifică este diferit concepută în raport cu societățile comerciale distincte, bazându-se pe o raportare contabilă consolidată.

Această modalitate de raportare a fost consacrată la nivelul Uniunii Europene, inițial, prin *Directiva 83/349/CEE*<sup>x</sup> (înlocuită de *Directiva 2013/34/UE* și transpusă inițial în legislația românească prin *Normele metodologice privind conturile consolidate*, aprobate prin *Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1752/2005 pentru aprobarea reglementărilor contabile conforme cu directivele europene*, normă abrogată prin art. 16 din *Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene*, de asemenea, abrogat prin art. 11 din *Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1802/2014*).

Potrivit normei de drept al Uniunii Europene, are obligația de a întocmi conturi consolidate societatea-mamă și anume, entitatea care întrunește următoarele condiții:

- (a) deține majoritatea drepturilor de vot ale acționarilor sau asociaților la o altă întreprindere (filială);

- (b) are dreptul de a numi sau revoca majoritatea membrilor organelor administrative, de conducere sau de supraveghere ale unei alte întreprinderi (filială) și este simultan acționar sau asociat la întreprinderea în cauză sau

- (c) are dreptul de a exercita o influență dominantă asupra unei întreprinderi (filială) al cărei acționar sau asociat este, în temeiul unui contract încheiat cu întreprinderea în cauză sau al unei clauze din actul constitutiv sau statutul întreprinderii în cauză, dacă legislația sub incidența căreia intră filiala permite ca ea să fie supusă unor astfel de contracte sau clauze.

Dezvoltarea, în plan european, a grupurilor de societăți a avut o influență determinantă asupra evoluției principiilor impozitului pe profit, un număr mare de state modificând legislația în materie, în sensul instituirii unei relaxări fiscale (reducerea cotei de impozitare a dividendelor distribuite societății-mamă de către filiale, în scopul atenuării consecințelor dublei impuneri).

Această direcție a fost urmată și de legiuitorul comunitar, *Directiva 90/435/CEE* (înlocuită de *Directiva 2003/123/CE*), impunând instituirea, în sistemele de drept naționale, a unui regim special de impozitare pentru dividendele primite de către societatea-mamă de la filiala înmatriculată într-un alt stat membru (scutire de impozit în statul membru în care își are sediul societatea-mamă).

România a transpus actul normativ comunitar prin *Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare* (actualmente, *Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare*).

Dreptul Uniunii Europene a dezvoltat și conceptul de „*holding*”, dar în contextul limitat al societății europene. Astfel, potrivit art. 32 din *Regulamentul (CE) nr.*

2157/2001 al Consiliului din 8 octombrie 2001 privind statutul societății europene (SE), societatea europeană se poate crea și sub forma unui holding, cu întrunirea următoarelor condiții: cel puțin două societăți participante au sediul în state membre diferite, iar nivelul participației SE-holding la fiecare dintre societăți să fie de minim 50%. Legislația românească a consacrat existența holdingului și a grupurilor de societăți în materia societăților de asigurare, a instituțiilor de credit și a societăților listate.

Astfel, în materia asigurărilor, *Legea nr. 237/2015 privind autorizarea și supravegherea activității de asigurare și reasigurare* definește „holdingul de asigurare” și „holdingul mixt de asigurare” (art. 1 alin. (2), punctele 21, 23.), în materia instituțiilor de credit, *Ordonanța de urgență a Guvernului nr.98/2006* definește *societatea-mamă, grupul, controlul, conglomeratul financiar și societatea financiară holding mixtă* (art. 2 pct 10, 13 și 13, 15, 16), iar, în domeniul societăților listate, *Legea nr. 297/2004*, fără a folosi noțiunea de holding definește și utilizează termenii *grup, control și societate-mamă* (art. 2 pct. 9, 16 și 27).

Elementele comune ale acestor definiții sunt circumscrise ideii de control, rezultat din deținerea, fie a unei participații majoritare, fie a unui pachet de acțiuni care să permită, direct sau indirect, exercitarea unei influențe dominante în procesul decizional al societăților dintr-un grup societar.

De asemenea, în domeniul insolvenței, noua lege a creat o procedură specială în cazul grupului de societăți în care una sau mai multe entități societare se află în insolvență, un capitol din *Legea nr.85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, cu modificările și completările ulterioare*, fiind destinat structurilor societare care prezintă relevanță și pentru propunerile legislative în discuție.

Astfel, potrivit art. 5 pct. 35. din lege, „*grupul de societăți înseamnă două sau mai multe societăți interconectate prin control și/sau deținerea participațiilor calificate*”, iar potrivit pct. 9 al aceluiași articol, „controlul este capacitatea de a determina sau influența în mod dominant, direct ori indirect, politica financiară și operațională a unei societăți sau deciziile la nivelul organelor societare. O persoană va fi considerată ca deținând controlul atunci când:

a) *deține în mod direct sau indirect o participație calificată de cel puțin 40% din drepturile de vot ale respectivei societăți și niciun alt asociat sau acționar nu deține în mod direct ori indirect un procentaj superior al drepturilor de vot;*

b) *deține în mod direct sau indirect majoritatea drepturilor de vot în adunarea generală a societății respective;*

c) *în calitate de asociat sau acționar al respectivei societăți dispune de puterea de a numi sau de a revoca majoritatea membrilor organelor de administrație, conducere sau supraveghere”.*

#### **III.4 Actul constitutiv al cesionarului**

Actele constitutive al cesionarului, EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.), în forma în vigoare în anul 2008 și cea în vigoare în anul 2012, sunt prezentate în cadrul [Anexei nr. 6](#).



Următoarele obiectele de activitate sunt menționate în actul constitutiv al cesionarului:

a) *"strângerea de fonduri prin, între altele, împrumuturi în baza unor acorduri de credit, emiterea de obligațiuni și alte instrumente de debitare, utilizarea de derivate financiare sau altele și obținerea, achiziția, gestionarea și transferarea de (interese în) creanțe constând în sau în legătură cu emiterea de împrumuturi monetare sau alte tranzacții către un terț sau terți și asumarea tuturor drepturilor aferente creanțelor în cauză, Terții includ, de asemenea, grupuri de companii."*

Celelalte obiecte de activitate ale societății menționate în Actul Constitutiv sunt următoarele:

b) *"garantarea securității obligațiilor și datorii Societății";*

c) *"încheierea de acorduri, inclusiv, dar fără a se limita la derivate financiare, precum acorduri de dobândă și/sau de schimb valutar, în legătură cu obiectele menționate la punctele a și b";*

d) *"încheierea de acorduri, inclusiv, dar fără a se limita la acorduri bancare, acorduri de gaj și acorduri de administrare monetară, acorduri de gestionare a activelor și acorduri ce creează securitate în legătură cu obiectele menționate la punctele a, b și c mai sus".*

Pentru a identifica și mai exact prevederea conform căreia EFG New Europe Funding II B.V. pretinde că a avut drept obiect de activitate achiziția și derularea contractelor de credit "standard", constatăm că acest obiect de activitate este conținut de expresia *"Obținerea, achiziția, gestionarea și transferarea de (interese în) creanțe constând în sau în legătură cu emiterea de împrumuturi monetare sau alte tranzacții către un terț sau terți și asumarea tuturor drepturilor aferente creanțelor în cauză, Terții includ, de asemenea, grupuri de companii."*

Expresia reprezintă traducerea din limba engleză a următoarelor cuvinte: "to obtain, purchase, manage and transfer or (interests in) claims consisting of, or with respect to, the issuance of money loans, or other transactions, to a third party or third parties and the assertion of all rights related to such claims."

Ținând seama că au fost primite două variante de traduceri ale actului constitutiv în care cuvântul "claims" este tradus diferit, o dată cu sensul de "creanță" și altă dată cu sensul de pretenție, având în vedere definiția Glosarului Organizațiilor Economice emise de Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (O.E.C.D) pentru o persoană juridică cu activitatea principală de "Participare la capitalul social al altor entități", ce corespunde cu descrierea activității principale pentru cod CAEN 6420, conform căreia:

*"Această clasă include activități ale companiilor de tip holding, de exemplu unități ce dețin active (deținând diverse niveluri de control al acțiunilor) ale unui grup de filiale și a căror principală activitate este administrarea acțiunilor (proprietăților) grupului. Companiile de tip holding din aceasta clasă nu furnizează nici un alt serviciu*

*filialelor în care deține acțiuni, de exemplu ele nu administrează și nu conduc acele unități.”*

Considerăm că pentru a se ajunge la traducere mai apropiată de definiția menționată, prin expresia "interests in" ar trebui să se înțeleagă "participație" sau "cotă parte", iar prin "claims" ar trebui să se înțeleagă "acțiuni" ajungându-se astfel la activitatea menționată la art. 2.1. lit. a) din Actul constitutiv, care trebuie luată în ansamblu și nu pe părți, și anume aceea de a strânge fonduri, prin variantele menționate, pentru a achiziționa, gestiona și transfera participații/cotă parte din acțiunile unui terț, ce are legătură cu acordarea de credite sau alte tranzacții, și asumarea tuturor drepturilor aferente cotei parte de acțiuni în cauză.

Traducerea cuvântului "claims" ca fiind creanțe și implicit stabilirea ca obiect de activitate a unei societăți a activității de *achiziție, gestionare și transfer a creanțelor* este incorectă din următoarele considerente:

Având în vedere definiția cesiunii de creanță ca fiind convenția prin care un creditor transmite o creanță a sa unei alte persoane și ținând seama, așa cum și Însăși Bancpost S.A. recunoaște în adresele sale, de faptul că, în principiu, orice creanță poate forma obiectul unei cesiuni, este evident faptul că nu poate reprezenta obiect de activitate specific ceea ce prin lege este o operațiune juridică de transmisiune a laturii active a raportului juridic obligațional.

Nu în ultimul rând trebuie menționat faptul că termenul de "creanță" era folosit în legislația specifică domeniului financiar-bancar, în vigoare la data cesionării, doar în cadrul Legii nr. 31/2006, privind securitizarea creanțelor, în care se prevede posibilitatea cesionării creanțele rezultate din contractele de credit pot fi cesionate și către entități autorizate ce au drept obiect de activitate emiterea de instrumente financiare securitizate în baza unui portofoliu de creanțe, ori în cazul nostru EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) nu a făcut dovada acestei autorizări.

#### **IV. Tipul contractelor de credit care au făcut obiectul cesiunii & legislația specifică**

Conform prevederilor art. I.1 din Contractul Cadru de Vânzare Cumpărare Creanțe:

I. Credite de Consum - *"constau în orice facilități de credit la termen acordate Împrumutaților pentru a satisface nevoile personale și/sau nevoile familiei acestora, pentru a refinanța o facilitate retail acordată de Vânzător/de altă entitate sau pentru a cumpăra orice fel de bunuri, exceptând creditele pentru investiții imobiliare";*

II. Credite ipotecare - *"înseamnă credite acordate pe termen mediu sau lung (așa cum acesta este definit conform legislației române), care sunt garantate cu ipotecă pe proprietăți imobiliare. Pentru scopurile prezentului Contract Cadru, creditele ipotecare sunt:*

II.1 *Credite de Consum cu Ipotecă - înseamnă credite de consum acordate pe termen lung, garantate cu ipotecă pe proprietățile imobiliare ale Împrumutaților sau ale giranților personali ai acestora;*

II.2 *Credite Ipotecare Obișnuite - constau în orice facilitate de credit la termen acordată Împrumutatului pentru: 1) cumpărarea unei proprietăți imobiliare existente (teren și/sau construcție; 2) construirea, extinderea, consolidarea sau restructurarea unei clădiri noi/vechi sau ameliorarea unui teren; sau 3) refinanțarea unui credit ipotecar acordat de Vânzător/de o altă entitate, credite care, în toate cazurile, sunt garantate cu ipotecă pe proprietățile imobiliare respective;”*

Contractele de credit cesionate sunt fie credite ipotecare pentru investiții imobiliare, intrând astfel sub incidența Legii nr. 190/1999, privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare, fie credite de nevoi personale cu valori între suma de 200-20.000 euro intrând astfel sub incidența Legii nr. 289/2004, privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice, fie contracte de credit de nevoi personale, garantate cu ipotecă, cu valori mai mare de 20.000 euro, care intrau sub incidența O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor și a legislației specifice.

**IV.1** S-a cercetat legalitatea cesionării **contractelor de credit de consum** ce intră sub incidența **Legii nr. 289/2004** și s-au constatat următoarele:

Conform prevederilor art. 3, alin. (5) din Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naționale a României: *”Pentru îndeplinirea angajamentelor rezultate din acorduri, tratate, convenții la care România este parte, Banca Națională a României colaborează cu autoritățile din țară și din străinătate prin furnizarea de informații, adoptarea de măsuri corespunzătoare sau în orice alt mod compatibil cu prezenta lege.”*

În scopul asigurării aplicării în România, de la data aderării României la Uniunea Europeană, a prevederilor Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 octombrie 2004 privind cooperarea dintre autoritățile naționale însărcinate să asigure aplicarea legislației în materie de protecție a consumatorului, în conformitate cu prevederile H.G. nr. 244/2007, art. 2, alin. (2) și punctul 3. din Anexă, Banca Națională a României era desemnată, alături de Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor, ca *autoritate competentă* să asigure aplicarea legislației în domeniul protecției consumatorilor în conformitate cu Regulamentul (CE) nr. 2006/2004, respectiv în aplicarea Legii nr. 289/2004, privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice.

În preambulul Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 se menționează:

- la alin. (3): necesitatea cooperării între autoritățile publice însărcinate cu aplicarea legislației în materie de protecție a consumatorilor, în cazul în care acestea se confruntă cu încălcări intracomunitare, și, pe de cealaltă parte, să se contribuie la buna funcționare a pieței interne, la calitatea și la coerența aplicării legislației în materie

de protecție a consumatorilor și la supravegherea intereselor economice ale consumatorilor;

- la alin. (5): Domeniul de aplicare al dispozițiilor prezentului regulament în materie de asistență reciprocă ar trebui să se limiteze la încălcările intracomunitare ale legislației comunitare privind protecția consumatorilor. Eficiența cu care aceste încălcări sunt urmărite în justiție la nivel național ar trebui să garanteze *lipsa discriminării între tranzacțiile naționale și cele intracomunitare*;

Conform prevederilor art. 1 din Regulamentului (CE) nr. 2006/2004: *"Prezentul regulament stabilește condițiile în care autoritățile competente ale statelor membre, desemnate responsabile de aplicarea legilor care protejează interesele consumatorilor, cooperează între ele și cu Comisia pentru a garanta respectarea acestor legi și buna funcționare a pieței interne și pentru a îmbunătăți protecția intereselor economice ale consumatorilor."*

În cadrul art. 3, lit. b) se definește *"încălcarea intracomunitară"* ca fiind *"orice act sau altă omisiune contrară legilor care protejează interesele consumatorilor, astfel cum sunt definite la litera (a), care aduce atingere sau poate aduce atingere intereselor colective ale consumatorilor dintr-unul sau mai multe state membre, altele decât cel în care actul sau omisiunea în cauză își are originea sau a avut loc ori pe teritoriul căruia este stabilit comerciantul sau furnizorul responsabil sau în care se găsesc dovezile sau activele privind actul sau omisiunea respectivă"* iar în cadrul art. 3, lit. c) se definește *"autoritatea competentă"* ca fiind *"orice autoritate publică stabilită la nivel național, regional sau local și care are competențe specifice de asigurare a respectării legilor care protejează interesele consumatorilor"*.

Astfel, se constată că la data de 11.07.2008, data cesionării contractelor de credit, Banca Națională a României era, alături de Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor, autoritate competentă privind asigurarea respectării legilor care protejează interesele economice ale consumatorilor în ceea ce privește creditele de nevoi personale, cu valori între suma de 200-20.000 EUR, ce intră sub incidența Legii nr. 289/2004.

Calitatea de autoritate competentă a Băncii Naționale a României reiese chiar și din cuprinsul actului normativ, în cadrul art. 18, alin. (3), conform căruia: *"În cazul instituțiilor de credit, constatarea contravențiilor și aplicarea sancțiunilor prevăzute la alin. (1) și (2) se fac de către reprezentanții împuterniciți ai Băncii Naționale a României"*, din prevederile art. 2 din Ordinul nr. 231/2005, pentru aprobarea Normelor de aplicare a Legii nr. [289/2004](#): *"Banca Națională a României și Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor vor lua măsuri pentru ducerea la îndeplinire a prevederilor prezentului ordin"* și din prevederile art. 15 din Norme: *"În aplicarea legii și a prezentelor norme, Banca Națională a României are competențe exclusiv în ceea ce privește modul de ducere la îndeplinire a dispozițiilor acestora de către instituțiile de credit supuse unei proceduri de autorizare potrivit Legii nr. [58/1998](#), republicată."*

Conform prevederilor art. 16 din Legea nr. 289/2004:

*”(1) Pentru exercitarea activității de creditare reglementată de prezenta lege, creditorii și intermediarii de credit trebuie să obțină în acest sens o autorizație oficială, în condițiile art. 23 alin. (2).*

*(2) Instituțiile de credit supuse unei proceduri de autorizare de către Banca Națională a României, potrivit legii, sunt exceptate de la prevederile alin. (1).*

*(3) După data aderării României la Uniunea Europeană nu se supun procedurii de autorizare prevăzute de prezenta lege:*

*a) sucursalele și reprezentanțele creditorilor și intermediarilor de credit stabiliți într-un stat membru al Uniunii Europene sau Spațiului Economic European, care sunt abilitați în baza legislației acestor state să acorde credit de consum, respectiv să intermedieze încheierea contractelor de credit;*

*b) creditorii și intermediarii de credit, persoane fizice, stabiliți într-un stat membru al Uniunii Europene sau Spațiului Economic European și abilitați în baza legislației acestor state să acorde credit de consum, respectiv să intermedieze încheierea contractelor de credit.*

*(5) În cazurile în care constată nerespectarea prevederilor legale privind autorizarea sau a prevederilor prezentei legi, autoritățile prevăzute la alin. (4) pot dispune retragerea autorizației, anularea autorizației, precum și orice măsuri care sunt necesare pentru limitarea prejudicierii intereselor economice ale consumatorilor, inclusiv obligarea creditorului la plata despăgubirilor rezultate din contract sau obligarea creditorului aflat în imposibilitatea respectării clauzelor contractuale de a transmite obligațiile sale către un terț. Calitatea de terț poate fi deținută numai de o persoană autorizată conform prevederilor alin. (1)-(3), precum și de o societate de asigurare.”*

Se constată că, în conformitate cu prevederile art; 16, alin. (1), pentru exercitarea activității de creditare reglementată de Legea 289/2004, respectiv credite pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice, cu valori între suma de 200-20.000 EUR, era nevoie de obținerea unei *autorizații oficiale*.

Deasemenea, conform prevederilor art. 16, alin. (5), calitatea de terț, în cazul în care creditorul se află imposibilitatea respectării clauzelor contractuale transmiterea obligațiilor sale, poate fi deținută numai de o *persoană autorizată conform prevederilor alin. (1)-(3), precum și de o societate de asigurare*.

În cadrul activității de cercetare a petițiilor consumatorilor, Bancpost S.A. nu a pus la dispoziție o autorizație oficială emisă pentru EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) sau documente care să ateste calitatea de terț, definită conform prevederilor legale menționate.

Legea nr. 289/2004, în vigoare la data cesionării creditelor, a fost abrogată de O.U.G. nr. 50/2010 dar legalitatea acțiunii de cesionare a creditelor, care produce

efecte și în prezent, se cercetează prin prisma legislației în vigoare la data cesionării creditelor.

**IV.2** S-a cercetat legalitatea cesionării **contractelor de credit ipotecare** ce intră sub **incidența Legii nr. 190/1999**, privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare, și s-au constatat următoarele:

În forma inițială a Legii nr. 190/1999, cesionarea era reglementată, conform prevederilor art. 24, alin. (1), astfel: *"Creanțele ipotecare și privilegiate conform art. 1.737 din Codul civil, care fac parte din portofoliul unei instituții financiare autorizate prin lege, pot fi cesionate unor instituții financiare autorizate să acționeze pe piețele de capital."*

S-a constatat că *Banca Națională a României*, împreună cu Comisia Națională a Valorilor Mobiliare, a emis Normele metodologice nr. 3/2000 de aplicare a Legii nr. [190/1999](#), prin care se reglementa modalitatea de acordare, garantare și derulare a creditelor ipotecare.

În cadrul art. 16 din Normă se prevedea: *"Creanțele ipotecare ai căror creditori titulari sunt indicați în art. 1 alin. (1) din prezentele norme metodologice pot fi cesionate unor entități autorizate să funcționeze pe piața de capital, în condițiile prevăzute de Codul civil pentru cesiunea de creanță și cu respectarea prevederilor art. 26 din Legea nr. 190/1999."*

Prin Ordinul nr. 6/2006, emis de *Banca Națională a României*, împreună cu Comisia Națională a Valorilor Mobiliare, au fost abrogate Normele metodologice nr. 3/2000 de aplicare a Legii nr. [190/1999](#).

În forma în vigoare la data cesionării contractelor de credit, Legea nr. 190/1999, reglementa cesionarea, conform prevederilor art. 24, alin. (1), astfel: *"Creanțele ipotecare, care fac parte din portofoliul unei instituții autorizate prin lege, pot fi cesionate unei alte instituții de același tip ori altor entități autorizate și reglementate în acest sens prin legi speciale."*

Cesionarea se poate realiza doar către instituții de același tip ori altor entități autorizate și reglementate în acest sens prin legi speciale.

Bancpost S.A. este o instituție de credit iar conform definiției de la art. 7, alin. (1), punctul 10 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului: prin instituție de credit se înțelege: *"a) o entitate a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu; b) o entitate, alta decât cea prevăzută la lit. a), care emite mijloace de plată în formă de monedă electronică, denumită în continuare instituție emitentă de monedă electronică."*

Prin entitate reglementată, conform definiției de la art. 2, alin. (1), punctul 5 din O.U.G. nr. 98/2006, privind supravegherea suplimentară se înțelege *"o instituție de credit, o societate de asigurare, o societate de reasigurare, o societate de servicii de*

*investiții financiare, o firmă de investiții sau o societate de administrare a investițiilor, autorizată în România sau într-un alt stat membru.”*

În cadrul activității de cercetare a petițiilor consumatorilor Bancpost S.A. nu a pus la dispoziție documente care să ateste calitatea de *instituție de credit sau de entitate autorizată și reglementată în acest sens prin legi speciale.*

În luna decembrie 2008, prin prevederile OUG 174/2008, Legea nr. 190/1999 se modifică prin adăugarea art. 33<sup>1</sup>, astfel:

*”(1) Nerespectarea dispozițiilor art. 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19 și 26 constituie contravenție și se sancționează cu amendă de la 5.000 lei la 50.000 lei.*

*(2) Constatarea contravențiilor și aplicarea sancțiunilor prevăzute la alin. (1) se fac de către reprezentanții împuterniciți ai Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor. ”*

Până în luna decembrie 2008, în temeiul art. 33 din Legea nr. 190/1999, conform *căruia: ”Instituțiile autorizate sunt supuse supravegherii prudentiale și controlului instituțiilor abilitate prin lege”,* atât Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor cât și Banca Națională a României aveau competențe în a verifica respectarea prevederilor Legii nr. 190/1999 în totalitate.

Începând cu luna decembrie 2008, Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor nu mai avea competențe directe în a constata nerespectarea dispozițiilor art. 24, alin. (1) din Legea nr. 190/1999, în contextul în care constatarea contravențiilor a fost limitată la articolele menționate, dar având competențe indirecte prin prisma legislației generale privind protecția consumatorilor, în speță Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului și O.G. nr. 21/1992, privind protecția consumatorilor, împrumutații din contractele de credit ipotecare având calitatea de consumatori.

Privind articolele din Legea nr. 190/1999 pentru care Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor avea atribuție directă în verificare respectării menționăm art. 26 ce prevedea obligativitatea notificarea debitorului cedat prin scrisoarea recomandată în termen de 10 zile de la încheierea contractului de cesiune.

Bancpost S.A. nu a făcut dovada notificării debitorului cedat prin scrisoarea recomandată în termen de 10 zile de la încheierea contractului de cesiune a unui contract de credit ipotecar pentru investiții imobiliare constatându-se astfel nerespectarea prevederilor art. 26 din Legea 190/1999. Legea nr. 190/1999 a fost parțial abrogată prin O.U.G. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori.

În conformitate cu prevederile Legii 24/2000, privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, ordinele cu caracter normativ, instrucțiunile și alte asemenea acte, se emit numai pe baza și în executarea legilor, a hotărârilor și a ordonanțelor Guvernului și numai în domeniile în care acestea au atribuții legale.

În cadrul contractelor de credit ce intră sub incidență Legii 190/1999 se constată și menționarea conform căreia *contractul a fost încheiat, guvernat și semnat în baza Normelor Metodologice nr. 3/2000 de aplicare a legii nr. 190/1999 emise de Banca Națională a României.*

În contextul în care Banca Națională a României a emis normele de aplicare a Legii nr. [190/1999](#), privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare, având în vedere prevederile art. 33 din Legea nr. 190/1999, conform căruia: *"Instituțiile autorizate sunt supuse supravegherii prudentiale și controlului instituțiilor abilitate prin lege"* și prevederile art. 2, alin. (2), lit. b) din Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naționale a României, conform căruia B.N.R. are ca atribuție principală: *"autorizarea, reglementarea și supravegherea prudentială a instituțiilor de credit, promovarea și monitorizarea bunei funcționări a sistemelor de plăți pentru asigurarea stabilității financiare"* se constată că Banca Națională a României avea competențe legale în verificarea modului în care instituțiile de credit respectă prevederile legale privind cesionarea creanțelor ipotecare în conformitate cu prevederile art. 24, alin. (1), și anume numai către instituții de credit sau către entități autorizate și reglementate în acest sens prin legi speciale.

În cadrul activității de cercetare a petițiilor consumatorilor, Bancpost S.A. nu a pus la dispoziție, documente din care să reiasă că EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) reprezintă o instituție de credit sau entitate autorizată și reglementată în acest sens prin legi speciale.

Banca Națională a României, prin adresa nr. XX/1/2969/20.04.2018 a confirmat interdicția expresă a cesionării creditelor ipotecare acordate în baza legii nr. 190/1999, privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare.

**IV.3** Conform definițiilor din cadrul art. I.1 din Contractul Cadru de Vânzare Cumpărare Creanțe, creditele de consum includ și creditele ce intră sub incidența Legii nr. 289/2004, privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor iar creditele ipotecare includ și creditele care intră sub incidența Legii nr. 190/1999, privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare.

Creditele de consum, în măsura în care depășesc valoarea de 20000 EUR și nu sunt garantate cu ipotecă, și creditele ipotecare care nu intră sub incidența Legii nr. 190/1999 dar sunt garantate cu ipotecă, sunt credite care intră sub incidența legislației generale privind protecția consumatorilor.

Din documentele puse la dispoziție de către Bancpost S.A. nu se poate determina cu exactitate cuantumul creditelor care intră sub incidența fiecărei legislații specifice sau a legislației generale privind protecția consumatorilor.

## **V. Cercetarea legalității cesiunii și a operațiunilor efectuate ulterior**

### **V.1 Cesiunea - prezentare juridică**



Legalitatea cesiunii se judecă prin prisma prevederilor legale în vigoare la data încheierii contractului Contract Cadru de Vânzare Cumpărare Creanțe, respectiv a cesiunii contractelor de credit, în speță data de 11.07.2008.

Singurul temei legal invocat de către Bancpost S.A., în baza căruia a fost realizată cesiunea de creanță, este constituit de art. 1391 din vechiul Cod Civil, conform căruia: "*La strămutarea unei creanțe, a unui drept sau a unei acțiuni, predarea între cedente și cesionar se face prin remiterea titlului*".

Conform doctrinei, raportul juridic obligațional care se stabilește între creditor și debitor are un conținut economic. El cuprinde dreptul de creanță ce aparține creditorului și datoria, obligația corelativă, ce aparține debitorului.

Creanța constituie un element activ al patrimoniului creditorului, iar datoria (obligația) constituie un element pasiv al patrimoniului debitorului.

Dreptul modern cunoaște transmisiunea cu titlu particular a elementelor raportului juridic obligațional: creanța și datoria.

Transmisiunea de datorie nu era reglementată în dreptul civil român, deabia prin Noul Cod Civil fiind reglementată în mod expres.

Transmisiunea obligației reprezintă operația juridică în temeiul căreia, prin voința părților sau în puterea legii, latura activă sau latura pasivă a raportului juridic obligațional trece de la părți la o altă persoană iar transformarea obligației constă în operația juridică în temeiul căreia se schimbă, prin acordul părților, unul din elementele raportului juridic obligațional: subiecte, obiect sau cauza sa.

Conform Vechil Cod Civil dreptul civil român cunoaște ca moduri de transmitere a obligațiilor: cesiunea de creanță și subrogația în drepturile creditorului prin plata creanței iar ca moduri de transformare a obligației: novația și delegația.

Cesiunea de creanțe este o convenție prin care un creditor transmite o creanță a sa unei alte persoane.

Creditorul care transmite creanța se numește *cedent*, persoana către care se transmite creanța, care o dobândește prin cesiune, se numește *cesionar*, debitorul creanței transmise (cedate) se numește *debitor cedat*. Prin această convenție se transmite creanța pe care cedentul o are față de debitorul cedat Prin efectul cesiunii, noul credit al debitorului cedat va fi cesionarul.

Vechiul Cod Civil reglementează cesiunea de creanță la materia vânzării (art. 1391-1398 și 1402-1404) și are în vedere numai cesiunea de creanță cu titlu oneros.

Cesiunea de creanță este o convenție, un contract. Ca urmare, ea trebuie să îndeplinească toate condițiile de validitate ale contractului.

În principiu, orice creanță poate forma obiectul unei cesiuni, nu numai aceea care are drept obiect o sumă de bani.

Cesiunea de creanță este un contract consensul, deci este valabil încheiat din momentul realizării acordului de voință. Prevederea art. 1391 Vechiul Cod Civil potrivit

cu care “la strămutarea unei creanțe (... predarea între cedent și cesionar se face prin remiterea titlului)” este interpretată în sensul că cesionarul are dreptul să pretindă cedentului titlul constatator al creanței. Sau, altfel spus, prin remiterea titlului se execută contractul de cesiune de creanță, valabil încheiat prin simplul acord de voință al părților.

Din punctul de vedere al efecelor cesiunii de creanță trebuie să subliniem, mai întâi, că ea produce efectele actelor juridice care se înfăptuiesc prin intermediul ei: vânzare, schimb, împrumut, donație.

În al doilea rând, cesiunea de creanță produce efecte specifice. Din acest punct de vedere distinge: efecte între părți și efecte față de terți.

Între părți, ca efect al cesiunii de creanță, din momentul realizării acordului de voințe creanța se transferă către cesionar. Creanța trece în patrimoniul cesionarului cu toate drepturile pe care i le conferea cedentului.

Cesionarul devine creditor în locul cedentului, preluându-i toate drepturile, creanța rămâne neschimbată, în sensul că-și păstrează natura, civilă sau comercială și garanțiile care o însoțeau.

## **V.2 Condiții esențiale pentru validitatea unui contract de cesiune creanțe**

Conform Vechiului Cod Civil, în vigoare la data încheierii contractelor de cesiune:

*Art. 948 Condițiile esențiale pentru validitatea unei convenții sunt:*

- 1. capacitatea de a contracta;*
- 2. consimțământul valabil al părții ce se obligă;*
- 3. un obiect determinat;*
- 4. o cauză licită (C. civ., 949 și urm., 953 și urm., 962 și urm., 966 și urm.).*

Prin încheierea Contractului Cadru de Vânzare Cumpărare Creanțe încheiat la data 11.07.2008 s-a constatat încălcarea următoarelor condiții esențiale pentru validitatea unei convenții:

### **1. Capacitatea de a contracta**

Conform art. 949 Vechiul Cod Civil: “*Poate contracta orice persoană ce nu este declarată necapabilă de lege (C. civ., 948, 950-952, 1163, 1164, 1167.)*”

Orice persoană juridică poate încheia acte juridice atâta vreme cât nu se încadrează într-una dintre situațiile extraordinare care îi interzic acest lucru. Ca orice excepție, incapacitatea nu poate să se nască decât din lege, fie că este vorba despre o incapacitate generală (imposibilitatea de a încheia acte juridice în general), fie că

vorbim de o incapacitate specială, care privește interdicția de a încheia anumite acte juridice.

În principiu, validitatea actului juridic este condiționată de existența capacității părților în momentul formării actului.

Or, în cazul nostru s-a constatat că cesionarul este o persoană juridică prezentată detaliat în cadrul punctului III., Cod CAEN 6420, "Participare la capitalul social al altor entități" sau "Activități ale holdingurilor", ca parte a domeniului de activitate cu aceeași denumire, cod CAEN 642, domeniu de activitate diferit de "Intermedierea monetară" (Cod CAEN 641), precum este cazul instituției de credit, persoană juridică prezentată detaliat în cadrul punctului II., care are ca activitate principală "Alte activități de intermediere monetară", cod CAEN 6419.

Se constată că cesionarul a încheiat actul juridic de cesiune creanțe, în urma căruia a transferat în patrimoniul său contracte de credit pentru care a calculat și reținut sume de bani reprezentând dobânzi, comisioane și penalități de la consumatori persoane fizice, activități specifice unei instituții de credit, cu încălcarea principiului specialității capacității de folosință a persoanei juridice.

Sunt sancționate cu nulitatea absolută, ca sancțiune care lipsește actul juridic de efectele sale, actele juridice încheiate cu nesocotirea principiului specialității capacității de folosință a persoanei juridice.

## 2. O cauză licită

Conform art. 968 Vechiul Cod Civil: *Cauza este nelicită când este prohibită de legi, când este contrarie bunelor moravuri și ordinii publice (C. civ., 5, 728, 1008, 1636, 1689).*

Prin cesiunea creditelor performante reprezentând contracte de credit ipotecare acordate în baza legii nr. 190/1999, s-au încălcat prevederile art. 24, alin. (1) din actul normativ, prin care se legifera interdicția expresă prevăzută de lege a cesionării creditelor ipotecare, acordate în baza Legii nr. 190/1999, doar către instituții de același tip ori altor entități autorizate și reglementate în acest sens prin legi speciale.

Prin cesiunea creditelor performante reprezentând contracte de credit acordate în baza legii nr. 289/2004 s-au încălcat prevederile art. 16, alin. (5) din actul normativ.

Încălcărilor prevederilor art. 24, alin. (1) din legea nr. 190/1999, instituite pentru ocrotirea unui interes general, au fost confirmate și de Banca Națională a României prin adresa nr. XX/1/2969/20.04.2018.

Se constată cauza ilicită în cazul contractului de cesiune, acestea reprezentând doar mijlocul pentru a eluda aplicarea unor norme legale imperative, pentru a se realiza *fraudarea legii*.

În lumina considerentelor de mai sus se constată că prin încheierea contractelor de cesiune creanțe în cauză s-a realizat încălcarea condițiilor esențiale pentru validitatea unei convenții, în totalitate prin prisma capacității de folosință și parțial, doar pentru creditele acordate în baza legii nr. 190/1999 și în baza legii nr. 289.2004, din prisma cauzei ilicite.

### **V.3 Opozabilitatea cesiunii față de debitori**

Sub aspectul legii aplicabile contractului de cesiune de creanțe legiuitorul a stabilit ca regulă aplicarea legii în vigoare la data încheierii actului juridic, între altele, și pentru efectele actului juridic, inclusiv pentru cele produse după intrarea în vigoare a unei noi legi, regulă ce se desprinde atât din dispozițiile art. 6 alin. 2 și 3 Cod civil, art. 3 și 4 din Legea nr. 71/2011 cât și din art. 102 alin. (1) din Legea nr. 71/2011.

Cesiunea de creanță se încheie valabil prin simplul acord de voință al părților, fiind, în principiu, un contract consensual, nefiind cerut consimțământul debitorului cedat întrucât acesta nu este parte în contractul de cesiune.

Contractul de cesiune de creanțe încheiat în data 11.07.2008 între Bancpost, în calitate de cedent, și EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.), în calitate de cesionar, intră sub incidența Codului civil de la 1864 și, respectiv, sub cea a Legii nr. 99/1999 – titlul VI în ce privește efectele contractului față de debitorii cedați.

Conform Art.1393 din Vechiul Cod civil:

*“1) Cesionarul nu poate opune dreptul său la o a treia persoană decât după ce a notificat debitorului cesiunea.*

*(2) Același efect va avea acceptarea cesiunii făcută de debitor într-un act autentic (C. civ., 973, 1149, 1833).”*

Conform dispozițiilor art. 1393 Cod civil, cesiunea este opozabila debitorului cedat numai din momentul în care a fost realizată publicitatea acesteia fie prin notificarea cesiunii către debitor, fie prin acceptarea cesiunii de creanță de către acesta într-un act autentic. Până la momentul îndeplinirii formalităților cerute de lege pentru opozabilitatea cesiunii, debitorul cedat poate să o ignore, chiar dacă ar avea cunoștință despre cesiune.

Prin urmare, potrivit art. 1393 Vechiul Cod civil, cesionarul nu poate opune dreptul său la o a treia persoană decât după ce a notificat debitorului cesiunea. Același efect va avea acceptarea cesiunii făcută de debitor într-un act autentic.

Conform art. 37, alin. (19) din Legea nr. 7/1996 a cadastrului și a publicității imobiliare: *“Cesionarul unei creanțe ipotecare garantate cu o ipotecă imobiliară va putea cere în favoarea sa înscrierea transferului ipotecii în cartea funciară, pe baza înscrișului de cesiune a creanței încheiat în formă autentică.”*

Potrivit art. 2 din Legea nr. 99/1999 - titlul VI, în forma de la data încheierii contractului de cesiune, sunt supuse publicității prin înscriere în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, alături de alte acte juridice, și toate cesiunile drepturilor de

creanță, sens în care se reține că, această reglementare, se aplică, de principiu, tuturor cesiunilor de creanță iar potrivit art. 99 din titlul VI al Legii nr. 99/199, între cesiunea notificată debitorului sau acceptată de către acesta și cesiunea înscrisă la arhivă, potrivit prezentului titlu, va avea prioritate cesiunea înscrisă. În cazul unor cesiuni succesive va avea rang de prioritate față de terți cesionarul care și-a înscris primul cesiunea la arhivă, indiferent dacă are sau nu cunoștință de existența altor cesiuni.

În consecință, coroborând dispozițiile art. 1393 Vechiul Cod civil, care nu a fost abrogat prin intrarea în vigoare a Legii nr. 99/1999, cu dispozițiile din această din urmă lege, sus amintite, s-a reținut că publicitatea cesiunilor de creanță se poate face prin oricare dintre mijloacele juridice prevăzute de art. 1393 Vechiul Cod civil ori prin înscrierea în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare.

O eventuală opozabilitate a efectelor cesiunii de creanță către debitorii cedați, inclusiv un eventual efect de lipsire de calitate procesuala pasiva a cedentului, ar fi devenit opozabile numai de la data notificării cesiunii, conform art.1393 din Vechiul Cod civil.

S-a constatat că niciuna din părțile semnatare ale contractului de cesiune de creanțe nu a realizat demersurile pentru publicitatea cesiunii în conformitate cu dispozițiile legale sus menționate.

Nu au fost îndeplinite cerințele prevăzute de dispozițiile art. 1393 din Vechiul Cod civil referitoare la notificarea cesiunii de creanță, astfel încât debitorii sunt îndreptățiți să ignore efectele acesteia.

În consecință, având în vedere că, față de debitorii cedați nu au fost îndeplinite formalitățile prevăzute de lege pentru opozabilitatea cesiunii de creanță, instituția de credit cedentă Bancpost S.A. are calitate procesuală pasivă și nu se justifică calitatea de creditor a cesionarului față de debitorii cedați.

#### **V.4 Cesiunea, natura specifică a contractului de credit și transmiterea caracterului titlului executoriu al contractului de credit.**

Înainte de a prezenta natură specifică a contractului de credit este necesar a prezenta transmiterea titlului executoriu al contractului de credit.

În contextul în care în ultimii ani băncile au preferat cesionarea creanțelor către anumite societăți de recuperare creanțe care nu sunt instituții de credit în sensul O.U.G. nr. 99/2006, astfel încât executarea silită a clienților debitori a fost realizată de cesionari, în cadrul instanțelor de judecată s-a pus în discuție dacă cesionarul se poate prevala de caracterul de titlu executoriu al contractului de credit.

Deși în majoritatea soluțiilor pronunțate s-au admis cererile de încuviințare a executării silite, totuși nu puține au fost instanțele de judecată care au respins astfel cereri, apreciind că respectiva societate de recuperare creanțe nu se poate prevala de caracterul de titlu executoriu al contractului de credit.

Înalta Curte de Casație și Justiție a fost sesizată de Tribunalul Specializat Cluj în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile cu privire la modul de interpretare și aplicare a dispozițiilor art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, în situația în care cererea de încuviințare a executării silite a unui contract de credit este formulată de creditorul cesionar al creanței.

Deși Înalta Curte de Casație și Justiție, prin decizia nr. 3 din 14.04.2014 pronunțată în dosarul nr. 1/1/2014/HP, a constatat că cerința nouății chestiunii de drept nu este îndeplinită și a respins ca inadmisibilă sesizarea privind pronunțarea unei hotărâri preliminare, astfel că nu a dat o dezlegare de drept în sensul art. 521 Codul de Procedură Civilă, totuși, în cuprinsul considerentelor, și-a exprimat punctul de vedere.

Înalta Curte de Casație și Justiție în susținerea punctului său de vedere, a apreciat că, pentru interpretarea corectă a prevederilor legale în vederea soluționării cererii de încuviințare silită, este necesar a se realiza analiza de conținut a normelor care guvernează regimul juridic al cesiunii de creanță, în corelare cu cele care instituie caracterul de titlu executoriu contractelor de credit.

În acest sens, încuviințarea executării silite este numai o procedură de ordin formal, care precede executării propriu-zise, astfel încât se apreciază că problema semnalată nu comportă o reală dificultate care să necesite interpretarea unor texte de lege imperfecte, lacunare ori contradictorii.

Consacrarea, prin art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare, a caracterului executoriu al contractelor de credit, încheiate de o instituție de credit, este impusă pentru a permite executarea silită a unei obligații (creanțe), iar nu a unui înscris, acesta fiind doar materializarea izvorului obligației respective. În consecință, caracterul executoriu este asociat cu creanța, iar nu cu înscrisul ca atare și, atât timp cât legiuitorul a acordat contractelor de credit caracterul de titluri executorii, creanța însăși a devenit una executorie, astfel încât atributul executorialității nu se constituie într-un aspect de drept procesual, așa cum a susținut titularul sesizării, ci a devenit o calitate a creanței, care se transmite prin cesiune.

Totodată, trebuie subliniat că art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare, nu a conferit contractelor de credit trăsătura de titlu executoriu în considerarea persoanelor semnatare ale unor asemenea contracte, ci a naturii respectivelor convenții.

Modificarea părților originare ale actului juridic care constituie titlu executoriu nu afectează substanța titlului executoriu, poziția cesionarului fiind aceea a unui veritabil succesori cu titlu particular, care preia, astfel, toate drepturile pe care cedentul le avea în legătură cu creanța.

Opinia **exprimată de Tribunalul Specializat Cluj** ca instanță de sesizare, este că atunci când creditorul care solicită încuviințarea executării silite a unui contract de credit este cesionarul, în urma încheierii unei cesiuni de creanță cu instituția de credit, cererea de încuviințare a executării silite trebuie respinsă ca neîntemeiată.

În argumentarea acestei opinii, autorul sesizării a apreciat că noțiunea de creanță, de garanții, de accesorii privește materialitatea, substanța dreptului dedus judecării, iar nu atributul executorialității sale, care constituie un aspect de drept procesual, nu un accesoriu al dreptului cedat.

Un asemenea atribut poate fi stabilit exclusiv de către legiuitor și dacă, în ipoteza contractelor de garanție reală și personală aferente contractului de credit, legea a prevăzut în mod expres caracterul de titlu executoriu, în cazul cesiunii de creanță, el nu a mai fost reglementat.

În același sens, tribunalul a reținut că legiuitorul a înțeles să confere caracter de titlu executoriu contractului de credit în considerarea persoanei creditorului, respectiv a instituției de credit care acordă împrumutul bancar, titlul executoriu fiind raportat strict cu privire la obiectul său – debitul principal și accesoriiile, precum și la subiectele sale – instituția bancară și debitorul.

Totodată, autorul sesizării a învederat că, inițial, opiniile la nivelul Tribunalului specializat Cluj au fost divergente, pentru ca, apoi, într-o perioadă de timp relativ scurtă, ulterior uniformizării practicii în cadrul acestei instanțe, să se constate existența unei practici neunitare la nivelul întregii țări.

În doctrină se mai întâlnesc și următoarele argumente care împărtășesc opinia exprimată de Tribunalul Specializat Cluj:

a) Legiuitorul a înțeles să dea putere de titlu executoriu doar contractului de credit odată ce instituirea caracterului de titlu executoriu a avut la bază argumente de ordin economic și de protejare a circuitului; b) natura specifică a contractului de credit.

Punctul de plecare îl constituie identificarea unui răspuns din perspectiva cesiunii de creanță, anume ce se transferă de la cedent la cesionar odată cu încheierea ei, respectiv dacă se transmite sau nu inclusiv titlul executoriu.

Opiniile conturate în doctrină sunt diferite, unii autori susținând că cesionarul primește odată cu creanța cedată inclusiv eventuala calitate de titlu executoriu a creanței sau, dimpotrivă, alți autori exprimându-și rezerve sub acest aspect, în sensul că instanțele judecătorești să considere neaplicabile dispozițiile O.U.G. nr. 99/2006 noului creditor care nu are calitatea de instituție bancară. Majoritatea doctinarilor, pornind de la concepția potrivit căreia cesiunea nu transferă numai emolumentul creanței, iar cesionarul este parte survenită în contractul inițial, apreciază că cesionarul poate exercita toate acțiunile ce au aparținut cedentului; cesionarul devine creditor în locul cedentului, preluându-i toate drepturile, iar creanța rămâne neschimbată.

În susținerea tezei afirmative, principalul argument ar fi art. 1396 C. civ. din 1864, care stabilea că vinderea sau cesionarea unei creanțe cuprinde accesoriiile creanței, precum cauțiunea, privilegiul și ipoteca (art. 1568 C. civ. în vigoare); cu alte cuvinte, se apreciază de cei ce îmbrățișează acest punct de vedere că odată cu creanța, se cesionează și caracterul de titlu executoriu.

Și în literatura juridică franceză având în vedere că textele de lege au aceeași redactare, punctul de vedere exprimat este în sensul că din categoria accesoriiilor fac

parte și acțiunile în justiție (mai puțin acțiunea rezolutorie), inclusiv titlurile executorii. Uneori se face distincție după cum titlul executoriu a fost obținut sau nu de cedent anterior cesiunii, apreciindu-se că dacă s-a obținut anterior cesiunii titlul executoriu își păstrează valabilitatea și se transmite la cesiona.

Revenind la obiectul analizei noastre și raportându-ne strict la contractele de credit, a aprecia că se realizează transferul către cedent inclusiv a caracterului de titlu executoriu nu este la adăpostul criticilor, odată ce caracterul de titlu executoriu nu este al sumei împrumutate (al creanței), ci al contractului de credit ca și înscris formal încheiat între anumite persoane și într-un anumit context; caracterul de titlu executoriu este al contractului de credit încheiat de o instituție de credit.

Cu toate că majoritatea opiniilor sunt în sensul transferului titlului executoriu, apreciem că în privința contractelor de credit se impune să reținem natura specifică a activității de creditare, dar și de nevoia de protecție a clientului, tărâm pe care se poate identifica o soluție favorabilă punctului nostru de vedere.

Caracterul de titlu executoriu este recunoscut de legiuitor doar contractului de credit (art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006). Este evident că legiuitorul a recunoscut acest caracter de titlu executoriu contractelor de credit din mai multe motive: instituirea unui mecanism rapid de recuperare a creanțelor, siguranța oferită la momentul acordării creditelor prin folosirea unor tipizate aprobate, în condiții de creditare și garantare stabilite de Banca Națională a României și sub supravegherea prudențială a acesteia din urmă instituții.

De remarcat că legiuitorul a întărit sub acest aspect calitatea celui ce încheie contract de credit, specificând expres că sunt titluri executorii doar contractele încheiate de instituțiile de credit. De altfel, art. 372 C. pr. civ. precizează că executarea silită se va efectua numai în temeiul unei hotărâri judecătorești ori a altui înscris care, potrivit legii, constituie titlu executoriu.

Se impune a fi observată și finalitatea urmărită de legiuitor în redactarea art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006, astfel că odată ce calitatea de instituție de credit a fost subliniată, a admite că cesionarea creanței are ca efect și preluarea caracterului de titlu executoriu înseamnă a înfrânge scopul avut în vedere la momentul introducerii acestui text de lege.

Recunoașterea caracterului de titlu executoriu și contractului de credit prin Legea nr. 58/1998 nu este întâmplătoare, soluția legiuitorului având în vedere argumente de ordin economic, dar și ținând cont de interesul public. Aceste argumente sunt oferite chiar de instanța supremă în considerentele Deciziei XIII din 2006 în care, analizându-se practica neunitară existentă în interpretarea caracterului executoriu al contractelor încheiate anterior intrării în vigoare a Legii nr. 58/1998, a decis că și contractele încheiate anterior acestei legi sunt titluri executorii:

*“Instituindu-se astfel un sistem execuțional unitar, simplificat, de natură a asigura recuperarea cu celeritate a creanțelor bancare, fără a se mai recurge la procedura complicată, specifică răspunderii contractuale, s-a răspuns unui vădit interes public, de*



garantare a creditului, care să înlăture riscul pentru depunători și acționari de a ajunge în situația de a fi lipsiți de economiile sau investițiile pe care le-au făcut.

În această privință, este de reținut că activitatea bancară, deși se realizează de persoane juridice de drept privat, prezintă un incontestabil interes public.

Or, realizarea acestui interes public impune garantarea creditului acordat de către bănci printr-o dispoziție a legii, în sensul ca actul juridic prin care împrumutul a fost convenit să aibă și caracter de titlu executoriu, spre a fi folosit, ca atare, în cadrul unei proceduri suplă, simplificate, pentru recuperarea sumelor împrumutate de la debitorii de rea-credință care ar refuza să le restituie la termenele scadente”.

Observând că majoritatea interpretărilor înclină spre a recunoaște că cesionarul se poate prevala de caracterul de titlu executoriu, totuși nu putem face abstracție de acest interes public manifestat în domeniul bancar, subliniat chiar în decizia de mai sus, dar mai ales de natura raporturilor de creditare.

Un argument îl constituie și natura juridică specifică a contractului de credit, respectiv că astfel de contracte sunt încheiate *intuitu personae*. În măsura în care reținem că aceste contracte se încheie în considerarea calității părților, creanța nu mai poate fi cesionată. Fără îndoială că toate contractele de credit sunt urmarea a analizei cocontractantului, din perspectiva băncii a bonității clientului și a garanțiilor oferite, numai urmare a acestor informații încheindu-se contractul, iar din partea clientului a costului creditului sau serviciului oferit, acestea fiind diferite de la o bancă la alta.

Legiuitorul a înțeles să confere caracter de titlu executoriu contractului de credit în considerarea persoanei creditorului, respectiv a instituției de credit care acordă împrumutul bancar, titlul executoriu fiind raportat strict cu privire la obiectul său: debitul principal și accesoriile, precum și la subiectele sale: instituția bancară și debitorul.

Prin „dobândirea” creanței de către cesionarul ce nu deține calitatea de instituție de credit cu obiect de activitate principală creditarea, caracterul *intuitu personae* al contractului de credit nu se transmite și cesionarului neprofesionist în materie de creditare, iar contractul de cesiune nu reprezintă titlu executoriu.

Astfel, prin cesiune se pierde caracterul de titlu executoriu al contractului de credit întrucât legiuitorul nu a înțeles să confere caracter de titlu executoriu și contractelor de împrumut încheiate cu alte entități juridice decât instituții financiare autorizate. Este adevărat că cesiunea de creanță implică transmiterea creanței împreună cu accesoriile și garanțiile sale, dar noțiunea de creanță, de garanții, de accesorii privește materialitatea, substanța dreptului dedus judecății, iar nu atributul executorialității sale, aspect de drept procesual.

Este greșit a interpreta că transferul creanței implică și transmiterea valorii sale de titlu executoriu, întrucât caracterul de titlu executoriu al creanței nu este un accesoriu al dreptului cedat, ci un atribut pe care legiuitorul l-a prevăzut expres sau nu pentru acest contract. În cazul contractelor de garanție reală și personală aferente contractului de credit a fost reglementat în mod expres caracterul de titlu executoriu. În cazul cesiunii de creanță nu a fost prevăzut în mod expres acest caracter.

Legea recunoaște contractelor de credit încheiate cu instituțiile financiare bancare sau nebancare aptitudinea de a fi titluri executorii, fără a fi necesară îndeplinirea vreunei alte formalități. Scopul legiuitorului a fost acela de a menține stabilitatea sistemului financiar și de a asigura executarea cu celeritate a obligațiilor asumate prin contractele de credit, în considerarea obiectului principal de activitate al instituțiilor financiare: creditarea. Astfel, contractele de credit își păstrează caracterul de titluri executorii atâta vreme cât parte în contract este o instituție financiară bancară sau nebancară.

Nu fără importanță în conturarea unui punct de vedere față de problematica analizată este și fenomenul de publicizare a dreptului bancar. Legătura din ce în ce mai strânsă a dreptului bancar cu dreptul public este rezultatul *interesului deosebit pe care îl reprezintă pentru orice stat activitățile permise instituțiilor de credit.*

*De îndată ce contractul de credit este cesionat către o altă entitate juridică decât o instituție de credit, raportul dintre noul creditor și debitor capătă o altă natură juridică.* În acest sens, O.U.G. nr. 99/2006 interzice în mod expres entităților juridice care nu sunt instituții de credit să desfășoare activități cu specific bancar.

Reamintim că în cazul nostru cesiunea de creanță s-a realizat pentru contracte de credit pentru care nu s-au înregistrat întârzieri la plata ratelor, astfel încât nu este cazul unei creanțe certe, lichidă și exigibilă în sensul unei creanțe pentru care se efectuează executarea silită prevăzută de Codul de Procedură Civilă.

Ca efect al cesiunii, cesionarul deține într-adevăr un drept de creanță împotriva debitorului, dar acest drept care are un caracter judiciar, preluarea de către cesionar a tuturor drepturilor pe care instituția bancară le avea față de debitor nu implică și transmiterea naturii specifice a contractului de credit, care se realizează doar în baza prevederilor legale prin autorizarea cesionarului în vederea desfășurării activității specifice de creditare de autoritatea competentă conform legii.

Prin cesiunea de creanță se realizează transmiterea unui drept de creanță și nu transmiterea drepturilor recunoscute de lege contractelor de credit.

În doctrina economică, dobânda este definită ca reprezentând *"suma de bani stabilită în contractul de împrumut cu dobândă, pe care debitorul împrumutat o datorează creditorului împrumutător pentru folosința temporară a sumei de bani împrumutate"*.

Având în vedere această definiție activitatea de percepere a sumelor de bani reprezentând dobândă este întotdeauna asociată cu activitatea de acordare a creditelor, specifică instituțiilor de credit, în urma căreia debitorul împrumutat are datoria periodică de a achita, conform graficului de rambursare, creditorului împrumutător o sumă de bani pentru folosința temporară a sumei de bani împrumutate.

În cazul unei cesiuni de contract de credit bancar dobânda continuă să curgă potrivit graficului inițial de rambursare a creditului, pe când, în cazul cesiunii de creanță, dobânda nu mai continuă să curgă potrivit graficului inițial de rambursare a creditului, contractul de credit bancar încetându-și efectele ca urmare a cesiunii în

cazul în care cesionarul nu este autorizat de autoritatea competentă să desfășoare activități de creditare conform legii.

EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) nu a pus la dispoziția Autorității Naționale Pentru Protecția Consumatorilor nicio autorizație, așa cum este definită în cadrul art. 7, alin. (1), punctul 3 din OUG nr. 99/2006: "act emis indiferent sub ce formă de către autoritatea competentă, care dă dreptul de a desfășura activități specifice unei instituții de credit" precum și orice tip de autorizație emis de o autoritate competentă, astfel încât nu avea dreptul de a percepe dobânzi, comisioane de administrare și penalități specifice instituțiilor de credit.

Nu s-a constatat autorizația care să permită EFG New Europe Funding II B.V. dreptul de a desfășura activitatea de *"acordare de credite, incluzând printre altele: credite de consum, credite ipotecare"*.

EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) în calitate de cesionar avea dreptul de a percepe lunar, doar sume de bani reprezentând principalul creditului, perceperea oricărei alte sume de bani realizându-se fără nicio bază legală, în condițiile constatării lipsei capacității speciale de folosință a cesionarului care nu are calitatea de instituție de credit sau instituție financiară autorizată.

Din cercetarea Contractului de Administrare Active Financiare încheiat între Bancpost S.A., în calitate de cedent și EFG New Europe Funding II B.V., în calitate de cesionar, conform prevederilor art. 2.1.2, se constată că cesionarul încasa în conturile colectoare, corespunzătoare fiecărei monede (EUR, USD și CHF) Fluxul Brut de Numerar, care conform definiției de la art. 1.1 din Contract reprezintă *"toate veniturile în numerar din Active sau în legătură cu acestea, incluzând fără a se limita la plățile dobânzilor și ale principalului, veniturile obținute din vânzarea, finanțarea sau refinanțarea Activelor, veniturile din orice executare (inclusiv vânzarea în cazul declarării scadenței anticipate) a Garanțiilor"*.

Se constată astfel că *cesionarul a încasat periodic de la consumatori sume reprezentând dobândă și comision de administrare în cadrul unor contracte de credit clasificate în categoria "credite standard"*, conform regulamentelor Băncii Naționale a României în vigoare

## **V.5 Operațiuni specifice unei instituții de credit realizate de către cesionar**

S-a cercetat legalitatea percepției de dobândă de către EFG New Europe Funding II B.V., persoană juridică, cod CAEN 6420, "Participare la capitalul social al altor entități", parte dintr-un domeniu de activitate diferit de domeniul "Intermediere monetară", cod CAEN 641, și s-au constatat următoarele:

O.U.G. nr. 99/2006, privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, prin care s-a realizat transpunerea și implementarea în legislația națională a Directivei nr. 2006/48/CE a Parlamentului European privind accesul la activitate și desfășurarea activității de către instituțiile de credit, reglementează condițiile de acces la activitatea

bancară și de desfășurare a acestora pe teritoriul României, supravegherea prudențială a instituțiilor de credit și a societăților de servicii de investiții financiare.

Banca Națională a României este autoritatea competentă cu privire la reglementarea, autorizarea și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit conform prevederilor art. 4, alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006.

Conform definiției de la art. 7, alin. (1), punctul. 14 din O.U.G. nr. 99/2006 *instituția financiară* este "o entitate, alta decât o instituție de credit, a cărei activitate principală constă în dobândirea de participații în alte entități sau în desfășurarea uneia sau mai multora dintre activitățile prevăzute la art. 18 alin. (1) lit. b)-l)."

EFG New Europe Funding II B.V. nu este o instituție de credit iar activitatea principală constă în "Participare la capitalul social al altor entități", cod CAEN 6420 astfel încât *EFG New Europe Funding II B.V. ar reprezenta cel mult o instituție financiară în accepțiunea O.U.G. nr. 99/2006.*

Se constată că în cadrul definiției se menționează și posibilitatea desfășurării uneia sau mai multora dintre activitățile prevăzute la art. 18 alin. (1) lit. b)-l) din OUG nr. 99/2006.

În cadrul art. 18 se reglementează activitățile permise *instituțiilor de credit în limita autorizației acordate*, din care menționăm, având în vedere restricția pentru instituțiile financiare, doar lit. b): "*acordare de credite, incluzând printre altele: credite de consum, credite ipotecare, factoring cu sau fără regres, finanțarea tranzacțiilor comerciale, inclusiv forfetare.*"

Se constată că activitatea cod CAEN 6420 se regăsește ca activitate pe care instituțiile de credit o pot desfășura în urma autorizării, în cadrul art. 18, alin. (1), lit. p) din O.U.G. nr. 99/2006: "*dobândirea de participații la capitalul altor entități.*"

Privind contractele de credit ce fac obiectul reclamațiilor s-au constatat *operațiuni de restructurare* a creditelor după cesionarea creditelor către EFG New Europe Funding II B.V..

Operațiunile de restructurare a creditelor sunt operațiuni specifice instituțiilor de credit care au scopul de a susține clienții în depășirea unor situații de dificultate financiară temporară apărute pe perioada de derulare a contractelor.

Operațiuni de restructurare pot fi de următoarele tipuri: rescadențare, reeșalonare, refinanțare.

Rescadențarea modifică data și/sau suma de plată a ratelor de credit în sold fără a se depăși durata inițială de acordare a creditului spre deosebire de reeșalonare care permite modificarea sumei de plată a ratelor de credit în sold cu depășirea duratei inițiale de acordare a creditului iar prin refinanțare se acordă un nou credit pentru rambursarea creditului/creditelor în derulare și care înregistrează sume neachitate la scadență.

În practica băncii s-au constatat operațiuni de restructurare a creditelor de tipul rescadențării și reeșalonării.

S-a constatat acordarea unor perioade de grație de până la 12 luni (pentru una sau mai multe componente ale creditului: principal, comision, dobânda, variante combinate ale acestora) și capitalizarea restanțelor înregistrate prin includerea sumelor restante în soldul creditului.

Capitalizarea restanțelor înregistrate cât și *acordarea perioadelor de grație* reprezintă o altă formă prin care *suma inițială a creditului se modifică în sensul majorării acesteia*, realizându-se astfel *majorarea costului total al creditului pentru consumatori și majorarea dobânzii*.

Prin capitalizarea restanțelor înregistrate cât și prin acordarea perioadelor de grație se realizează o operațiune specifică instituțiilor de credit, de *acordare de credite*, fapt cu atât mai evident în cazul reeșalonării când *se prelungeste durata inițială de acordare a creditului*.

Deasemenea, s-a mai constatat că, privind încheierea actelor adiționale la contractele de credit, în conformitate cu prevederile art. 2.2.2 din Contractul de Administrare Active Financiare, *EFG New Europe Funding II B.V. a avut întotdeauna decizia cu privire la modificarea activelor prin intermediul actelor adiționale la contractele de credit*.

S-a întâlnit și oferirea de către EFG New Europe Funding II B.V. a posibilității de conversie valutară prin *modificarea principalelor elemente ale unui contract de credit: moneda creditului și dobânda*.

S-a constatat că EFG New Europe Funding II B.V. a perceput în mod ilegal dobânzi penalizatoare la întreg soldul creditului în urma declarării scadent anticipate a creditului.

Încasarea Fluxului Brut de Numerar, reprezentând dobândă și comision de administrare, se argumentează în mod eronat ca fiind realizată în conformitate cu prevederile obiectivului prevăzut la art. 2.1. lit. a) din Actul Constitutiv.

EFG New Europe Funding II B.V. a oferit consumatorilor credite în care s-a modificat durata creditului, dobânda sau moneda creditului, în condițiile inexistenței unei autorizării, activități specifice unei instituții de credit supuse reglementării și supravegherii prudentiale a unei autorități competente.

Conform art 1, alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006: *"Prezenta ordonanță de urgență reglementează condițiile de acces la activitatea bancară și de desfășurare a acesteia pe teritoriul României, supravegherea prudentială a instituțiilor de credit și a societăților de servicii de investiții financiare și supravegherea sistemelor de plăți și a sistemelor de decontare a operațiunilor cu instrumente financiare."*

În conformitate cu Legea fundamentală, Constituția României, prevederile art. 3 "Teritoriul", alin. (2): *"Frontierele țării sunt consfințite prin lege organică, cu respectarea principiilor și a celorlalte norme general admise ale dreptului internațional"*.

Având în vedere definiția teritoriului conform Constituției României se constată că cesionarul a desfășurat pe teritoriul României următoarele activități:

- a încheiat prin intermediul unor reprezentanți autorizați, care aveau în același timp și calitatea de angajați ai Bancpost S.A. acte adiționale la contracte de credit, fie prin care s-a pretins în mod *fals* a se realiza alinierea la O.U.G. 50/2010 (din motive care vor fi expuse ulterior), fie s-a realizat restructurarea creditului, și a oferit consumatorilor oferte de conversie a creditelor;

- a încasat, prin intermediul angajaților Bancpost S.A. și în cadrul sediilor sucursalelor și agențiilor Bancpost S.A., aflate pe teritoriul României, sume de bani reprezentând dobândă, comision de administrare și penalități percepute în baza unor contracte de credite;

- a inițiat proceduri de executare silită cu toate efectele economice pentru consumatori ce decurg din aceste operațiuni;

Menționăm doar aceste activități, dar din cercetarea Contractului de Administrare Active Financiare se poate constata că practic Bancpost S.A., în numele și pentru EFG New Europe Funding II B.V. V (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) a realizat în general acele activități ce sunt specifice instituțiilor de credit, din punctul de vedere al unui consumator, dar fără respectarea niciunei norme specifice supravegherii prudentiale, pe care instituțiile de credit erau obligate să le respecte.

S-a constatat perceperea de către cesionar și a unor sume de bani reprezentând comision de administrare.

Acesta a fost perceput de către EFG New Europe Funding II B.V. în condițiile în care această societate nu a avut niciun salariat pe perioada de derulare a creditului.

Conform prevederilor art. 36, alin. (3) din O.U.G. nr. 50/2010 *"comisionul de administrare se percepe pentru monitorizarea/înregistrarea/efectuarea de operațiuni de către creditor în scopul utilizării/rambursării creditului acordat consumatorului."*

În primul rând EFG New Europe Funding II B.V. nu are calitatea de "creditor" conform art. 7, punctul 5 din O.U.G. nr. 50/2010 iar în al doilea rând nu a realizat nicio operațiune din cele menționate, toate operațiunile fiind efectuate de către Bancpost S.A. în baza Contractului de Administrare Active Financiare, contra unui comision de administrare.

Comisionul de administrare a creditelor s-a constatat că a fost perceput cel puțin 0,1% aplicat la valoarea soldului creditului.

Pentru a căpăta semnificația de preț al unui serviciu prestat de furnizorul de servicii financiare este necesar ca respectivul creditor să furnizeze efectiv „o activitate pentru consumator”, ori în cazul nostru noul creditor, societatea EFG New Europe Funding II B.V. nu a prestat niciun serviciu consumatorilor, neavând capacitatea și autorizarea de a presta serviciile de administrare contracte de credit.

Eventualul argument prin care se justifică prestarea serviciilor către consumatori de către EFG New Europe Funding II B.V. prin intermediul Bancpost S.A., intervenind practic o subcontractare, nu poate fi luat în considerare având în vedere că pentru a subcontracta servicii, trebuie să existe autorizarea de a presta serviciile respective, or în cazul nostru cesionarul nu îndeplinește cerințele legale de a administra și derula contracte de credit, activități specifice unei instituții de credit.

Se constată că serviciile de administrare credit prestate de către Bancpost S.A. pentru EFG New Europe Funding II B.V., au avut drept scop inducerea aparenței legalității privind activitatea desfășurată, ambele persoane juridice, atât cedentul cât și cesionarul fiind parte a aceluiași grup financiar, controlat la un nivel superior de către aceeași persoană juridică - Eurobank Ergasias Grecia.

Perceperea comisionului de administrare s-a constatat și în cazul creditelor ipotecare pentru investiții imobiliare ce intră sub incidența Legii nr. 190/1999, încălcându-se astfel prevederile art. 15 din Legea nr. 190/1999, conform căruia *”în sarcina împrumutatului vor fi puse numai cheltuielile aferente întocmirii documentației de credit și constituirii ipotecii și altor garanții, după caz”*, lege ale cărei Norme de aplicare au fost emise de către Banca Națională a României care, așa cum a mai fost prezentat, avea astfel și competența de a verifica în mod direct, ca legislație specifică, respectarea prevederilor acesteia, Autoritatea Națională Pentru Protecția Consumatorilor având deasemenea competențe, dar prin prisma legislației generale privind protecția consumatorilor.

## **V.6 Sistemul Conturilor Naționale în standardul SEC 1995 & SEC 2010**

Un alt argument care vine să confirme concluzia conform căreia EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) a desfășurat activități pe teritoriul României este modul în care termenul ”teritoriu economic” este înțeles în accepțiunea Sistemului Conturilor Naționale în standardul SEC 2010 în vigoare în prezent, dar și în accepțiunea Sistemului Conturilor Naționale în standardul SEC 1995, în vigoare la data cesiunii.

La data cesiunii statele membre ale Uniunii Europene aveau obligația utilizării Sistemului European de Conturi Naționale în standardul SEC 1995 instituit prin Regulamentul nr. 2223/1996 iar din septembrie 2014 există obligația utilizării Sistemului European de Conturi Naționale în standardul SEC 2010 aprobat prin Regulamentul nr. 549/2013.

Scopul creării Sistemului European de Conturi Naționale este pentru a satisface cerințele politicii economice și sociale a Comunității Europene prin *reflectarea realității economice*.

Prezentăm în continuare prevederi ale art. 2.04, 2.05, 2.06 și 2.07 din Regulamentele prin care s-au aprobat standardele SEC 1995 și SEC 2010 ([Anexa 7](#)):

- art. 2.04. SEC 1995: *"Unitățile instituționale, cu activitate de tip local sau de producție omogenă care constituie economia unei țări și ale căror operațiuni sunt înregistrate în SEC sunt acelea care au un centru de interes economic pe teritoriul economic al țării. Aceste unități, denumite unități rezidente, pot avea sau nu naționalitatea țării, pot fi sau nu persoane juridice și pot fi prezente sau nu pe teritoriul economic al țării la data la care efectuează o tranzacție. După ce am delimitat în acest fel economia națională prin unități rezidente este necesar să se definească înțelesul termenilor de teritoriu economic și centru de interes economic."*

- art. 2.04. SEC 2010: *"Unitățile care constituie economia unei țări și ale căror fluxuri și stocuri sunt înregistrate în SEC 2010 sunt unitățile rezidente. O unitate instituțională este rezidentă într-o țară atunci când își are centrul de interes economic predominant pe teritoriul economic al țării respective. Aceste unități sunt cunoscute drept unități rezidente, indiferent de naționalitatea, forma juridică sau de prezența efectivă a acestora pe teritoriul economic la momentul desfășurării unei operațiuni."*

- art. 2.05. SEC 1995: *"Termenul teritoriul economic al unei țări reprezintă: a)teritoriul geografic administrat de un guvern, în interiorul căruia persoanele, bunurile, serviciile și capitalul circulă liber."*

- art. 2.05. SEC 2010: *"Teritoriul economic constă în: (a) zona (teritoriul geografic) care se află sub administrarea efectivă și controlul economic al unei singure administrații publice."*

- art. 2.06. SEC 1995: *"Teritoriul economic nu include enclavele extrateritoriale [adică părțile din teritoriul geografic al țării utilizate de administrațiile publice ale altor țări, de instituțiile Uniunii Europene sau de organizațiile internaționale, în virtutea tratatelor internaționale sau acordurilor dintre state <sup>(2)</sup>].<sup>(2)</sup>Teritoriile utilizate de instituțiile Uniunii Europene și alte organisme internaționale constituie, prin urmare, teritoriul statelor sui generis. Caracteristica acestor țări este că nu au alți rezidenți în afara unităților rezidente."*

- art. 2.06. SEC 2010: *"Teritoriul economic exclude enclavele extrateritoriale. Se exclud, de asemenea, acele părți din teritoriul geografic propriu al țării care sunt utilizate de către următoarele organizații: (a) agențiile guvernamentale ale altor țări; (b) instituții și organisme ale Uniunii Europene; precum și (c) organizațiile internaționale care fac obiectul unor tratate internaționale între stat";*

- art. 2.07 SEC 1995: *"Expresia "centru de interes economic" arată că există, pe teritoriul economic, un loc în care sau plecând de la care o unitate exercită sau înțelege să continue să exercite activități economice și să efectueze operațiuni de oarecare*



*amploare într-o anumită perioadă, fie nedeterminată, fie determinată, dar relativ lungă (un an sau mai mult). Astfel, dacă o unitate efectuează în aceste condiții operațiuni pe teritoriul economic al mai multor țări, ea poate să aibă un centru de interes economic în fiecare dintre acestea. Proprietatea asupra unui teren sau al unei clădiri de pe teritoriul economic este considerată a fi suficientă în sine pentru ca proprietarul să aibă acolo un centru de interes economic.”*

- art. 2.07. SEC 2010: *“Centru de interes economic predominant” indică faptul că există pe teritoriul economic al unei țări un loc în care o unitate exercită activități și operațiuni economice importante, pentru o perioadă fie nedeterminată, fie determinată, dar relativ lungă (un an sau mai mult)”*; ..

În cadrul Rapoartelor Anuale ale EFG New Europe Funding II B.V. din perioada 2010-2015 se menționează următoarele: *“The key activities of the Company is to grant loans to Romanian customers (originated by the EFG Group in Romania). All loans and advances to customers are acquired from existing loans to Romanian customers from the group company Bancpost S.A.”* prin traducere în limba română conform Google Translate: *“Principalele activități ale Companiei sunt acordarea de credite clienților români (proveniți de la Grupul EFG în România). Toate împrumuturile și avansurile acordate clienților sunt obținute din împrumuturile existente acordate clienților români de către societatea din grup Bancpost S.A.”*.

Prin prisma prevederilor art. 2.04 EFG New Europe Funding II B.V. este o persoană juridică de naționalitate olandeză și reprezintă o unitate rezidentă a României indiferent dacă la data cesionării a fost sau nu prezentă pe teritoriul economic al României având un *centru de interes economic pe teritoriul economic al țării*.

Prin prisma prevederilor art. 2.05 EFG New Europe Funding II B.V. *a desfășurat activități pe teritoriul economic al României*.

Prin prisma prevederilor art. 2.06 EFG New Europe Funding II B.V. nu se încadrează în definiția de *“enclavelor extrateritoriale”* care nu fac parte din teritoriul economic al României.

*Prin prisma prevederilor art. 2.07 EFG New Europe Funding II B.V. a avut pe teritoriul României, în perioada iulie 2008 - până în prezent, un centru de interes economic exercitând principalele activități și operațiuni economice, prin reprezentanți autorizați sau administratorul Bancpost S.A., concretizate pentru consumatori, așa cum a mai fost menționat prin încheierea de acte adiționale, încasarea de sume de bani reprezentând dobândă, comision de administrare și penalități în cadrul unor contracte de credit și inițierea de proceduri de executare silită.*

Astfel, având în vedere definiția *“teritoriului economic”* în accepțiunea Sistemului European de Conturi Naționale în standardul SEC 1995, în vigoare la data cesionării, precum și în accepțiunea Sistemului European de Conturi Naționale în standardul SEC 2010, se constată că EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) a desfășurat activitate în România.

Se constată că activitatea desfășurată este specifică domeniului de activitate "Intermediere monetară", cod CAEN 641, fără a exista o autorizație în acest sens și deasemenea și fără supraveghere prudentială specifică, dar codul CAEN corespunzător domeniului de activitate este 6420 corespunzător domeniului de activitate "Activități ale holdingurilor" sau "Participare la capitalul social al altor entități".

Privind Sistemul European de Conturi Naționale în standardul SEC 2010, chiar Banca Națională a României prezintă "Ghidul de clasificare unităților instituționale" la adresa <http://www.bnr.ro/DocumentInformation.aspx?idDocument=19172&directLink=1>. pentru codul CAEN 6420 (la poz. 6) *din care reiese obligativitatea înregistrării în Registrul de evidență al Autorității de Supraveghere Financiară.*

S-a constatat că EFG New Europe Funding II B.V. nu este o entitate autorizată de către Autoritatea de Supraveghere Financiară.

## **V.7 Prevederi legale specifice instituțiilor financiare**

Având în vedere faptul că O.U.G. nr. 99/2006 transpune în legislația națională Directiva 2006/48/CE din 14 iunie 2006, privind inițierea și exercitarea activității instituțiilor de credit, s-a cercetat această Directivă și s-a constatat că respectarea condițiilor prevăzute la art. 54, alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006, prin care instituțiile financiare cu sediul într-un alt stat membru pot desfășura în România, este prevăzută la art. 24, alin. (1), astfel: " *Respectarea acestor condiții este verificată de autoritățile competente din statul membru de origine, care eliberează instituției financiare un certificat de conformitate*".

Bancpost S.A. nu a pus la dispoziția Autorității niciun *certificat de conformitate* în conformitate cu prevederile Directivei 2006/48/CE.

Conform art. 24, alin. (2) din Directiva 2006/48/CE: " *În cazul în care o instituție financiară menționată la alineatul (1) primul paragraf nu mai îndeplinește toate condițiile impuse, statul membru de origine înștiințează autoritățile competente din statul membru gazdă, iar activitățile desfășurate de instituția respectivă în statul membru gazdă fac obiectul legislației statului membru gazdă respectiv.*"

Astfel, având în vedere că EFG New Europe Funding II B.V. poate fi cel mult instituție financiară cu sediul în Olanda, stat membru al Uniunii Europene, și că Banca Națională a României nu este în posesia unui certificat de conformitate emis de către Autoritatea competentă din Olanda pentru EFG New Europe Funding II B.V., activitățile desfășurate de această instituție financiară fac obiectul *legislației statului membru gazdă respectiv*, respectiv legislația României.

Din verificările registrelor prezentate pe siteul web [www.dnb.nl](http://www.dnb.nl) aparținând Băncii Naționale a Olandei, precum și pe siteul web [www.afm.nl](http://www.afm.nl) aparținând Autorității Olandeze pentru Piețele Financiare (Dutch Authority for the Financial Markets), nu a reieșit înregistrarea EFG New Europe Funding II B.V. ca persoană juridică autorizată.

Obligativitatea atestării este transpusă în legislația națională în cadrul art. 54, alin. (2) din O.U.G. nr. 99/2006, conform căruia: *”Dispozițiile art. 45 alin. (2), 48 și 49 se aplică în mod corespunzător și în cazul înființării unei sucursale, respectiv al furnizării de servicii în mod direct în România de către o instituție financiară dintr-un alt stat membru. Notificarea transmisă Băncii Naționale a României include în acest caz și atestarea îndeplinirii condițiilor prevăzute la alin. (1).”*

Astfel, în conformitate cu prevederile art. 49 din O.U.G. nr. 99/2006, transpusă corespunzător în cazul unei instituții financiare, furnizarea de servicii în mod direct de către o instituție financiară *autorizată și supravegheată* într-un alt stat membru poate fi realizată pe baza notificării transmise Băncii Naționale a României de către autoritatea competentă din statul membru de origine, cuprinzând *activitățile pe care instituția de credit intenționează să le desfășoare în România.*

Banca Națională a României nu a pus la dispoziție notificarea Autorității competente din statul membru de origine, Olanda, transmisă Băncii Naționale a României, privind *activitățile pe care EFG New Europe Funding II B.V., în calitate de posibilă instituție financiară, intenționează să le desfășoare în România.*

Instituțiile financiare, definite conform art. 7, alin. (1), punctul. 14 din O.U.G. nr. 99/2006, *cu sediul într-un alt stat membru, pot desfășura activități în România, cu respectarea prevederilor O.U.G. nr. 99/2006:*

- art. 2: *”În scopul realizării supravegherii prudențiale a instituțiilor de credit, dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență se aplică și altor categorii de persoane, după cum urmează: b) art. 54-58 se aplică instituțiilor financiare cu sediul în alte statele membre, care îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 54;”*

- art. 54, alin. (1): *”Instituțiile financiare cu sediul într-un alt stat membru pot desfășura în România, activitățile prevăzute la art. 18 alin. (1) lit. b)-n), prin înființarea de sucursale sau prin furnizarea de servicii în mod direct, dacă aceste instituții financiare sunt filiale ale uneia sau mai multor instituții de credit, dacă activitățile respective sunt prevăzute în actele lor constitutive și dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:*

*a) societatea-mamă sau societățile-mamă ale instituției financiare sunt autorizate ca instituții de credit în statul membru a cărui legislație guvernează statutul instituției financiare-filială;*

*b) activitățile în cauză sunt efectiv desfășurate pe teritoriul aceluiași stat membru;*

*c) societatea-mamă sau societățile-mamă ale instituției financiare dețin 90% sau mai mult din drepturile de vot atașate acțiunilor la capitalul social al acesteia;*

*d) societatea-mamă sau societățile-mamă ale instituției financiare trebuie să îndeplinească cerințele autorității competente din statul membru de origine cu privire la administrarea prudentă a instituției financiare-filială și trebuie să declare, cu acordul acestei autorități, că garantează în solidar obligațiile asumate de instituția financiară-filială;*

e) *instituția financiară-filială este inclusă, în special în ceea ce privește activitățile pe care urmează să le desfășoare în România, în supravegherea pe bază consolidată a societății-mamă sau, după caz, a fiecărei societăți-mamă, în mod deosebit pentru calculul cerințelor, de fonduri proprii pentru acoperirea riscurilor prevăzute la art. 126, pentru controlul expunerilor mari și în scopul limitării participațiilor calificate potrivit dispozițiilor art. 143.”*

Astfel, o instituție financiară cu sediul într-un alt stat membru putea desfășura activitate în România doar dacă activitatea respectivă este înscrisă în actul constitutiv și cu îndeplinirea cumulativă a condițiilor enumerat, dar această activitate se putea realiza în două moduri:

1. *prin înființarea de sucursale;*
2. *prin furnizarea de servicii în mod direct, cu condiția să fie filială a unei instituții de credit.*

S-a constatat că EFG New Europe Funding II B.V (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) nu este filială a unei instituții de credit și nici nu este înregistrată în niciunul din Registrele Băncii Naționale a României, fapt confirmat și de către Banca Națională a României.

Banca Națională a României a emis în data 25.05.2007 *Precizări* referitoare la dispozițiile art.45 și art.49, respectiv ale art.80 și art.83 din O.U.G. nr.99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, la adresa web:

[www.bnr.ro/files/d/Legislatie/Reglementarea\\_inst\\_credit/Prec\\_070525.pdf](http://www.bnr.ro/files/d/Legislatie/Reglementarea_inst_credit/Prec_070525.pdf)

Conform punctului 2 din *Precizări*: *”Prestarea de servicii în mod direct implică, potrivit prevederilor art. 50 para.2 din Tratatul instituind Comunitatea Europeană (denumit în continuare tratat), o activitate cu caracter temporar (de regulă), desfășurată peste granițele unui stat membru (furnizorul și clientul sunt stabiliți în state membre diferite).”*

Constatăm specificarea caracterului temporar, de regulă, al activității, or în cazul nostru activitatea a fost permanentă pe o perioadă de ani de zile.

Conform punctului 8 din *Precizări*: *”Instituția de credit care desfășoară în orice mod activitate pe teritoriul altui stat membru este obligată să respecte regulile adoptate în scopul protejării interesului general de către statul gazdă, în aceeași măsură ca și instituțiile de credit „locale”. Pe website-ul Băncii Naționale a României se regăsește lista actelor normative din România, adoptate în scopul protejării interesului general, care sunt aplicabile instituțiilor de credit din state membre, pentru activitatea desfășurată pe teritoriul României.”*

Banca Națională a României prezintă *”Lista actelor normative din România, adoptate în scopul protejării interesului general, care reglementează condiții specifice în care anumite activități pot fi desfășurate pe teritoriul României de către instituțiile de*

credit autorizate și supravegheate de autoritățile competente din statele membre ale UE, printr-o succursală sau *în mod direct*” la adresa web:

[http://bnro.ro/files/d/Legislatie/Reglementarea\\_inst\\_credit/lista\\_acte\\_norm\\_R10\\_v5.pdf](http://bnro.ro/files/d/Legislatie/Reglementarea_inst_credit/lista_acte_norm_R10_v5.pdf)

Alături de legislația specifică protecției consumatorilor, privind serviciile bancare sunt menționate nu mai puțin de 47 acte normative.

## **V.8 Principiul european al liberei circulații a capitalurilor și serviciilor**

Având în vedere faptul că s-a constatat că, unul din argumentele invocate în trecut, în mod oficial de către Banca Națională a României, în sprijinul legalității cesionării creditelor este principiul european al liberei circulații a capitalurilor și serviciilor, vom trata în continuare cesionarea creditelor prin prisma principiului menționat.

Baza legală a principiului european al liberei circulații a capitalurilor și serviciilor este constituită de prevederile Cap. III din Tratatul De Instituire A Comunității Europene, principalele prevederi fiind cuprinse în cadrul art. 43 care prevede *dreptul de stabilire* și art. 49 care prevede *libertatea de a furniza servicii*:

- art. 43 prevede: *”În conformitate cu dispozițiile care urmează, sunt interzise restricțiile privind libertatea de stabilire a resortisanților unui stat membru pe teritoriul altui stat membru. Aceasta interdicție vizează și restricțiile privind înființarea de agenții, sucursale sau filiale de către resortisanții unui stat membru stabiliți pe teritoriul altui stat membru. Libertatea de stabilire presupune accesul la activități independente și la exercitarea acestora, precum și constituirea și administrarea întreprinderilor și, în special, a societăților în înțelesul articolului 48 al doilea paragraf, în condițiile definite pentru resortisanții proprii de legislația țării de stabilire, sub rezerva dispozițiilor capitolului privind capitalurile.”*

- art. 49 prevede: *”În conformitate cu dispozițiile ce urmează, sunt interzise restricțiile privind libertatea de a presta servicii în cadrul Comunității cu privire la resortisanții statelor membre stabiliți într-un alt stat al Comunității decât cel al beneficiarului serviciilor.”*

Mai menționăm și prevederile art. 50 conform căruia: *”În înțelesul prezentului tratat, sunt considerate servicii prestațiile furnizate în mod obisnuit în schimbul unei remunerații, în măsura în care nu sunt reglementate de dispozițiile privind libera circulație a marfurilor, a capitalurilor și a persoanelor. Serviciile cuprind în special: (a) activități cu caracter industrial; (b) activități cu caracter comercial; (c) activități artisanale; (d) activitățile prestate în cadrul profesiunilor liberale. Fără a aduce atingere dispozițiilor capitolului privind dreptul de stabilire, prestatorul poate, în vederea executării prestației, să își desfășoare temporar activitatea în țara în care prestează serviciul, în aceleași condiții care sunt impuse de această țară propriilor resortisanți.”*

Din analiza prevederile art. 49, privind dreptul de stabilire, reiese instituirea libertății de stabilire *”în condițiile definite pentru resortisanții proprii de legislația țării de stabilire”* iar din analiza din analiza prevederile art. 50 reiese prevederea conform căreia prestatorul poate *”să își desfășoare temporar activitatea în țara în care prestează serviciul, în aceleași condiții care sunt impuse de aceasta țară propriilor resortisanți.”*

Astfel, din punctul de vedere al prestatorului, libera circulație a serviciilor se realizează fie prin prin deplasarea prestatorului (furnizorului) serviciilor, prin exercitarea libertății de stabilire, fie mișcarea serviciilor prestate peste frontiera statului membru gazdă al prestatorului, iar din punctul de vedere al beneficiarului, mai intervine și cazul în care se realizează deplasarea beneficiarului serviciului prestat.

Prin intermediul Directivei 2006/123/CE, privind serviciile în cadrul pieței interne, a fost reglementată libertatea de stabilire și libera circulație a serviciilor între statele membre ale Uniunii Europe iar transpunerea prevederilor Directivei în legislația națională a fost realizată prin intermediul O.U.G. nr. 49/2009, privind libertatea de stabilire a prestatorilor de servicii și libertatea de a furniza servicii în România. Menționăm că O.U.G. nr. 49/2009 a fost emisă în luna mai 2009 iar termenul de implementare al prevederilor Ordonanței, și respectiv al prevederilor Directivei era 28.12.2009.

Conform art (2), alin. (2), lit. b) din Directiva 2006/123/CE, emisă la data cesionării contractelor de credit, prevederile Directivei nu se aplicau pentru: *”servicii financiare, cum ar fi serviciile bancare, de credit, asigurări și reasigurări, pensii ocupaționale și personale, valori mobiliare, fonduri de investiții, plăți și consultanță pentru investiții, inclusiv serviciile menționate în anexa I la Directiva 2006/48/CE.”*

Privind libertatea de stabilire și libera circulație a serviciilor financiare, conform angajamentelor asumate, s-a constatat emiterea de către Banca Națională a României de reglementări cu incidență asupra stabilității sistemului bancar, prin care s-a transpus acquis-ul comunitar relevant domeniului serviciilor financiare, printre care și Normele nr. 17/2003, privind organizarea și controlul intern al activității instituțiilor de credit și administrarea riscurilor semnificative, precum și organizarea și desfășurarea activității de audit intern a instituțiilor de credit, a căror prevederi, în vigoare la data cesionării, au fost prezentate anterior.

Principalele Directive ale Comisiei Europene, în vigoare la data cesionării creditelor contractelor de credit către EFG New Europe Funding II B.V., cu incidență asupra domeniului serviciilor financiare, erau *Directiva 2006/48/CE*, privind inițierea și exercitarea activității instituțiilor de credit, și *Directiva 2006/49/CE*, privind rata de acoperire a capitalului întreprinderilor de investiții și al instituțiilor de credit, Directive care transpuneau la nivel comunitar, cu unele diferențe ce țin de specificul Pieței Interne, prevederile referitoare la noile cerințe de capital agreeate la nivelul Comitetul de la Basel pentru Supraveghere Bancară și cunoscute pe plan internațional sub denumirea de Noul Acord de Capital - *Basel II*.

Transpunerea și implementarea în legislația națională a Directivelor menționate s-a realizat prin prevederile Ordonanței de Urgență nr.99/2006, privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului.

Acquis-ul comunitar relevant domeniului serviciilor financiare a urmărit implementarea și respectarea principiului liberei circulație a serviciilor.

Conform Directivei 2006/123/CE, privind serviciile în cadrul pieței interne, în cazul în care un operator se deplasează într-un alt stat membru pentru a exercita acolo o activitate de servicii, ar trebui să se facă o distincție între situațiile reglementate prin libertatea de stabilire și cele reglementate, datorită naturii temporare a activităților în cauză, prin libera circulație a serviciilor, în ceea ce privește diferența dintre libertatea de stabilire și libera circulație a serviciilor.

Astfel, în conformitate cu jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, elementul-cheie este acela de a ști dacă operatorul este stabilit în statul membru în care prestează serviciul în cauză, *în cazul în care operatorul este stabilit în statul membru în care prestează serviciile, acesta ar trebui să intre în domeniul de aplicare a libertății de stabilire* iar în cazul în care, dimpotrivă, *operatorul nu este stabilit în statul membru în care se prestează serviciul, activitățile sale ar trebui reglementate prin libera circulație a serviciilor*.

Curtea de Justiție a afirmat în mod constant că natura temporară a activităților în cauză ar trebui apreciată nu numai în funcție de durata prestării serviciului, ci și în funcție de frecvența, periodicitatea și continuitatea acestuia. Caracterul temporar al activității nu ar trebui să însemne că prestatorul nu se poate dota cu o anumită infrastructură în statul membru în care se prestează serviciul, cum ar fi un birou sau un cabinet, în măsura în care această infrastructură este necesară în scopul prestării serviciului în cauză.

În cazul nostru EFG New Europe Funding II B.V., *prin intermediul reprezentanților autorizați și al personalului și infrastructurii Bancpost S.A.*, a încheiat acte adiționale la contracte de credit și a încasat periodic, de la consumatori stabiliți în România, sume de bani reprezentând dobândă, comision de administrare și penalități, începând din anul 2008 până în prezent.

Libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii pentru o instituție financiară este reglementată în Directiva 2006/48/CE, privind inițierea și exercitarea activității instituțiilor de credit, Titlul III, Secțiunea 2 Instituții financiare, art. 24, transpus în legislația națională prin prevederile art. 54, alin. (1) și (2) din O.U.G. nr.99/2006, prevederi legale care au mai fost menționate.

În condițiile în care nu s-a constatat o deplasare a beneficiarilor serviciilor prestate de către EFG New Europe Funding II B.V., respectiv a consumatorilor stabiliți în România, EFG New Europe Funding II B.V. poate presta servicii financiare consumatorilor, fie în baza libertății de stabilire, caz în care era necesară înființarea de sucursale, fie în baza libertății de prestare a serviciilor, prin furnizarea de servicii în

mod direct, caz în care trebuiau respectate prevederile art. 54, alin. (1) și (2) din O.U.G. nr.99/2006.

Verificând înscrierea activității de creditare în cadrul actului constitutiv, după cum a fost prezentat anterior, din prevederile obiectivului prevăzut la art. 2.1. lit. a) din Actul Constitutiv nu reiese această activitate de creditare, cu atât mai mult cu cât se au în vedere activitățile ce implică codul CAEN 6420, "Participare la capitalul social al altor entități", parte dintr-un domeniu de activitate diferit de domeniul "Intermediere monetară", cod CAEN 64, în care se derulează activitatea de creditare "Alte activități de intermediere monetare", cod CAEN 6419.

Verificând calitatea de filială a unei instituții de credit, s-a constatat, conform Raportului Anual pe Anul 2008 (pag. 19), că *compania mamă a EFG New Europe Funding II B.V. este EFG New Europe Funding B.V., practic tot o instituție financiară, organizată asemenea lui EFG New Europe Funding II B.V sub forma unei societăți cu răspundere limitată, dar nu o instituție de credit conform definițiilor art. 7, alin. (1), punctul 10 și 11 din O.U.G. nr. 99/2006, neîndeplinându-se astfel nici prevederile art. 54, alin. (1), lit. a) din O.U.G. nr.99/2006 conform căruia: "societatea-mamă sau societățile-mamă ale instituției financiare sunt autorizate ca instituții de credit în statul membru a cărui legislație guvernează statutul instituției financiare-filială."*

Astfel, se constată că EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) nu îndeplinește condițiile pentru a se folosi de libertatea de prestare a serviciilor prin furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României.

Concluzia este susținută și de faptul că societatea nu se regăsește în registrele Băncii Naționale ale României reprezentând instituțiile din alte State Membre UE pentru care autoritățile competente au notificat B.N.R. furnizarea de servicii în mod direct pe teritoriul României.

Și totuși în aceste condiții fără a se prevala nici de libertatea de stabilire, nici de libertatea de prestare a serviciilor, prin furnizarea de servicii în mod direct, EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) a eludat prevederile legale specifice, naționale cât și europene, și a prestat servicii financiare consumatorilor stabiliți în România.

În conformitate cu jurisprudența Curții de Justiție, protecția consumatorilor, alături de sănătatea publică, protecția sănătății animale, protecția mediului urban constituie motive imperative de interes general privind libera circulație a serviciilor.

În acest sens jurisprudența Curții de Justiție se regăsește în prevederile Directivei 2006/123/CE, transpuse în legislația națională prin prevederile art. 3, alin. (2) din O.U.G. nr. 49/2009, privind libertatea de stabilire a prestatorilor de servicii și libertatea de a furniza servicii în România, conform căruia dispozițiile ordonanței "nu vizează norme ale dreptului internațional privat, în special norme care reglementează legislația aplicabilă obligațiilor contractuale și extracontractuale, inclusiv cele care garantează consumatorilor protecția oferită acestora prin normele de protecție a consumatorilor din legislația cu privire la consumatori în vigoare".



Deasemenea, având în vedere că principiul european al liberei circulații a capitalurilor și serviciilor este constituit prin Tratatul De Instituire A Comunității Europene. este necesar a se avea în vedere prevederile art. 20 din Legea Fundamentală, Constituția României, conform căruia "(1) Dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte. (2) Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile."

În acest context readucem în atenție prevederile Legii nr. 289/2004, privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice, și prevederile Legii nr. 190/1999, privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare, în vigoare la data cesionării contractelor de credit, prin care era reglementată legalitatea cesionării creditelor numai în anumite condiții, care s-au constatat a nu fi îndeplinite de către EFG New Europe Funding II B.V..

#### **V.9 Declarații realizate de către cedent și cesionar în cadrul contractului de cesiune**

În contextul în care EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) nu este o instituție de credit sau entitate autorizată și reglementată prin lege specială, în cadrul Contractului Cadru de Vânzare Cumpărare Creanțe încheiat la data 11.07.2008 se constată declararea falsă, cu rea credință, a următoarelor:

- Art. 1.1 Definiții - Active eligibile (xvii) "*Activul nu contravine nici unei legi aplicabile sau reguli din nicio jurisdicție relevantă.*" (pag. 6)

- Art. 1.1 Definiții - Active eligibile (xxiv) "*Transferabilitatea activului nu este limitată sau exclusă în niciun fel.*" (pag. 6)

- Art. 5.1 Declarațiile și Garanțiile Vânzătorului

*"Vânzătorul declară și garantează prin prezenta Cumpărătorului că la data prezentului Contract și de asemenea la data fiecărui Certificat de Vânzare:*

*(ii) Nici semnarea și livrarea acestui Contract Cadru sau a fiecărui Certificat de Vânzare de către Vânzător, nici finalizarea tranzacțiilor avute în vedere prin acestea, nu contravin (a) niciunui tratat, legi sau regulament ori hotărâri judecătorești opozabile Vânzătorului"*

- Art. 5.1 Declarațiile și Garanțiile Cumpărătorului

*"Cumpărătorul declară și garantează prin prezenta (Cumpărătorul) că, după toate cunoștințele sale, la data fiecărui Certificat de Vânzare și pentru fiecare activ:*

*(i) Cumpărătorul are putere și autoritate deplină să încheie și să semneze acest Contract Cadru și fiecare Certificat de Vânzare, precum și să finalizeze tranzacțiile avute în vedere prin acestea.*

(ii) Nici semnarea și livrarea acestui Contract Cadru sau a fiecărui Certificat de Vânzare de către Cumpărător, nici finalizarea tranzacțiilor avute în vedere prin acestea nu contravin: (a) niciunui tratat, legi sau regulament ori regulament ori hotărâri judecătorești opozabile Cumpărătorului; (b) niciunei prevederi a actului constitutiv al Cumpărătorului sau (c) niciunui contract la care Cumpărătorul este parte.

(iii) Toate aprobările și înregistrările părților necesare a fi obținute sau efectuate de Cumpărător în legătură cu semnarea, predarea și executarea prezentului Contract Cadru și a fiecărui Certificat de Vânzare sau cu finalizarea tranzacțiilor realizate prin acestea au fost obținute sau efectuate în mod legal ori vor fi obținute sau efectuate în conformitate cu Contractul Cadru și/sau Contractul de Administrare a Activelor.”

## **V.10 Privind plata cesiunii**

Bancpost S.A. nu a pus la dispoziție documente din care să reiasă efectuarea plății conform prevederilor Contractului Cadru de Vânzare Cumpărare Creanțe.

Astfel, plata trebuia efectuată de către EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.), în calitate de cumpărător al creanțelor, către Bancpost S.A. în calitate de vânzător, operatori economici cu datele de identificare menționate la punctul 2., respectiv punctul 1. din Contractul Cadru de Vânzare Cumpărare Creanțe încheiat la data 11.07.2008.

Conform prevederilor art. II. 2.1. din Contractul Cadru de Vânzare Cumpărare: *”Vânzătorul se obligă să îi vândă Cumpărătorului iar Cumpărătorul se obligă să cumpere de la Vânzător Activele prevăzute în orice Certificat de Vânzare emis și semnat de către Părți din când în când.”*

Conform prevederilor art. IV. 4.2. din Contractul Cadru de Vânzare Cumpărare Creanțe: *”Plata Prețului de Vânzare va fi efectuată în valutele în care Creditele au fost acordate (EUR, CHF sau USD), la Data de Decontare, în contul Vânzătorului, cu excepția cazului când s-a convenit altfel și s-a statuat acest lucru în Certificatul de Vânzare relevand sau în orice act adițional la prezentul Contract.”*

Având în vedere definiția prețului de vânzare de la art. 1.1 din Contract, prin care se înțelege *”Valoarea de Piață Agregată plus Comisionul de Originare”*, și definiția *”valorii de piață”* prin care se înțelege valoarea *”compusă din următoarele sume: (i) Principalul Rămas de Plată; (ii) Dobânda Acumulată; (iii) Comisionul Lunar de Administrare Acumulat”*, din documentele puse la dispoziție de către Bancpost S.A. nu reiese efectuarea plății conform prevederilor Contractului Cadru de Vânzare Cumpărare Creanțe, plata realizându-se fără a se lua în calcul Dobânda Acumulată și Comisionul Lunar de Administrare Acumulat.

Deasemenea s-a constatat că plățile au fost realizate prin intermediul conturilor *”Nostro”* deschise de către Bancpost S.A. la Eurobank Ergasias S A. din Grecia. S-a constatat că plățile în moneda CHF au fost efectuate într-un cont *”Nostro”* aparținând Bancpost S.A. deschis în Grecia, deși moneda Greciei este Eur, *contrar doctrinei de specialitate, conform căreia contul ”Nostro” reprezintă contul deschis la o bancă în*

afara țării, denominat în moneda locală a băncii la care deschis contul, și este folosit pentru operațiuni în valuta respectivă cu scopul de a reduce eventualele pierderi rezultate din schimbul valutar. S-a constatat și că sumele respective au rămas la sfârșitul zilei, la data efectuării tranzacțiilor, în conturile "Nostro" din Grecia aparținând Bancpost S.A., astfel încât nu s-a putut constata dacă aceste sume s-au întors ulterior în conturile Bancpost S.A. deschise în țară.

## **VI. Practică comercială incorectă conform Legii nr. 363/2007**

În vederea încheierii actelor adiționale de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010 au fost trimise notificări, conform model *anexa nr. 8*, prin care se aduce la cunoștința împrumutatului intrarea în vigoare a actului normativ, principalele modificări aduse contractului de credit *în conformitate cu noile prevederi legale*, iar *împrumutatul era invitat la sediul unității care a acordat creditul, în vederea semnării actului adițional.*

Se constată că în cadrul notificării nu se menționează nicăieri societatea EFG New Europe Funding II B.V., fiind menționată doar Bancpost S.A.

La sediul Bancpost S.A. se oferea împrumutaților scrisoare de ofertă, conform model *anexa nr. 9*, prin care li se propunea, de data aceasta de către EFG New Europe Funding II B.V., semnarea unui act adițional în temeiul O.U.G. nr. 50/2010.

În cadrul actului adițional, conform model *anexa nr. 10*, folosit de EFG New Europe Funding II B.V., prin intermediul Bancpost S.A. se constată menționarea societății cu răspundere limitată EFG New Europe Funding II B.V., în calitate de *creditor*, astfel:

- în cadrul secțiunii de prezentare a "Părților" cu denumirea "*creditor ipotecar actual*" denumită pe întreg cuprinsul actului adițional "*Creditor*", Bancpost S.A., instituție de credit autorizată, este menționată în calitate de "*creditor ipotecar actual*" și "*Creditor inițial*".

- în cadrul secțiunii de prezentare a *Scopului încheierii actului adițional* în care se menționează:

Punctul 1. - faptul că scopul principal al încheierii actului adițional este *asigurarea conformității clauzelor și dispozițiilor Contractului cu dispozițiile O.U.G. nr. 50/2010*

Punctul 2 - încheierea contractului de cesiune creanțe încheiat la data 11.07.2008 cu Bancpost S.A., cu menționarea expresă a faptului că la data cesionării "*a avut loc schimbarea Creditorului inițial care a fost înlocuit cu Creditorul și în ceea ce privește toate garanțiile personale și/sau reale mobiliare și/sau imobiliare, drepturile și acțiunile constituite anterior în vederea garantării obligațiilor rezultate din Contract.*"

Punctul 3 - încheierea contractului de administrare cu Bancpost S.A.

Punctul 4 - prevederile art. 71 din OUG 50/2010 conform căruia împrumutatul are dreptul de a fi informat cu privire la cesiunea creditului, cu excepția cazurilor în care Creditorul inițial prin acord cu Creditorul, administrează în continuare creditul către împrumutat.

Punctul 6 - toate modificările clauzelor contractuale survenite prin actului adițional *au deplină aplicabilitate* numai pentru viitor

- în cadrul prevederilor de la art. I până la art. VI se menționează "Creditor" în redactarea acestor articole

- în cadrul următoarelor articole s-a constatat folosirea denumirii "Banca": art. I.3 și art. I.6

- privind rata dobânzii, la art. I.1 se prevede: *"Dobânda reprezintă suma datorată de către Împrumutat Creditorului"*

- privind dobânda anuală efectivă la art. I.4 se prevede: *"Dobânda anuală efectivă este egală pe o perioadă de un an, cu valoarea actuală a tuturor angajamentelor, trageri, ranbursări și costuri, prezente sau viitoare, convenite de Creditor și de Împrumutat și are valoarea menționată în Anexa I."*

- art. III se prevede informarea de către Creditor a instituțiilor Biroul de Credit S.A. și sau Centrala Riscurilor Bancare cu privire la datoriile Împrumutatului, în conformitate cu reglementările legale în vigoare, raportări care, se va demonstra pe parcurs, au fost realizate cu încălcarea prevederilor legale

- la rubrica semnăturilor se menționează *Creditor*: EFG New Europe Funding II B.V.

Având în vedere aspectele menționate, prin implementarea actelor adiționale de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010, privind contractele de credit pentru consumatori, încheiate de EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) prin intermediul Bancpost S.A. **se concluzionează următoarele:**

1. Conform art. 95, alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 50/2010, în forma inițială:

*"(1) Pentru contractele aflate în curs de derulare, creditorii au obligația ca, în termen de 90 de zile de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, să asigure conformitatea contractului cu dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență.*

*(2) Modificarea contractelor aflate în derulare se va face prin acte adiționale în termen de 90 de zile de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență."*

2. Conform prevederilor art. 7, punctul 5 din O.U.G. nr. 50/2010, privind contractele de credit pentru consumatori, prin creditor se înțelege *"persoana juridică, inclusiv sucursalele instituțiilor de credit și ale instituțiilor financiare nebancare din străinătate, care desfășoară activitate pe teritoriul României și care acordă sau se angajează să acorde credite în exercițiul activității sale comerciale ori profesionale;*

3. EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) nu a pus la dispoziția Autorității Naționale Pentru Protecția Consumatorilor nicio autorizație, așa cum este definită în cadrul art. 7, alin. (1), punctul 3 din OUG nr. 99/2006: *"act emis indiferent sub ce formă de către autoritatea competentă, care dă dreptul de a desfășura activități specifice unei instituții de credit"* precum și orice tip de autorizație emis de o autoritate competentă.

Prin *"autoritate competentă"* înțelegem orice organism sau autoritate din România sau dintr-un stat membru cu rol de autorizare sau de reglementare în ceea ce privește activitățile de servicii specifice sectorului financiar.

4. EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) nu îndeplinește calitatea de "creditor" așa cum este definită în cadrul art. 7, punctul 5 din O.U.G. nr. 50/2010

5. Prin neîndeplinirea calității de creditor EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) au declarat în mod înșelător scopul exclusiv al actelor adiționale ca fiind *asigurarea conformității cu prevederile O.U.G. nr. 50/2010 prin modificarea contractelor de credit în conformitate cu noile prevederi legale;*

Prin prezentarea în mod fals și înșelător a calității definite de "creditor" într-un act adițional de aliniere al cărui scop exclusiv este respectarea prevederilor O.U.G. nr. 50/2010, prin care se definește explicit termenul "creditor" EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) prin Bancpost S.A. a indus în mod fals consumatorilor că reprezintă instituție de credit autorizată, inclusiv sucursală a instituțiilor de credit și ale instituțiilor financiare din străinătate, care desfășoară activități pe teritoriul României și care acordă sau se angajează să acorde credite în exercițiul activităților comerciale ori profesionale, astfel încât consumatorul mediu a fost determinat să continue relația contractuală prin încheierea de acte adiționale și să ia o decizie de tranzacționare pe care altfel nu ar fi luat-o.

Argumentul că EFG New Europe Funding II B.V. și-a atribuit calitatea de "creditor" în accepțiunea Vehiului Codului Civil, devenind *"noul creditor"* al creanței în urma achiziționării creanței de la cedent, nu poate fi luat în considerare având în vedere că termenul de "creditor" este folosit în cadrul unor acte adiționale de aducere la conformitate a contractelor cu prevederile O.U.G. nr. 50/2010, în care se definește în mod explicit termenul de "creditor" ca fiind înțeles într-un anumit mod.

6. Suplimentar se constată că prin derularea contractelor de credit cu o societate cu răspundere limitată, persoană juridică care nu este creditor conform definiției de la art. 7, punctul 5 din O.U.G. nr. 50/2010 consumatorii au fost obligați să renunțe la drepturile prevăzute de O.U.G. nr. 50/2010, contrar prevederilor art. 80, alin. (1) din actul normativ, conform căruia *"Consumatorii nu pot renunța la drepturile care le-au fost conferite prin prezenta ordonanță de urgență"* și prevederilor art. 81: *"Consumatorii beneficiază de prevederile prezentei ordonanțe de urgență în cazul tuturor contractelor pe baza cărora se pot efectua trageri ori operațiuni care intră în domeniul de aplicare al*

prezentei ordonanțe de urgență, indiferent de modul în care contractele sunt intitulate sau formulate ori de obiectul acestora”.

În consecință se constată și nerespectarea art. 22, alin. (2) din Directiva 2008/48/CE.

EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) prin Bancpost S.A., în afara actelor adiționale de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010 au încheiat acte adiționale prin care au fost realizate diferite operațiuni specifice instituțiilor de credit: rescadențare, reeșalonare sau acordarea unor perioade de grație.

În cadrul actelor adiționale emise (exemplu în [anexa nr. 11](#)) de EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.), prin intermediul Bancpost S.A, altele decât cele de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010, s-au constatat următoarele:

În cadrul secțiunii de prezentare a “Părților”, menționarea societății cu răspundere limitată EFG New Europe Funding II B.V., în calitate de “*creditor actual*”, denumită pe întreg cuprinsul actului adițional “*Creditor*”.

S-a constatat că actele adiționale încheiate cu consumatorii sunt structurate în două părți, Condiții Generale de Creditare și Condiții Speciale de Credite, exact ca structura unui contract de credit acordat de o instituție de credit autorizată, inducând iarăși în mod fals și înșelător consumatorilor ideea că EFG New Europe Funding II B.V. reprezintă o instituție de credit autorizată.

S-a constatat menționarea în actele adiționale a expresiei “*Conform Ordonanței de Urgență nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, Contractul împreună cu toate contractele accesorii acestuia constituie titluri executorii.*” inducând iarăși ideea înșelătoare că, actul adițional este încheiat cu o instituție de credit autorizată care intră sub incidența O.U.G. nr. 99/2006.

Conform art. 969, alin. (1) din Vechiul Cod Civil “Convențiile legal făcute au putere de lege între părțile contractante” astfel încât consumatorii medii, în calitatea lor de împrumutați, și-au exprimat acordul de voință la încheierea contractelor, lege între părți, de a plăti dobânzii unei bănci în sensul categoriei de instituție de credit prevăzută de art. 3, lit. a) din O.U.G. nr. 99/2006, privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, o instituție de credit, autorizată, reglementată și supravegheată, și nu unui operator economic oarecare, care nu are capacitatea și autorizarea de a percepe dobânzi, comisioane de administrare și penalități, în condițiile în care există norme specifice foarte stricte privind autorizarea instituțiilor de credit și capacitatea de a presta servicii adecvate.

Prin modalitatea prin care EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) prin intermediul Bancpost S.A. a procedat în relația cu consumatorii pe perioada cesionării, a *indus consumatorilor în mod eronat ideea că*

*sunt îndeplinite condițiile de autorizare, reglementare și supraveghere pentru care aceștia și-au exprimat acordul de voință la încheierea contractelor.*

Având în vedere aspectele menționate, prin încheierea cu consumatori de acte adiționale prin care s-au stabilit costuri ale creditului, care sunt permise a fi reținute și calculate doar de către instituții financiare autorizate, acte adiționale prin care s-a majorat costul creditului, prin care au fost realizate operațiuni de restructurare a creditelor la plata ratelor, EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) prin intermediul Bancpost S.A. s-a folosit în mod înșelător de denumirea "creditor" sau de cea de "bancă" asociată cu O.U.G. nr. 99/2006, și deasemenea prin toate activitățile derulate după cesionare, au indus consumatorului mediu aparența de legalitate în ceea ce privește autorizarea cesionarului, astfel încât consumatorul mediu a fost determinat să continue relația contractuală prin încheierea de acte adiționale și să ia o decizie de tranzacționare pe care altfel nu ar fi luat-o.

EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) prin intermediul Bancpost S.A., societate comercială cu răspundere limitată, și-a arogat o calitate oficială pe care nu o deținea: aceea de creditor în accepțiunea art. 7, punctul 5 din O.U.G. nr. 50/2010, respectiv calitatea de bancă în sensul unei instituții de credit autorizate conform O.U.G. nr. 99/2006.

Practica comercială incorectă este întărită și de faptul că în prezent, conform prevederilor art. 70, alin. (2) și (3) din O.U.G. nr. 50/2010 și prevederilor art. 58, alin. (2) și (3) din O.U.G. nr. 52/2016, contractele de credit, cu excepția celor neperformante, pot fi cesionate numai către creditori, conform definițiilor din actele normative menționate, sau către către entități ce au drept obiect de activitate emiterea de instrumente financiare securitizate în baza unui portofoliu de creanțe, în conformitate cu prevederile Legii nr. 31/2006 privind securitizarea creanțelor, astfel încât consumatorul mediu a fost determinat să creadă că cesionarul îndeplinește cerințele legale menționate.

Privind contractele de credit cesionate s-a mai constatat că au fost efectuate raportări către Biroul de Credit pentru o perioadă mai mare de 4 ani de zile, contrar prevederilor art. 6 din Decizia nr. 105/2007, cu privire la prelucrările de date cu caracter personal efectuate în sisteme de evidență de tipul birourilor de credit, EFG New Europe Funding II B.V. neîndeplinând calitatea de participant conform prevederilor art. 2, lit. c), conform căruia: "Pot fi participanți la sistemele de evidență de tipul birourilor de credit numai instituțiile financiare și de credit definite potrivit Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, și potrivit Ordonanței Guvernului nr. 28/2006 privind reglementarea unor măsuri financiar-fiscale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 266/2006, precum și societăți de asigurări pentru produsele de tip credit."

Deasemenea s-a constatat că privind contractele de credit au fost efectuate raportări și către Centrala Riscului de Credit (fosta Centrala Riscurilor Bancare) contrar

prevederilor Regulamentului B.N.R. nr. 2/2012, respectiv Regulamentul B.N.R. nr. 4/2004, EFG New Europe Funding II B.V. neîndeplinând calitatea de "persoană declarantă". Conform art. 2, punctul 6 din Regulamentul B.N.R. nr. 4/2004 persoane declarante puteau fi *centralele instituțiilor de credit - persoane juridice române sau sucursalele din România ale instituțiilor de credit străine*, iar conform art. 2, punctul 6 din Regulamentului B.N.R. nr. 2/2012 persoane declarante puteau fi: *instituțiile de credit, persoane juridice române, sucursalele din România ale instituțiilor de credit străine, instituțiile financiare nebankare, persoane juridice române, sucursalele din România ale instituțiilor financiare străine înscrise în Registrul special, instituțiile emitente de monedă electronică, persoane juridice române, instituțiile de plată, persoane juridice române.*

Prin raportările eronate către Biroul de Credit Centrala Riscului de Credit (fosta Centrala Riscurilor Bancare), contrar prevederilor legale menționate, se constată că cesionarul, prin intermediul Bancpost S.A., a determinat în mod înșelător consumatorul mediu să creadă că cesionarul îndeplinește cerințele legale de raportare, care așa cum a fost arătat era un drept exclusiv al unei *instituții de credit*.

S-a mai constatat că prin raportările eronate consumatorii au fost împiedicați să contracteze alte condiții de creditare, mai avantajoase, la alte instituții de credit, la care ar fi putut avea acces dacă nu s-ar fi realizat raportările eronate, contrar prevederilor legale.

Conform prevederilor art. 4, alin. (1) din Legea 363/2007, privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii, o practică comercială este incorectă dacă:

a) *este contrară cerințelor diligenței profesionale;*

b) *deformează sau este susceptibilă să deformeze în mod esențial comportamentul economic al consumatorului mediu la care ajunge sau căruia i se adresează ori al membrului mediu al unui grup, atunci când o practică comercială este adresată unui anumit grup de consumatori.*

Conform prevederilor art. 3, alin. (1) din Legea 363/2007 aceasta se aplică practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii, *astfel cum sunt definite la art. 4, înainte, în timpul și după o tranzacție comercială referitoare la un produs.*

*Practicile comerciale în relația cu consumatorii*, sunt definite în cadrul art. 2, lit. d) din Legea 363/2007 ca fiind "orice acțiune, omisiune, comportament, demers sau prezentare comercială, inclusiv publicitate și comercializare, efectuate de un comerciant, în strânsă legătură cu promovarea, vânzarea sau furnizarea unui produs consumatorilor."

*Diligența profesională* este definită în cadrul art. 2, lit. h) din Legea 363/2007 ca fiind "*competența și grija așteptate, în mod rezonabil, de un consumator din partea*



comercianților, în conformitate cu practicile corecte de piață și/sau cu principiul general al bune-credințe, în domeniul de activitate al acestora”.

*Deformarea substanțială a comportamentului economic al consumatorilor este definită în cadrul art. 2, lit. e) din Legea 363/2007 ca fiind” folosirea unei practici comerciale cu scopul de a afecta în mod considerabil capacitatea consumatorilor de a lua o decizie în cunoștință de cauză, determinându-i astfel să ia o decizie pe care altfel nu ar fi luat-o.”*

*Decizia de tranzacționare este definită în cadrul art. 2, lit. k) din Legea 363/2007 ca fiind ”decizia luată de un consumator privind oportunitatea, modalitățile și condițiile de achiziționare a produsului, modalitatea de plată - integrală sau parțială -, păstrarea ori renunțarea la produs sau exercitarea unui drept contractual, aceasta putând conduce ori la acțiunea consumatorului ori la abținerea de a acționa.”*

*Produsul este definit în cadrul art. 2, lit. c) din Legea 363/2007 ca fiind “orice bunuri sau servicii, inclusiv bunuri imobile, drepturi și obligații.”*

*Consumatorul mediu este definit în cadrul art. 2, lit. m) din Legea 363/2007 ca fiind consumatorul rezonabil informat, atent și precaut, ținând seama de factorii sociali, culturali și lingvistici.*

*Conform prevederilor art. 6, alin. (1), din Legea 363/2007, ”o practică comercială este considerată ca fiind acțiune înșelătoare dacă aceasta conține informații false sau, în orice situație, inclusiv în prezentarea generală, induce în eroare sau este susceptibilă să inducă în eroare consumatorul mediu, astfel încât, în ambele ipoteze, fie îl determină, fie este susceptibilă a-l determina pe consumator să ia o decizie de tranzacționare pe care altfel nu ar fi luat-o.”*

*Conform art. (4) alin. (4) din Legea nr. 363/2007 “Lista practicilor comerciale care, în orice situație, se consideră incorecte este prevăzută în anexa nr. 1.”*

*În conformitate cu prevederile Anexei nr. 1, punctul I.4 din Legea 363/2007, este considerată practică comercială înșelătoare în orice situație: ”Afirmarea că un comerciant, inclusiv practicile sale comerciale, sau că un produs a fost agreat, aprobat ori autorizat de un organism public sau privat, în cazul în care nu este adevărat, ori afirmarea că a fost agreat, aprobat sau autorizat fără a respecta condițiile de agreare, aprobare sau autorizare.”*

*Astfel, se constată că EFG New Europe Funding II B.V., prin intermediul Bancpost S.A., contrar diligenței profesionale, au procedat la încheierea de acte adiționale, atât cele privind aducerea la conformitate a contractelor cu prevederile O.U.G. nr. 50/2010, cât și cele ulterioare, în care s-a atribuit în mod înșelător calitatea de ”creditor”, conform definiției . 7, de la art punctul 5 din O.U.G. nr. 50/2010, societății EFG New Europe Funding II B.V fără ca cesionarul să respecte condițiile de aprobare sau autorizare, determinând consumatorii să încheie în continuare acte adiționale și să deruleze în continuare relația contractuale, inducând astfel în eroare consumatorul*

mediu, și prin a-l determina sau fiind susceptibil a-l determina, să ia o decizie de tranzacționare pe care altfel nu ar fi luat-o.

Se constată *îndeplinirea caracteristicilor esențiale* ale practicilor comerciale incorecte:

1) sunt fapte comisive sau omisive săvârșite în mod *intenționat* și au un scop calificat și urmărit în mod *conștient* de către agentul economic, respectiv inducerea în eroare a consumatorului;

2) sunt fapte cu caracter repetitiv, reprezintă o îndeletnicire utilizată constant de către agentul economic;

3) faptele *repetate și intenționate*, săvârșite în mod *perseverent* de către agentul economic în scopul de a induce în eroare consumatorii, constituie practici comerciale incorecte numai atunci când prezintă un grad ridicat de pericolozitate (inclusiv prin raportare la frecvența cu care sunt săvârșite);

Or, în cazul nostru EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.), prin intermediul Bancpost S.A., în mod *intenționat și conștient*, repetitiv *pe perioade de timp de până la 10 ani de zile*, a indus în eroare consumatorii că în continuare contractele de credit sunt încheiate cu o *instituție de credit, autorizată, reglementată și supravegheată*, determinând consumatorii să încheie acte adiționale, *prin care a fost mărit costul creditului*, și să plătească sume de bani reprezentând dobânzi, comisioane și penalități unei societăți cu răspundere limitată neautorizată, decizie de tranzacționare pe care altfel nu ar fi luat-o.

Având în vedere aspectele menționate, se constată practică comercială incorectă și conform art. 6, alin. (1), lit. f) din Legea nr. 363/2007: *O practică comercială este considerată ca fiind acțiune înșelătoare dacă aceasta conține informații false sau, în orice situație, inclusiv în prezentarea generală, induce în eroare sau este susceptibilă să inducă în eroare consumatorul mediu, astfel încât, în ambele ipoteze, fie îl determină, fie este susceptibilă a-l determina pe consumator să ia o decizie de tranzacționare pe care altfel nu ar fi luat-o, chiar dacă informațiile sunt, în fapt, corecte în raport cu unul sau mai multe dintre următoarele elemente: f) natura, competențele și drepturile comerciantului sau ale reprezentantului său, cum ar fi: identitatea și patrimoniul, calificările sale, statutul, autorizarea, afilierea sau legăturile sale, drepturile de proprietate industrială, de autor sau comercială ori recompense și distincții primite;*

Prin folosirea în mod fals în cadrul actelor adiționale a denumirii "bancă" se constată și încălcarea prevederilor art. 411 din O.U.G. nr. 99/2006: *"Utilizarea neautorizată de către o persoană a unei denumiri specifice unei instituții de credit, cu încălcarea dispozițiilor art. 6, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la o lună la un an sau cu amendă."*

Conform art. 6, alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006: *"Se interzice oricărei persoane, alta decât o instituție de credit autorizată, să utilizeze denumirea de "bancă" sau "organizație cooperatistă de credit", "cooperativă de credit", "casa centrală a*

cooperativelor de credit", "bancă cooperatistă", "bancă centrală cooperatistă", "bancă ipotecară/bancă de credit ipotecar", "bancă de economisire și creditare în domeniul locativ" sau derivate ori traduceri ale acestor denumiri, în legătură cu o activitate, un produs sau un serviciu, cu excepția cazului în care această utilizare este stabilită sau recunoscută prin lege ori printr-un acord internațional sau când din contextul în care este utilizată denumirea respectivă rezultă neîndoiește că nu este vorba despre desfășurarea unei activități bancare."

## VII. Prevederi legale privind protecția consumatorilor și prevederile contractuale

### VII.1 Prevederi legale privind protecția consumatorilor

Reglementarea raporturilor juridice create între operatori economici și consumatori, cu privire la achiziționarea de produse și servicii, inclusiv a serviciilor financiare, asigurând cadrul necesar accesului la produse și servicii, informării lor complete și corecte despre caracteristicile esențiale ale acestora, apărării și asigurării drepturilor și intereselor legitime ale consumatorilor împotriva unor practici abuzive, participării acestora la fundamentarea și luarea deciziilor ce îi interesează în calitate de consumatori, se realizează în baza **Legii nr. 296/2004, privind Codul Consumului**, conform căreia:

*Art. 2 "Prevederile prezentului Cod se aplică comercializării produselor noi, folosite sau recondiționate, și a serviciilor, inclusiv a serviciilor financiare, destinate consumatorilor, contractelor încheiate cu consumatorii."*

*Art. 5 "Statul, prin autoritatea centrală cu atribuții în domeniul protecției consumatorilor, are drept obiective:*

*a) protecția consumatorilor împotriva riscului de a achiziționa un produs sau de a li se presta un serviciu care ar putea să le prejudicieze viața, sănătatea sau securitatea ori să le afecteze drepturile și interesele legitime;*

*b) promovarea și protecția intereselor economice ale consumatorilor;*

*c) accesul consumatorilor la informații complete, corecte și precise asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor, astfel încât decizia pe care o adoptă în legătură cu acestea să corespundă cât mai bine nevoilor lor;*

*e) despăgubirea efectivă a consumatorilor;*

*h) prevenirea și combaterea, prin toate mijloacele, a practicilor comerciale abuzive și a prestării serviciilor, inclusiv a celor financiare care pot afecta interesele economice ale consumatorilor. "*

*Art. 6 "Prevederile cuprinse în prezentul Cod sunt obligatorii pentru toți consumatorii și operatorii economici care efectuează acte și fapte de comerț, în condițiile legii. "*

Art. 8 "Operatorii economici sunt obligați să pună pe piață numai produse sau servicii sigure, care corespund caracteristicilor prescrise sau declarate, să se comporte în mod corect în relațiile cu consumatorii și să nu folosească practici comerciale abuzive."

Art. 25 "Obligațiile prestatorilor de servicii:

e) să răspundă pentru prejudiciul actual și cel viitor cauzat de serviciul defectuos prestat."

Art. 27 "Consumatorii beneficiază de următoarele drepturi:

a) de a fi protejați împotriva riscului de a achiziționa un produs sau de a li se presta un serviciu care ar putea să le prejudicieze viața, sănătatea sau securitatea ori să le aducă atingere drepturilor și intereselor legitime;

b) de a fi informați complet, corect și precis, asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor, astfel încât decizia pe care o adoptă în legătură cu acestea să corespundă cât mai bine nevoilor lor, precum și de a fi educați în calitatea lor de consumatori;

d) de a fi despăgubiți în mod real și corespunzător pentru pagubele generate de calitatea necorespunzătoare a produselor și serviciilor, folosind în acest scop mijloace prevăzute de lege; "

Art. 57 "În cazul prestărilor de servicii, informațiile trebuie să cuprindă categoria calitativă a serviciului, după caz, timpul de realizare, termenul de garanție și postgaranție, prețurile și tarifele, riscurile previzibile și, după caz, alte documente prevăzute expres de lege. În cazul serviciilor financiare, operatorii economici sunt obligați să ofere consumatorilor informații complete, corecte și precise asupra drepturilor și obligațiilor ce le revin."

Art. 75 "Orice contract încheiat între comercianți și consumatori, pentru vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii, va cuprinde clauze contractuale clare, fără echivoc, pentru înțelegerea cărora nu sunt necesare cunoștințe de specialitate."

Art. 77 "În caz de dubiu asupra interpretării unor clauze contractuale, acestea vor fi interpretate în favoarea consumatorului."

Art. 1 din Legea nr. 296/2004, privind Codul Consumului, realizează de fapt transpunerea art. 1, alin. (1) din primul act legislativ care a statuat drepturile consumatorilor, **O.G. nr. 21/1992, privind protecția consumatorilor**, conform căreia:

Art. 1, alin. (1): Statul, prin mijloacele prevăzute de lege, protejează cetățenii în calitatea lor de consumatori, asigurând cadrul necesar accesului neîngrădit la produse și servicii, informării lor complete despre caracteristicile esențiale ale acestora, apărării și asigurării drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor fizice împotriva unor practici abuzive, participării acestora la fundamentarea și luarea deciziilor ce îi interesează în calitate de consumatori.

Art. 10, lit. b): "Drepturile consumatorilor, la încheierea contractului sunt: b) de a beneficia de o redactare clară și precisă a clauzelor contractuale, inclusiv a celor

*privind caracteristicile calitative și condițiile de garanție, indicarea exactă a prețului sau tarifului, precum și stabilirea cu exactitate a condițiilor de credit și a dobânzilor; "*

Art. 10, lit. b) este în forma în vigoare înainte la data încheierii contractelor de credit, ulterior în luna decembrie 2008 fiind modificat prin prevederile O.U.G. nr. 174/2008 prin care s-a introdus în cadrul O.G. nr. 21/1992 art. 9<sup>3</sup> prin care s-a reglementat în mod și mai strict condițiile în care instituțiile de credit puteau modifica dobânda.

Art. 18: *"Consumatorii au dreptul de a fi informați, în mod complet, corect și precis, asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor oferite de către operatorii economici, astfel încât să aibă posibilitatea de a face o alegere rațională, în conformitate cu interesele lor, între produsele și serviciile oferite și să fie în măsură să le utilizeze, potrivit destinației acestora, în deplină securitate."*

În luna februarie 2007, în urma referatului Autorității nr. 1/46 din 9 ianuarie 2007, cu privire la creșterea numărului de reclamații privind activitatea operatorilor economici prestatori de servicii, Președintele Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor a emis **Ordinul A.N.P.C. nr. 92/16.02.2007**, pentru aprobarea Normei privind unele măsuri de informare a consumatorilor, persoane fizice, de către operatorii economici prestatori de servicii în cadrul contractelor preformulate folosite de către aceștia, Normă ce prevede următoarele:

Art. 1 *"Operatorii economici care desfășoară activități de prestări de servicii au obligația de a informa consumatorii corect, complet și precis asupra drepturilor lor, conform prevederilor prezentului ordin. "*

"Art. 2 Orice contract preformat încheiat între operatorii economici și consumatori, având ca obiect prestarea de servicii, trebuie să cuprindă clauze contractuale redactate într-o formă clară, fără echivoc, precum și informații complete și precise."

Art. 3 *"Contractul preformat este acel tip de contract redactat în întregime sau aproape în întregime de către operatorul economic prestator de servicii, consumatorii neputând modifica sau interveni asupra clauzelor contractuale, ci având doar posibilitatea de a le accepta sau nu."*

"Art. 4 Dreptul consumatorilor de a fi informați se concretizează în acordarea următoarelor informații în cadrul contractului preformat de către operatorul economic prestator de servicii:

*h) informații complete despre taxe, dobânzi, comisioane, garanții, penalități, despăgubiri, rate, etc., în funcție de natura serviciului prestat;*

*i) informații complete despre condițiile de acordare a creditului, condițiile de depozit, condițiile de leasing, condițiile de asigurare, după caz;"*

Din legislația specifică protecției consumatorilor se constată, anterior datei 27.12.2008, data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 174/2008, obligativitatea instituțiilor de credit de a informa consumatorii în mod *complet, corect, corect, precis, cu exactitate* privind:

- *caracteristica esențială a contractului de credit* - conform Legii nr. 296/2004, art. 27, lit. b) și O.G. nr. 21/1992, art. 18;
- *obligațiile ce le revin în cazul serviciilor financiare* - obligația de plată lunară a ratei reprezintă obligația principală într-un contract de credit pe care trebuie să o îndeplinească împrumutatul - conform Legii nr. 296/2004, art. 57;
- *condițiile de credit și cele privind dobânzile* - conform O.G. nr. 21/1992, art. 10, lit. b);
- *informații complete despre taxe, dobânzi și informații complete despre condițiile de acordare a creditului* - conform Ordinului A.N.P.C. nr. 92/2007

Obligativitatea informării consumatorilor în cadrul contractelor de credit trebuia realizată prin clauze contractuale clare, fără echivoc, *pentru înțelegerea cărora nu sunt necesare cunoștințe de specialitate* conform art. 75 din Legea nr. 296/2004.

Conform prevederilor Legii nr. 24/2000, privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative:

- art. 48, alin. (3): *“Dacă în cuprinsul unui articol se utilizează un termen sau o expresie care are în contextul actului normativ un alt înțeles decât cel obișnuit, înțelesul specific al acesteia trebuie definit în cadrul unui alineat subsecvent.”*

- art. 36, alin. (4): *“Redactarea textelor se face prin folosirea cuvintelor în înțelesul lor curent din limba română modernă, cu evitarea regionalismelor. Redactarea este subordonată dezideratului înțelegerii cu ușurință a textului de către destinatarii acestuia.”*

Coroborând prevederile legislative menționate și având în vedere că nicăieri în cuprinsul normelor legislative menționate, privind protecția consumatorilor, nu sunt definite cuvintele *“complet”, “corect”, “precis”, “clar”, “fără echivoc”, “cu exactitate”,* reiese că prin folosirea lor în cadrul redactării normelor legislative legiutorul înțelege *“înțelesul lor curent din limba română modernă”*.

Conform Dicționarului Explicativ al Limbii Române, cuvintele menționate în cadrul normelor legislative privind protecția consumatorilor, au următorul *înțeles curent din limba română modernă*:

*“complet” - Care conține tot ceea ce trebuie Si: deplin, desăvârșit, împlinit, întreg.*

*“corect” - 1 Care respectă regulile dintr-un domeniu dat. 2 Așa cum trebuie. 3 Fără greșală.”*

*“precis” - 1. Care este limpede, lămurit, clar; care este categoric, sigur.*

*“clar” - (Într-un mod în) care este ușor de înțeles. 13-14 av, a (Într-un mod în) care sesizează esențialul. 15-16 av, a (Într-un mod) care exprimă limpede.*

*“echivoc” - Care se poate interpreta în mai multe feluri Si: ambiguu. 2 a Care nu permite o interpretare sigură Si: neclar, confuz. 3 a Suspect. 4 a Îndoielnic. 5 a (D. o acțiune, purtare etc.) Necuviincios. 6-8 sn Expresie, atitudine, situație ambiguă.*

“fără echivoc” - fără a se putea interpreta în mai multe feluri, fără ambiguitate, fără a nu fi posibilă o interpretare sigură, fără neclaritate, fără confuzice, fără expresii, situații ambigue.

”exactitate” - 1. v. adevăr. 2. exactitudine, justețe, precizie. (~ calculelor.).

Prevederile contractuale privind dobânda trebuiau să fie redactate astfel încât să respecte înțelesurile cuvintelor așa cum sunt prezentate mai sus, conform *înțelesului lor curent din limba română modernă*.

Obligativitatea respectării legislației privind protecția consumatorilor se regăsește transpusă și în legislația ce reglementează statutul instituțiilor de credit **O.U.G. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului**, art. 117 conform căruia:

*” (1) Instituțiile de credit pot derula tranzacții cu clienții doar pe baze contractuale, acționând într-o manieră prudentă și cu respectarea legislației specifice în domeniul protecției consumatorului.*

*(2) Documentele contractuale trebuie să fie redactate astfel încât să permită clienților înțelegerea tuturor termenilor și condițiilor contractuale, în special a prestațiilor la care aceștia se obligă potrivit contractului încheiat.”*

## **VII.2 Constatări privind redactarea prevederilor contractuale**

Din cercetarea modului în care sunt redactate prevederilor contractuale se constată că dreptul de a percepe dobânzi și comisioane este un drept exclusiv al ”băncii”, numai în ceea ce privește o ”bancă” sau o persoană juridică autorizată prin lege, consumatorul, în calitate de împrumutat, și-a exprimat acordul de încheiere a contractului de credit.

**Exemple de prevederi contractuale constatate privind dobânda și comisioanele:**

*4.1 Pentru perioada cuprinsă între data primei trageri din contul de credit și 12 luni durata dobânzii este fixă. După această perioadă este indexabilă.*

*4.1 Creditul se acordă cu o dobânda de 8,5% pe an valabilă în primele 90 zile de la data acordării creditului. La încetarea acestei perioade, se va aplica dobânda variabilă pentru credite de nevoi personale în Euro în vigoare în acel moment.*

*Clientul se obligă să plătească următoarele comisioane: comision de acordare de 2,5% din valoarea creditului și comision de administrare lunară de 0,3% aplicat la valoarea soldului creditului. Formula de calcul a dobânzii este: produsul dintre soldul creditului, rata dobânzii procentuale și numărul de zile scurs de la data la care a datorată rata anterioară împărțit la 360 zile.*

*4.1 Pentru perioada cuprinsă între data primei trageri din contul de credit și 12 luni rata dobânzii este fixă.*

După această perioadă dobânda curentă se calculează în funcție de Indicele de referință stabilit de Bancă pentru credite ipotecare acordate în CHF. Indicele de referință al Băncii pentru creditul ipotecar se stabilește în funcție de costul surselor de finanțare și evoluția dobânzii la creditele ipotecare de pe piața bancară din România, se publică în presă și se afișează la sediile unităților teritoriale ale Băncii.

4.2 La data semnării Contractului dobânda curentă este 5,35% pe an. Nivelul dobânzii variabile este egal cu Indicele de referință al Băncii pentru creditul ipotecar acordat în CHF plus o marjă de 0 puncte procentuale.

4.3 Pe parcursul derulării creditului, cu excepția perioadei menționate la art. 4.1, nivelul dobânzii curente se poate schimba în funcție de evoluția Indicelui de referință stabilit de Bancă.

4.5 Pe parcursul derulării contractului, cu excepția perioadei menționate la pct. 4.1 banca își rezervă dreptul de a modifica dobânzile și comisioanele bancare.

4.6 Formula de calcul a comisionului de administrare este: produsul dintre soldul creditului, rata anualizată a comisionului de administrare și numărul de zile scurse de la data scadenței anterioară împărțit la 360 zile.

4.7 Eventualele dobânzi datorate Băncii, care nu au fost achitate de către Împrumutat la scadență, vor fi înregistrate ca "dobânzi restante" și vor fi recuperate.

4.8 Pentru plata cu întârziere a ratelor de credit (principal) Împrumutatul va plăti Băncii o dobândă penalizatoare al cărei nivel se stabilește cu 5.00 p.p. pe an peste dobânda curentă prevăzută în contract.

4.10 Pentru creditul acordat Împrumutatul va plăti următoarele comisioane: b) comision de administrare lunară a creditului de 0,10% aplicat la valoarea solului creditului.

#### **Exemple de prevederi contractuale constatate privind rambursarea creditului:**

5.1 Banca acordă Împrumutatului o perioadă de grație de 3 luni pentru rambursarea principalului ...

La încetarea acestei perioade împrumutatul va plăti băncii creditul primit împreună cu dobânda și comisioanele aferente la termenele și în sumele convenite, în conformitate cu graficul de rambursare.

Împrumutatul și codebitorul său, se obligă să restituie Băncii, prin depunere de numerar la casieria Băncii sau prin virament în contul de la punctul 2.1., creditul primit împreună cu dobânda și comisioanele aferente în conformitate cu graficul de rambursare.

5.5 Împrumutatul va plăti lunar Băncii rata de credit ce cuprinde principal, dobânda și comision de administrare lunară datorată conform graficului de rambursare.

5.8 Din sumele achitate de Împrumutat, Banca va acoperi datoriile acestuia în următoarea ordine: primele de asigurare, comisioanele, dobânzile majorate, dobânda curentă, ratele de credit restante și ratele de credit curente.



5.11 Împrumutatul autorizează Banca să debiteze automat conturile sale în lei/valută deschise la Banca cu sumele datorate conform prezentului Contract, pe măsură ce acestea devin scadente

7.2 Împrumutatul și codebitorul se obligă să restituie Băncii creditul primit potrivit graficului stabilit și să plătească dobânzile și comisioanele bancare la termenele și în sumele convenite.

7.5 Împrumutatul are obligația să suporte cheltuielile cu notificările de plată la titluri și giranți (în cazul întârzierii la plată) și cheltuielile făcute de Bancă pentru recuperarea integrală a creditelor și dobânzilor aferente.

8.2 Banca are dreptul de a încasa de la Împrumutat ratele de credit, dobânzile și comisioanele aferente creditului acordat, în condițiile, cuantumul și la termenele stabilite în prezentul contract.

**Exemple de prevederi contractuale constatate privind declararea scadentă a creditului și executarea silită:**

5.7 În cazul înregistrării unei sume restante cu o vechime mai mare de 90 de zile, Banca are dreptul să declare creditul exigibil anticipat, să considere creditul integral la restanță și să declanșeze procedura de executare silită a Împrumutatului.

8.3 În cazul înregistrării unei sume restante cu o vechime mai mare de 90 de zile Banca are dreptul să declare creditul exigibil anticipat și să procedeze la “recuperarea daunei” de la Împrumutat.

8.4 Fără a prejudicial prevederile art. 5.12 și 5.13 de mai sus, neîndeplinirea de către Împrumutat a oricărei obligații din prezentul contract dă dreptul Băncii de a declara soldul creditului scadent imediat, indiferent de graficul de rambursare și, ca urmare, să ia orice măsură pe care o consider necesară pentru a-și recupera pagubele în acest, cu condiția notificării prealabile a Împrumutatului de către Bancă, conform prevederilor art. 9.4 din contract.

8.5 În cazul declarării creditului scadent și plătitibil, Împrumutatul și Codebitorul rămân direct răspunzători pentru toate consecințele financiare directe și/sau indirecte antrenate de exigibilitatea anticipate a creditului, fiind obligați să achite Băncii toate pagubele cauzate.

8.5 Nerespectarea de către Împrumutat a obligațiilor asumate în prezentul contract conferă Băncii dreptul de a lua următoarele măsuri: aplicarea dobânzilor penalizatoare, ... executarea silită a creanțelor băncii față de împrumutați

9.4. Banca va notifica Împrumutatul și, după caz, terțele persoane obligate în baza prezentului Contract sau a contractelor accesorii acestuia, în scris, în 10 zile de la constatarea unu icaz de culpă și, în cazul în care deficiențele nu sunt înlăturate în perioada de timp indicată de Bancă în notificare, Banca are dreptul să considere creditul exigibil și să treacă la recuperarea întregii sume datorate.

**Exemple de prevederi contractuale constatate privind cesiunea:**

8.7 liniuța a 4-a: Banca se obligă să notifice în scris Împrumutatul în cazul în care creanța Băncii față de acesta, precum și ipoteca aferentă sunt cedate altui creditor.

11.1 Banca poate cesiona sau transfera în alt mod, total sau parțial, prezentul Contract, cu condiția notificării prealabile a Împrumutatului.

11.4 În cazul cesionării sau transferului de către Bancă prezentului Contract, cesionarul va putea să exercite toate atribuțiile, drepturile și compensațiile deținute de Bancă în temeiul Contractului, inclusiv dreptul de a fixa sau modifica rata dobânzilor în condițiile stipulate în Contract.

S-au constatat contracte de credit în care nu existau prevederi contractuale care să prevadă dreptul băncii de a cesiona contractul de credit, dar totuși contractul de credit a fost cesionat.

### **VII.3 Considerente privind redactarea clauzelor contractuale prin prisma legislației protecției consumatorilor**

Conform prevederilor art. 942 din Vechiul Cod Civil, în vigoare la data încheierii contractelor încheiate de consumatori înainte de anul 2010: *"Contractul este acordul între două sau mai multe persoane spre a constitui sau a stinge între dânșii un raport juridic."*

Definiția cuprinde elementele esențiale pentru precizarea noțiunii de contract iar ceea ce este hotărâtor în această definiție este acordul de voință bilateral care dă naștere la drepturi și obligații.

Contractul de credit reprezintă contractul ce reprezintă acordul de voință bilateral dintre consumator și o instituție financiar bancară sau nefinanciară.

Având în vedere definiția din doctrina economică, conform căreia dobânda reprezintă *"suma de bani stabilită în contractul de împrumut cu dobândă, pe care debitorul împrumutat o datorează creditorului împrumutător pentru folosința temporară a sumei de bani împrumutate"* putem concluziona că dobânda reprezintă pentru ambele părți implicate în contractul de credit, consumator și instituția financiară care acordă creditul, elementul esențial într-un contract de credit bancar, astfel încât orice prevedere contractuală nelegală, cu incidență asupra dobânzii, este de natură a afecta grav normala derulare a raporturilor contractuale.

În cadrul contractului de credit dobânda poate rămâne constantă sau se poate modifica pe perioada derulării contractului de credit, în primul caz fiind o dobândă fixă iar în al doilea caz o dobândă variabilă.

În cazul în care *dobânda este fixă*, valoarea ratei lunare de plată va fi întotdeauna cunoscută consumatorului, pentru întreaga perioadă de derulare a creditului, încă de la data încheierii contractului, astfel încât acesta este informat în mod *clar, fără echivoc*, prin informații *complete, clare, precise și exacte* asupra sumei

de bani pe care o datorează creditorului astfel încât acesta este informat și *înțelege în special prestațiile la care acesta se obligă potrivit contractului încheiat*, valoarea dobânzii fiind calculată în mod *exact*.

Cazul în care *dobânda este variabilă*, cum este cazul contractelor de credit ce fac obiectul reclamațiilor, înseamnă că dobânda se va modifica pe perioada derulării contractului de credit astfel încât există *probabilitatea* ca rata lunară de plată să se modifice.

În acest caz pentru a se realiza respectarea prevederilor legale privind protecția consumatorilor, menționate anterior, instituțiile de credit aveau *obligatia* de a stabili în cadrul contractului de credit *care sunt cazurile în care se poate modifica dobânda și factorii ce determină modificarea*, în sensul majorării sau micșorării.

Pentru a îndeplini condițiile de valabilitate ale obiectului actului juridic, contractele de credit cu dobândă variabilă trebuie să conțină clauze care să confere dobânzii caracter determinabil. Acest caracter presupune ca părțile angrenate în contract să poată, la momentul exigibilității obligației ce reprezintă obiectul contractului, să determine în mod obiectiv întinderea acesteia (în cazul de față cuantumul dobânzii). Cu alte cuvinte, conform celor susținute și în doctrină „*actul juridic trebuie să precizeze toate elementele în funcție de care urmează să se individualizeze obiectul*”.

Prin O.U.G. nr. 174/2008 s-a modificat O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, prin art. 93 reglementându-se obligația furnizorilor de servicii financiare de a modifica dobânda în funcție de fluctuațiile unor indici de referință verificabili, menționați în contract, sau la modificările legislative care impun acest lucru.

Se constată folosirea în cadrul contractelor de credit a unor dobânzi variabile în funcție de diferiți factori menționați în contract sub forma: dobânda este *”indexabilă”*, variabilă în funcție de „*indicele de referință a băncii*”, ș.a., fără a indica astfel, în mod *complet, clar, precis, fără echivoc și exact*, factorii ce determină modificarea dobânzii.

Prin necircumstanțierea în nici un mod și prin neindicarea niciunui criteriu prin care să se definească în mod *complet, clar, precis, fără echivoc și exact*, care sunt cazurile și factorii ce determină modificarea dobânzii, încălcându-se astfel prevederile legale, menționate anterior, privind protecția consumatorilor, iar consumatorii nu au fost informați în mod *complet, clar, precis, fără echivoc și exact* privind caracteristica esențială a contractului de credit și au fost puși imposibilitatea de a *înțelege în special prestațiile la care aceștia se obligă potrivit contractului încheiat*.

Omisiunea instituției de credit de a informa consumatorul, asupra modului în care este stabilită dobânda și a factorilor ce determină evoluția acesteia, constituie o încălcare a legislației privind protecția consumatorilor ce are drept consecință angajarea consumatorului, din punct de vedere juridic, plecând de la o imagine neclară a întinderii drepturilor și obligațiilor asumate, și obligarea consumatorului să se supună unor condiții contractuale despre care nu a avut posibilitatea reală să ia cunoștință la data semnării contractului astfel încât acesta s-a aflat *în imposibilitatea de a cunoaște și anticipa marimea obligației sale*.

Buna credință presupune ca ambele părți să respecte echilibrul contractual, astfel ca nici una dintre acestea să nu încerce a obține o valoare mai mare decât aceea la care s-a obligat cealaltă parte.

Per a contrario, reaua credință intervine prin ruperea echilibrului, contractual de către una din părți, în scopul obținerii unor beneficii sau a protejării propriilor interese, în detrimentul drepturilor celeilalte părți contractante.

În conformitate cu prevederile legale menționate, incidente privind protecția consumatorilor, și conform principiului bunei credințe, într-un contract de credit clauza contractuală privind dobânda trebuie formulată astfel încât să ofere clientului posibilitatea să știe în mod complet și precis de la început care sunt cazurile și factori care pot determina modificarea marjei dobânzii, și implicit al dobânzii, elementul esențial într-un contract de credit bancar.

Instituțiile de credit aveau libertatea de a redacta clauzele contractuale privind dobânda atâta timp cât se respectau *cerințele legale* privind protecția consumatorilor de a informa în *complet, clar, precis, fără echivoc și exact* care sunt cazurile și factorii ce determină modificarea dobânzii.

Astfel, dobânda putea fi stabilită în funcție de evoluția unui indice de referință (Robor, Euriblor sau Libor după caz) sau în funcție de orice alt indicator financiar, de orice combinație de indicatori financiari sau în funcție de orice alte date pe care instituțiile de credit considerau a fi necesar pentru a fi luate în calculul dobânzii, indiferent de algoritmul de calcul, atâta timp cât *aceste date erau comunicate consumatorilor astfel încât aceștia să poată verifica, în mod independent, pe întreaga perioadă de derulare a creditului, modalitatea concretă de calcul a dobânzii.*

Modalitatea concretă de calcul a dobânzii este importantă, din punct de vedere legal, atât din punctul de vedere al protecției consumatorului cât și din punctul de vedere al Autorității, care, în îndeplinirea atribuțiilor legale, trebuie să verifice în orice moment de derulare a contractelor de credit, respectarea prevederilor contractuale privind dobânda.

Așa cum un act normativ trebuie să fie caracterizat prin previzibilitate, la fel și o clauză contractuală trebuie să fie astfel formulată încât consumatorul să poată anticipa că dacă o anumită situație intervine, o anumită consecință se produce, dar totodată motivul trebuie să fie suficient de clar arătat, de determinat, ca, în eventualitatea unui litigiu în legătură cu aplicarea unei astfel de clauze contractuale, *autoritățile publice competente să poată verifica respectarea acesteia.*

Având în vedere considerentele menționate, în vederea îndeplinirii atribuției prevăzute de lege, de protejare a intereselor economice ale consumatorilor în cazul prestării de servicii financiare, Autoritatea are obligația să verifice factorii ce determină modificările dobânzii în vederea determinării cu exactitate a lipsei voinței instituției de credit în modificarea dobânzii, pentru menținerea sau majorarea veniturilor proprii, și implicit a profitului.

Folosirea în cadrul prevederilor contractuale a diferite noțiuni precum "indexabilă", "indice de referință a băncii", nu este de natură a îndeplini cerința redactării într-un limbaj *clar, precis, fără echivoc*, care să-i permită consumatorului mediu informat și diligent să aibă reprezentarea, la momentul încheierii contractului, a întinderii obligației sale, precum și a întinderii dreptului corelativ al băncii de a modifica costurile creditului, întrucât noțiunile folosite sunt vagi, imprecise, prin care instituțiile de credit și-au arogat dreptul discreționar de a modifica costurile creditului, neprevăzându-se niciun element de natură obiectivă, exterior voinței instituției de credit a cărei evoluție să poată fi verificată.

Nerespectarea prevederilor legale privind protecția consumatorilor a pus Autoritatea în imposibilitatea de a verifica, conform atribuțiilor legale, modul în care atât Bancpost S.A., cât și EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) au modificat și menținut dobânzile la contractele de credit, conform prevederilor contractuale.

## **VIII Alte abateri de la legislația specifică protecției consumatorilor**

### **VIII.1 Modul de calcul al dobânzii și al comisionului de administrare în funcție de 360 zile și nu de 365/366 zile**

O altă abatere de la prevederile legale privind protecția consumatorilor constatată în cadrul contractelor de credit cesionate privește modalitatea de calcul a dobânzii.

Astfel s-a constatat că *formula de calcul a dobânzii este produsul dintre soldul creditului, rata dobânzii procentuale și numărul de zile scurs de la data la care a fost datorată rata anterioară împărțit la 360 zile.*

Conform acestei formule pe parcursul unui an de zile dobânda este calculată în funcție de soldul creditului în care se ia ca bază un an de 360 zile dar dobânda este percepută pe perioada de 365 zile (sau 366 zile pentru un an bisect).

Astfel, dobânda zilnică este calculată prin multiplicarea cu 365 dar împărțirea se realizează la 360 rezultând astfel o dobândă pe zi calculată mai mare, sau altfel spus dobânda pe an ia în calcul anul ca având 360 zile dar se calculează pentru un an de 365 zile, astfel încât conform acestei formule se percepe dobânda pentru încă 5 zile în plus (sau 6 zile pentru un an bisect).

Or, este de notorietate faptul că un an are 365 zile, prin raportarea la anul de 360 zile cauzându-se un prejudiciu consumatorilor, dobânda astfel rezultată fiind mai mare decât cea menționată valoric în cadrul contractului, și pentru care și-a exprimat consumatorul acordul de voință la încheierea contractului, contractul fiind lege între părți.

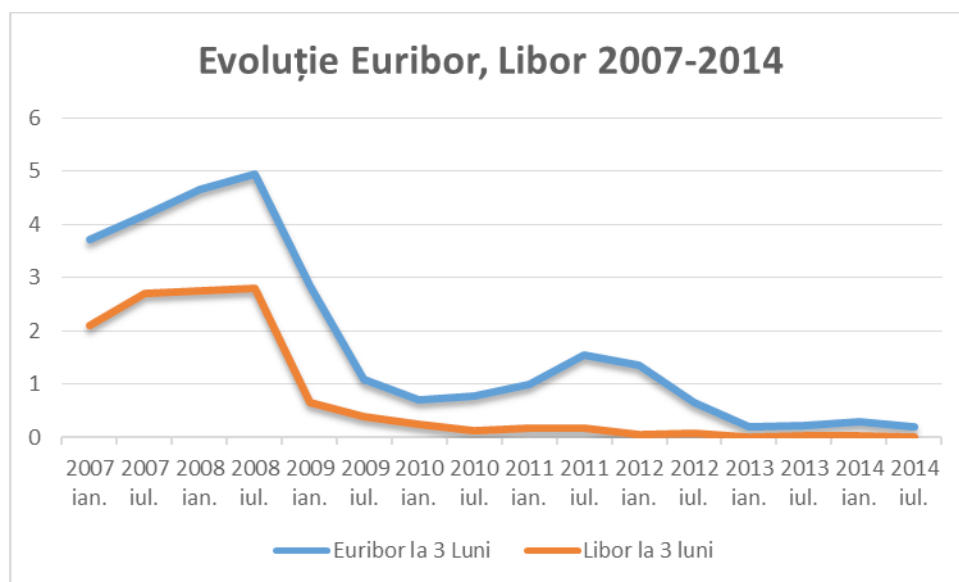
Abaterea constatată privind dobânda s-a constatat și în cadrul comisionului de administrare, pentru care a fost aplicat același mod de calcul, înmulțirea realizându-se cu 365 dar împărțirea la 360.

## VIII.2 Nerespectarea prevederilor contractuale

Din cercetarea petițiilor consumatorilor s-a mai constatat că Bancpost S.A. a cesionat creditele ipotecare acordate în baza legii nr. 190/1999 fără notificarea prealabilă a consumatorilor în calitatea lor de împrumutați, contrar prevederilor contractuale, respectiv art. 11.1 din contract: *“Banca poate cesiona sau transfera în alt mod, total sau parțial, prezentul Contract, cu condiția notificării prealabile a Împrumutatului.”* și art. 8.7 liniuța a 4-a: *“Banca se obligă să notifice în scris Împrumutatul în cazul în care creanța Băncii față de acesta, precum și ipoteca aferentă sunt cedate altui creditor*

## VIII.3. Privind calculul dobânzii

Din evoluția dobânzilor la contractele de credit s-a constatat că în perioada când contractele de credit au fost cesionate către EFG New Europe Funding II B.V., dobânzile au rămas constante în contextul în care indicatorii financiari Euribor la 3 luni sau Libor CHF la 3 luni au avut evoluții în continuă scădere, reprezentate astfel:



De exemplu, conform unei prevederi contractuale (art. 4.1): *Pentru perioada cuprinsă între data primei trageri din contul de credit și 12 luni durata dobânzii este fixă. După această perioadă este indexabilă.*

Având în vedere considerentele menționate la punctul VII. 1 Prevederi legale privind protecția consumatorilor și la punctul VII.3 Considerente privind redactarea clauzelor contractuale prin prisma legislației, în vederea respectării legislației privind protecția consumatorilor dobânda trebuia să evolueze corespunzător

conform factorilor ce influențează costul resurselor de finanțare, precum indicii Euriobr la 3 Luni sau Libor CHF la 3 Luni.

Or, în cazul nostru evoluția indicilor a cunoscut o continuă scădere, de exemplu până în luna septembrie 2010, luna implementării actului adițional de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010, încheiat cu încălcarea prevederilor legale, dar dobânzile au rămas constante, în condițiile în care EFG New Europe Funding II B.V., cesionarul creditului nu a avut calitatea de bancă, instituție de credit autorizată, astfel încât nu s-a putut determina care au fost factorii care au determinat menținerea constantă a dobânzii indexabile.

S-a constatat că *dobânda a fost dependentă de voința cesionarului EFG New Europe Funding II B.V., persoană juridică neautorizată, care nu are calitatea de instituție de credit și nici nu este autorizat de o autoritate competentă.*

S-a constatat încheierea de acte adiționale prin care dobânda a fost majorată, de exemplu prin trecerea de la un nivel al dobânzii de 7,85% la o dobândă formată din Libor CHF la 6 luni + marjă fixă de 8 p.p..

S-a constatat perceperea de dobânzi în contextul în care conform prevederilor contractuale art. 4.1: *"Creditul se acordă cu o dobânda de 8,5% pe an valabilă în primele 90 zile de la data acordării creditului. La încetarea acestei perioade, se va aplica dobânda variabilă pentru credite de nevoi personale în Euro în vigoare în acel moment."*

Or, în cazul nostru, cesionarul creditului nu a avut calitatea de bancă, instituție de credit autorizată astfel încât nu au existat *credite de nevoi personale în Euro* care să fie luate în calculul dobânzii conform art. 4.1 din contract, pentru tipul de contracte menționate astfel încât dobânda calculată și reținută trebuia să fie zero.

S-a constatat perceperea de dobânzi pentru credite ipotecare în contextul în care conform prevederilor contractuale art. 4.2 din contract: *"La data semnării Contractului dobânda curentă este 5,35% pe an. Nivelul dobânzii variabile este egal cu Indicele de referință al Băncii pentru creditul ipotecar acordat în CHF plus o marjă de 0 puncte procentuale."*

*Conform art. 14 din legea nr. 190/1999 privind creditul ipotecar:*

*"În cazul în care prin contractul de credit ipotecar pentru investiții imobiliare s-a stabilit ca rata dobânzii să fie variabilă se vor aplica următoarele reguli:*

*a) variația ratei dobânzii trebuie să fie independentă de voința creditorului ipotecar, raportată la fluctuațiile unor indici de referință verificabili, menționați în contract, sau la modificările legislative care impun acest lucru;"* Art. 14 a fost modificat prin O.U.G. nr. 174/2008 din luna decembrie 2008.

Or, în cazul nostru evoluția indicelui Libor la 3 luni a cunoscut o continuă scădere până în luna septembrie 2010, dar dobânda a rămas constantă, indicele de referință al *băncii* rămânând constant 6,85%.

Însă, având în vedere că, în conformitate cu prevederile contractuale, lege între părți, trebuia percepută o dobândă variabilă în funcție de *Indicele de referință al Băncii*, și ținând seama că EFG New Europe Funding II B.V., cesionarul creditului, nu a avut calitatea de bancă, instituție de credit autorizată, se constată că nu exista indicele de referință al băncii astfel încât dobânda trebuia să fie zero în condițiile în care marja procentuală era zero.

Nivelul de zero al dobânzii trebuia avut în vedere de cesionar, care nu a avut calitatea de bancă, instituție de credit autorizată, pe întreaga perioadă a cesionării, actul adițional de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010 fiind încheiat cu încălcarea prevederilor legale.

Deasemenea, conform art. 14 din legea nr. 190/1999 variația dobânzii trebuia să *fie independentă de voința creditorului ipotecar*, astfel încât chiar și în cazul în care cesionarul ar fi avut calitatea de instituție de credit autorizată, se constată că dobânda a rămas constantă - 6,85% - în perioada 20.10.2008-19.09.2010 (data implementării actului adițional de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010), și nu a variat în funcție de "*costul surselor de finanțare și evoluția dobânzii la creditele ipotecare de pe piața bancară din România*" conform art. 4.1 din contract, în contextul în care a fost arătat că indicele Libor la 3 Luni a cunoscut o continuă scădere, dobânda se constată că a rămas constantă determinându-se astfel că *dobânda a fost dependentă de voința creditorului ipotecar*.

#### **VIII.4 Privind perceperea comisionului de administrare în contractele ipotecare**

Conform Art. 15 din legea nr. 190/1999: "*În sarcina împrumutatului vor fi puse numai cheltuielile aferente întocmirii documentației de credit și constituirii ipotecii și altor garanții, după caz.*"

Astfel, împrumutatul trebuia să suporte numai cheltuielile necesare încheierii contractului (analiză garanție, asigurare imobil, cadastru, intabulare, constituire ipoteca, extras carte funciara) servicii exacte, bine definite cu scop precis în vederea întocmirii și constituirii ipotecii, perceperea oricărei alte cheltuieli care nu reprezintă o cheltuială aferentă unui serviciu exact definit în vederea întocmirii documentației de credit, constituirii ipotecii și altor garanții, constituie o încălcare a prevederilor art. 15 din Legea 190/1999 privind creditul ipotecar, conform căruia: "*În sarcina împrumutatului vor fi puse numai cheltuielile aferente întocmirii documentației de credit și constituirii ipotecii și altor garanții, după caz.*"

S-au constatat contracte de credit acordate în baza legii nr. 190/1999 în care a fost perceput comision de administrare lunară a creditului de 0,10% aplicat la valoarea soldului creditului, cu încălcarea prevederilor art. 15 din Legea nr. 190/1999.

#### **VIII.5 Perceperea de dobânzi penalizatoare la întreg soldul creditului**

##### **VIII.5.1 Drept Civil - Teoria generală a obligațiilor**



În cadrul reclamațiilor s-a constatat practica instituțiilor de credit de a percepe dobânzile penalizatoare prevăzute în contract calculate la întreg soldul creditului.

Practica este contrară prevederilor legale din următoarele considerente prezentate în cadrul doctrinei de Drept Civil, Teoria generală a obligațiilor:

Debitorul își îndeplinește de voie obligația prin efectuarea plății. Acesta este rezultatul firesc al faptului că regulile de conviețuire socială, însăși conviețuirea normală a membrii societății impun ca cel care este obligat, independent de izvorul obligației contractual sau extracontractual, să execute prestația datorată.

Totuși, dacă debitorul nu execută de bunăvoie obligația, deci nu efectuează plata, creditorul, pentru valorificarea dreptului său subiectiv patrimonial pe care îl are împotriva debitorului, poate recurge la mijloacele pe care legea i le pune la dispoziție pentru a-l sili la executare; în acest caz credita creditorul va cere executarea silită.

Potrivit art. 1073 din Vechiul Cod Civil "creditorul are dreptul a dobândi îndeplinirea exactă a obligației", iar dacă acest lucru nu este cuputintă, el "are dreptul la dezdăunare". Aceste dezdăunări reprezintă echivalentul prejudiciului suferit de creditor ca urmare a neexecutării sau executării necorespunzătoare de către debitor. Ele se mai numesc și despăgubiri sau daune-interese. Despăgubirile pot fi acordate fie sub forma globale de bani, fie sub forma unor sume prestate periodic.

Executarea indirectă a obligației înseamnă dreptul creditorului a pretinde și a obține de la debitor echivalentul prejudiciului pe care l-a suferit, ca urmare a neexecutării, executării cu întârziere sau necorespunzătoare a obligației asumate.

Este motivul pentru care uneori se vorbește despre executarea indirectă a obligațiilor ca fiind o executare prin echivalent.

Din momentul în care sunt întrunite condițiile răspunderii civile contractuale, *se naște dreptul subiectiv al creditorului* de a pretinde despăgubiri de la debitorul său. Creanța sa inițială este înlocuită cu altă creanță, care constă în suma de bani ce reprezintă echivalentul prejudiciului suferit. Desigur, despăgubirile se datoresc în virtutea obligației inițiale, care însă nu a fost executată.

Pentru a se putea acorda daune-interese creditorului trebuie îndeplinită o altă condiție, și anume debitorul să fie pus în întârziere cu privire la executarea obligației sale.

Într-adevăr, debitorul trebuie să-și execute obligația la termenul prevăzut de părți în contract sau, dacă un astfel de termen nu a fost prevăzut, de îndată ce obligația a fost asumată. Dacă nu execută, el este în întârziere. Dar pentru ca întârzierea debitorului să producă efecte juridice specifice, ea trebuie constatată în formele prevăzute de lege, forme prin care debitorul să fie în întârziere cu privire la executarea obligației. Câtă vreme creditorul nu constatarea întârzierii debitorului printr-una din aceste forme, se presupune că ea nu l-a păgubit. Așadar, simpla expirare a termenului în care trebuia executată obligația nu-l pune pe debitor în întârziere - dies non interpellat pro hominem.

Punerea în întârziere constă într-o manifestare de voință din partea creditorului prin care el pretinde executarea obligației de către debitor. Ea se poate face în următoarele forme:

1. notificare prin intermediul executorilor judecătorești (art. 1079 din Vechiu Cod Civil.); ea constă în cererea formală (somația adresată debitorului să execute);
2. cererea de chemare în judecată a debitorului, prin care se pretinde executarea obligației pe calea acțiunii în justiție.

Stabilirea despăgubirilor se face în următoarele moduri: pe cale judecătorească (evaluarea judiciară); prin lege (evaluarea legală); prin convenția părților (evaluarea convențională).

*Evaluarea judiciară* se realizează în conformitate cu prevederile art. 1084-1086 din Vechiul Cod Civil prin care se stabilesc principiile în conformitate cu care urmează a se face evaluarea despăgubirilor de către instanța de judecată.

*Evaluarea legală* înseamnă că evaluarea daunelor-interese se face de lege. În dreptul nostru evaluarea legală există în privința prejudiciului suferit de creditor în cazul neexecutării unei obligații care are ca obiect o sumă de bani, iar aceste obligații se pot executa întotdeauna în natură.

De aceea, neexecutarea obligației de a da o sumă de bani nu poate avea drept consecință obligarea debitorului la plata de despăgubiri compensatorii, care ar trebui să conștă tot într-o sumă de bani, ci numai la plata de despăgubiri oratorii (pentru întârziere).

Potrivit art. 1088 din Vechiul Cod Civil, *“la obligațiile care au de obiect o sumă oarecare, daunele-interese pentru neexecutare nu pot cuprinde decât dobânda legală, afară de regulile speciale în materie de comerț, de fidejusiune și societate. Aceste daune-interese se cuvin fără ca creditorul să fie ținut de a justifica despre vreo pagubă; nu sunt debite decât din ziua cererii în judecată, afară de cazurile în care, după lege, dobânda curge de drept.”*

Din acest text de lege rezultă câteva trăsături speciale ale evaluării legale a daunelor-interese, și anume:

- a) creditorul obligației având drept obiect a da o sumă de bani nu poate pretinde, drept echivalent al prejudiciului încercat prin întârziere la executare, dobânda stabilită de lege;
- b) în caz de evaluare legală, creditorul nu este obligat să facă dovada că prin întârzierea la executare i s-a cauzat un prejudiciu. Legea pornește de la ideea că lipsa de folosință a unei sume de bani provoacă creditorului un prejudiciu constând în cuantumul dobânzii legale datorate pe perioada întârzierii la executare;
- c) daunele-interese constând în dobânda legală sunt datorate, de regulă, din ziua chemării în judecată, simpla notificare prin intermediul executorilor judecătorești nefiind suficientă pentru datorarea și acordarea lor. De la această regulă există unele excepții, prevăzute de lege, când, fie că dobânda legală este datorată de la data somării prin

executor judecătoresc - spre exemplu. art. 1669 Vechiul Cod Civil, în materia fidejusiunii -, fie că ea se datorează de drept, fără îndeplinirea nici unei formalități – spre exemplu art. 1550 Vechiul Cod Civil, în materia contractului de mandat.

În prezent dobânda legală este reglementată de O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar.

Evaluarea convențională, denumită și clauza penală, reprezintă mod de evaluare a despăgubirilor (daunelor-interese) în care evaluarea este realizată prin convenția părților.

Cu privire la acest mod de evaluare trebuie să distingem:

A. Mai întâi, este de observat că părțile pot conveni asupra cuantumului despăgubirilor datorate de debitor, după ce s-a produs încălcarea obligației contractuale asumate deci după producerea prejudiciului, ceea ce nu este cazul contractului de credit.

B. În al doilea rând, părțile pot stabili în cuprinsul contractului sau printr-o convenție separată, ulterioară încheierii acestuia, dar înainte de producerea prejudiciului, cuantumul daunelor-interese datorate de debitor ca urmare a neexecutării, executării cu întârziere sau necorespunzătoare a obligației sale și care au menirea să acopere tocmai prejudiciul încercat de creditor. Deci le determină, prin acordul lor de voință, întinderea prejudiciului și cuantumul daunelor care-l vor acoperi, înainte ca acesta să se fi produs. În acest din urmă caz, părțile au prevăzut o clauză penală.

Așadar, putem defini clauza penală ca fiind acea convenție accesorie prin care părțile determină anticipat echivalentul prejudiciului suferit de creditor ca urmare a neexecutării, executării cu întârziere sau necorespunzătoare a ei de către debitorul său.

Clauza penală este reglementată de art. 1066 - art. 1072 Vechiul Cod Civil. Conform art. 1068 Vechiul Cod Civil "*Creditorul are facultatea de a cere de la debitorul care n-a executat la timp, sau îndeplinirea clauzei penale, sau aceea a obligației principale.*"

Dar în cazul contractelor de credit, ce au ca obiect o sumă oarecare de bani, se aplică prevederile 1088 din Vechiul Cod Civil, "*la obligațiile care au de obiect o sumă oarecare, daunele-interese pentru neexecutare nu pot cuprinde decât dobânda legală, afară de regulile speciale în materie de comerț, de fidejusiune și societate. Aceste daune-interese se cuvin fără ca creditorul să fie ținut de a justifica despre vreo pagubă; nu sunt debite decât din ziua cererii în judecată, afară de cazurile în care, după lege, dobânda curge de drept.*"

În plus, conform prevederilor Legii nr. 313/1879 pentru anularea clauzei penale din oarecare contracte și pentru adaosul unui alineat la articolul 1089 din Codul civil:

Art. 1 "*Clauza penală, aflată în contracte de împrumuturi sau de prestații în natura, este și va rămâne anulată, oricare va fi data actului a cărui executare se cere,*

*însa numai dacă termenul exigibilității creanței va cădea în urma promulgării acestei legi.”*

*Art. 2 “Dacă clauza penală nu va fi stipulată direct, ci va fi deghizată sub o altă formă, sau va rezulta din condițiunile actului, judecătorul va aprecia și va putea anula din contract aceea ce ar avea caracterul de clauză penală, putând aplica, după cazuri, art. 1589 sau art. 1084 din codul civil.”*

*Art. 3 La art. 1089 din codul civil se adauga urmatorul aliniat: “Clauza prin care, de mai înainte si in momentul formarii unei conventiuni alta decat o conventiune comerciala, se va stipula dobanda la dobandzile datorate pentru un an, sau pentru mai putin ori mai mult de un an, sau la alte venituri viitoare, se va declara nula”.*

Se constată astfel că prin art. 1 și art. 2 se declară nulă clauza penală, atât cea expres prevăzută în contract, cât și cea deghizată sub alte forme, indiferent dacă raportul juridic respectiv era de natură comercială sau nu.

Reglementarea prohibitivă privea în special contractele de împrumut, sau de prestații în natură, dar avea caracter extensiv, pentru "oricare" contracte.

Prevederile art. 3 interzicea și anatocismul (dobândă la dobândă), pe care îl permitea, în mod exceptional, numai în cazul “convențiilor comerciale”. Exceptarea era aplicabilă doar în caz de dobândă la dobândă, nu și în cazul clauzei penale, expres stipulate în contract sau deghizate sub altă formă.

Legea nr. 313/1879 a fost abrogată prin prevederile art. 230 lit.b) din Legea nr.71/2011 de punere în aplicare a Codului civil, care a intrat în vigoare până în data de 1 octombrie 2011.

Realitatea și efectivitatea acestei legii rezultă dintr-o decizie obligatorie *erga omnes* pronunțată în 2005 de Înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr. XI/2005, într-un recurs în interesul legii.

Actualitatea și constituționalitatea Legii nr.313/1879 au fost confirmate și de Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 524/1997.

Conform deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. XI/2005, obligatorie *erga omnes*, întrucât clauza penală în contractele de împrumut este interzisă prin dispoziții legale de ordine publică, de la care nu se poate deroga prin contract, clauza penală prin care se stabilește obligația restituirii la scadența a sumei împrumutate sub sancțiunea penalitaților de întârziere, pe lângă dobânda contractuală convenită sau pe lângă dobânda legală contravine prevederilor legalei.

Conform art. 102 alin.1 din Legea nr.71/2011 “*Contractul este supus dispozițiilor legii în vigoare la data când a fost încheiat în tot ceea ce privește încheierea, interpretarea, efectele, executarea și încetarea sa.*”

Conform. art. 115 din Legea nr.71/2011, “*Clauza penală convenită după intrarea în vigoare a [Codului civil](#) produce efectele prevăzute de acesta, indiferent de data nașterii obligației principale.*”

De aici consecința că, *per a contrario*, clauza penală convenită anterior intrării în vigoare a Codului civil se supune legii vechi, deci inclusiv Legii nr.313/1879.

În lumina considerentelor prezentate se concluzionează că toate clauzele penale din contractele de credit încheiate înainte de intrarea în vigoare a Codului civil sunt nule de drept.

În plus, în practica cercetării reclamațiilor s-a remarcat că nu se poate constata care este algoritmul în baza cărua sumele de bani plătite de către consumatori pe perioada executării silită, sunt defalcate în principal și dobândă penalizatoare, astfel încât prin perceperea mai mică a principalului rezultă un quantum mai mare al dobânzii penalizatoare percepută periodic rezultând astfel perceperea de dobândă penalizatoare la dobânda penalizatoare, respectiv anatocismul (dobândă la dobândă) interzis prin lege.

Prin perceperea clauzei penale, alta decât dobând legală, se constată astfel încălcarea prevederilor legale și manifestarea în rândul consumatorilor a fenomenului extrem de sclavie financiară perpetuă prin care, pe perioada executării silită în care dobânda penalizatoare se calculează la întreg soldul creditului, plățile efectuate nu sunt îndeajuns pentru determina scăderea principalului, ritmul de creștere al valorilor dobânzilor penalizatoare fiind mai mare decât plățile efectuate.

Prevederile contractuale privind declararea scadentă a creditului și executarea silită prevedeau dreptul unei băncii, instituție de credit autorizată, de a declara creditul scadent anticipat.

#### **VIII.5.2 Calculare și reținere penalități, dobânzi penalizatoare, executare silită**

S-a constatat declararea scadent anticipată a creditului în contextual în care conform art. 8.4, 8.5 și 9.4 din contracte doar o "bancă" instituție de credit autorizată, avea dreptul să realizeze această acțiune.

În urma declarării scadent anticipată a creditului\_EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.), persoană juridică neautorizată, a calculat și reținut dobânzi penalizatoare calculate la întreg soldul creditului, dobânzi penalizatoare de mii de euro sau CHF pentru o perioadă de câteva luni.

În lumina considerentelor menționate la punctul **VIII.5.1** această calculare și reținere de dobândă penalizatoare era interzisă și instituțiilor de credit, cu atât mai mult unei persoane juridice neautorizate.

S-a constatat declanșarea executării silită de către EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) *persoană juridică neautorizată.*

### **IX.Constatări încălcări ale prevederilor legale privind protecția consumatorilor**

#### **1. Afectarea intereselor economice ale consumatorilor**

Având în vedere punctele I, II, III, IV, V, VII s-a constatat calcularea și reținerea cu încălcarea prevederilor legale a sumelor de bani reprezentând dobândă, comisioane de administrare credit, dobânzi penalizatoare de către EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.), persoană juridică neautorizată din afara României, prin intermediul Bancpost S.A., constatându-se astfel prestarea de servicii cu afectarea intereselor economice ale consumatorilor încălcându-se art. 7, lit. c, liniuța a 2-a din O.G. nr. 21/1992

Prestarea de servicii cu afectarea intereselor economice s-a constatat și având în vedere punctele VIII.1, VIII.3, VIII.4.

## **2. Nerespectarea prevederilor contractuale.**

Având în vedere punctul VIII.2 s-a constatat nerespectarea clauzelor prevăzute în contracte încălcându-se art. 7, lit. c, liniuța a 3-a din O.G. nr. 21/1992.

## **3. Practică comercială incorectă.**

Având în vedere punctul VI s-a constatat practica comercială incorectă prin încălcarea art. 15, alin. (1), lit. b) din Legea nr. 363/2007 coroborat cu art. 6, alin. (1), lit. f) și cu Anexa nr. 1, punctul I.4 din același act normativ.

## **X. Privind caracterul continuu al contravențiilor constatate**

Conform art. 13 din OG nr. 2/2001, privind regimul juridic al contravențiilor: "(1) *Aplicarea sancțiunii amenzii contravenționale se prescrie în termen de 6 luni de la data săvârșirii faptei. (2) În cazul contravențiilor continue, termenul prevăzut la alin. (1) curge de la data încetării săvârșirii faptei. Contravenția este continuă în situația în care încălcarea obligației legale durează în timp.*"

Potrivit doctrinei de specialitate, din punct de vedere al formei unității naturale contravenționale, contravenția poate fi sub forma contravenției simple instantanee sau sub forma contravenției continue. Contravenția simplă este acea formă a unității naturale de contravenție care constă în efectuarea unei singure acțiuni (inacțiuni) instantanee ce produce un singur rezultat în baza unei decizii delinctuale unice.

Deși la prima vedere s-ar părea că durata în timp este criteriul care delimitează contravenția simplă instantanee de contravenția continuă, totuși elementul care diferențiază cele două specii de unitate naturală contravențională nu este durata, deoarece ambele forme presupun un consum temporal. În cazul contravenției simple, derularea elementului material al acesteia este stopată în momentul în care a survenit rezultatul, în timp ce, în cazul contravențiilor continue, elementul material se prelungește, din punct de vedere temporal, și după clipa ivirii rezultatului.

Contravenția continuă este definită ca fiind acea formă a unității naturale contravenționale care constă în *prelungirea în timp a elementului material (acțiunii sau*

*inacțiunii) și a procesului de producere a rezultatului, până la un moment viitor consumării, când activitatea contravențională este oprită datorită unei energii contrare celei care a declanșat activitatea.*

Contravenția continuă este una dintre formele unității contravenționale, care cunoaște o evoluție temporală, datorită extensiei în timp a acțiunii sau inacțiunii ce constituie elementul material al laturii obiective a contravenției.

*Identificarea contravenției continue se face diferit, în funcție de împrejurarea dacă elementul material îmbracă forma acțiunii sau a inacțiunii. Contravenția continuă nu se autonomizează în momentul consumativ, deoarece activitatea contravențională se prelungește în timp după momentul consumării până la o altă dată, denumită epuizarea contravenției.*

*Momentul consumativ al contravenției continue are loc la data la care este realizată latura obiectivă a faptei, dar epuizarea acesteia va avea loc la o altă dată, respectiv când dinamica contravențională s-a sfârșit. În cazul contravenției continue, procesul ilicit se oprește în momentul când acțiunea sau inacțiunea ce constituie elementul material a încetat și ultima evoluție a rezultatului s-a finalizat. Actele materiale care prelungesc elementul material al contravenției continue sunt activități de executare a acesteia, care nu pot avea independență juridică. Prelungirea în timp a dinamicii contravenției continue este o trăsătură generală abstractă, deoarece sunt situații când, deși elementul material al contravenției continue este susceptibil de continuitate temporală, acesta se poate totuși realiza în chip instantaneu. Altfel spus, în cadrul faptei continue conduita ilicită și consumarea acesteia se prelungesc în timp. În funcție de criteriul posibilității existenței unor întreruperi ale elementului material, contravențiile continue succesive permit anumite discontinuități determinate de specificul acțiunii sau inacțiunii contravenției.*

Deasemenea, la contravenția continuă, nu doar elementul material se prelungește în timp, ci și procesul de producere a rezultatului.

Având în vedere definiția contravenției continue, așa cum este prezentată în doctrina de specialitate, pentru o acțiune realizată de către o instituție financiară cu mai mult de 6 luni în urmă, dar ale cărei efecte încă nu sunt epuizate la data constatării, constatăm că *dinamica contravențională nu se sfârșeste la data săvârșirii acțiunii iar efectele acțiunii se transmit în timp, de la lună la lună, astfel încât se îndeplinesc condițiile contravenției continue.*

Constatarea unei fapte contravenționale reprezintă descoperirea unei fapte fie în momentul săvârșirii ei, fie înainte ca efectele ei să se fi consumat iar prescripția intervine numai și numai *după* consumarea faptei, după epuizarea abaterii, în acest sens și în conformitate cu prevederile art. 13, alin. (2), OG nr. 2/2001, prescripția intervenind *după o perioadă de 6 luni de la consumarea faptei, respectiv de la data la care și ultima evoluție a rezultatului s-a finalizat*, ceea ce în cazul practic al unui contract de credit ar însemna data la care împrumutatul a realizat ultima plată conform obligațiilor asumate prin contract.

Simplul fapt că încălcarea legii a avut loc o singura data, la un anumit moment în trecut, nu conduce la concluzia că fapta ar avea caracter *uno actu*, întrucât încălcarea legii are caracter continuu iar *legiutorul nu face distincția între fapte și efectele acesteia, iar câtă vreme legea nu distinge, nici interpretul nu o poate face, potrivit principiului „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

Cât timp consumatorul este obligat la plata unor sume de bani care sunt calculate *cu încălcarea prevederile legale*, subzistă și prejudiciul creat în detrimentul consumatorului, prejudiciu reflectat în sumele de bani plătite lunar suplimentar de către consumator, astfel că nu se poate sustine că săvârșirea faptelor s-a consumat și epuizat în momentul inițial al încălcării legii, epuizarea având loc doar în momentul în care încălcarea nu mai produce efecte, adică consumatorul nu va mai fi obligat la plata sumelor de bani suplimentare rezultate exclusiv din culpa unei persoane juridice.

Având în vedere aspectele menționate contravențiile constatate sunt contravenții continue, încălcarea obligației legale durând în timp conform prevederilor art. 13, alin. (2) din O.G. nr. 2/2001, privind regimul juridic al contravențiilor.

## **XI. Măsurile Propuse/Dispuse În Conformitate Cu Prevederile Legale**

### **Ținând seama de:**

Prevederile art. 1, alin. (1) din **H.G. nr. 700/2012**, conform căruia Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor, este instituție publică și funcționează ca organ de specialitate al administrației publice centrale, cu personalitate juridică, în subordinea Guvernului și în coordonarea Ministrului economiei, comerțului și mediului de afaceri.

Prevederile art. 3, alin. (1) din H.G. nr. 700/2012 conform căruia Autoritatea are, printre altele, următoarele atribuții principale:

i) controlul respectării dispozițiilor legale privind protecția consumatorilor și apărarea drepturilor legitime ale acestora în cazul prestării de servicii financiare;

j) constatarea contravențiilor și dispunerea măsurilor de limitare a consecințelor prestării serviciilor financiare care nu sunt în concordanță cu dispozițiile legale din domeniile de activitate ale Autorității prin aplicarea sancțiunilor contravenționale prevăzute de lege și sesizarea organelor de urmărire penală ori de câte ori constată încălcări ale legii penale.

u) primirea și rezolvarea petițiilor de la consumatori cu privire la încălcarea drepturilor consumatorilor, în condițiile legii;

### **Prevederile Legii nr. 296/2004, privind Codul Consumului:**

**Art. 2** *”Prevederile prezentului Cod se aplică comercializării produselor noi, folosite sau recondiționate, și a serviciilor, inclusiv a serviciilor financiare, destinate consumatorilor, contractelor încheiate cu consumatorii.”*



Art. 5 "Statul, prin autoritatea centrală cu atribuții în domeniul protecției consumatorilor, are drept obiective:

a) protecția consumatorilor împotriva riscului de a achiziționa un produs sau de a li se presta un serviciu care ar putea să le prejudicieze viața, sănătatea sau securitatea ori să le afecteze drepturile și interesele legitime;

b) promovarea și protecția intereselor economice ale consumatorilor;

e) despăgubirea efectivă a consumatorilor;

h) prevenirea și combaterea, prin toate mijloacele, a practicilor comerciale abuzive și a prestării serviciilor, inclusiv a celor financiare care pot afecta interesele economice ale consumatorilor."

Art. 25 "Obligațiile prestatorilor de servicii:

e) să răspundă pentru prejudiciul actual și cel viitor cauzat de serviciul defectuos prestat."

Art. 27 "Consumatorii beneficiază de următoarele drepturi:

a) de a fi protejați împotriva riscului de a achiziționa un produs sau de a li se presta un serviciu care ar putea să le prejudicieze viața, sănătatea sau securitatea ori să le aducă atingere drepturilor și intereselor legitime;

d) de a fi despăgubiți în mod real și corespunzător pentru pagubele generate de calitatea necorespunzătoare a produselor și serviciilor, folosind în acest scop mijloace prevăzute de lege;"

**În conformitate cu prevederile art. 15, alin. (4) din O.G. nr. 21/1992** au fost dispuse măsuri cu termen de realizare 30 zile precum:

a) restituirea sumelor de bani reprezentând dobândă, comisioane de administrare credit, dobânzi penalizatoare, penalități calculate și reținute în perioada când cesionar a fost EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.), persoană juridică neautorizată.

b) repunerea în starea anterioară declarării scadente anticipate a creditului și declanșării executării silite, dacă a fost cazul

c) recalcularea nivelului dobânzii în funcție de o dobândă și marjă calculate pornind de la nivelul dobânzii din data cesionării, cu revizuire trimestrială *în funcție de evoluția indicelui financiar corespunzător Euribor la 3 Luni sau Libor CHF la 3 Luni*, iar marja luată în calcul să fie cea care ar fi rezultat dacă actul adițional de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010 ar fi fost implementat conform prevederilor legale, prin scăderea din nivelul dobânzii a valorii indicelui Euribor la 3 Luni sau Libor CHF la 3 Luni în vigoare la data implementării actului adițional de aliniere la O.U.G. nr. 50/2010.

## **XII. Competențe Banca Națională a României**

## **XII.1 Privind respectarea legislației specifice în domeniul protecției consumatorului**

Abaterile de la prevederile legale privind protecția consumatorilor, în vigoare la data încheierii contractelor, privind modalitatea netransparentă a modului de calcul în care varia dobânda, element esențial al unui contract de credit, modalitatea de calcul a dobânzii și perceperea comisionului de administrare în cazul creditelor ipotecare pentru investiții imobiliare, au fost realizate cu încălcarea prevederilor art. 117 alin. (1) și (2) din O.U.G. nr 99/2006 privind institutiile de credit și adecvarea capitalului:

*”(1) Instituțiile de credit pot derula tranzacții cu clienții doar pe baze contractuale, acționând într-o manieră prudentă și cu respectarea legislației specifice în domeniul protecției consumatorului.*

*(2) Documentele contractuale trebuie să fie redactate astfel încât să permită clienților înțelegerea tuturor termenilor și condițiilor contractuale, în special a prestațiilor la care aceștia se obligă potrivit contractului încheiat.”*

Conform prevederilor art. 225 din OUG 99/2006 *”Banca Națională a României este competentă să dispună, față de o instituție de credit, persoană juridică română, sau față de persoanele responsabile, care încalcă dispozițiile legii, ale reglementărilor sau ale altor acte emise în aplicarea legii, referitoare la supraveghere sau la condițiile de desfășurare a activității, măsurile necesare și/sau să aplice sancțiuni, în scopul înlăturării deficiențelor și a cauzelor acestora”.*

Deasemenea, conform prevederilor art. 226, alin. (1) din O.U.G. nr 99/2006: *”Banca Națională a României dispune ca orice instituție de credit, persoană juridică română, care nu respectă cerințele prevăzute în prezenta ordonanță de urgență, în reglementările ori în alte acte emise în aplicarea acesteia sau nu dă curs unei recomandări a Băncii Naționale a României, să întreprindă măsurile necesare pentru a asigura redresarea situației în cel mai scurt timp”* coroborat cu prevederile art. 229, alin. (1) prin care se stabilesc sancțiunile ce pot fi aplicare pentru nerespectarea prevederilor Ordonanței.

Se constată astfel că Banca Națională a României este competentă, conform prevederilor O.U.G. nr 99/2006, privind institutiile de credit și adecvarea capitalului, să urmărească *respectarea legislației specifice în domeniul protecției consumatorului și modul în care sunt redactate documentele contractuale astfel încât să permită clienților înțelegerea tuturor termenilor și condițiilor contractuale, în special a prestațiilor la care aceștia se obligă potrivit contractului încheiat*, în caz contrar fiind competentă să sancționeze instituțiile de credit în cazul nerespectării legislației specifice în domeniul protecției consumatorului, ce constituie, în conformitate cu jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene motiv imperativ de interes general.

## **XII.2 Privind cerințele de solvabilitate**

**Regulamentul B.N.R. nr. 18/2006**, privind determinarea cerințelor minime de capital pentru institutiile de credit și firmele de investiții, a transpus în legislația

națională acquis-ul comunitar cu incidență asupra domeniului serviciilor financiare, respectiv *Directiva 2006/48/CE*, privind inițierea și exercitarea activității instituțiilor de credit, și *Directiva 2006/49/CE*, privind rata de adecvare a capitalului întreprinderilor de investiții și al instituțiilor de credit, Directive care transpuneau la nivel comunitar, cu unele diferențe ce țin de specificul Pieței Interne, prevederile referitoare la noile cerințe de capital aprobate la nivelul Comitetului de la Basel pentru Supraveghere Bancară și cunoscute pe plan internațional sub denumirea de Noul Acord de Capital - Basel II.

Conform art. 2, lit. a) din Regulamentul B.N.R. nr. 18/2006:

*"Instituțiile trebuie să dispună de un nivel al fondurilor proprii, care să se situeze în permanență la un nivel cel puțin egal cu suma următoarelor cerințe de capital:*

*a) pentru riscul de credit și riscul de diminuare a valorii creanței aferente întregii activități, cu excepția operațiunilor din portofoliul de tranzacționare, 8% din totalul valorilor ponderate la risc ale expunerilor, calculate, după caz, în conformitate cu Regulamentul BNR-CNVM nr. 14/19/2006 privind tratamentul riscului de credit pentru instituțiile de credit și firmele de investiții potrivit abordării standard, Regulamentul BNR-CNVM nr. 15/20/2006 privind tratamentul riscului de credit pentru instituțiile de credit și firmele de investiții potrivit abordării bazate pe modele interne de rating și/sau Regulamentul BNR-CNVM nr. 21/26/2006 privind tratamentul riscului de credit aferent expunerilor securizate și al pozițiilor din securizare;"*

Se stabilește astfel un nivel minim de 8% între capitalul propriu și expunerea netă.

Conform art. 3-7 din **Norma B.N.R. nr. 12/2003**, privind supravegherea solvabilității și expunerilor mari ale instituțiilor de credit, se stabilește un nivel minim de 12% al *indicatorului de solvabilitate* calculat ca un raport procentual între nivelul fondurilor proprii și expunerea netă (totalul activelor și elementelor din afara bilanțului, ponderate în funcție de gradul lor de risc) .

S-a constatat că doar datorită cesionării a aproximativ 58% din creditele acordate consumatorilor (care reprezintă doar o parte din credite cesionate, existând și credite acordate persoanelor juridice), Bancpost S.A. a reușit în anul 2008 să se încadreze în limitele indicatorilor de solvabilitate menționați, eludând astfel prevederile legale.

### **XIII. Prejudiciul creat consumatorilor**

Având în vedere considerentele menționate s-a constatat că prin perceperea cu încălcarea prevederilor legale, de către EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.), de sume de bani reprezentând dobândă, comision de administrare și penalități, a fost creat un prejudiciu consumatorilor stabiliți în România estimat la cel puțin 300 milioane de euro, calculat conform *anexa nr. 12*, prejudiciu estimat doar pentru perioada 2008-2015, perioadă pentru care s-au cercetat rapoartele anuale EFG New Europe Funding II B.V., fără a se avea în vedere perioada 2017-

2018, și fără a se lua în calcul prejudiciul creat consumatorilor ca urmare a procedurilor de executare silită.

În data de 28.03.2018 s-a constatat cesionarea creditelor aflate în portofoliul EFG New Europe Funding II B.V. (actuala ERB New Europe Funding II B.V.) către Eurobank Ergasias S.A. Grecia, acționarul principal atât al Bancpost S.A. cât și al ERB New Europe Funding II B.V. (în mod indirect), instituție de credit care a notificat Banca Națională a României privind prestarea serviciilor financiare în mod direct pe teritoriul României.

#### **XIV. Istoric privind cercetarea de către A.N.P.C. a cesiunii creditelor performante**

Deși aspectele privind legalitatea cesiunii creditelor performante realizată de către Bancpost S.A. sunt cunoscute în cadrul Autorității de cel puțin 2 ani de zile Autoritatea nu a întreprins demersurile legale, conform atribuțiilor prevăzute de lege, pentru limitarea prejudiciului creat consumatorilor

În urma primirii în cadrul C.J.P.C. Constanța a unor reclamații în cursul anului 2017, în care se sesiza legalitatea cesiunii creditelor realizată de către Bancpost S.A. s-a solicitat Băncii Naționale a României un punct de vedere scris prin adresa nr. 2365/25.08.2017 (*anexa nr. 13*) la care s-a primit răspuns prin adresa B.N.R. nr. 7591/09.10.2017 (*anexa nr. 14*).

S-a revenit cu o nouă solicitare prin adresa nr. 186/22.01.2018 (*anexa nr. 15*), la care neprimându-se răspuns s-a revenit cu o nouă adresă nr. 554/27.02.2018 (*anexa nr. 16*) la care în continuare nu s-a primit răspuns.

Prin adresa nr. 749/19.03.2018 (*anexa nr. 17*) a fost sesizat Guvernul și Parlamentul României privind refuzul Băncii Naționale a României de a emite punctul de vedere și de a pune la dispoziție informațiile și documentele solicitate.

Prin adresa nr. XX/1/2969/20.04.2018 (*anexa nr. 18*) a fost primit răspunsul Băncii Naționale a României.

Autoritatea a fost informată prin adresa nr. 1224/09.05.2018 (*anexa nr. 19*) privind finalizarea cercetării legalității cesiunii realizată de către Bancpost S.A..

În data de 27.07.2018 a fost întocmit proces verbal de constatare a contravenției pentru reclamațiile în care s-a sesizat legalitatea cesionării în care s-au constatat încălcările menționate la punctul **IX**. și au fost dispuse măsurile menționate la punctul **XI**. cu propunerea de sesizare a Băncii Naționale a României, a Agenției Naționale de Administrare Fiscală și a organelor de cercetare penală pentru cercetarea conform competențelor prevăzute de lege.

Funcționar public,

Data,

